

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 32

INSTAURADO DE OFÍCIO PELA SECRETARIA NACIONAL DE DIREITO ECONÔMICO - SDE

INDICIADAS: VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. E ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho decidiu pelo arquivamento do Processo, com base nas razões expostas nos votos da Conselheira Relatora e dos demais Conselheiros, e pela ciência ao Ministério Público da decisão do Colegiado. Nada mais havendo a tratar, o Presidente deu por encerrada a Sessão.

Plenário do CADE, 22 de abril de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira Relatora

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

Este processo teve início com o conhecimento pela Secretaria de Direito Econômico de contrato de autorização para o credenciamento firmado pelas duas representadas. O contrato, de 19 de setembro de 1991, tinha por objetivo:

"Autorizar a ACATS a indicar à Valer as empresas e estabelecimentos que lhe são filiados para fins de implantação do sistema 'Vale Valer', destinado ao fornecimento de refeições e/ou mercadorias mediante a apresentação dos documentos denominados Vale Valer" (cláusula primeira do instrumento).

Chamou a atenção da Secretaria de Direito Econômico a cláusula terceira do ajuste que dispunha:

"Os indicados obrigam-se a aceitar os Vales Valer que lhe forem apresentados por clientes, em caráter de exclusividade, sem admissão de qualquer outro sistema do gênero, para os fins a que se refere a Cláusula Primeira".

Vendo na cláusula uma restrição indevida à liberdade de mercado, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica notificou a empresa de vales e a associação de supermercados para apresentarem defesas. Estas alegam, basicamente, que a denúncia não pode prosperar por inadequação do enquadramento legal da conduta analisada. Dizem que jamais as associadas da ACATS foram compelidas a aderir ao contrato e que nada obstaria a que os supermercados trabalhassem com apenas uma empresa de vales. Ajuntam que o contrato de exclusividade não é proibido por lei e que não haveria prova de que teria havido rompimento de relação comercial dos supermercados com outras empresas de vales. Referem ainda a que o contrato com a cláusula de exclusividade teria durado apenas de 1º de novembro de 1991 a 20 de novembro do mesmo ano, quando cláusula aditiva suprimiu a regra da exclusividade.

Cumpridas as fases habituais do processo, o relatório final do DPDE tem por demonstrados fatos que se enquadrariam no art. 3º, IX, XVI e XVIII, da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, I, "a", da Lei nº 4.137/62.

DISCUSSÃO

Os contratos que estabelecem cláusula de exclusividade devem ser analisados com redobrada cautela, uma vez que, como é de entendimento intuitivo, "a função econômico-social do pacto de exclusividade acha-se na limitação da concorrência" (Werter Faria - Direito de Concorrência e Contrato de Distribuição. Porto Alegre, Fabris Editor, 1992, p. 71).

Essas cláusulas, para que possam legitimar-se, devem corresponder a necessidades imperiosas, não apenas ligadas à conveniência de um agente econômico, mas à própria ordem pública. Afinal, como assinala Cabanellas, "a oportunidade de acesso ao mercado constitui um dos elementos essenciais da livre concorrência". Acrescenta o autos que o "obstáculo ao movimentos de fatores produtivos e de empresas de um a outro mercado constitui um dos

casos mais graves de conduta anticompetitiva, pois a possibilidade de ingresso de novas unidades competitivas configura o principal elemento regulador de possíveis abusos e concertos que ocorram naquele" (Derecho Antimonopolico y Defensa de la Competencia. Buenos Aires, Heliasta, p. 470 - traduzi).

O mesmo autor dá notícia da praxe, no direito comparado, da punição de atos que propendem a dificultar a entrada de novos concorrentes no mercado. Apontou a Suprema Corte norte-americana, v.g., no caso *United States vs. United Shoes Machinery Corp.*, que são reprováveis os atos que criam "barreiras artificiais que excluem desnecessariamente a competição atual e potencial e que constituem uma restrição ao livre mercado" (id., p. 472).

Não surpreende, pois, que o nosso sistema jurídico haja também se ocupado desse tipo de cláusula.

O art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação emprestada pela Lei nº 8.158/91, estabelece que qualquer ajuste que possa limitar ou reduzir a concorrência somente se valida com o assentimento da Secretaria de Direito Econômico. A aprovação da Secretaria, de seu turno, subordina-se à verificação de alguns requisitos enumerados no dispositivo legal referido. Preocupa-se o legislador com que a restrição à concorrência expressa na cláusula de exclusividade se justifique enquanto imposição do bem comum. Quer, por exemplo, a lei que os "benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus [do ajuste] participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro" (letra "b" do citado art. 74).

Deduz-se, portanto, ao contrário do que insinuam as defendentes, que os contratos que criam exclusividade em atividade econômica não gozam de presunção de validade. Antes, devem ser submetidos aos órgãos governamentais competentes para se validarem.

Está claro que não é qualquer contrato com cláusula de exclusividade que atrairá a atuação preventiva e repressiva deste Ministério. Para tanto, cumpre que o ajuste crie, efetiva ou potencialmente, um dano à concorrência no âmbito de um dado mercado relevante. Para que o ato venha a ter interesse jurídico, no ângulo da concorrência, é mister que, por sua magnitude em certo contexto geográfico e de atividade econômica, ostente, ao menos, potencialidade nociva. Isto se extrai diretamente da leitura do caput do art. 74 da Lei nº 4.137/62.

A ESPÉCIE À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

Analisando os fatos descritos nos autos sob o prisma dessas ponderações, entendo que há, aqui, matéria de interesse do sistema de proteção da liberdade econômica.

O contrato sob exame visava a fazer com que a ACATS obtivesse adesões a um pacto de exclusividade no sistema de pagamento de mercadorias com vales nos supermercados catarinenses. O mercado relevante considerado é constituído por tais estabelecimentos e parece estar fora de dúvida que, a prevalecer o contrato, as demais empresas do ramo de vales estariam alijadas deste setor. Na área dos vales-refeição, sobretudo, em que a sorte da empresa que os fornece se liga à conquista de um maior número de usuários e de um maior número estabelecimentos, de conveniados - ambos esses fatores refluindo um no outro -, a criação de dificuldades para atuar em supermercados virtualmente causa abalo econômico.

Está vista a eficácia, quando menos potencial, desse acordo para influir sobre setor de atividade econômica expressivo.

As defendentes alegam que o curto lapso de tempo em que a cláusula de exclusividade teve vigência anula o interesse sobre o caso.

O argumento não desfaz a aplicabilidade da legislação de proteção econômica. A mera existência de um acordo com a cláusula, nas circunstâncias do mercado considerado, já torna o assunto relevante do ponto de vista jurídico.

A punição de práticas abusivas não queda na dependência dos consectários concretos pela advindos. Se o acordo em tela, não importando o lapso cronológico da sua vigência, voltava-se de modo em tese hábil para criar obstáculo a concorrentes, está reunido o pressuposto para a análise do caso sob o enfoque do direito econômico. Abona essa inteligência o caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91, que cogita de atos "tendo por objeto ou produzindo o efeito de (...) prejudicar a livre concorrência (...), ainda que os fins visados não sejam alcançados".

Cumprir mencionar que o contrato chegou a produzir efeitos, conforme faz exemplo a declaração de fls. 85 e seg.

Não aproveita à defesa, tampouco, o raciocínio de que o contrato é juridicamente indiferente por não gerar imposição aos mercados de a ele aderirem ou por deixar ao alvedrio destes estabelecimentos, caso assinem o ajuste com a VALER, a possibilidade de rescindi-lo. Irrelevante, ainda, que a adesão não tenha sido feita, conforme se argumenta a fls.109. Essas teses se enfraquecem à consideração de que a cláusula impugnada possuía a virtude de excluir agentes econômicos do mercado. Ainda que os ajustes não fossem por tempo determinado, é certo que criaram obstáculo à atuação de concorrentes

no ramo. Lembre-se que o art. 3º, IX, da Lei nº 8.158/91 cogita não só de ação que acarrete pleno domínio de mercado, mas também as que são predispostas a "causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa".

Justa, a propósito, também para o nosso direito, a lição de Cabanellas:

"Em conseqüência, não é necessário que os acordos (...) tendam a tornar impossível a participação de certas empresas em determinado setor econômico, senão que bastará que façam tal participação mais difícil" (ob. cit., p. 483).

Resta, agora, verificar se a cláusula em apreço tem por si o abono excepcional da lei. Esse exame se faz necessário uma vez que a cláusula teve vigência de menos de 30 dias, não se esgotando o prazo previsto na lei para que fosse submetida à SDE para fins de validação.

As defendentes não trazem qualquer elemento de convicção acerca do atendimento dos requisitos legais de legitimação de exclusividade, nem os autos estampam evidências nesse sentido (Art. 74, letras e § 1º, da Lei nº 4.137/62, com a redação do art. 13 da Lei nº 8.158/91). Permanece a impressão de que o acordo entre a ACATS e a VALER tinha motivação meramente estratégica, vinculado ao afã de ampliar os mercados desta última.

CONCLUSÃO

Tais os dados do processo, cumpre reconhecer que as defendentes praticaram ato que se amolda à descrição do caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91 e, de modo mais específico, ao inciso IX do mesmo artigo. O contrato tinha o escopo de dificultar, sem dúvida, a continuidade de relações comerciais de outras firmas dedicadas ao setor de fornecimento de vales, sobretudo no que tange ao seu uso em supermercados.

Ainda que esta figura não fosse invocada, porém, o caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91 seria bastante para englobar a ação das defendentes. Destaque-se que os incisos do artigo são apenas exemplos de condutas descritas no caput. Este, por seu turno, abre margem à sanção de "acordo (...) tendo por objeto (...) prejudicar a livre concorrência (...) ainda que os fins visados não sejam alcançados". A conduta das defendentes, conforme visto, calha perfeitamente a esse enunciado.

Recorde-se que é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado - quer no processo crime, quer no administrativo - defende-se de fatos e não de sua capitulação legal, o que permite que a instância julgadora condene o acusado em tipo diferente daquele em que a sua conduta foi enquadrada no início do processo - a propósito o RHC 68.777 - 6 - RJ, DJ 28.8.92, p. 13452.

O parecer, portanto, é pela condenação das defendentes.

Brasília, 26 de novembro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

***EMENTA:** DEFESA DA CONCORRÊNCIA - CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE Inexistente o objetivo de dominar o mercado ou prejudicar a concorrência, não há como condenar empresa de pequeno porte que rompe padrão de comportamento de mercado, adotado por empresas com posição dominante, mediante cláusula de exclusividade que se constitui em contrapartida de vantagem operacional. Ademais, não se comprovou qualquer efeito anticoncorrencial no mercado.*

Trata-se de processo administrativo instaurado de ofício por determinação do Sr. Secretário de Direito Econômico para apurar conduta restritiva de concorrência que teria sido praticada por VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., empresa estabelecida na cidade de Florianópolis. à rua Felipe Schmidt, nº 21, conjunto 705, inscrita no CGC sob o nº 83.565.531/0001-59, e pela ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS, com sede em Florianópolis, à rua João Pinto nº 6, sala 1003, inscrita no CGC sob o nº 82.611. 008/0001-42, consubstanciada no acordo que firmaram em 19 de setembro de 1991, para implantação do sistema "Vale Valer", destinado ao fornecimento de refeições e mercadorias, de cujo instrumento consta cláusula de exclusividade em favor do sistema referenciado.

Os documentos constantes dos autos às fls 01/30 - contrato celebrado entre as indiciadas, notícias de jornais e cartas remetidas por supermercados diversos e empresas concorrentes da VALER - serviram de elementos informadores ao parecer do DPDE, às fls. 31/36, que, por entender possível o enquadramento da conduta investigada no art. 3º, incisos IX, XVI e

XVIII da Lei nº 8.158, de 18 de janeiro de 1991 e no art. 2º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, sugeriu a notificação das partes contratantes para esclarecer a prática, bem como fossem oficiados o Serviço Social da Indústria, o Departamento Regional de Santa Catarina e o Supermercado Vitória Ltda., para esclarecer sua adesão ao sistema em questão. Sugeriu, ainda, o aludido parecer que fossem oficiadas as diversas associações de funcionários que repudiaram o acordo, bem assim os supermercados Ideal e Luciano que dele não quiseram participar.

Acatado o parecer técnico de fls. 31/36 pelo Diretor do DPDE (fls. 36), foram expedidos o Ofício nº 682/91 (fls. 37), o Ofício Circular DNPDE nº 690/91 (fls. 39 e 40), os Ofícios nºs 691, 692 e 693 (fls. 41/46), todos de 26 de dezembro de 1991.

As respostas a esses expedientes encontram-se às fls. 47/91.

Em 31 de janeiro de 1992, foi expedido pelo DPDE o Ofício Circular nº 93 a várias associações de servidores públicos sediadas em Santa Catarina, indagando-se-lhe sobre as possíveis dificuldades causadas pelo acordo sob investigação (fls. 91 e 92), vindo aos autos, a fls. 94, o Ofício nº 45/92 da Associação dos Servidores da CASAN, afirmando que o acordo em questão causou-lhe sérias dificuldades administrativas além de problemas e transtornos aos associados.

Em 29 de abril de 1992, elaborou-se a nota de fls. 96 que, fundamentada nas informações vindas aos autos com as respostas aos ofícios expedidos, concluiu pela ocorrência de prática abusiva, sugerindo a instauração do competente processo contra a Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados - ACATS, o que foi feito pelo Diretor do DPDE, conforme se verifica do despacho de fls. 98, publicado no Diário Oficial de 07 de maio de 1992 (fls. 104).

As representadas foram notificadas para oferecer defesa prévia (fls. 100/103).

Em 13 de maio de 1992, o DPDE oficiou à Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, solicitando parecer técnico, na forma do Decreto nº 36/91 (fls. 105).

Às fls. 106/109 está a defesa da Associação Catarinense de Supermercados. Diz a Entidade que os supermercados da Grande Florianópolis costumavam negociar, individualmente, com as empresas de refeição e que os prazos para recebimento dos valores correspondentes aos vales eram semelhantes àqueles que os fornecedores concediam aos supermercados para pagamento de mercadorias. Com a diminuição dos prazos concedidos pelos fornecedores e o aumento das taxas de juros e patamares

sufocantes, a ACATS foi solicitada por seus associados para que gestionasse junto às empresas de valores no sentido de diminuir seus prazos para pagamento aos supermercados. Feita esta gestão, somente a VALER se mostrou interessada na proposta da ACATS, resultando, em decorrência, o contrato objeto de investigação.

Diz, ainda, a Associação que a cláusula de exclusividade foi retirado vinte dias depois da entrada em vigor do contrato, pois contra ela se insurgiram empregadores e associações. O próprio contrato, alega, vigorou por apenas 90 dias, com a adesão de somente sete supermercados.

Argumenta a ACATS que seria um exagero entender que o contrato ofendeu a livre concorrência e que, em nenhum momento, causou ele dificuldades à constituição, funcionamento, continuidade ou desenvolvimento de empresa, sendo seu único objetivo diminuir o prazo de recebimento das vendas pelos supermercados.

Juntou a defendente cópias do termo aditivo que retirou a cláusula de exclusividade e de carta de rescisão do contrato.

Às fls. 120/126 encontra-se a defesa de Valer Alimentação e Serviços Ltda. Alega a defendente que, à época em que ocorreu a conduta investigada, o País vivia dificuldades econômicas, com repercussões na produção e consumo nacionais, dentre elas a redução dos prazos para pagamento que os fornecedores concediam aos supermercados. Estes, por esse motivo, viram-se obrigados a, também, diminuir o prazo de recebimento dos valores que lhes eram devidos pelas empresas do ramo de vales-refeição. Outras conseqüências deste período, afirma a defendente, foram quebras, concordatas e a retirada do mercado de várias empresas de setor de vales-refeição, tendo, ainda, uma rede de supermercados da região de Florianópolis pedido concordata.

Esse, segundo a VALER, o panorama que se delineava na ocasião em que foi procurada por representantes da ACATS, graças à boa reputação de que a empresa e seus administradores gozavam no mercado, e consultada sobre a possibilidade de firmar convênio pela intermediação de vales-refeição. Depois de analisar as condições oferecidas pela ACATS, resolveu assinar, em 19 de setembro de 1991, o contrato objeto deste processo. Argumenta, outrossim, que a cláusula terceira, relativa à exclusividade de aceitação de vales da indiciada, e a cláusula oitava, pertinente à remuneração da ACATS, só vigorariam a partir de 1º de novembro do mesmo ano.

Afirma, também, que o sistema aventado jamais chegou a ser implementado por inteiro, dado a dificuldades operacionais e reações contrárias por parte de associações de empregados beneficiários dos vales-

refeição, o que levou as partes a eliminarem contratualmente a tal exclusividade antes mesmo que tivesse sido colocada em prática.

Irresignado-se, ainda, a defendente contra o enquadramento dos fatos nos incisos IX e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 4.137/62, à alegação de que não teria ocorrido qualquer ação ou omissão que importasse em dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, posto que inexistia entre a ACATS e a VALER, ou entre esta e qualquer supermercado, relação deste tipo, e nem praticado qualquer conduta suscetível de criar dificuldades à criação, ao funcionamento ou desenvolvimento de empresa, pois a adesão ao sistema a que se refere ao contrato afirmado com a ACATS ficava a exclusivo critério e conveniência dos supermercados. Ademais, poderiam os supermercados conveniarem-se com a VALER independentemente daquele contrato, de conformidade com outras regras operacionais, sem caráter de exclusividade. Inexistiu, pois, dominação de mercado ou eliminação de concorrência.

Argumenta, por outro lado, que os supermercados não estão legalmente impedidos de aceitar apenas vales de determinada empresa ou de oferecer vantagens, sob forma de descontos, a certas associações e não às demais ou, ainda, de operar com apenas determinado cartão de crédito. Nenhuma destas práticas, afirma, importa cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes no mercado ou controle regionalizado deste, já que mantém-se íntegra a liberdade de contratar entre partes.

Pede, afinal, alegando falta de comprovação de qualquer prejuízo a quem quer que seja, o arquivamento do processo.

A fls. 127 despachou o Diretor do DPDE, dispensando o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, por entender situar-se a matéria dos autos na esfera jurídica, dando como comprovados os efeitos negativos da conduta investigada sobre o mercado.

Às fls. 128/137 encontra-se o relatório do DPDE, considerando insubsistentes os argumentos apresentados pelas defendentes - ACATS e VALER - na defesa prévia. Afirma que a cláusula de exclusividade vigorou no mercado durante vinte dias, provocando conturbações, de sorte a permitir o enquadramento da conduta na Lei nº 8.158/91, estando, ainda, caracterizada a eliminação de qualquer outro concorrente da VALER, já que o supermercado que se dispusesse a aderir às condições do acordo não poderia aceitar vales-refeição de outras empresas, apenas os da VALER. Entende o relatório também configurada a formação do grupo econômico com o fim de eliminar a concorrência, sugerindo a notificação dos indiciados, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.158/91, para oferecimento de defesa, no prazo de quinze dias.

Notificadas as indiciadas (fls. 138/141), defenderam-se às fls. 142/148 e fls. 152/155.

Sustenta a VALER que nem ela nem a ACATS impuseram, em momento algum, qualquer exclusividade, pois os supermercados eram livres para contratar com ou sem exclusividade, a seu único e exclusivo critério. Assim, não se poderia interpretar o acordo como imposição para eliminar a concorrência.

Dizendo-se empresa modesta e de pouca influência no mercado, insurge-se, ainda, a VALER contra o enquadramento de sua conduta no art. 2º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 4.137/62, posteriormente à sua defesa prévia e afirma inexistir nos autos prova da materialidade do fato apontado como infração.

Nega, também, que tenha se associado a qualquer empresa concorrente para praticar a conduta prevista no art. 3º, inciso XVIII da Lei nº 8.158/91, ou que contenha adentrado qualquer ajuste para limitar ou reduzir a concorrência de sorte e transgredir o art. 13 da Lei nº 4.137/62.

Argüi, por derradeiro, a preclusão dos enquadramentos originais ao fundamento de que foram desconstituídos no relatório final, reiterando, as razões expedidas na defesa prévia.

Pede, por fim, o arquivamento do processo.

A ACATS, reiterando os termos da defesa prévia, aduz ser normal a exclusividade nas relações comerciais e que, no contrato celebrado com a VALER, tinha apenas o encargo de indicar associados seus, os quais poderiam ou não aderir ao ajuste. Jamais houve adesão significativa ao tal acordo ou conluio para criar dificuldade a empresas ou dominar mercados. Afirma que os supermercados não estão obrigados a aceitar vales, podendo, caso resolvam fazê-lo, escolher os que lhes convém e nega a possibilidade de ocorrência de monopólio, ao argumento de que o mercado é composto substancialmente por restaurantes e não supermercados.

Aduz que o contrato dependeria ainda de outros a serem celebrados com as entidades concedentes dos vales, o que, na verdade, jamais ocorreu, nem mesmo depois de retirada a cláusula de exclusividade.

Requer, afinal, o arquivamento do processo.

ÀS fls. 156/179 encontra-se o relatório final do DPDE e às fls. 177/179, a decisão do Diretor pela procedência do processo administrativo, ao fundamento de que o contrato em tela teve por objetivo o domínio do mercado de vales na região de Florianópolis, eliminando concorrentes da VALER ou criando-lhes dificuldades, além de ter causado prejuízo aos destinatários do benefício do vale-alimentação e causado efeitos negativos no mercado.

Encaminhado o processo ao CADE, a mim foi distribuído, tendo eu solicitado o parecer do ilustre Procurador do Conselho que se manifestou às fls. 185/193, pela condenação das indiciadas.

Entende o Procurador que, prevalecesse o contrato, as empresas do ramo de vales estariam alijadas do setor de supermercados e que a criação de dificuldades para a atuação de outras empresas neste setor causaria abalo econômico. Pondera que a mera existência da cláusula de exclusividade, nas circunstâncias do mercado de vales, independentemente de seu prazo de vigência, atrai a aplicabilidade da legislação de defesa econômica. Visando o acordo em questão criar obstáculo a concorrentes, reunidos estariam os pressupostos presentes na legislação que cogita de atos que tenham por objeto prejudicar a livre concorrência ou que sobre a concorrência produzam efeitos, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

Afirma, ainda, o Procurador do CADE ser indiferente ao fato da exclusividade não ter sido imposta aos supermercados, que poderiam contratar com a VALER de modo diverso, sendo também irrelevante a pequena adesão ao acordo, posto que a cláusula impugnada "possuía a virtude de excluir agentes econômicos do mercado".

Para o Procurador, o acordo também não abriga a excepcionalidade legal contida no art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91, concluindo pela condenação das defendentes.

É o relatório

Neide Terezinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

I

1. O processo foi instaurado de ofício pelo Secretário de Direito Econômico à vista de notícias de jornais do Estado de Santa Catarina dando conta de um convênio celebrado entre a Associação Catarinense de Supermercados - ACATS e a empresa Valer Alimentação e Serviços Ltda, contendo cláusula de exclusividade para aceitação de vales-refeição emitidos pela VALER, em supermercados que se dispusessem a operar com o referido vale.

O enquadramento legal da conduta praticada pelas indiciadas não foi feito pelo Diretor do DPDE, no despacho que concluiu pela ocorrência de conduta abusiva, tendo, contudo, o Sr. Secretário de Direito Econômico

entendido (fls. 182) terem a VALER e a ACATS cometido a prática abusiva prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991, verbis:

VIII- subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou a aquisição de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

As manifestações anteriores do DPDE, no entanto, acusam as indiciadas de terem praticado as condutas previstas no incisos IX, XVI e XVIII do art. 3º e no art. 13, todos da Lei nº 8.158/91, verbis:

Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo 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:

IX- dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa;

XVI- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;

XVIII- agir ou omitir-se, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas cuja finalidade ou efeitos tipifiquem qualquer das práticas indicadas nesta Lei.

2. Pelo convênio em questão, a ACATS se comprometia a indicar à VALER, dentre seus filiados, as empresas que fossem participar de um sistema destinado ao fornecimento de refeições ou mercadorias. Consta do contrato que as empresas indicadas deveriam aderir aos termos ali pactuados e aceitar os vales da indiciada, com exclusão de qualquer outro. Pela intermediação, mediante indicação da clientela, a ACATS faria jus à taxa de 1,33% da TRD do mês aplicada sobre o total dos resgates relativos às vendas conveniadas, valor este a ser pago pela VALER. Os supermercados indicados, por sua vez, pagariam à ACATS uma outra taxa de administração, que seria calculada sobre o valor total dos resgates, e que, no início do contrato, seria igual a zero.

O contrato foi assinado em 19 de setembro de 1991, com entrada em vigor à data da assinatura, com exceção das cláusulas relativas à utilização

exclusiva dos vales da VALER e daquela pertinente à remuneração, que só vigorariam a partir de 1º de novembro do mesmo ano.

A vigência das cláusulas terceira e quinta, que tratavam da exclusividade, durou apenas 20 dias, alteradas que foram em 21 de novembro, mediante termo aditivo.

3. Instaurado o processo de ofício, o Sr. Diretor do DPDE, ao invés de, na forma do art. 5º da Lei nº 8.158/91, notificar as partes do contrato investigado para prestarem esclarecimentos, conforme sugerido pelo Chefe de Divisão do Próprio Departamento, a fls. 35, promoveu diligências, solicitou documentos e informações de empresas e associações que, de alguma forma, estivessem envolvidas com o tal acordo. Precluiu-se, com isso, a oportunidade que teriam as indiciadas de explicar o acordo e as razões que as levaram a por termo à cláusula questionada, frustrando-se, assim, um dos principais objetivos da lei que é o de corrigir as anomalias de um comportamento de setores econômicos, empresas e estabelecimentos, capazes de trazer perturbações à livre concorrência.

O acordo que, inegavelmente, existiu de direito, foi considerado ilegal pelo DPDE, com suporte em meras alegações de empresas e associações consultadas pelo Departamento, notificadas as indiciadas para fornecer defesa e dispensado o parecer técnico sobre o mercado em que atua os agentes sob investigação, solicitado à Secretaria Nacional de Economia, ao fundamento de que "as anomalias e os efeitos negativos estão cristalinamente registrados nos expedientes de fls 52/53 e 94/95".

II

4. Não consta do processo qualquer informação sobre o mercado relevante que a VALER pretendesse dominar e no qual teria ocorrido qualquer prejuízo ou eliminação de concorrência.

A composição do mercado de fornecedores de vale-alimentação foi, no entanto, abordada no relatório do Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, quando o julgamento do Processo Administrativo nº 07/91.

Extrai-se do Relatório (fls. 1224/1225 do P.A. 7/91) que cerca de 49 empresas integram o setor de fornecedores de vale-alimentação, sendo que apenas seis delas detêm 95% do mercado, de acordo com a seguinte participação relativa:

TICKET REFEIÇÃO	45,0%
-----------------	-------

VALE REFEIÇÃO	5,5%
CHEQUE CARDÁPIO	11,0%
BRASILIAN FOOD	10,0%
APETIK	9,0%
BLUE CARDS	5,0%

As empresas restantes, em número de 43, entre as quais a VALER, dividem entre si a parcela residual do mercado, que representa 5% do total.

Citando parecer da Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, o ilustre Conselheiro registra ainda que, apesar da concentração existente no mercado, não parece haver barreiras ao ingressos de nova empresas, de vez que a atividade não requer volume expressivo de investimento inicial.

Prosseguindo, informa que o mercado movimenta um valor estimado em 1,8 bilhões do dólares anuais.

5. Encontram-se no Processo Administrativo nº 07/91 outras informações sobre o sistema de vale-refeição.

A implantação e o desenvolvimento no Brasil das empresas fornecedoras de vale-alimentação foram propiciados pelo Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, criado pela Lei nº 6.321 de 14/04/76.

Dentre as modalidades de assistência ao trabalhador, no âmbito do Programa, foi adotado o sistema do convênio para fornecimento de alimentação, considerado adequado para os empregados dos setores de comércio e serviços, que poderiam facilmente deslocar-se para fazer suas refeições em restaurantes próximos ao trabalho, utilizando-se, para tanto, de vales refeição fornecidos pela empresa.

Outras modalidades previstas no PAT eram o serviço próprio - refeições servidas na cozinha e refeitório da própria empresa, e o serviço de fornecedor - refeições fornecidas por cozinhas industriais e transportadas para a empresa.

A partir de janeiro de 1991, foi adotada nova modalidade, a cesta básica, fornecida no próprio local de trabalho ou em supermercados, através de vales-alimentação.

Em 1990, cerca de 53% dos quase 10 milhões de trabalhadores abrangidos pelo PAT eram beneficiados com os vales-refeição.

O benefício, inicialmente concedido por empresas participantes do PAT, nos termos da lei, generalizou-se na década de 80, passando a ser

adotado, espontaneamente, por entidades não enquadráveis no Programa, como é o caso dos órgãos públicos.

Com essa generalização, abriu-se um amplo mercado para as empresas fornecedoras de vales, estabelecendo-se uma grande rede credenciada de restaurantes, lanchonetes e supermercados que operaram com os vales por elas distribuídos.

O sistema funciona mediante a distribuição mensal de vales, pelas administradoras às empresas, que os pagam, pelo valor de face, em prazo pré-estabelecido. Os empregados, no decorrer do mês, utilizam os vales para pagamento de despesas junto à rede conveniada, composta de supermercados, mercearias, lanchonetes e restaurantes. Os vales recebidos pela rede conveniada são resgatados junto às administradoras no prazo por elas acordado com os estabelecimentos. A título de remuneração, as administradoras costumavam, ainda, cobrar dos empregadores uma taxa calculada sobre o valor total dos vales.

O prazo de resgate dos vales constitui uma das principais vantagens para as administradoras, porquanto se remuneram basicamente de aplicações financeiras efetuadas com as importâncias recebidas dos trabalhadores durante o período compreendido entre seu recebimento e o resgate que ocorre, em geral, entre quinze e trinta dias contados da utilização dos vales.

III

6. A acusação que pesa sobre as indiciadas tem suporte na mera existência de acordo que celebraram entre si, do qual consta cláusula de exclusividade, entendida pelo DPDE restritiva da concorrência.

Quando se fala em cláusula ou contrato de exclusividade, duas hipóteses podem ocorrer: ou a exclusividade se refere diretamente ao bem ou serviço, caso em que o fabricante ou prestador exige do distribuidor ou do vendedor que apenas seu bem ou serviço seja vendido ou prestado; ou a exclusividade diz respeito ao vendedor ou prestador do serviço, situação em que o fabricante ou prestador do serviço assegura apenas uma empresa o direito de distribuir ou vender seus produtos ou prestar seus serviços.

Os acordos de exclusividade têm, sem dúvida, caráter restritivo e, potencialmente, são aptos a causar prejuízos à concorrência. Não se deve, contudo, considerá-los, só por isto, como conduta anticoncorrencial, ilícita per se. Faz-se necessário investigar se a exclusividade importa em relação desnecessária da concorrência para que se possa tê-la como ilegal. Desrazoável é aquela conduta que tenha por objeto ou produza o efeito de

dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. E, somente o exame do caso concreto, mediante análise criteriosa das circunstâncias em que operou a exclusividade, as características do mercado relevante e o poder das partes contratantes neste mercado constituem fatores indispensáveis à avaliação de exclusividade para se concluir se ela ou não prática restritiva da concorrência ou abusiva do poder econômico. Trata-se, enfim, de aplicar ao caso concreto a regra de razão, já tantas vezes utilizada por este egrégio Conselho.

7. No caso dos autos tem-se um acordo que prevê uma mera possibilidade de exclusividade na utilização dos vales da indiciada. A exclusividade se materializaria com a assinatura de outro contrato que seria celebrado entre a VALER e o supermercado interessado nas condições do acordo. A exclusividade, no entanto, não era imperativa, já que o supermercado poderia, também, operar com outros vales se assim o desejasse, caso em que o prazo de resgate seria o mesmo das outras administradoras.

Nos termos da Lei 8.158/91, a conduta do agente, para ser abusiva do poder econômico, deverá ter o objetivo ou produzir o efeito de dominar mercados, prejudicar a concorrência ou obter lucro arbitrário. Quis, pois, o legislador, que as infrações contra a ordem econômica, previstas naquele diploma, fossem de mera natureza formal, inexistindo-lhes resultado. Por outro lado, dispensou a lei a intenção do agente quando os efeitos anticoncorrenciais de sua conduta se fizessem presentes.

A questão, assim, deve ser analisada sob esses dois únicos aspectos: intenção ou resultado.

8. Quanto ao aspecto da intervenção, verifica-se dos autos que o objetivo principal que conduziu ao malsinado acordo foi o de contornar as conseqüências advindas da redução do prazo que os fornecedores concediam aos supermercados para pagarem suas faturas. A ACATS pretendia uma solução para este problema: o recebimento dos valores relativos aos vales aceitos pelos supermercados de forma compatível com o pagamento das faturas aos fornecedores. A solução almejada, no entanto, poderia fazer com que outro problema emergisse, qual seja, o do cancelamento das compras com vales nos supermercados, já que os comerciantes poderiam não mais se dispor a financiar os consumidores até o prazo do resgate, exatamente aquele que decorreria entre o pagamento das faturas e o recebimento dos valores relativos aos vales.

A intenção, pois, da ACATS não era a de prejudicar a concorrência, mas a de resolver um problema de ordem meramente comercial que afetava

seus filiados, buscando alternativas operacionais para a utilização de vales-refeição aos supermercados.

Com esse propósito, procurou a ACATS as empresas de vales, que não acolheram sua proposta no sentido de reduzir seus prazos. Na verdade, operando elas em condições semelhantes às do oligopólio, dado o grau de concentração, a tendência é exatamente a de lhe impor condições, e não a de negociar a parcela de suas conquistas.

A VALER, no entanto, aceitou a proposta da ACATS, na certa porque viu descotinar-se diante de si a oportunidade de conquistar uma pequena parcela do mercado de vales já dominado por suas concorrentes, empresas de grande porte. A aceitação de redução dos prazos, obviamente, para não se tornar uma operação suicida para a indiciada, em razão de sua pequena escala operacional, haveria de ter uma contrapartida, qual seja, a exclusividade. Assim, o supermercado que quisesse utilizar-se de prazos reduzidos para recebimento dos valores dos vales deveriam operar apenas com aqueles da VALER.

É incontestável a racionalidade desse proceder. A remuneração substancial das administradoras está precisamente no prazo de que dispõem para girar com as importâncias que recebem das empresas conveniadas até o resgate dos vales. Viu-se, neste egrégio Conselho, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 07/91, instaurado contra várias empresas de vales-refeição, que a lucratividade deste segmento advém, principalmente, daquele prazo que, reduzido, diminuiria consideravelmente o lucro da VALER, podendo até levá-la à insolvência, se tivesse, ainda, de disputar com suas concorrentes o volume de vendas. A fórmula encontrada pela indiciada para compensar a redução do aludido prazo foi a exclusividade das vendas mediante vale.

A cláusula de exclusividade, portanto, não se constituía apenas num benefício para a VALER. Era, ao contrário, a contrapartida, legítima a meu ver, que o supermercado oferecia à Administradora para reduzir o prazo de resgate dos vales. Na verdade, esta exclusividade poderia emergir naturalmente, sem qualquer pactuação, posto que se consubstanciava em verdadeira vantagem operacional, conforme se pode verificar das informações prestadas pelos supermercados que aderiram ao acordo.

Ao informar sobre as razões de sua adesão, disse o supermercado Angeloni que a redução do prazo de resgate dos vales era significativa, não incidindo, ainda, quaisquer taxas. Outra vantagem buscada pelo supermercado foi a recuperação de vendas a crédito que, em virtude do elevado custo

financeiro, vinham reduzindo gradativamente. Ademais, mais alto era o custo da mão-de-obra para operacionalizar cinco tipos diferentes de vales (fls 47).

Santa Mônica supermercados, também, discorreu sobre as vantagens operacionais propiciadas pelo acordo com a VALER: o longo prazo para resgate junto às outras administradoras impunha-lhe grande ônus nas vendas a crédito, tornando-as praticamente inviáveis. A redução daquele prazo e a não incidência de taxas, no difícil momento por que atravessava o segmento supermercadista, foram os fatores preponderantes para sua adesão.

Outro fator a ser considerado na avaliação do elemento subjetivo que orientou a conduta investigada, é o de que a VALER não se negou a negociar com os estabelecimentos que não aceitaram a exclusividade. A carta do supermercado Expresso, a fls 49, dá conta de que adotou o vale da indiciada e manteve os que já tinha, à exceção de apenas um, que foi substituído por um outro.

Ainda no campo subjetivo da conduta, favorável às indiciadas é o fato do acordo ter sido calculado em matéria experimental (gls 47), e que fortalece o argumento de que o objetivo a ser alcançado pela ACATS e pela VALER não era o prejuízo à concorrência, mas sim a solução para problemas conjunturais por que atravessavam os supermercados, dentre eles a queda nas vendas a prazo, dado o elevado custo do dinheiro.

Não vejo no acordo em exame qualquer intenção de prejudicar a concorrência ou de dominar mercado. Inexistiu, ainda, inibição ou cerceamento do direito de contratar de quaisquer das partes, tendo sido preservada a autonomia de ambas para pactuarem, livremente o que lhes aprouvesse. Ademais, inexistiu qualquer pressão sobre os supermercados para aceitação do acordo, conforme afirmado às fls. 50/51, pelo supermercado Luciano, um dos muitos que não aderiram ao pacto. Ressalte-se, ainda, que o descumprimento da exclusividade só teria o efeito prático de se adotar o prazo de resgate praticado pelas demais administradoras.

9. Se anticompetitiva fosse a intenção das indiciadas, nenhuma outra discussão se faria necessária. Isto bastaria à condenação. Afigura-se-me, no entanto, ausente o elemento subjetivo, impondo-se assim, discorrer sobre os efeitos da conduta a avaliar a exata dimensão da prática para não se correr o risco de tomar como anticoncorrenciais esquemas operacionais que, ao quebrarem os padrões vigentes no mercado, não restringem a concorrência, propiciando, ao contrário, a adoção de novas condutas que favorecem maior competição entre os agentes econômicos.

Nesse aspecto, o DPDE considera evidenciados nos autos os efeitos da cláusula acordada entre as indiciadas sem, contudo, oferecer qualquer

apreciação sobre o impacto da exclusividade no processo competitivo. Os efeitos considerados pelo Departamento foram apenas aqueles indicados nos documentos de fls. 52/53 e fls 94/95, tidos como prova "cristalina" de restrição à concorrência. No primeiro, a Blue Cards dá notícia de que teria sido vencida em licitação, por conta do tal acordo, muito embora tenha oferecido aos órgãos licitantes prazo superior ao da VALER para pagamento dos vales. As informações da Blue Cards não foram investigadas pelo Departamento, se sabendo quais foram os demais critérios estabelecidos no edital para a escolha da proposta mais vantajosa.

Conforme já visto por este Conselho no julgamento do Processo nº 07/91, os editais elaborados por alguns órgãos públicos, estabelecendo praticamente todas as condições do contrato, propiciavam o oferecimento de propostas idênticas que conduziam fatalmente ao sorteio. O que se pode concluir da informação prestada pela Blue Cards, uma das maiores empresas do ramo, é que, pelo menos naquelas licitações em que concorreu com a VALER, os prazos oferecidos pelas concorrentes foram diversos, possibilitando ao órgão licitante a melhor escolha, não tendo que se valer do sorteio que, obviamente, privilegia a sorte e não a eficiência.

Verifica-se, ainda, no mesmo documento, que a VALER, em duas ocasiões, cotou prazos diversos, dentro do espírito da concorrência, sendo que a BLUE CARDS cotou sempre o mesmo prazo - trinta dias - aquele, normalmente, utilizado pelas administradoras. O que a Blue Cards não informou e nem o DPDE investigou foram as outras vantagens que a VALER ofereceu para ter-lhe adjudicados os contratos licitados. Louvável ainda ver sob o aspecto concorrencial, a existência de outros critérios que propiciam o rompimento de praxe de mercado e estimularam a concorrência.

A outra informação fornecida pela BLUE CARDS diz respeito a uma empresa particular que, segundo a informação, não mais se interessou pelos seus serviços. As causas do desinteresse não foram informadas e nada mais lhe foi perguntado pelo DPDE.

Já o documento de fls. 94/95 - carta da Presidência da Associação dos Servidores da CASAN - informa que a exclusividade na aceitação dos vales da indiciada causou sérias dificuldades administrativas para a associação, tem como problemas e contratemplos aos associados. Por mais solidário que se queira ser com a CASAN e seus filiados, não se pode atribuir aos problemas que tiveram com o malsinado acordo, importância fundamental para se imputar às indiciadas prática restritiva da concorrência. A lesão a eventuais direitos da CASAN, enquanto contratante dos serviços das administradoras de vales, só interessa aos fins repressivos da lei de defesa da

concorrência na medida em que decorra de prática restritiva, caracterizada por dominação do mercado, prejuízo à concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Assim, o dano alegado, fora do contexto específico do prejuízo à concorrência, não tem qualquer importância para o desate da controvérsia.

Irrelevante, assim, para a determinação de qualquer efeito sobre o mercado, e documentação em que se louvou o Departamento.

10. Todavia, se os elementos trazidos aos autos não são suficientes à avaliação do impacto da exclusividade no processo competitivo, torna-se necessário analisar os outros fatores que permitam concluir ser ou não restritiva a conduta imputada às indiciadas.

Conforme se verifica das informações colhidas no Processo nº 07/91, trata-se de mercado bastante concentrado aquele em que atuam as administradoras de vales. Segundo a teoria econômica, na estrutura concentrada, a contração ou a expansão dos negócios das empresas de grande porte influencia as condutas de suas concorrentes e a parcela de poder que detêm o mercado pode ser, eventualmente, utilizada em restrição à concorrência. Por outro lado, as empresas de pequeno porte, que atuam na parcela residual deste mercado, tem uma participação tão diminuta, envolvendo um volume tão pequeno de negócios que, ao contrário de suas concorrentes de grande porte, não são capazes de afetar o mercado com o seu comportamento ou de deslocar a participação relativa de qualquer outra, ainda que possuísse esta intenção. O poder de mercado é, pois, condição necessária para que a conduta de uma empresa possa resultar em benefício ou prejuízo à concorrência.

No caso dos autos, a suposta prática lesiva da concorrência decorre de exclusividade pactuada em um convênio global que dependeria, para sua efetividade, da assinatura de outros contratos. A grande maioria das empresas da rede conveniada não aderiu. A empresa acusada de prática detém pequena parcela do mercado onde inexistem barreiras à entrada de novos agentes econômicos. A conjuminância deste dois fatores torna remota a possibilidade de dano à concorrência.

Acresça-se, ainda, a questão do prazo de vigência, neste caso de fundamental importância, porquanto os efeitos anticoncorrenciais imediatos teriam de ser sentidos enquanto durasse o acordo. Tendo este vigorado por apenas vinte dias, tornou praticamente inviável qualquer avaliação em período tão exíguo.

Não consta dos autos o número exato de estabelecimentos que teriam aderido à exclusividade na cidade de Florianópolis, faltando dados relativos aos supermercados Imperatriz, Angeloni e Vitória. A ACATS,

todavia, informou que apenas sete aderiram. Os autos também não dão notícia sobre o total de supermercados conveniados com as administradoras.

Sem a definição do mercado relevante não se pode inferir que a exclusividade pactuada entre as indiciadas tenha causado efeitos sobre a concorrência, mormente quando o mercado não apresenta barreiras para a entrada de novas concorrentes e a indiciada nele atua em parcela ínfima. Aliás, a Brazilian Foods, ao ser inquirida sobre danos eventualmente sofridos, respondeu que não houve prejuízo que pudesse ser mensurado e informado ao DPDE (fls. 60).

11. Cabe, finalmente, analisar a possibilidade da ocorrência de efeito potencial sobre o mercado.

Do ponto de vista econômico, pode-se afirmar que o contrato de exclusividade só tende a causar prejuízo à concorrência, quando a empresa que o celebra detém poder de mercado, caso em que o pacto envolveria parcela considerável daquele mercado, nela impedindo a detentora de posição dominante o acesso de concorrentes existentes ou potenciais.

Sendo a VALER empresa de pequeno porte, que atua em parcela residual de um mercado grandemente concentrado, remota seria a possibilidade de sua conduta nele causar quaisquer efeitos potenciais.

IV

12. Não vislumbro neste processo qualquer intenção das indiciadas de prejudicar a livre concorrência. Ao contrário, vejo na conduta impugnada pelo DPDE uma tentativa de se romper com padrões vigentes no mercado, estabelecidos pelas grandes empresas que o dominam e cujo resultados para os beneficiários dos vales devem ser questionados.

Na oportunidade que teve este Conselho de apreciar a conduta das administradoras de vales em licitações públicas (Processo Administrativo nº 07/91), verificou-se que os editais dos órgãos licitantes as induziam a cotações idênticas. Criticou-se, na ocasião, aquelas normas editalícias por anticoncorrenciais os seus efeitos.

No caso dos autos, no entanto, a situação é diversa. A Associação de Supermercados de Santa Catarina se insurge contra conduta paralela de administradoras de vales, que impõem a seus filiados prazos idênticos para resgate, com reflexos imediatos sobre o custo financeiro das vendas com vales e, como consequência inevitável, o aumento de preço dos alimentos para o trabalhador, suposto beneficiário do sistema. É esta, a meu ver, a conduta que

deveria ter sido investigada pela Secretaria de Direito Econômico, porquanto veementes os indícios de paralelismo conveniente, e não tentativa de uma pequena empresa, de forma isolada e, até ingênua, de aumentar sua ínfima participação em mercado dominado por concorrentes de grande porte que, por isto, têm a capacidade de impor suas condições.

Ausente, pois, o objetivo de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou obter lucro arbitrário e, à mais absoluta falta de comprovação de qualquer efeito anticoncorrencial tenha sido produzido no mercado, pelo arquivamento deste processo.

Neide Terezinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Do exame dos autos, pode-se constatar não haver comprovação de que o contrato celebrado, entre as Indiciadas, teve por objeto ou produziu o efeito de dominar o mercado, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Efetivamente, considerados os aspectos singulares deste processo e a prova colhida na fase de instrução, não se pode assegurar a existência de prática econômica abusiva, por parte das indiciadas, ou de efeito anticoncorrencial produzido no mercado, em decorrência da sua conduta, como exige a legislação de regência, mais especificamente, no caso, o caput do artigo 3º da Lei nº 8.158, de 08.01.91 e seus inciso IX e XVI.

Por tais razões, e não sem ressaltar o habitual brilho com que se houve o Procurador deste Conselho, Paulo Gustavo Gonet Branco, ao emitir o seu parecer, manifesto minha concordância com a conclusão do VOTO da ilustre e culta Conselheira-Relatora Neide Terezinha Malard.

O meu VOTO é, assim, pelo arquivamento deste processo.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

O presente processo administrativo foi instaurado de ofício pelo Sr. Secretário de Direito Econômico para apurar conduta restritiva da concorrência que teria sido praticada por Valer Alimentação e Serviços Ltda e

pela Associação Catarinense de Supermercados, ambas com sede em Florianópolis-SC, consubstanciada no acordo que firmaram em 19 de setembro de 1991, para implantação do sistema "Vale Valer", destinado ao fornecimento de refeições e mercadorias, de cujo instrumento consta cláusula de exclusividade em favor do sistema mencionado.

Dadas as peculiaridades do caso, concordo com a conclusão do Voto do ilustre Conselheira-Relatora, por não vislumbrar no processo a intenção das Representadas de prejudicar a concorrência. Ausente portanto, o objetivo de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou obter lucro arbitrário e, à falta de comprovação de qualquer efeito anticoncorrencial tenha sido produzido no mercado, conforme tipificado no "caput" do art. 3º da Lei n º 8.158/91, e nos seus inciso IX e XVI.

Apesar de discordar, desejo ressaltar, nesta oportunidade, a consistência do bem fundado parecer do ilustre Procurador, Dr Paulo Gustavo Gonet Branco, que concluiu, no presente processo administrativo, pela condenação das Representadas.

Em síntese, a falta de prova é bastante para o meu Voto em relação ao caso ora em julgamento, que é pelo arquivamento do processo.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Os autos não contêm elementos que assegurem que a VALER objetivava dominar o mercado; prejudicar a livre concorrência; ou obter lucro arbitrário; aliado ao fato de não ter produzido efeitos danosos no mercado, até porque o acordo firmado com a ACATS se deu em caráter experimental e vigorou por apenas 20 (vinte) dias.

Entendo, à vista da inexistência de prova nos autos, que o contrato celebrado ente a ACATS e a VALER não criava barreiras ao ingresso de novas empresas ao mercado; a exclusividade não era imperativa, podendo o supermercado operar com outros vales; bem como não dispunha de cláusula penal para a empresa que resolvesse rompe-lo.

Isto posto, VOTO com a conclusão da ilustre Conselheira-Relatora, NEIDE TEREZINHA MALARD, pelo arquivamento do Processo.

Marcelo Monteiro Soares

