

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 30**

*REPRESENTANTE: SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA*

*REPRESENTADA: ICI BRASIL S/A.*

**DECISÃO**

Por maioria, os membros do Conselho decidiram pela incompetência do CADE, para julgar as infrações prescritas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990, determinando o retorno dos autos à SDE, para as providências oportunas. À unanimidade o Conselho decidiu, ainda, pela improcedência da representação, ao que se refere à conduta prevista no art. 2º, V, "a", da Lei nº 4137, de 10 de setembro de 1969.

Plenário do CADE, 1º de março de 1993

RUI COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

**JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator**

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

**PARECER DO PROCURADOR**

***Ementa:** Recusa de venda que não se enquadra no tipo da Lei nº 8.158/91, art. 3º, VII. Incompetência do CADE para o exame de conduta alegadamente compreendida em tipo da Lei nº 8.002/90. Formação de grupo econômico por discriminação de preços com finalidades nocivas à liberdade do mercado - descaracterização.*

A empresa Seara Agrícola Comercial e Industrial LTDA representou contra a ICI Brasil S/A por abuso de poder econômico, inconformada com a perda da condição de revendedora de produtos da representada.

Realizadas diversas pesquisas preliminares, a Secretaria de Direito Econômico notificou a ICI para que se defendesse das acusações contidas na

Nota Técnica a ela encaminhada, dando início, assim, ao processo administrativo (fls. 551 e seg.).

A Nota Técnica realizou detalhado estudo da participação da ICI no mercado nacional de defensivos agrícolas, concluindo não haver, no mercado relevante, sinais de formação de oligopólio. Afirmou, outrossim, não ter pertinência cogitar, no caso, de pretensão ao domínio do mercado nacional. Assegurou, ainda, que o rompimento do contrato verbal mantido entre a representante e a representada não permitiria entrever manobra destinada à eliminação da concorrência. A peça, assinada pelo il. Coordenador, Dr. Cláudio João José, apenas imputou à empresa representada o tipo descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8002/90, que diz com a recusa de venda de mercadoria a quem se dispõe a adquiri-la mediante pronto pagamento. O trabalho do il. Coordenador do Departamento de Proteção e Defesa Econômica foi complementado, neste ponto, pela peça, também integrante do expediente encaminhado à ICI, subscrita pelo il. Chefe de Divisão, Dr. Edson Raimundo Machado. Entende-se dessas peças que a ICI teria respondido a pedido de compra de material com a sugestão de que a Seara entrasse em contato com sua distribuidora local. A segunda peça do expediente acusatório afirmou:

"A imposição da Representada de que os seus produtos só poderão ser vendidos à Representante via do distribuidor de Londrina caracteriza infração à Lei nº 8.002/90"(fls. 570).

Na página seguinte, apontou-se que a ICI instituiu categorias de clientes com preços diferenciados. Para o DPDE, "esta prática se enquadra na alínea a, inciso IV, art. 2º da Lei nº 4.137/62"(fls. 572). Argumentou:

"Poderia a Representante alegar que não formou qualquer agregação para tal fim [detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores]. Todavia, extrai-se dos contratos de distribuição, por ela absorvidos quando da incorporação pela ICI, em 1988, da empresa Stauffer S/A, que os referidos contratos, pelo que se apresentam, não alterados, detém cláusulas de exclusividade claras dos produtos da sua marca. Assim, mesmo não aparentes, as agregações se confirmam, de vez que limitam a concorrência"(fl. 572).

## NEGATIVA DE VENDA

No tocante à recusa de venda, da forma como descrita no expediente enviado à representada para elaborar a sua defesa, entendo que a matéria escapa à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A Secretaria de Direito Econômico tem por atribuição, paralela à da defesa da livre concorrência, do repúdio ao aumento abusivo de preços e à dominação de mercado, "adotar as providências necessária à repressão das infrações previstas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990" - conforme específica, em parágrafo único, o art. 1º da Lei nº 8.158/91.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, entretanto, não foi estendida tal competência. Persiste na órbita das atribuições do Conselho a perseguição dos tipos de infração elencados na Lei nº 4.137/62, complementados pelo art. 3º da Lei nº 8.158/91, e que dizem com a prática de abuso do poder econômico e proteção da livre concorrência.

De fato, a negativa de venda que interessa à atuação do CADE é a que está descrita no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.158/91. O inciso, por certo, não pode deixar de ser compreendido sem o caput do artigo, que aponta como objetivo ou finalidade da conduta reprimida a dominação de mercados de bens ou serviços, o prejuízo livre concorrência ou o aumento arbitrário de lucros.

Esta orientação legal pátria está em consonância com o direito comparado, quando cuida de institutos de que tratam órgãos com características e finalidades semelhante às do CADE. Guillermo Cabanellas, a propósito, informa:

"A negativa em satisfazer pedidos de bens ou serviços (...) pode ser utilizada para dar efeito a certas manobras dirigidas a lesar a competência, particularmente quando responde à ação conjunta de várias empresas ou ao exercício do poder de mercado derivado de uma posição dominante. Por este motivo, as principais legislações antimonopolísticas introduziram regras destinadas a impedir as negativas de satisfazer pedidos, que se originam de ações concertadas ou de posições dominantes, e têm efeitos perniciosos sobre o desenvolvimento dos mercados". ("La negativa a satisfazer pedidos de bienes o servicios (...) puede ser utilizada para dar efecto a ciertas maniobras dirigidas a lesionar la competencia, particularmente cuando responde a la acción conjunta de varias empresas o al ejercicio del poder de mercado derivado de una posición dominante. Por este motivo, las principales legislaciones antimonopólicas han introducido reglas destinadas a impedir las negativas de satisfazer pedidos, cuando se originan en acciones concertadas o en posiciones dominantes, y tienen efectos perniciosos sobre el

desenvolvimiento de los mercados"). (Derecho antimonopólico y de la competencia. Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 516).

Na espécie, está claro que não se apurou que o comportamento atribuído de recusa de venda tenha-se prendido a uma estratégia de dominação de mercados ou de eliminação de concorrência. Na realidade, o DPDE nega que tais tenham sido os motivos da conduta que imputa à defendente - até por isso não enquadra a ação da ICI na Lei nº 8.158/91, mas na Lei nº 8.002/90, que não tem por objetivo a defesa da concorrência.

Acredito, dessa forma, que a aplicação das sanções da Lei nº 8.002/90 refogem à competência do CADE.

## **FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO POR DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS**

Outro tema que os autos ensejam é o da pertinência ao caso do art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. O dispositivo guarda esta redação:

"Consideram-se formas de abuso do poder econômico: IV- Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço".

Para que o tipo se realize, pois, cumpre que haja, efetivamente, discriminação ilegítima de preços atrelada ao propósito de formar grupo econômico, evidentemente com danos à estrutura do mercado.

No caso, não vejo comprovada a realidade desses elementos.

Não está demonstrado que a existência de preços diferenciados praticados pela ICI atenta a intuito de formar grupo econômico.

A Nota Técnica, a fls. 572-573, credita à existência de alguns contratos de venda exclusiva de produtos da ICI e de prêmios à opção de outros fornecedores pela venda apenas de produtos da defendente a força de prova da formação de grupo econômico. Esses fatores, porém, não me parecem suficientes para autorizar uma condenação. Um juízo de reprovação requereria a colocação de outros elementos, que indicassem a intimidade de interesses e de ação própria de um grupo econômico. A só existência de contratos com cláusula de exclusividade não é bastante para inferir a figura mencionada da Lei nº 4.137/62.

É útil lembrar que a cláusula de exclusividade, que expressa, na terminologia do direito econômico, um acordo vertical, pode ser irrelevante do ponto de vista do direito repressivo.

A propósito da cláusula de exclusividade, ensina Werter Faria:

"O pacto (ou cláusula) vem a ser, na definição de Bonase-Benucci, a obrigação assumida por uma das partes de contratar exclusivamente com a outra, no tocante a determinado bem ou serviço. A obrigação pode ser assumida por ambos os contratantes, a favor de um e outro". E continua: "para transgredir a lei, o acordo entre empresas tem de visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição. Porto Alegre, Fabris Editor, 1992,p. 71).

O autor dá conta, ainda, de que, nos EUA e na França, essas cláusulas são toleradas se dirigidas a preservar a integridade e a uniformidade dos produtos do fabricante (cf. ob. cit., p. 74).

Tais causas justificativas da cláusula se repetem na espécie, segundo se lê de documentos anexados pela defendente e do parecer do Ministério da Fazenda.

A representada assinala que os seus distribuidores devem ser especializados, pois os produtos com que lidam são perigosos e devem ser manejados e armazenados com destacado cuidado, sendo objeto mesmo de normas próprias. Noticia que a FAO recomenda que os "defensivos agrícolas sejam comercializados por e adquiridos de comerciantes de boa reputação que sejam, previamente, membros de uma organização comercial reconhecida" (fl.723).

O Ministério da Fazenda, por sua vez, referindo-se ao sistema de distribuição vinculada em causa, afirma:

"No setor de defensivos agrícolas, o controle sobre a rede de distribuição justifica-se, ainda, pela alta toxicidade dos produtos vendidos, cuja manipulação inadequada pode causar danos tanto aos agricultores quanto aos consumidores finais, através da contaminação dos alimentos" (fl. 660).

Não vejo, assim, que da existência de contratos com cláusulas de exclusividade, na espécie, possa ser extraído que se está armando um grupo econômico orientado para ações nefastas ao mercado.

A Secretaria de Direito Econômico parece também haver chegado a esta conclusão. O relatório final não se ocupa do tema(fl. 727-740). O despacho do Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, que estima procedente a representação no que diz com a recusa de venda tipificada na Lei nº 8.002/90, tampouco faz referência ao assunto do art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62 (fl. 741).

## CONCLUSÃO

Em face dos argumentos expendidos neste parecer, sugiro que a representação seja tida por improcedente, no que refere à conduta alegadamente capitulada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. No que diz com a matéria compreendida na Lei nº 8.002/90, proponho o simples retorno dos autos à SDE, para providências consideradas oportunas.

Brasília, 05 de fevereiro de 1993.

**Paulo Gustavo Gonet Branco**

## RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

### 1. INTRODUÇÃO

1. Através de expediente datado de 28 de agosto de 1991 (fls. 1/2) a Empresa Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda., representou junto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, sobre o rompimento do contrato de exclusividade que tinha com a Representada ICI Brasil S.A. para a revenda de seus produtos. Alega a Representante que a atitude da Representada se apresenta como um atentado à liberdade de comércio, impondo condições de monopólio. Por fim pede o enquadramento da Representada nos termos e forma da Lei nº 8.158/91.

1.1. Promovida a citada representação, e após diversas averiguações preliminares, foi instaurado este processo administrativo contra a ICI Brasil S.A., por despacho do Sr. Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, publicado no Diário Oficial da União, de 27/03/92 (fls.579).

1.2. Imputa-se a Representada, a prática de recusa de venda dos seus produtos à Representante (fls. 584), enquadrada no inciso I, art. 1º da Lei nº 8.002/90, que assim diz:

Art. 1º Fica sujeito à multa, variável de 500 (quinhentos) a 200.000 (duzentos mil) Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

I - recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.

1.3. Notificada da instauração do processo administrativo, a Representada prestou esclarecimentos, ofereceu defesa e juntou documentos, conforme se verifica às fls. 693/701. Nega a procedências das acusações, registrando em relação ao rompimento do contrato com a Representante, que no setor de defensivos agrícolas, o controle sobre a rede de distribuidores, justifica-se, ainda, pela alta toxidade dos produtos vendidos, cuja manipulação inadequada pode causar danos tanto aos agricultores quanto aos consumidores finais, através da contaminação dos alimentos. Pede ao final que a denúncia seja julgada improcedente, arquivando-se, por conseguinte, o processo subexame, por estar convicta de que a Lei nº 8.002/90 só se aplica às relações com consumidores finais, embora se tenha comprometido a vender para a Representante nos termos da citada Lei.

1.4. Os argumentos oferecidos na defesa prévia como os esclarecimentos prestados pela Representada foram considerados insuficientes pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica-DPDE, conforme consta do Relatório de fls. 668/676, que concluiu afirmando estar comprovado que a Representada, a partir do cancelamento das relações comerciais com a Representante, ocorrido em novembro de 1990, recusou-se a vender seus produtos a esta, como sobressai da correspondência da ICI Brasil S.A. acostada às fls. 584, bem assim das comunicações de fls. 03/06, em que impõe a procura por distribuidor credenciado. Afirma ainda que, embora cessada a prática como se insere do "Compromisso de Cessação" retro mencionado, não se acha a Representada livre do alcance da Lei nº 8.002/90, cuja penalidade nela prevista deve ser aplicada, obviamente, dentro dos limites de atenuantes que o caso admitir, à vista do comportamento adotado pela Representada no que se refere à cessação da prática. Seguem-se os despachos do Diretor do DPDE e do Secretário de Direito Econômico determinando a intimação da Representada para oferecimento de defesa, no prazo de quinze dias, na forma do art. 6º, "b", da Lei nº 8.158/91

1.5. A defesa encontra-se às fls. 693/701. Os argumentos de fato oferecidos e as razões de direito aduzidas foram rebatidas no Relatório Final (fls. 727/741), no qual foi pedido o enquadramento da conduta da Representada nos dispositivos legais da Lei nº 8.002/90, tipificada como "recusa de venda".

## **II. ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA FINAL DA REPRESENTADA E DO RELATÓRIO DO DPDE/SDE**

2. A Representada inicia a sua defesa final reportando-se ao posicionamento daquele DPDE que, à luz dos documentos que foram as averiguações preliminares, concluiu inexistirem caracterizados o aumento arbitrário de lucros, o domínio de mercado e/ou a eliminação da concorrência. Todavia, restou configurada a recusa de venda vedada pela Lei nº 8.002/90, a cujo enquadramento a defendente apresenta suas contraditas.

### **2.1. A Representada em sua defesa aduziu:**

"O primeiro considerando conclui estar configurada a recusa de venda, vedada pela Lei 8.002/90, textualmente confirmada pela Representada nas peças por ele examinadas. Não foi, porém, o que ocorreu. A Representada apenas solicitou à Representante que procurasse o distribuidor regional dos produtos da Representante para formalizar seus pedidos através daquele canal

de distribuição. Tal fato, importante para a análise deste caso, representa elemento factual diverso daquele em se baseou o citado parecerista.

O segundo considerando admite que a Representante, na condição de comerciante, não pode ter atividades paralisadas, somente por que deixou de ser a distribuidora escolhida pela Representada. Inobstante, o mesmo ilustre e douto parecerista jurídico, em seu relatório de fls. 678, afirma que consta da "memória da reunião" com os representantes da Seara, inclusive com a estranha e injustificada presença do Deputado Federal Marcelo Barbieri, "que a SEARA nunca acordou vender só os produtos da ICI"; Logo não é verdade que a Representante iria ter as suas atividades paralisadas pelo fato da ICI ter rompido seu contrato de distribuição com a mesma. Aqui, também, se verifica elemento factual diverso daquele que sustentou o considerado ora em análise, tornando sua afirmação insubsistente frente à conclusão a que chegou. Finalmente, o terceiro considerado também carece de suporte real, uma vez que, na condição de varejista, que segundo as práticas comerciais unanimemente aceita pelos doutrinadores e jurisprudência do País, significa aquele que compra dos fabricantes ou atacadistas e revende diretamente apenas aos consumidores finais, jamais a Representante teria o seu direito de operar no mercado cerceado pela Representada.

Alego ainda que a sugestão de instauração do processo administrativo, feito com base nos considerandos acima analisados, merece, pelo menos, uma análise mais de acordo com os fatos devidamente comprovados na processo, e que ensejarão, com certeza, em julgamento pela improcedência da denúncia e arquivamento do processo, uma vez que calçados em fatos que não encontram ressonância probatória nos elementos constantes do processo."

E mais:

"Como a instauração do presente processo deu-se pelo eventual descumprimento da Lei 8.002/90, não demonstrou, a Representante que seu eventual desejo de compra tenha sido formalizado nas condições previstas na citada legislação, ou seja, para pagamento a vista em dinheiro ou em cheque, com a entrega das mercadorias apenas após, neste último caso, a compensação do mesmo. De se recordar que prática anterior, ou seja a praxes das vendas da Representada para a Representante eram, rotineiramente, a prazo, daí a necessidade da expressa alteração dessas regras, já que, como se sabe, as práticas comerciais geram direito entre as partes contratantes. A falta expressa dessa determinação de alterar a praxe comercial anterior, impõe, necessariamente, que o eventual desejo de compra da Representante seria na forma de costume, ou seja, a prazo.

A partir do momento que a Representada expressamente formalizou essa condição, (venda a vista, alterando a praxe anterior) através do documento que essa Secretaria donominou de "compromisso de cessação", a Representante deixou de querer comprar os produtos da Representada, uma vez que não ultimou nenhum pedido de compra, limitando-se apenas a apresentar pedido de cotação de preços, no que foi imediatamente atendida, conforme reconhecido pelo essa própria Secretaria."

Acresce a Representada que não restou comprovado que anteriormente ao "compromisso de cessação", a Representante não manifestou qualquer interesse de compra nas condições impostas pela Lei nº 8.002/90, de modo a restar indubitoso que a citada legislação teria sido descumprida pela Representada: "Neste sentido entende que se faz necessário a prova de que pela citada legislação, tenha ocorrido tal fato, razão pela qual também entende que o processo não pode prosperar já que a acusação foi "feita exclusivamente com base neste fato".

A Representada em face do enquadramento da sua conduta na Lei nº 8.002/90, manifestou que algumas considerações jurídicas deviam ser feitas especificamente sobre o alcance da referida norma:

"Inicialmente deve ser posta atenção ao seu enunciado, que expressamente revela s objetivos pelos quais ela foi editada. Assim, transcrevemos o seu texto "Lei nº 8.002 - de 14 de março de 1990 - Dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor."(grifamos)

Vê-se, então, que tal legislação se destina a proteger direitos do consumidor, que juridicamente deve ser entendido como aquele que consome por si próprio o produto que pretende comprar."

Argumentou ainda a Representada:

"O raciocínio acima é devidamente corroborado pelo que contém o texto da Lei 8.158/91, quando elenca, em seu art. 3º, o inciso VII, que repele a recusa, injustificada, de venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições normais aos usos e praxes comerciais.

Ora, se o texto da Lei 8.158/91, trata da mesma recusa de venda constante da Lei 8.002/90, mas agrega a qualificação das condições normais aos usos e praxes comerciais, evidentemente quer regular atos praticados entre comerciante, restando, então, à Lei nº 8.002/90, regular atos entre comerciante-vendedor e consumidor-comprador pessoa física ou jurídica, mas

que irá utilizar os produtos comprados para seu próprio uso e não para revenda.

Se assim não entender o alcance da Lei 8.002/90 (regular apenas relações entre produtor/comerciante e consumidor final), há que se admitir que a Lei 8.002/90 está sobreposta e pois, revogada pelo inciso VII e VIII, do art. 3º da Lei 8.158/91, uma vez que é posterior àquela e dispõe diferentemente sobre a mesma matéria. Em direito não existem duas verdades, e a lógica jurídica ensina, de maneira muito simples, que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo."

Aduziu também que considerando o fato de constar dos autos "compromisso de cessação" por ela firmado, bem como de haver concluído o Departamento inexistir configurado, na inicial, prática de abuso de poder econômico, em quaisquer das modalidades, segundo o seu entendimento, acredita a Defendente que não terá o que recomendar a SDE como medida corretiva, tampouco o CADE terá o que julgar, já que não houve prática de abuso do poder econômico. E encerra:

"Vê-se, assim, pela própria existência do art. 7º da Lei 8.158/91, que a Lei 8.002/90 só é aplicável aos casos em que o Representante esteja na qualidade de consumidor dos produtos tiverem a venda rejeitada.

Outra circunstância de extrema importância para o justo julgamento deste processo, está no fato de que a Representante foi por vários anos distribuidora da Representada, tendo, segundo ela mesma comprova, recebido prêmios por seu desempenho satisfatório.

Ora, não é difícil de se concluir que neste período a Representante obteve lucros razoáveis, utilizando-se, para tanto, do fato de ser uma distribuidora regional dos produtos da Representada e que, assim sendo, beneficiou-se do sistema de distribuição que lhe concedia prioridades. Logo, não tem ela condições éticas e jurídicas para tentar penalizar um sistema do qual desfrutou e obteve vantagens por vários anos."

Estas são as principais alegações da Representada em sua defesa. O que mais dela consta refere-se à participação da Representante no mercado dos produtos comercializados pela Representada, dos cuidados exigidos por norma específica quanto a comercialização, estocagem, manipulação, assistência técnica; a necessidade da rede de distribuição, etc.

Requer, ao final, que sejam julgadas improcedentes as acusações que lhe foram feitas, arquivando-se, por conseguinte, o processo subexame, por estar convicta de que a Lei nº 8.002/90 só se aplica às relações com consumidores finais, embora tenha se comprometido a vender para a Representante nos termos da citada Lei.

2.2. Sobre as alegações da Representada o DPDE/SDE, através do seu il. Chefe de Divisão, Dr. Edson Raimundo Machado (fls. 727/737), inicia ratificando os termos dos pronunciamentos emitidos no Relatório contido às fls. 668/676, que deu origem a Notificação nº 235, de 25/09/92, dirigida à ICI Brasil S.A., em face do despacho de fls. 678, do Secretario de Direito Econômico, que julgou subsistentes os fatos que geraram a instauração deste processo, passando a examinar a tempestiva defesa da empresa nominada.

Na conclusão da sua manifestação (fls. 735/737) o il. Chefe da Divisão do DPDE argumenta que a defesa da ICI Brasil S.A. prende-se a contestar o enquadramento da sua conduta na Lei nº 8.002/90, por julgar que a referida Lei está voltada para a relação produtor-comerciante e consumidor final o que não é a situação Denunciante e Defendente. Argüi, ainda, a Defendente, que a Lei nº 8.158/91 trata da mesma recusa de venda constante da Lei nº 8.002/90, ao elencar em seu art. 3º, inciso VII, "que repele a recusa, injustificada, de venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições normais aos usos e praxes comerciais", palavras da Defendente. Reafirma a Defendente que a Lei nº 8.158/91 "agrega a qualificação das condições normais aos usos e praxes comerciais, evidentemente quer regular atos praticados entre comerciante, restando, então, à Lei 8.002/90 regular atos comerciante-vendedor e consumidor-comprador pessoa física ou jurídica, mas que irá utilizar ou produtos comprados para seu próprio uso e não para revenda."

E sobre a questão continua:

Dois pontos exigem observações acerca do entendimento da Defendente:

**PRIMEIRO** - Quando a Lei nº 8.002/90, há que observar que a sua ementa está divorciada do seu corpo. O Congresso examina e acolhe, decreta o texto das normas no que se refere aos artigos que as compõem. Por sua vez, o Presidente da República, quando sanciona, aprova os artigos que as integram e, nos artigos da Lei nº 8.002/90, inexistente referência a consumidor e sim a quem se dispuser a adquirir produto por pronto pagamento.

Tanto assim é que ao lançar a ressalva prevista no inciso I do art. 1º da citada Lei nº 8.002/90 - "ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais" -, quer referir-se a compra por revendedor via da distribuição regulada, a exemplo da realizada pelo setor automobilístico e de combustíveis. Nos demais casos qualquer pessoa física ou jurídica poderá adquirir os produtos diretamente do fabricante/comerciante, ainda que não consumidor final.

**SEGUNDO** - No que concerne ao inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.158/91, copiada pela metade pela Defendente, há que se aclarar que o texto

expressa a forma de pagamento, ou seja as "condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais". Como trancreveu a Defendente ficou parecendo que as relações repelidas eram todas e não a específica como o texto quis, a de pagamento. A Defendente como atestam os autos vendia na forma a prazo e/ou com descontos.

Logo, não há que se falar em normas sobrepostas, tampouco está revogada a Lei nº 8.002/90 pela Lei 8.158/91. As Leis são independentes embora possam se combinar. A Lei nº8.158/91 jamais revogou a Lei nº 8.002/90, tanto que no parágrafo único do Artigo 1º daquela impôs-se ação da SDE tendentes a reprimir as infrações previstas nesta.

Isto posto, e por entender do il. Chefe de Divisão que a Representada não trouxe argumentos e/ou provas que contradigam o posicionamento deste órgão acerca da recusa de venda repelida opinou pela procedência da denúncia que originou este Processo.

2.3. O parecer acima foi submetido a il. Coordenadora Geral Técnica daquele Departamento de Proteção e Defesa Econômica -DPDE, Dra. Lázara Cotrim, que o acolheu, por entender que a manifestação da lavra do Dr. Edson Raimundo Machado, sustentou com toda pertinência a aplicação da Lei 8.002/90, de 14 de março de 1990, ao assunto em tela, haja vista o entrelaçamento dos objetivos da lei referida e da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, instituidora de normas para a defesa da concorrência. Consagrou este último diploma legal em seu art. 1º, parágrafo único, a competência da SDE/DPDE para "adotar providências necessárias à repressão das infrações previstas" naquela lei, atribuindo-lhe, com isso, a mesma natureza jurídica.

Destacou também que para consolidar tal entendimento é suficiente buscar na evolução histórica da Lei 8.002/90, em seu nascedouro e marco inicial o espírito e finalidade da Lei, a Exposição de Motivos que ao discorrer sobre as condutas de agentes econômicos vedada pela lei, ou seja, a chamada "venda casada" consistente na recusa de venda diretamente a quem dispuser a adquirir a mercadoria mediante pronto pagamento ou condicionamento da venda à utilização de transporte do vendedor ou de terceiros por ele indicado, ou à prestação de serviços acessórios não desejado pelo comprador, assevera que:

"3. Tais procedimentos caracterizam tentativas de eliminação de concorrência e de dominação de mercados, sempre com o objetivo de auferir lucro arbitrário.

4. Para reprimir esses abusos com base no que dispõe o § 4º do art. 173 da Constituição Federal, tenho a honra de propor a Vossa Excelência a adoção de medida Provisória, que pune, em sede administrativa,...com multa,

sem prejuízo de outras sanções cabíveis, as infrações caracterizadas por ambas as modalidades expostas".

Afirmou ainda que a lei referida está inserida na legislação antitruste, a Lei nº 8.158/91, cuja finalidade é proteger e amparar a concorrência no proveito dos consumidores, dos concorrentes atuais, potenciais e da nação, e esta entre os princípios gerais da atividade econômica, o da livre concorrência, assegurados pela Carta Magna, art. 170, inciso IV, "que tem por objetivo balizar as atividades de produção e comercialização nos limites do interesse do consumidor", (Antonio C. de Azevedo Sodré Filho e Lionel Zaclis, in Comentários à Legislação Antitruste, pag, 26).

E, calçado em princípios que regem a atividade econômica, a própria Constituição, art. 173, 4º, com vistas à repressão aos abusos do poder econômico, preceitua:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros", preceito balizador da Exposição de motivos."

Diante disso e por entender a il. Coordenadora do DPDE que a lei tem aplicação geral e abstrata e que em seu destinatário atinge a todos igualmente, nos parâmetros por ela disciplinados, e que é inarredável o alcance da Lei 8.002/90 aos fatos nestes autos questionados, propôs que estes fossem encaminhados à Secretaria de Direito Econômico para as medidas cabíveis.

2.4. Em seu despacho à fl.741, o il. Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica-DPDE/SDE, entendeu procedente a Representação, encaminhando ao Secretário de Direito Econômico para providências ínsitas nos demais artigos da Lei nº 8.002/90.

### **III MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR DO CADE**

Ouvido o il. procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, afirmou este, no seu fundado Parecer de fls. 749/756, datado de 05/02/93, que a aplicação das sanções da Lei nº 8.002/90 refogem à competência do CADE, alertando que a negativa de venda que interessa à atuação deste Conselho é a que está descrita no inciso VII do art. 3º da Lei nº

8.158/91. Registra ainda que o inciso, por certo, não pode deixar de ser compreendido sem o "caput" do artigo, que aponta como o objeto ou finalidade da conduta reprimida a dominação de mercados de bens e serviços, o prejuízo à livre concorrência ou o aumento arbitrário de lucros. Sugere ao final que em face dos argumentos expedidos naquele parecer, que a representação seja tida por improcedente, no que refere à conduta alegadamente capitulada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. No que diz com a matéria compreendida na Lei nº 8.002/90, propõe simples retorno dos autos à SDE, para providências consideradas oportunas.

**José Matias Pereira**

### **VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR**

*EMENTA: Recusa de venda não capitulável no tipo da Lei nº 8.158/91, art. 3º, VII. Incompetência do CADE para o exame de conduta alegadamente compreendida em tipo da Lei nº 8.002/90. Pela improcedência da representação, no que se refere à conduta tipificada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. quanto à matéria compreendida na Lei nº 8.002/90, pelo retorno dos autos à SDE, para as providências consideradas oportunas.*

### **1. INTRODUÇÃO**

A empresa Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. propôs, com base na Lei nº 8.158/91, a abertura de representação contra a ICI Brasil S.A. por abuso de poder econômico, inconformada com a perda da condição de revendedora de produtos da Representada.

A Representada ICI Brasil S.A., é uma empresa cuja composição acionária é 100% estrangeira, é subsidiária da Imperial Chemical Industries - ICI, empresa inglesa que ocupa, segundo os dados disponíveis, a quarta posição no ramo químico no mundo, ficando apenas das empresas químicas da Alemanha. Atua em diversos setores como química de base, vestuário, plásticos e agropecuária. Está entre as vinte maiores empresas da área química em operação no mercado brasileiro. No setor de defensivos agrícolas detém cerca de 7% do mercado nacional.

Com base na citada apresentação, e após a realização de diversas averiguações preliminares, a Secretaria de Direito Econômico - SDE notificou a Representada para que se defendesse das acusações contidas na Nota

Técnica a ela encaminhada (fls.551 e seg.), dando início, assim, ao processo administrativo.

A referida Nota Técnica assinada pelo il. Coordenador do DPDE, Dr. Cláudio João José, entendeu não haver pertinência de se cogitar, no caso, de pretensão ao domínio do mercado nacional de defensivos agrícolas. Assegurou, ainda, que o rompimento do contrato verbal mantido entre a Representante e a Representada não permitiria entrever manobra destinada à eliminação da concorrência. Apenas imputou à empresa representada o tipo descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.002/90, que diz com a recusa de venda de mercadoria a quem se dispõe a adquiri-la, mediante pronto pagamento. O trabalho do il. Coordenador do Departamento de Proteção e Defesa Econômica foi complementado, neste ponto, pela Nota Técnica subscrita pelo il. Chefe de Divisão daquele Departamento, Dr. Edson Raimundo Machado, que concluiu no seu expediente acusatório:

"A imposição da Representada de que os seus produtos só poderão ser vendidos à Representante via do distribuidor de Londrina caracteriza infração à Lei nº 8.002/90, já que a Representada vende os seus produtos a outras categorias de comerciantes, inclusive por vendas diretas, como afirma textualmente no processo (fls. 570)". Prossegue às 571/172 "Esta prática em uso, como transcrevemos caracteriza infração à Lei nº 4.137/62, pois a tabela de preços mínimos utilizada para categorias de compradores desrespeita a norma citada".

Conclui afirmando que esta prática se enquadra na alínea "a", inciso IV, art, 2º, da Lei nº 4.137/62, que dispõe, *\_verbis\_*:

"IV- Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores, ou dos vendedores, por meio de:

a) discriminação de preços entre compradores ou fixação discriminatória de prestação de serviços."

Respaldou sua afirmativa no seguinte argumento (fls. 572):

"Poderia a representada alegar que não formou qualquer agregação para tal fim. Todavia, extrai-se dos contratos de

distribuição, por ela absorvidos quando da incorporação pela ICI, em 1988, da empresa Stauffer S.A., que os referidos contratos, pelo que se apresentam, não alterados, detém cláusulas de exclusividade claras dos produtos da sua marca. Assim, mesmo não aparentes, as agregações se confirmam, de vez que limitam a concorrência".

## **2. COMPETÊNCIA DO CADE QUANTO À RECUSA DE VENDA**

Tal como descrita no expediente enviado à Representada, para elaborar a sua defesa, no que diz respeito à recusa de venda, entendo que a matéria escapa à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Isto porque, cabe à Secretaria de Direito Econômico, conforme especifica, em parágrafo único, o art. 1º da Lei nº 8.158/91, a atribuição, paralela a defesa da livre concorrência, no repúdio ao aumento abusivo de preços e à dominação de mercado, de "adotar as providências necessárias à repressão das infrações previstas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990".

Não foi estendida tal competência, entretanto, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Persiste na esfera das atribuições do CADE a perseguição dos tipos de infração elencadas na Lei nº 4.137/62, complementados pelo art. 3º da Lei nº 8.158/91, e que dizem com prática de abuso do poder econômico e proteção da livre concorrência.

Não tenho dúvidas de que a negativa de venda que interessa à atuação deste Conselho é a que está descrita no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.158/91. O inciso, por sua vez, não pode deixar de ser compreendido sem o "caput" do artigo, que aponta, como objeto ou finalidade da conduta reprimida a dominação de mercados de bens ou serviços, o prejuízo à livre concorrência ou o aumento arbitrário de lucros.

Vale observar que esta orientação legal da nossa legislação está em consonância com o direito comparado, quando cuida de institutos de que tratam órgãos com características e finalidades semelhantes às do CADE. Guilherme Cabanellas, a este respeito, se manifestou:

"A negativa em satisfazer pedidos de bens e serviços constitui uma faceta normal das atividades econômicas, (...) pode ser utilizada para dar efeito a certas manobras dirigidas a lesar competência, particularmente quando responde à ação conjunta de várias empresas ao exercício

de poder de mercado derivado de uma posição dominante. Por este motivo as principais legislações antimonopolísticas introduziram regras destinadas a impedir as negativas de satisfazer pedidos, que se originam de ações concertadas ou de posições dominantes, e tem efeitos perniciosos sobre o desenvolvimento dos mercados". (Derecho antimonopólico y de la competencia. Buenos Aires, Heliasta, 1983, pag. 516).

Dessa forma, está nítido que não se apurou na espécie que o comportamento atribuído de recusa de venda se tenha prendido a uma estratégia de dominação de mercados ou de eliminação de concorrência. Deve-se ressaltar que o DPDE nega que tais tenham sido os motivos da conduta que imputa à defendente - até por isso não enquadra a ação da Representada na Lei nº 8.158/91, mas na Lei nº 8.002/90 que não tem por objetivo a defesa da concorrência. Neste sentido deve-se observar o disposto no art. 39, incisos I e II da Lei nº 8.078, de 11/09/90.

Em face do exposto, entendo que a aplicação das sanções da Lei nº 8.002/90 refogem à competência do CADE.

### **3. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO COM DANOS À ESTRUTURA DO MERCADO**

Ao tratar da questão da formação de grupo econômico, creio oportuno observar que a liberdade de comércio e indústria não pode ser exercitada de modo a comprometer o regular funcionamento dos mercados. Neste sentido a ordem jurídica proíbe todas as formas de atuação que importem em danos à livre concorrência.

Nesse contexto é oportuno ressaltar que a ordem jurídica não visa à proteção dos agentes econômicos, unitariamente considerados, mas busca à preservação do mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista. Dessa forma, a liberdade de concorrência apresenta-se dotada de caráter positivo: é o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa aquele funcionamento regular, dos mercados.

Conforme registrei na fase introdutória deste VOTO, os autos tratam do tema relacionado à formação de grupo econômico, com vista a enquadrar a Representada na alínea "a", inciso IV, art. 2º, da lei nº 4.137/62 (fls. 572).

Sobre esta questão, transcrevo a pertinente manifestação do il. Procurador do CADE, Dr Paulo Gustavo Gonet Branco, a qual acolho:

"Para que tipo se realize, pois, cumpre que haja, efetivamente, discriminação ilegítima de preços atrelada ao propósito de formar grupo econômico, evidentemente com danos à estrutura do mercado. No caso, não vejo comprovada a realidade desses elementos".

Destaco, portanto que não está demonstrado nos autos que a existência de preços diferenciados praticados pela Representada ICI Brasil S.A. tenha como objetivo a formação de grupo econômico.

Reside na existência de alguns contratos de venda exclusiva de produtos da ICI Brasil S.A. e de prêmios à opção de fornecedores pela venda apenas de produtos da defendente, a força de prova da formação de grupo econômico, contida na Nota Técnica (fls. 572/573), de autoria do il. Chefe de Divisão do DPDE, Dr. Edson Raimundo Machado. Entendo que essas provas não são suficientes para autorizar uma condenação. Um juízo de reprovação requereria a colação de outros elementos, que indicassem a intimidade de interesses e de ação própria de um grupo econômico. Somente a existência de contratos com a cláusula de exclusividade não é bastante para inferir a figura mencionada da Lei nº 4.137/62. É oportuno lembrar que em matéria de concorrência, o que a ordem jurídica visa coibir é a conduta incorreta dos agentes econômicos, contrária aos usos honestos em matéria comercial e industrial e/ou que possa afetar, comprometendo-os em suas integridades, os mercados.

Deve-se observar que a cláusula de exclusividade, enquadrada no direito econômico com um acordo vertical, pode ser irrelevante do ponto de vista do direito repressivo. Essa cláusula tem como base a obrigação assumida por uma das partes de contratar exclusivamente com a outra, no tocante a determinado bem ou serviço. Como exemplo desse tipo de pacto discriminado legalmente, temos a cláusula de exclusividade em contratos de concessão de vendas, de franquia, cessão de uso de marca ou sinal de propaganda, prestação de serviços, dentre outros.

Faz-se necessário portanto examinar as razões que, muitas vezes, levam o aplicador de lei a repudiar estes pactos de pronto, alegando serem ilegais "per se", sem conduto atentar para as conseqüência e benefícios que o ato fim desses pactos pode acarretar ao mercado. Por exclusividade entende-se tudo que traga a qualidade de exclusivo, único, sem admissão de outra coisa. Na terminologia comercial, é entendido como privilégio outorgado ao

comerciante ou somente a certa pessoa para vender as mercadorias ou os produtos de um estabelecimento ou fábrica. Dessa forma, pode-se afirmar que a exclusividade possui semelhança com o monopólio; porém deve ser entendido como um monopólio de cunho privativo.

A partir da análise dos dispositivos legais mencionados, em especial a alínea "a", item IV, art. 2º, da Lei nº 4.137/62, poder-se-á chegar à conclusão de que qualquer cláusula de exclusividade é ilegal "per se", pois a exemplo do caso examinado nos autos, que se refere a exclusividade na concessão de venda, implica, de fato, a exigência para o concessionário de vender somente os produtos do concedente e, conseqüentemente, de adquiri-los unicamente deste último. A ilegalidade pareceria evidente, no sentido de restringir a concorrência e limitar o consumo.

É oportuna, entretanto, a posição manifestada por Fábio Konder Comparato quando afirma que "seria ridículo desconhecer que a franquia e a concessão de venda não foram criadas como manifestações modernas de um certo malthusianismo econômico, mas objetivaram e ainda objetivam outras finalidades bem diversas. Elas não surgiriam da necessidade ou interesse de restringir a concorrência e limitar o consumo, mas, bem ao contrário, como formas novas de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção". (in Fábio Konder Comparato, "Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial" - 1978 - cap. 5 pag. 384 - ed. Forense).

Partindo desse enfoque, entendo que a legalidade das cláusulas de exclusividade deve ser analisada e julgada sob o enfoque da razoabilidade ou regra da razão. Ou seja, a partir da utilização de critérios que indiquem que a necessidade da cláusula de exclusividade correspondente a um interesse legítimo do concedente ou franquiador e não prejudica o mercado consumidor. Dentro desse limite estabelecido, vejo este tipo de imposição ou restrição, como a fim, um benefício tanto para quem a impõe, quanto para quem a ela se submete e, conseqüentemente, para o consumidor.

Nos Estados Unidos da América, as Cortes estão seguindo a tendência de aplicar o critério de razoabilidade (rule of reason) em vez de regra do "ilegal per se" (per se rule), considerando que, a princípio, todo tipo de acordo é compatível com o princípio da liberdade das partes de contratar e com o princípio da livre concorrência. A cláusula de exclusividade não foge a esta idéia, entretanto, a investigação legal tem que ser feita pela Corte, pois o objetivo precípua de direito antitruste é a fiscalização e conservação de um mercado justo e competitivo, e a verificação de que qualquer ato fim investigado assim o mantenha.

Assim, entendo que a validade da aplicação do critério da razoabilidade é o de atender ao objetivo da Lei nº 4.137/62 de reprimir o

abuso de poder econômico e a provocação de condições monopolísticas. Vejo o sistema de comercialização pretendido através de cláusulas de exclusividade como um sistema de entrega ao consumo por intermédio de contribuidores ou revendedores organizados pelo franqueado. A cláusula de exclusividade não pode ser entendida como um instrumento que visa o monopólio, visto que ela procura harmonizar, num nível técnico-comercial elevado, o consumidor, o franqueador, o cedente e o franqueado ou concessionário.

Para o consumidor, a existência de uma atividade mercantil disciplinada, com um atendimento especializado de padrão superior e a certeza de estoque e a prestação de serviços garantidos considerando que o franqueado ou concessionário estará tranqüilo, sem se preocupar com competição interna, podendo se concentrar em melhores promoções e instalações e na satisfação dos clientes, é através dessa cláusula, a qual funciona muitas vezes para as ambas as partes, que o franqueado ou concedente, dono do privilégio, estará exercendo um controle de qualidade da marca que garante ao público a qualidade do produto ou serviço, e também o controle da forma de comercialização e, com isso, preservando a sua clientela.

Assim posto e atento ao disposto no art. 2º da Lei nº 4.137/62, entendo que à cláusula de exclusividade nos contratos contido nos autos, pode ser aplicado o critério da razoabilidade, visto que não indicam a existência de indícios de técnicas monopolísticas, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. O objetivo da Representada, ao recorrer à cláusula de exclusividade nos contratos com os seus revendedores, é o de racionalizar a organização da comercialização dos seus produtos e das mercadorias e/ou a prestação de serviços oferecidos aos consumidores. Isso se enquadra dentro de princípios éticos e transparentes da livre concorrência que deve existir entre as empresas concessionárias ou franqueadas e concedentes ou franqueadoras, sem prejuízo de um mercado justo e competitivo.

Em síntese, entendo que essas cláusulas devem ser toleradas se direcionadas a preservar a integridade e a uniformidade dos produtos do fabricante. As referidas causas justificativas da cláusula se repetem na espécie, conforme pode ser constatado nas leituras de documentos contidos nos autos anexados pela defendente e do parecer do Ministério da Fazenda.

Alerta a Representada que os seus distribuidores devem ser especializados, pois os produtos com que lidam são perigosos e devem ser manipulados com extremo cuidado, sendo objeto mesmo de normas próprias. Registre-se que a FAO (organismo das Nações Unidas voltado para as questões de produção de alimentos), recomenda, com base no Código Internacional de Conduta para a Distribuição e Uso de Defensivos Agrícolas, aprovado em 28/11/85, que os "defensivos agrícolas sejam comercializados

por e adquiridos de comerciantes de boa reputação que sejam, preferencialmente, membros de uma organização comercial reconhecida"(fls. 723). Recomenda ainda que "todas as nações membros da FAO promovam o uso do presente Código no interesse de uma utilização mais segura e eficiente de defensivos agrícolas e de uma maior produção de alimentos"(fls. 725).

Por sua vez, o Ministerio da Fazenda, através do parecer emitido pelo Núcleo de Defesa Econômica/DAP, da Secretaria de Economia, referindo-se ao sistema de distribuição vinculada em causa, afirma:

"A aplicação de elevadas magnitudes de capital, investimentos em tecnologia, novos processos e produtos, amplia exponencialmente os riscos trazidos pelas incertezas inerentes ao comportamento dos mercados. Torna-se necessário prever e garantir com razoável grau de certeza não somente a continuidade das condições de produção mas, também, e principalmente, a estrutura de distribuição e consumo das mercadorias produzidas. No setor de defensivos agrícolas, o controle sobre a rede de distribuição justifica-se, ainda, pela alta toxicidade dos produtos vendidos, cuja manipulação inadequada pode causar danos tanto aos agricultores quanto aos consumidores finais, através da contaminação dos alimentos"(fls. 660).

Dessa forma, não está perceptível que da existência de contratos com cláusulas de exclusividade, na espécie, possa ser extraído que se está organizando um grupo econômico direcionado à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A Secretaria de Direito Econômico, no seu relatório final não se ocupa do tema (fls. 727-740). O Despacho do Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, que estima procedente a representação no que diz com a recusa de venda tipificada na Lei nº 8.002/90, tampouco faz referência ao assunto do art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62(fl. 741).

## **CONCLUSÃO**

Por assim entender e acolhendo em todos os seus termos o fundamentado parecer do il. Procurador do CADE, o meu VOTO é pela improcedência da Representação, no que se refere à conduta alegadamente

capitulada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62, uma vez que não ficou comprovada, nestes autos, a prática delituosa de que trata tal dispositivo. No que diz com a matéria compreendida na LEI nº 8.002/90, VOTO pelo simples retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico, para as providências consideradas oportunas

Brasília-DF, 26 de fevereiro de 1993.

**José Matias Pereira**

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

**Questão preliminar**

Com relação à questão preliminar, ora em votação, manifesto minha concordância com o entendimento do ilustre Conselheiro-Relator, José Matias Pereira, que resulta, a meu ver, de adequada interpretação da legislação de regência.

Efetivamente, como bem destaca o Relator, em harmonia com o bem lançado parecer do eminente Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, a recusa de venda da Representada à Representante, tal como descrita, nestes autos, pela Secretaria de Direito Econômico -SDE, não configura hipótese de ilícito a ser julgada pelo CADE.

Cabe mesmo referir, no particular, que, no expediente encaminhado pela SDE à Representada, com vistas à apresentação de defesa, a ação da ICI foi enquadrada no inciso I do Art. 1º da Lei nº 8.002, de 14/03/90, eis que não se apurou que tal ação haja obedecido a uma estratégia de dominação de mercado, de prejudicar a livre concorrência ou mesmo de auferir aumento arbitrário de lucros (fls. 551 e seguintes).

Bem como afirma, a tal propósito, o eminente procurador do CADE, com base nos elementos colhidos nos autos, no que foi acompanhado pelo ilustre Conselheiro-Relator.

Enquadrando-se a ação da Representada na Lei nº 8.002/90 - a qual, segundo aquele ilustre Procurador, em interpretação que me parece adequada, não tem por objetivo específico da concorrência - a competência para a adoção das providências necessárias da SDE, pois assim o dispõe expressamente o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.158, de 08/01/91.

A vista de tais fundamentos, acompanho o voto do ilustre Conselheiro-Relator, por entender que a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.002/90 escapa à competência do CADE

### **No mérito**

Igualmente acompanho o voto do ilustre Conselheiro-Relator, uma vez que considero não comprovada a conduta prevista no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137, de 10.09.62.

De fato, como enfatizou o eminente Procurador do CADE, a tipificação de tal figura exige que haja discriminação ilegítima de preços, com o propósito de formar grupo econômico, daí resultando danos à estrutura do mercado.

E, no caso, não restou demonstrado, nos autos, que a existência de preços diferenciados praticados pela ICI haja obedecido ao propósito de formar grupo econômico.

De outra parte, como muito bem situou o ilustre Conselheiro-Relator, e a existência de contratos com cláusula de exclusividade, na espécie, não permite, por si só, concluir-se que se está armado um grupo econômico orientado para ações nefastas ao mercado, de modo a se configurar a figura prevista na Lei nº 4.137/62.

Por tais razões, manifesto-me pela improcedência da Representação, adotando os fundamentos invocados pelo ilustre Conselheiro-Relator.

Brasília, 26 de fevereiro de 1993.

**Carlos Eduardo Vieira de Carvalho**

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

### **PRELIMINARMENTE**

A questão preliminar diz respeito à competência deste egrégio Conselho para julgar as infrações previstas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990. O argumento central do ilustre Conselheiro-Relator é o de que o citado diploma trata de relação de consumo, matéria também afeta à Secretaria de Direito Econômico, e não de abuso do poder econômico, campo de incidência da competência do CADE.

Essa, também, a tese do ilustre procurador do CADE, que afirma não ter a Lei nº 8.002/91, por objetivo, a defesa da concorrência.

Não vejo, porém, consistência nesse argumento, eis que as condutas tipificadas no referido texto legal não dizem respeito a mera relação de consumo entre fabricante e destinatário final. Constituem, ao contrário, práticas que atentam contra a ordem econômica, restringindo potencialmente a concorrência: a primeira porque discrimina compradores ou distribuidores e a segunda porque vincula a venda de mercadoria à prestação de um serviço, eliminando-se, assim, outras empresas que estejam aptas para comprar os produtos ou prestar os serviços e produzindo no mercado efeitos mediatos ou imediatos.

Foi esse, aliás, o entendimento do legislador ao trazer para o bojo da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, o diploma em questão. Argumento contrário pode apoiar-se tão só na ementa da Lei nº 8.002/90 que enuncia:

"Dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor."

Ora, a ementa é apenas um elemento informativo a ser considerado na interpretação da norma, assim como o são os trabalhos preparatórios de uma lei, dentre eles a respectiva Exposição de Motivos. E, no caso da Lei nº 8.002/90, confrontando a ementa com a Exposição de Motivos, encontro razões suficientes para prestigiar a tese de que as infrações ali tratados dizem respeito à ordem econômica e à defesa da concorrência, e não a mera relação de consumo.

A Exposição de Motivos, após explicitar as práticas que se pretende coibir, porque atentam contra os direitos do consumidor e burlam o controle de preços, assim fundamenta a necessidade de repressão:

"3- Tais procedimentos caracterizam tentativas de eliminação de concorrência e de dominação de mercador, sempre com o objetivo de auferir lucro arbitrário.

4- Para reprimir esses abusos e com base no que dispõe o § 4º do art. 173 da Constituição Federal, tenho a honra de propor a V. Exa. a adoção de Medida Provisória, que pune, em sede administrativa, com multa variável de 500 a 200.000 BTN, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, as infrações caracterizadas por ambas as modalidades expostas.

5- Trata-se de matéria urgente e relevante, pela necessidade de proteger a economia popular, o que justifica a utilização da via legislativa proposta."

Verifica-se, assim, que o fundamento constitucional para a medida provisória foi exatamente o § 4º do art. 173 da Lei Maior, que impõe a repressão ao abuso do poder econômico, e não o art. 5º, inciso XXXII, que determina ao Estado a promoção da defesa do consumidor, sendo certo, ainda, que a preocupação do legislador foi a proteção da economia popular, expressão que tradicionalmente se insere no contexto da ordem econômica. Ressalte-se, nesse tocante, que a Lei nº 8.158/91, em seu art. 20, faculta a SDE e ao CADE representar ao Ministério Público com vistas à aplicação da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que descreve as condutas abusivas do poder econômico passíveis de repressão na esfera penal, ali classificadas como infrações contra a economia popular, no art. 1º, que assim dispõe:

Art. 1º- Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.

Em abono doutrinário à tese de que se trata de espécie afeta à defesa da concorrência, destaco o elaborado artigo de autoria do Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., in Arquivos do Ministério da Justiça (N. 177, p. 31) - Venda Casada de Bens e Serviços, Contrato de Franquia e a Legislação de Defesa da Concorrência. Ao tratar da venda casada, o ilustre mestre os diversos diplomas legais que abordam a matéria no âmbito da defesa da concorrência, eles a Lei nº 8.002/90, cujo tipo, afirma o autor, é específico para os casos de serviço de transporte. Já o dispositivo expresso na Lei nº 8.078/91, o Código do Consumidor, precisamente o art. 39, inciso I, é citado pelo autor apenas para abranger o tema, deixando claro que o mesmo só se aplica às relações de consumo, isto é, "entre o fabricante e o destinatário final, aquele que "não" usa o produto adquirido para a elaboração de novo produto a ser comercializado, mas o utiliza para o consumo próprio e final."

Essas as razões porque as infrações contidas na Lei nº 8.002/90, juntamente com aquelas previstas na Lei nº 4.137/62 foram integradas à Lei nº 8.158/91, dando-se competência à SDE para adotar as providências necessárias à sua repressão. Quais providências seriam essas que não a instauração do devido legal para apuração dos fatos e imputação da conduta ao responsável, para posterior encaminhamento ao CADE para julgamento e conseqüente repressão?

Não dispõe a SDE de competência para reprimir. Compete-lhe tão só apurar os fatos. Nisto é clara e insofismável a lei, que criou um processo apuratório único, com fases bem definidas e que sempre inclui o CADE quando configurado o ilícito e necessária a repressão. E, pois, especialíssima a competência do Conselho para julgar os processos instaurados com base na Lei nº 8.158/91, dentre os quais se incluem aqueles destinados a reprimir as infrações previstas na Lei nº 8.002/90. A punição administrativa é ato vinculado em todos os seus termos e fases à forma prescrita em lei. Assim, o rompimento do rito processual previsto na lei, para se atribuir, por presunção, competência à Secretaria para impor penalidades configuraria supressão de instância e desrespeito ao princípio do devido processo legal.

Ainda numa interpretação lógica, a utilização do argumento ex absurdo pode demonstrar que a negativa de competência do CADE para julgar este processo, ao entendimento de que a conduta tipificada na Lei 8.002/90 diz respeito a relação de consumo e não à livre concorrência, conduziria ao impasse: o processo teria que retornar à SDE para, segundo o ilustre Relator, adotar as providências oportunas e ali não se pode vislumbrar qualquer providência que já não tenha sido tomada, até pela falta de competência para qualquer outra. Já houve manifestação da Secretaria quanto ao mérito da conduta imputada à Representada, no sentido da configuração do ilícito; não dispõe a SDE de competência para julgar o processo que instaurou na forma da Lei 8.158/91 e o arquivamento só pode ocorrer em virtude de inexistência da infração, o que, de acordo com a Secretaria, não é o caso. Seria, então, o caso da Secretaria se socorrer do Poder Judiciário para impor a sanção administrativa. Ocorre, porém, que a imposição da penalidade administrativa é da competência exclusiva da Administração, cabendo ao judiciário o controle da legalidade do ato administrativo. Não se requer a imposição de multa administrativa ao Judiciário, mas executa-se a multa imposta e não paga, ocasião em que o controle judicial se exerce plenamente.

Essas as razões por que aceito a competência do CADE para julgar este processo e, se vencedor o meu voto, peço desde já vista do processo para o exame do mérito.

É o meu voto.

**Neide Teresinha Malard**

**MÉRITO**

Vencida mas não convencida quanto à questão preliminar da competência do CADE, passo ao exame do mérito à luz da Lei nº 4.137/62.

Estou com o ilustre Conselheiro-Relator em que inexistente, na espécie, conduta ilícita a ser reprimida com base na alínea a, inciso IV do art. 2º da lei referênciada.

A conduta tipificada na alínea em questão é meramente instrumental daquela descrita no inciso, inexistindo nos autos qualquer prova quanto à formação de grupo econômico, não se podendo inferir a ocorrência implícita de agregação da mera existência de contratos com cláusula de exclusividade.

Voto, pois, pela improcedência da representação no tocante à conduta na Lei nº 4.137/62, em seu art. 2º, inciso IV, alínea a.

**Neide Terezinha Malard**

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

Quanto a preliminar levantada, vale observar que o Processo Administrativo nº 30 diz respeito à questão que, conforme devidamente sustentada tanto pelo douto Procurador deste CADE, quanto pelo ilustre Conselheiro José Matias Pereira, foge à competência do CADE, visto tratar-se de conduta compreendida na Lei nº 8.002/90, que não tem por finalidade a defesa da concorrência e, sim, de proteger as relações de consumo.

De outra parte, é lícito afirmar que não está comprovada nos autos a discriminação ilegítima de preços vinculada ao objetivo de informar grupo econômico no que se refere à conduta capitulada no art. 2º, item IV, alínea "a" da Lei nº 4.137/62.

Isto posto acompanho o bem fundamentado Voto do Senhor Conselheiro Relator, pela improcedência da Representação.

**Marcelo Monteiro Soares**