

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 31

Representante: TRANSAUTO transportes especializados de automóveis S/A

Representada: FIAT Automóveis S/A

DECISÃO

Por unanimidade de seus membros presentes, o Conselho decidiu pela improcedência da representação e pelo arquivamento do processo, com base nas razões expostas nos votos da Conselheira Relatora e dos demais Conselheiros, dando-se ciência ao Ministério Público da decisão do Colegiado.

Plenário do CADE, 06 de outubro de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO -

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira Relatora

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora

PARECER DA PROCURADORA "AD HOC"

EMENTA: *Rompimento de relações comerciais de prazo indeterminado. Inexistência de elementos nos autos que demonstrem o "objeto" de dominar mercado ou de prejudicar a concorrência. Efeitos não comprovados. Subcontratação de serviços: prática normal de comércio. Inexistência de abuso de poder econômico. Improcedência da representação.*

1. Em representação dirigida à Secretaria de Direito Econômico, TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A. denuncia a FIAT AUTOMÓVEIS S.A. de ter inviabilizado seu funcionamento no Estado de Minas Gerais quando, de maneira unilateral, decidiu romper o contrato que com ela mantinha para o transporte de veículos produzidos por aquela montadora.

Alega a Representante que em 1976 abriu em Belo Horizonte a subsidiária - TEMA TRANSPORTADORA ESPECIALIZADA MINEIRA DE AUTOMÓVEIS - com o objetivo de atender exclusivamente à FIAT, o que fez durante 16 anos ininterruptos. Entretanto, em agosto de 1992, a FIAT lhe comunicou sobre o rompimento do contrato, propondo-lhe que operasse apenas na qualidade de subcontratada de outra empresa transportadora - a SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS LTDA. -, proposta que não aceitou.

A Nota Técnica do DPDE que ensejou a instauração do processo administrativo (fls. 1.069/1.143) afirmou ter havido rompimento abrupto e sem aviso prévio de relação comercial, passível de questionamento judicial, e que a atitude da Representada causou dificuldades ao funcionamento regular do Representante, eliminando-a do mercado de transporte de veículos, além de obrigar duas transportadoras a tornarem-se subcontratadas de uma outra. Essa imposição, segundo o DPDE, em razão da posição dominante da empresa como fabricante de veículos, caracteriza abuso de poder.

Defende-se a representada aos argumentos de que o dolo é elemento necessário ao abuso do poder econômico e de que a rescisão de uma relação contratual de prazo indeterminado não configura infração à legislação, tratando-se de questão puramente contratual, sujeita ao direito das obrigações.

Acrescenta que a exclusão das empresas TRANSAUTO e Sinimbu de seu quadro de transportadores se deu em razão da implantação de um programa de modernização e reestruturação.

2. Em preliminar, suscita a Representada a incompetência da Secretaria de Direito Econômico - SDE, e via de consequência, do CADE, para apreciar a matéria dos autos, por tratar-se de questão puramente contratual, sujeita ao direito das obrigações. Entendo não proceder a preliminar.

A competência do Judiciário para apreciar as questões do direito das obrigações não exclui a da SDE e a do CADE para examiná-las no contexto mercadológico, em que serão examinados os prejuízos causados à concorrência, ao mercado.

É o mestre Miguel Reale que confirma esse entendimento quando diz, em seu parecer de fls. 2.124/2.149, ser inegável a competência do CADE se houvesse quebra de contrato envolvendo abuso de poder econômico. Entretanto, não se pode concluir aprioristicamente pela inexistência de abuso do poder econômico, e assim após a devida apuração dos fatos, que deve ser feita pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, na competência que lhe é conferida pela Lei nº 8.158/91.

De maneira diversa não entendeu o il. Jurista Oscar Corrêa, que afirma a competência da SDE para o exame da questão se surgisse alteração das condições de mercado (fls. 1.275). Contudo, só a análise dos fatos poderá revelar se houve ou não essa alteração.

Aceitar o entendimento cerrado de que resilição unilateral de contrato não é matéria que deva ser apreciada pela SDE e pelo CADE é tornar inaplicável o inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91, posto que o rompimento de relações comerciais por prazo indeterminado nada mais é que a resilição de contrato de que trata o direito das obrigações. De certo, contudo, que o legislador balizou apreciação desse rompimento, que deve ser visto como meio utilizado pelo agente para dominar o mercado ou criar dificuldades ao funcionamento de outra empresa.

3. No mérito, sustenta a FIAT a inexistência de dolo, elemento necessário à caracterização de abuso do poder econômico.

Ao contrário de que afirma a Representada, as normas da legislação antitruste pátria não integram o Direito Penal Econômico e sim o Direito Econômico, disciplina jurídica autônoma, vez que constitui-se de princípios que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas.

Em segundo lugar, não se pode comparar o elemento subjetivo da infração à ordem econômica ao dolo no sentido em que é usado no direito penal: "Dolo é a vontade livre e consciente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando o risco de produzi-lo" (Nelson Hungria, in Comentários ao Código Penal, vol. 1, Tomo 2º, pág. 111, 4ª ed. 1958).

Como ensina Benjamim Sheiber, "O dolo requer ação voluntária para conseguir (ou aceitar o risco de produzir) um resultado ilícito. Mas, requer também consciência da antijuridicidade do ato. Este último requisito não cabe em uma lei penal, com a finalidade de regular um aspecto da vida econômica do País. A lei antitruste não trata de atos anti-morais como está dito a respeito de crimes, cuja antijuridicidade é reconhecida por cada membro da comunidade" (in Abuso do Poder Econômico, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, págs. 37-38).

Ademais, na apuração e correção dos atos ou atividades considerados como infração à ordem econômica será levado em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores (art. 22 da Lei nº 8.158/91).

O "objeto" da conduta sob investigação deve ser analisado à luz de seu significado efetivo para o mercado.

Assim, um acordo entre concorrentes para fixação de preços é suficiente para provar que os participantes pretenderam eliminar a concorrência, porquanto esse objetivo não se restringe a uma mera interação, exteriorizando-se, em forma de acordo, em prejuízo do mercado

4. A matéria que se discute neste autos advém de um relacionamento comercial firmado, via contrato verbal por prazo indeterminado, entre duas empresas participantes de mercados distintos: de um lado, FIAT AUTOMÓVEIS S.A., montadora de automóveis e, do outro, TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A., transportadora de automóveis.

A FIAT, após dezesseis anos entregando seus automóveis diretamente à TRANSAUTO para que os transportasse até às concessionárias, decidiu unilateralmente, pelo rompimento de contrato. Resolveu, ainda, que das quatro transportadoras que lhe prestavam serviços duas continuaram a fazê-lo propondo às outras - TRANSAUTO e Sinimbu - que operassem na condição de subcontratadas. TRANSAUTO não aceitou a proposta por entender que a Representada estava favorecendo a SADA Transportes e Armazenagens Ltda., empresas com quem teria que contratar.

A questão que se coloca é se a conduta da FIAT produziu no mercado algum efeito ou se teria tido o "objeto" de produzi-lo, de sorte a ensejar a aplicação da legislação antitruste no seu aspecto repressivo.

O mercado relevante de serviço se delimita pelo grau de substitutibilidade entre os serviços. As transportadoras de automóveis e comerciais leves podem transportar os veículos das diversas montadoras. O fato das carretas necessitarem de adaptações para o transporte de um tipo de automóvel não é suficiente para caracterizar a segmentação do mercado. A própria Representante informa que modificou 80 carretas de sua frota e exigiu de seus subcontratados autônomos que fizessem o mesmo para atender ao transporte do modelo FIAT UNO (fls. 49).

Os demandantes desse mercado não se restringem às montadoras, incluindo-se as locadoras e comerciantes de veículos, e até particulares.

Tendo em vista que as transportadoras podem utilizar seus veículos para transportar automóveis novos ou usados, dos mais diversos modelos das diferentes montadoras, é de se concluir que, no caso dos autos, o mercado relevante de serviços diz respeito ao transporte de automóveis e comerciais leves.

Em termos geográficos, o mercado relevante não se define em função da Representada ou do local onde realiza a contratação dos serviços de transporte, como entende o DPDE, mas em razão da área geográfica onde

atuam todas as empresas transportadoras que se dedicam ao transporte de automóveis comerciais leves.

O mercado de transporte de veículos tem grande parte de sua demanda conceituada em dois Estados da Federação: São Paulo, onde se encontram a Autolatina e a General Motors, e Minas Gerais, onde está a FIAT. Desses dois pontos escoam todos os automóveis "0" km produzidos pelas montadoras, que se utilizam, de forma direta, das empresas transportadoras, e indireta, dos transportadores autônomos, para que seus produtos cheguem às concessionárias de todo o País e aos de portos de exportação.

Conclui-se, pois, que em termos geográficos, e diversamente do entendimento do DPDE (fls. 1.668/1.697) e da Secretaria Nacional da Economia (fls. 1.660/1.667), há um mercado nacional de transporte de veículos e não um mercado regional, localizado em Minas Gerais.

Os efeitos da conduta da Fiat deverão, pois, ser analisados no mercado de serviços de transporte de automóveis e comerciais leves novos e usados em todo o território nacional, onde atuam Transauto e suas concorrentes.

5. Segundo o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, a Representada, ao romper a relação comercial que mantinha com a Representante, causou dificuldades em seu funcionamento, eliminando-a do mercado, além de obrigar duas transportadoras a tornarem-se subcontratadas de uma outra (fls. 1.131 e 1.697). Afirmar, ainda, o DPDE que a atitude da FIAT, ao escolher duas empresas para continuar prestando-lhe os serviços, sem exclusividade, favorece à eliminação da concorrência entre as transportadoras (fls. 1.131). Além disso, a proposta de subcontratação feita pela FIAT representa abuso de poder, em razão de sua posição dominante como fabricante de veículos e única contratante de serviços de transporte de mercado regional de Minas Gerais (fls. 1.132 e 1.1697).

A FIAT foi incurso no art. 3º, incisos IX e XVI da Lei nº 8.158/91.

Dispõe o inciso IX, verbis:

"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".

De certo que o rompimento de relação comercial por prazo indeterminado pode causar dificuldades ao funcionamento não só da outra

parte contratante, como também de terceiro que, de alguma forma, seja beneficiado com a existência daquela relação comercial. Entretanto, para que tal fato possa interessar à legislação antitruste, há de ter a conduta do agente o objetivo de provocar aquelas dificuldades. Não se pode impor, irrestritamente, àquele que rompeu ou resiliu unilateralmente contrato de prazo indeterminado responsabilidade pelas dificuldades no funcionamento de empresa ou pelos prejuízos sofridos pela denunciada. Dificuldades e prejuízos existem em qualquer atividade negocial e muitas vezes advêm de gerenciamento inadequado ou de fatores exógenos à empresa.

A realização do tipo descrito no inciso IX, exige, necessariamente, a identificação do destinatário da conduta, ou seja, a quem visa o agente causar dificuldades com o rompimento do contrato.

O que se lê no inciso em questão é que o agente, ao romper o contrato, visa causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa e não da outra empresa contratante. De certo que visou o legislador ir além da relação contratual. Se o objetivo fosse alcançar a outra parte contratante, de maneira expressa o teria feito.

Assim, não tendo o DPDE apontado a outra empresa que teria sido o alvo de conduta e não podendo ser a Transauto considerada a outra empresa, de vez que fazia parte da relação comercial rompida, é de se concluir que a conduta da FIAT não se subsume ao referido dispositivo.

Outra conduta que se imputa à FIAT é a prevista no inciso XVI, verbis:

"criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas"

A lei nº 8.158/91 dispõe no caput do art. 3º que para que uma conduta constitua infração à ordem econômica deverá ter por objeto ou produzir o efeito de dominar mercado, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Exige-se, pois, para a caracterização do abuso que a conduta tenha por objeto algum desses fins ou, simplesmente, produza efeitos anticoncorrenciais sobre o mercado, não se podendo considerar a conduta descrita no inciso XVI sem a sua conjugação com o disposto no caput do art. 3º.

O rompimento de relações comerciais por parte da FIAT, visto pelo DPDE como meio de criar dificuldades ao funcionamento de empresas, mais especificamente, à TRANSAUTO, teria tido por objeto o domínio de mercado? Teria esse rompimento repercutido sobre o mercado?

A Representada atua no mercado nacional de fabricação de automóveis e comerciais leves, utilizando-se dos serviços das transportadoras para escoamento de sua produção. Não participa do mercado relevante onde sua conduta teria repercutido. De se afastar, pois, a hipótese de domínio desse mercado.

O outro fim ilícito referido no caput do art. 3º diz respeito ao prejuízo à concorrência.

No entendimento do DPDE, a Representada, com o rompimento do contrato, causou dificuldades ao funcionamento da TRANSAUTO, eliminando-a do mercado.

TRANSAUTO, contudo, não foi eliminada do mercado, porquanto continua a transportar os veículos da Autolatina e da General Motors. Ademais foi-lhe proposto que continuasse a prestar seus serviços à FIAT como subcontratada da outra empresa.

A Secretaria Nacional de Economia entendeu ser a subcontratação economicamente interessante para a TRANSAUTO (fls. 1.660/1.667), mas o DPDE concluiu que a proposta de subcontratação caracteriza abuso de poder por parte da FIAT, em razão da posição dominante que detém enquanto fabricante de veículos e contratante exclusiva de serviços de transportes no mercado regional de Minas Gerais.

No entanto, a subcontratação é prática normal desse mercado. A própria TRANSAUTO prestava à FIAT seus serviços com profissionais autônomos que subcontratava. Não se pode inferir do exercício de uma prática normal de mercado abuso de posição dominante.

Quanto aos efeitos atuais ou potenciais que a conduta da FIAT pudesse ter causado ao mercado, não os vejo demonstrados nos autos, até porque o DPDE se ateve aos possíveis prejuízos causados à TRANSAUTO em decorrência do rompimento, matéria que o próprio Departamento reconheceu ser passível de questionamento judicial.

Diante do exposto, tenho como não configurada a infração à ordem econômica, nos termos do art. 3º da lei nº 8.158/91, opinando pela improcedência da representação e consequente arquivamento do processo.

É o parecer

Brasília (DF), 16 de agosto de 1993.

Carla Barroso

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

Trata-se da representação oferecida por TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A. contra FIAT AUTOMÓVEIS S.A., com base na Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, em que a representada é acusada da prática das infrações previstas nos incisos II, IX e XVI do art. 3º da referida lei.

Alega a representante que, quando da instalação da FIAT em Belo Horizonte, por solicitação desta, abriu ali uma subsidiária - Tema Transportadora Especializada Mineira de Automóveis - desenvolvendo no local toda a infra-estrutura rodoviária necessária ao empreendimento, à custa de grande aporte de capital. Assim, a TEMA foi criada com o fim exclusivo de atender a FIAT, o que fez durante 16 anos ininterruptos, mantendo, durante todo esse tempo, nas dependências da fábrica, escritório próprio, que lhe acrescia os custos, compensados estes, no entanto, pela garantia de continuidade dos serviços.

Diz, ainda, a representante que, em virtude da sua eficiência e das vantagens operacionais que tinha condições de proporcionar, era responsável por 70% do transporte dos veículos fabricados pela FIAT, ficando os restantes 30% por conta da empresa BENZANSONI FERRARESI. Com o início das exportações dos veículos FIAT, foram contratadas duas outras empresas transportadoras - SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS LTDA e SIMIMBU MINAS LTDA., ficando a TRANSAUTO responsável por 50% do transporte da representada até agosto de 1992, quando foi comunicada, verbalmente, pelo Diretor de Logística da FIAT que, a partir daquele momento, seus serviços não mais seriam necessários.

Segundo a TRANSAUTO, a explicação que lhe deram, oficiosamente, para o rompimento do contrato foi a de que a representada estaria implantando uma planificação japonesa para redução de custos.

Afirma a representante que o ato da representada inviabilizou suas operações em Minas Gerais, pois a FIAT é a única montadora ali estabelecida, estando suas instalações sem qualquer utilização e inviabilizados 140 mil empregos diretos. À falta de outro mercado, diz a representante que está deixando de fatura, mensalmente, um milhão de dólares.

Alega a TRANSAUTO que seu afastamento pode ser visto como indício de um projeto hegemônico, pois a SADA, detentora do controle acionário da DACUNHA S.A., empresa sediada em São Paulo, responsável por 15% da carga da Autolatina, foi a grande beneficiária do seu afastamento.

Diz, ainda, a TRANSAUTO que tentou resolver o impasse amigavelmente, mas que a FIAT insistia em que a representante operasse apenas na qualidade de subcontratada da SADA, nas mesmas condições do carreteiro autônomo.

Pede, por fim, a notificação da FIAT, na forma da Lei nº 8.158/1991, requerendo, ainda, a adoção de medida preventiva para fazer as partes retornarem ao status quo ante, à vista de incontestes danos à livre concorrência.

Com a Representação vieram os documentos de fls. 20/66.

O DPDE elaborou relatório sobre os fatos narrados na representação, requisitando documentos e esclarecimentos às empresas TRANSAUTO, FIAT, BENZANSONI FERRARESI, SADA, DACUNHA, SADA FORJAS, CIDEM FERRAMENTAS DIAMANTES e ao DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO (fls. 73-B/90).

FIAT enviou a documentação que lhe foi solicitada (fls. 96/240), prestou esclarecimentos e ofereceu defesa prévia (fls. 241/254), alegando, em preliminar, que a matéria dos autos não diz respeito às leis de repressão ao abuso do poder econômico, tratando-se da questão puramente contratual, sujeita ao direito das obrigações.

Diz que o desligamento da TRANSAUTO deu-se em razão da implantação de um programa de modernização e reestruturação, nos moldes dos países desenvolvidos, indispensável ao alcance de padrões de eficiência de suas concorrentes internacionais. Assim, reduziu o número de prestadores de serviços de transporte de veículos, com o objetivo de racionalizar a distribuição e de criar o transporte integrado de veículos e materiais, de sorte a evitar o retorno vazio de caminhões, e o consequente aumento excessivo do frete. Buscava, ainda, viabilizar o transporte ferroviário para reduzir a dependência do rodoviário, de custo mais elevado.

Tendo em vista estes objetivos, FIAT selecionou as transportadoras SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS LTDA. e BENZANSONI FERRARESI TRANSPORTES LTDA., as que melhor se afeiçoavam ao sistema que iria implantar e que, para tanto, já se achavam estruturadas. As empresas TRANSAUTO e SINIMBU foram mantidas como subcontratadas, para que pudessem, paulatinamente, adequar-se à nova modalidade de transporte.

Contesta a alegação da representante de que esta lhes teria cedido o know how, ao argumento de que adotou métodos da matriz italiana, que foram adaptados aqui no Brasil com o suporte da empresa BENZANSONI, responsável pela introdução de técnicas européias no País, tendo ainda,

contado com a colaboração da SADA para a transferência de carga de seus pátios internos para as áreas de embarque em navios.

Nega que tenha exigido que a representante constituísse subsidiária em Minas Gerais, argumentando que todo o faturamento era feito em nome da TRANSAUTO, sendo certo que, como empresa de transporte, haveria de ter todo o instrumental necessário à consecução de seu objeto social, não podendo atribuir ao usuário dos serviços o ônus da aquisição de bens para prestá-los, isentando-se dos riscos próprios da atividade.

Quanto à instalação de escritório da representante no próprio estabelecimento da montadora, FIAT a justifica por exigência de caráter técnico, e não suas, pois facilita o controle de cargas pela própria transportadora.

Refuta a alegação da representante de que tenha inviabilizado suas atividades no estado de Minas Gerais, afirmando existirem ali inúmeras transportadoras, que não dispõem de qualquer vínculo com a FIAT, e que movimentam milhares de veículos pertencentes a locadoras, além de transportarem outras cargas não especializadas, o que também é feito por TRANSAUTO.

Contesta, ainda, a afirmação da TRANSAUTO de que esta teria deixado de utilizar as instalações que fez em Minas Gerais, dizendo que a representante também as usa para o transporte de cargas rodoviárias comuns, dando também suporte ao transporte de veículos produzidos por outras montadoras e destinados àquele Estado.

Quanto ao direito, diz a representada que não há nos autos notícia de que tenha cerceado o ingresso no mercado de qualquer montadora ou empresa, e que a TRANSAUTO não é sua concorrente. Nega que exerça controle regionalizado de qualquer mercado ou rede de distribuição ou de fornecimento, sendo os seus produtos comercializados por rede de distribuição integrada por revendedores autônomos, cuja atividade é regulada por lei especial.

Afirma, ainda, que não formou grupo econômico para inibir a concorrência e que a ruptura de um contrato de natureza comercial não pode ser vista como criação de dificuldade ao estabelecimento ou desenvolvimento de empresa e nem meio de inibir a concorrência, até porque não é concorrente da TRANSAUTO.

Diz, também, que a representação não lhe imputa o objetivo de dominar mercado e que a conduta prevista no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91 requer esse objetivo.

A TRANSAUTO apresentou aditamento à representação (fls. 641/651), fazendo acostar os documentos de fls. 652/660.

As fls. 1069/1134 o DPDE manifestou-se em nota técnica, onde conclui que a relação contratual existente entre FIAT e TRANSAUTO não deveria ser tratada segundo as regras da autonomia da vontade, não havendo dúvidas de que a atitude da representada configura abuso de direito, sendo inadmissível passar o transporte e a distribuição dos veículos FIAT a novas empresas sem que a representante fosse indenizada. A relação comercial em questão teria de ser considerada por tempo indeterminado, exigindo-se para o seu desfazimento notificação ou pré-aviso, por prazo bastante à recuperação e adaptação do estabelecimento do comprador a uma nova linha de atividades.

As razões oferecidas pela FIAT para o desfazimento da relação, segundo a nota técnica, não se confirmam com as provas dos autos, que demonstram ser a TRANSAUTO a empresa com o menor índice de irregularidades. O rompimento abrupto da relação comercial existente entre FIAT e TRANSAUTO causou dificuldades à representante, eliminando do mercado uma concorrente das empresas transportadoras, além de obrigar duas delas a tornarem-se subcontratadas de uma outra. A concorrência fora também eliminada em função da exclusividade dos serviços de transporte dos veículos FIAT por apenas duas empresas.

Ademais, a exigência da FIAT de que a representada fizesse o transporte de seus veículos apenas na condição de subcontratada configura, em razão de sua posição dominante, abuso de poder.

Conclui a nota técnica pela existência de indícios de conduta abusiva do poder econômico, tipificada nos incisos IX e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, combinados com as alíneas a e g do inciso I do art. 2º da lei nº 4.137/62, e propõe a instauração do competente processo administrativo.

Instaurado o processo (fls. 1144), a representada foi notificada para oferecer defesa prévia (fls. 1138), o que fez às fls. 1264/1279.

Diz a representada que o dolo é elemento necessário ao abuso do poder econômico e que a rescisão de uma relação contratual de prazo indeterminado não configura infração à legislação. Aduz que a única acusação que pesa sobre si é a de ter rescindido um contrato sem o pré-aviso de 30 dias, prazo que, em virtude da facilidade com que qualquer das partes poderia adequar-se à nova situação criada pelo término do contrato, pouco ou nenhum efeito teve para a parte afetada.

Afirma que a denúncia não visou prejudicar a representante e que buscou a proteção aos direitos do consumidor, com a implantação de métodos que resultassem em barateamento do produto final, medida que recebeu a aprovação do Sindicato dos Transportadores.

Diz que não pode ser compelida a manter fornecedores e prestadores de serviços, sob pena de obstar o desenvolvimento último do produto e a redução do respectivo preço final, e que os valores do frete já haviam diminuído a partir de março de 1992.

Aduz que nem a representação nem a nota técnica apontaram ajuste ou acordo entre a FIAT e a SADA, elemento integrante do tipo contido na alínea a do inciso I do art. 2º da Lei nº4.137/62, necessário à configuração do domínio de mercado.

Quanto à incidência da hipótese prevista na alínea g do citado inciso, diz que a criação de dificuldade ao funcionamento e desenvolvimento de empresa decorre do efetivo e real domínio de mercado, e não de possibilidade eventual e remota de que esse resultado pudesse hipoteticamente ocorrer.

Diz que é a TRANSAUTO quem transgredir o princípio constitucional da livre concorrência ao querer impor-se como fornecedora de serviços à representada, contra a vontade desta.

Protesta, por fim, pela produção de provas.

O arrazoadado da defesa prévia se fez acompanhar dos documentos de fls. 1280/1326.

Às fls. 1345/1356 está a manifestação da TRANSAUTO sobre a defesa prévia oferecida pela FIAT, reafirmando os argumentos anteriormente despendidos.

À fls. 1357 a FIAT fez juntar parecer do eminente Ministro Oscar Dias Corrêa (1358/1401), cujos judiciosos fundamentos podem ser assim sintetizados:

a repressão ao abuso do poder econômico só pode se efetivar de conformidade com o texto constitucional, ou seja, a posteriori, diante do concreto, real, consubstanciado em ação que tenha por objetivo, finalidade ou resultado a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros;

a competência para o exame da questão é do juízo comum, onde os contratos, suas dúvidas e rescisão são debatidos e resolvidos, porquanto a Secretaria só pode examinar matéria que importe em alteração das condições de mercado;

os contratos não são feitos para durar permanentemente e a representada haveria de atender às necessidades de

racionalização e modernização de suas atividades, e não aos interesses da representante. A prevalecer o entendimento da SDE, todos os distratos configurariam abuso do poder econômico, pois aptos a causar dificuldades ao distrato, reduzindo-lhe a clientela, a receita e o lucro;

a Lei nº 8.158/91 é antes um texto adjetivo, dedicando à fixação do procedimento apuratório do que uma lei definidora de hipóteses de abuso do poder econômico. As normas definidoras de ilícitos e sanções são aquelas da Lei nº 4.137/62 e da Lei nº 8.137/90, diplomas substantivos;

o art. 3º da Lei nº 8.158/91 é inaplicável à espécie porque se refere a acordo ou deliberação conjunta de empresas, e a representante refere-se somente à FIAT, não tendo ficado demonstrada a conjugação de empresas. Se a conduta ilícita se refere a ato, este não poderia ser a rescisão do contrato com a representante, que é uma prática regular do mercado concorrencial;

a representada pode, se quiser, constituir empresa sua para a prestação de serviço de transporte ou, de acordo com sua convivência, contratar e descontratar uma ou quantas empresas quiser, sendo esta a garantia de sua liberdade no livre mercado;

o fato da representante tentar regionalizar o mercado relevante, fixando-o em Minas Gerais, pouco altera o quadro econômico ou a realidade legal, não obrigando a FIAT a submeter-se a processo controlado de contratação. Inexiste, contudo, o mercado regionalizado, porquanto as demais empresas montadoras enviam para Minas seus veículos, e outros por ali passam, com destino aos demais Estados, sendo certo que a representante atua a nível nacional; com a rescisão do contrato, FIAT objetivou a racionalização do transporte, não podendo o Estado intervir para impor-lhe a obrigação de entregar o serviço de transporte a uma ou mais empresas.

Opina, finalmente, o ilustre parecerista pelo arquivamento da representação, por absoluta falta de objeto.

Os depoimentos das testemunhas estão às fls. 1596/1616, com a completção de fls. 1621/1622 e de fls. 1638/1640, 1655/1658.

As fls. 1.661/1.667 encontra-se o parecer da Secretaria Nacional de Economia, que conclui pela existência de abuso do poder econômico por parte da FIAT.

Em seguida, vem o relatório do DPDE (fls. 1668/1697), onde se afirma que o rompimento da relação contratual causou à representante dificuldades no mercado regional de transporte de veículos, e que a proposta da FIAT de que TRANSAUTO se vinculasse como subcontratada para a prestação dos serviços, em virtude da posição dominante da representada, constitui abuso de poder.

O processo foi encaminhado ao Secretário de Direito Econômico para os fins do art. 6º da Lei nº 8.158/91.

Às fls. 1712/1725 está o parecer do Coordenador de Apoio Técnico-Jurídico da SDE, sugerindo ao Secretário o arquivamento do processo, porquanto não comprovada a existência de dano, a dominação de mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucro, condição sine qua non para a remessa dos autos ao CADE.

Acatando o parecer de seu Coordenador, o Secretário determinou o arquivamento do processo, ao argumento de que os fatos objeto da representação eram insubsistentes para caracterizar infração à ordem econômica (fls. 1726).

Irresignada com a decisão do Secretário da SDE, recorreu a representante ao Ministro da Justiça, oferecendo as razões de fls. 1736/1756.

Com as razões vieram os documentos de fls. 1757/1820.

Contra-razões, acompanhadas de documentos, às fls. 1832/1887.

Às fls. 1889/1895 manifestou-se o Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, pelo provimento do recurso, manifestação que o Ministro da Justiça acolheu, decidindo pela submissão do processo ao CADE e determinou a remessa dos autos à Secretaria de Direito Econômico para as necessárias providências (fls. 1896)

Na Secretaria promoveu-se a notificação da representada para oferecer defesa final (fls. 1898), vindo aos autos a petição de fls. 1909/1928 e os documento de fls. 1929/2016.

Às fls. 2020/2065 encontra-se o relatório final do DPDE, repetitivo dos anteriores quanto à matéria que realmente interessa à controvérsia, concluindo pela remessa do processo ao CADE.

O processo foi remetido a este Conselho pelo Secretário de Direito Econômico (fls. 2084), vindo a mim distribuído (fls. 2085).

TRANSAUTO requereu o restabelecimento de suas relações com FIAT, através de medida preventiva, pedido que interfere (fls.2119).

As fls. 2089/2101, 2.124/2149 e 2150/2195 encontram-se os pareceres dos ilustres juristas Tercio Sampaio Ferraz, em favor de Transauto, e Miguel Reale e Eros Roberto Grau, favoráveis à FIAT.

Em seguida, veio o parecer da ilustre Procuradora do CADE, Dra. Carla Barroso, pela improcedência da representação (fls. 2.197/2.203).

Representante e Representada firmaram, mais uma vez, suas posições através de memoriais (fls. 2.213/2.281).

É o relatório

Neide Teresinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

EMENTA ROMPIMENTO DE RELAÇÃO COMERCIAL DE PRAZO INDETERMINADO. CRIAÇÃO DE DIFICULDADES AO FUNCIONAMENTO DE EMPRESA. CRIAR DIFICULDADES AO FUNCIONAMENTO OU DESENVOLVIMENTO DE EMPRESA. INCISOS IX E XVI DO ART. 3º DA LEI Nº 8.158/91

1- A dificuldade de que trata o inciso IX da Lei nº 8.158/91 é aquela causada em decorrência do rompimento de uma relação comercial. O rompimento da relação comercial existente entre duas ou mais empresas ou as dificuldades que se imponham nesse relacionamento não de prejudicar outra empresa, terceira pessoa, estranha à relação.

2- A hipótese de dificuldade mais ampla, prevista no art. 2º, I, g da Lei nº 4.137/62, foi absorvida pelo inciso XVI da Lei nº 8.158/91. 3- Exige-se para a configuração das infração previstas nos incisos IX e XVI o objeto anticoncorrencial ou o efeito real ou provável sobre o mercado, indemonstrado, in casu. Improcedência da representação.

VOTO

1- FIAT AUTOMÓVEIS S.A. é acusada de ter praticado conduta abusiva do poder econômico por romper, abruptamente, relação contratual de prazo indeterminado que manteve com TRANSAUTO, TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A., durante 16 anos. Em consequência, foi incurso no art. 3º, incisos IX e XVI da Lei nº 8.158, de 10 janeiro de 1991, verbis:

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

.....
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;

Segundo o relatório do DPDE (fls. 1668/1697), o rompimento da relação contratual pela FIAT causou à TRANSAUTO dificuldades no mercado regional de transporte de veículos, e a proposta da FIAT de que TRANSAUTO se vinculasse a outra empresa, como subcontratada, para a prestação dos serviços, constitui abuso de poder em razão da posição dominante da Representada.

2- Podem ser assim sumarizados os argumentos de defesa oferecidos pela FIAT nas diversas oportunidades que teve de se manifestar no processo, inclusive através de pareceres dos renomados juristas Professores Oscar Dias Corrêa, Miguel Reale e Eros Roberto Grau:

- a rescisão unilateral da relação contratual que FIAT mantinha com TRANSAUTO diz respeito ao direito das obrigações, onde predomina a vontade das partes, e não à defesa da concorrência, competindo, pois, ao juízo comum, e não ao CADE, apreciar os efeitos jurídicos do rompimento;

- o desligamento da TRANSAUTO deu-se em virtude da adoção de um programa de modernização e reestruturação da empresa, objetivando o atingimento de padrões de qualidade e de eficiência de suas concorrentes internacionais, bem como o barateamento do frete em benefício do consumidor, programa este que sequer foi examinado pelos técnicos da Secretaria;

- por essa razão, escolheu apenas duas empresas transportadoras, as que melhor se afeiçoavam ao novo programa, para realizar diretamente os serviços de transporte, oferecida, no entanto, à TRANSAUTO a oportunidade

de também transportar os veículos da FIAT, mas na condição de subcontratada;

- a Lei nº 8.158/91 é antes um texto adjetivo do que uma lei definidora de hipóteses de abuso do poder econômico, estando os ilícitos e sanções definidos na Lei nº 4.137/62 e na Lei nº 8.137/90;

- a representada pode contratar quantas empresas quiser para realizar o transporte de seus veículos e, até mesmo, constituir para tanto empresa própria; assim, exerceu apenas sua liberdade contratual, escolhendo com quem fazer o transporte;

- o abuso do poder econômico, na forma da constituição de 1988, não se refere apenas à qualidade do ato, significando, ainda, uma qualidade do agente; é conduta que visa determinados fins e, sem intencionalidade, não há abuso do poder econômico;

- a hipótese do inciso XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91 só incide quando as empresas são concorrentes entre si, enquanto que aquela do inciso IX exige intenção e resultado;

- o rompimento não causou nenhuma repercussão no mercado de sorte a comprometer seu regular funcionamento.

3- A indiciada insurge-se contra a instauração do processo administrativo ao fundamento de que o rompimento de uma relação contratual é matéria afeta ao direito das obrigações, onde prevalece a autonomia da vontade como corolário do princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição.

É certo que o conjunto de princípios e regras inseridas no Título VII da Constituição Federal identifica a ordem econômica e financeira como um sistema capitalista, fundado na propriedade provada e na livre iniciativa (art.170), alçada desta última, também, a princípio fundante do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV).

Indubitável, ainda, que a livre iniciativa se expressa na liberdade que tem qualquer indivíduo, pessoa física ou jurídica privada, de exercer atividade econômica de sua escolha, independentemente de autorização ou licença do Poder Público, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei.

O princípio da livre iniciativa, no entanto, há de ser entendido no contexto histórico atual, já que passou por algumas transformações desde sua concepção original no Estado liberal.

Em sua origem, caracteriza-se pelo mais absoluto individualismo, tida como maléfica qualquer interferência do Estado na concorrência entre os indivíduos. Na concepção liberal, o Estado deve apenas garantir aos indivíduos o exercício de seus direitos no campo das liberdades individuais

que são o discurso, a propriedade e a atividade econômica. A intervenção do Estado é aceita apenas na condição de garantidor e tutor dessas liberdades.

Na passagem do Estado liberal para o social, o princípio da livre iniciativa sofre as limitações impostas pelo interesse coletivo. Não mais se crê que o interesse individual possa conduzir à relação do bem geral, devendo o próprio Estado assumir a tarefa de conformar a atividade econômica à ordem social. O individualismo é superado pelo intervencionismo estatal, que se propõe não somente a garantir os chamados direitos fundamentais da pessoa humana, mas também a assegurar a realização do bem estar social, através dos direitos sociais.

A liberdade de iniciativa, postulado que atribui ao particular, e não ao Estado, a exploração da atividade econômica não pode ser interpretada como outorga ampla para o exercício dessa exploração, conforme bem entender o agente econômico. Liberdade de iniciativa não significa ampla liberdade de contrato. A ordem econômica preconizada na Constituição requer a integração de dois princípios, o da valorização do trabalho humano e o da livre iniciativa, para se atingir seu fim único que é a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170).

O princípio da livre iniciativa densifica-se na medida em que se lhe integra o princípio da livre concorrência, que não lhe é antagônico, completando-o, ao contrário. Significa, como afirma o Professor Eros Roberto Grau, o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados (fls. 2174).

Na verdade, a liberdade dos indivíduos de explorar os meios de produção, de acordo com suas aptidões e disponibilidades, só pode ser exercida na medida em que lhes é assegurado um mercado livre da atuação perversa de agentes econômicos poderosos e aberto a quantos queiram nele ingressar para vender e comprar bens e serviços.

O princípio da livre concorrência serve, ainda, de freio a políticas de governo que, em detrimento do bom funcionamento do mercado, promovem, em regime cartorial, a concessão de privilégios a empresas ou grupos de empresas, discriminando suas concorrentes.

Diga-se, porém, que o princípio da livre concorrência não conduz à antijuricidade do poder econômico. O sistema adotado pelo texto constitucional não é o da *per se* condemnationen, mas o da regra da razão, o que vale dizer que o poder econômico só pode ser reprimido quando orientado à dominação do mercado ou quando atua de forma lesiva à concorrência.

Assim, o objetivo da repressão, como bem observa o Professor Oscar Dias Corrêa, é "impedir que o regime político-econômico neoliberal, estabelecido na Constituição Federal, seja inviabilizado pelos abusos e

distorções que a própria concorrência pode conduzir: se a concorrência é da essência do regime, qualquer distorção é a morte da concorrência e do regime" (fls. 1.979).

4- As mais corriqueiras atividades comerciais, como simples celebração de um contrato de fornecimento ou de prestação de serviços, muito embora regidas pelo direito privado quanto às relações que as partes estabelecem entre si, podem transcender os interesses particulares ali regulados para repercutir no mercado, atingindo interesses difusos. E nesse momento que a supremacia do interesse público faz com que a prática comercial comum se torne relevante para a defesa da concorrência e nem mesmo a composição e que eventualmente chegem as partes poderia afastar a conduta da apreciação do órgão competente, de proteger a concorrência, in casu, a Secretaria de Direito Econômico - SDE.

Como bem realçado por Washington Peluzo Albino de Souza, diante da ordem pública econômica não satisfaz o vago e indeciso princípio de que o contrato é lei entre as partes desde que seu objeto seja ilícito, sem que essa licitude esteja vinculada aos dados fundamentais da política econômica. Ademais, assevera o mestre, "adotado o princípio ideológico de que a propriedade deva cumprir função social, modifica-se o sentido de ilícito. Quando deixe de cumprir tal função, está comprometido o princípio e, assim os expedientes para vencer a concorrência, embora baseados no direito à propriedade privada e na liberdade de iniciativa econômica, condicionaram-se ao interesse social, para que sejam lícitos" (in Primeiras Linhas de Direito Econômico, 2ª Edição, Editora Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1992, p. 153).

Assim acordos verbais ou escritos, práticas sutis e disfarçadas, atos de qualquer natureza, enfim, qualquer conduta que tinha como objeto prejudicar a concorrência, dominar mercado ou aumentar arbitrariamente os lucros, ou que resulte efeito atual ou potencial no mercado, é passível de investigação pela SDE, em razão da virtualidade do dano que possa causar à concorrência.

A representante, em sua denúncia, apontou fatos que se apresentavam como indícios de infração à ordem econômica. Era, pois, dever do Secretário da SDE de, na forma da lei, instaurar o processo administrativo para colher informações, pedir esclarecimentos, ouvir a representada para, então, formar seu juízo, concluindo pelo arquivamento da representação ou pela continuidade do processo.

Conforme bem realçado pela ilustre Procuradora do CADE, Dra. Carla Barroso, o argumento de que o rompimento de certo contrato é matéria afeta ao direito das obrigações só deve ser utilizado para o arquivamento da

representação, depois do exame acurado do caso e de formada a convicção da autoridade de que os efeitos daquela conduta desvalem para o mercado, refletindo apenas um conflito de interesses cuja solução só pode ser dada pelo Poder Judiciário.

Diante de qualquer conduta indiciária de abuso do poder econômico tem o Secretário o dever de determinar a apuração e sobre ela se manifestar, dever que decorre de sua competência legal, que não pode ser delegada a qualquer órgão ou autoridade.

O verdadeiro contencioso que se instaurou neste processo entre representante e representada, à margem da lei, aliado às acusações dirigidas às várias autoridades e servidores do Ministério da Justiça, que dele participaram, demonstram a fragilidade do atual sistema de apuração de infrações à ordem econômica. Fosse a Secretaria de Direito Econômico órgão autônomo e independente, não se perderia tempo com denúncias infundadas de desvio funcional, descartadas, aliás, na sindicância intaurada para apurá-las.

Não há desvio funcional quando se cumpre o dever legal. Desvio funcional teria cometido o Secretário se, diante de uma conduta que pudesse configurar abuso do poder econômico, deixasse de instaurar o devido processo, porquanto a lei não lhe conferiu discricionariedade para assim agir, impondo-lhe, ao contrário, a obrigação de, à vista de indícios, notificar o agente para prestar os devidos esclarecimentos o que, evidentemente, só pode ocorrer com a instauração do processo.

Irrepreensível, pois, a decisão do Sr. Ministro da Justiça que acolheu a conclusão do relatório da Comissão de Sindicância apenas quanto à não ocorrência de desvio funcional, reconhecendo a competência da SDE para prosseguir investigações da conduta indiciária. Desautorizada, assim, a manifestação das autoridades sindicantes pela inexistência de abuso do poder econômico, pela mais absoluta falta de competência legal para sugerir o arquivamento de representações oferecidas com base na Lei nº 8.158/91.

Desta feita, concluída a fase apuratória e remetidos os autos ao CADE para julgamento, tem competência este Conselho para julgar o processo, conforme expresso no art. 7º da referida lei.

É evidente que a competência do CADE se restringe à apreciação da conduta à luz das leis especiais de defesa da concorrência, e não do direito comum. Não compete por certo ao CADE apreciar os efeitos jurídicos da resilição vis a vis as partes contratantes, mas se esses efeitos repercutiram no mercado de maneira anticoncorrencial.

5- A representada é acusada de infringir a ordem econômica por ter rompido uma relação contratual de 16 anos, que mantinha com a

representante, causando a esta dificuldades de funcionamento. Segundo o DPDE (fls. 1069/1134), não há dúvidas de que essa atitude da FIAT configura abuso de direito, pois a transferência do transporte efetuado pela TRANSAUTO para outras empresas não poderia se realizar sem que a representante fosse indenizada, e de que o contrato, não poderia ser rescindido sem o necessário pré-aviso, suficiente para a recuperação e adaptação dos negócios da transportadora.

Essas questões, ao meu ver, não dizem respeito à controvérsia que compete a este Conselho decidir, posto que afetas ao direito comum.

O que cabe ao CADE julgar é se a conduta da FIAT, ao romper a relação contratual que mantinha com TRANSAUTO, estava direcionada ao domínio do mercado ou ao prejuízo da concorrência ou, se essa conduta produziu ou seria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais. Esse o mérito da questão que passo a passo a examinar.

6- Em primeiro lugar, é de se verificar se a conduta da FIAT ao romper as relações com a TRANSAUTO teve como objeto dominar o mercado.

O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.

Em mercados oligopolísticos, e aqui se inclui o de fabricação de veículos, cuja estrutura facilita a ação conjunta das empresas que o compõem, para fins de aplicação das leis de defesa da concorrência, admite-se que uma empresa possa dominar o mercado ainda que tenha concorrentes tão poderosos quanto ela (cf SHIEBER, Benjamin M. - Abusos do poder econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.), Ed. Revistas dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1966, p. 51).

No entanto, é a qualidade e não a quantidade desse domínio que importa para a concorrência, pois a lei não pune a posição dominante quando ela advém de práticas comerciais lícitas. O que se reprime é o abuso da posição dominante. Assim, as expressões "dominar mercados" e "domínio de mercado", como postas no art. 2º, inciso I da Lei nº4.137/62 e no caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91 não de ser entendidas não como mero poder de agir, mas como o domínio abusivo, o abuso da posição dominante. Isto porque o poder econômico anticompetitivo é aquele que se exerce para controlar preços e

eliminar a concorrência. Se o poder de mercado é atingido acidentalmente, em decorrência de tecnologia ou de outro recurso legalmente aceito, não pode ser considerado abusivo, pois nesse caso são a competência e a eficiência da empresa que a colocam em posição privilegiada.

A posição dominante de uma empresa não se mede em função apenas de sua participação relativa no mercado. Outros fatores são levados em consideração na aferição do poder econômico de uma empresa com vistas à aferição de sua abusividade.

As decisões das cortes americanas e da Corte Européia de Justiça têm oferecido subsídios valiosos nesse particular e a doutrina, ao analisar os casos judiciais, tem buscado a sistematização de critérios que possibilitem a aferição da posição dominante para se verificar sua condição abusiva. Esses critérios se voltam tanto para a estrutura e desempenho do mercado quanto para o comportamento da empresa.

Quanto à estrutura do mercado, considera-se, basicamente, a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, oriundas de vantagens que permitem a uma empresa dominante beneficiar-se de custos de produção ou de distribuição menores do que os de seus concorrentes que operam em escala comparável; vantagens resultantes da diferenciação de produtos; integração vertical da empresa e seu avanço tecnológico, para citar apenas alguns critérios. A análise desses aspectos possibilita a aferição dos efeitos que a conduta do agente possa causar sobre o mercado.

Enquanto que o mau desempenho de um mercado, caracterizado pela alta de preços e pelo aumento dos lucros de certo agente econômico, pode-se inferir sua posição dominante abusiva, a análise do comportamento do agente tem, entre outros, o propósito de estabelecer se a conduta teve por objeto desencorajar a entrada ou o desenvolvimento de concorrentes. Permite, ainda, demonstrar se uma conduta qualquer não constitui apenas indício da posição abusiva, mas sim a própria causa desta.

A análise desses fatores não só possibilita determinar a posição dominante de uma empresa em relação ao mercado relevante, como permite, também, a apreciação global da atuação da empresa, tomando-se em conta o conjunto dos mercados nos quais ela intervém.

Para não se correr o risco de inviabilizar o processo de desenvolvimento e de crescimento dos agentes econômicos, obedecidas obviamente as normas que reagem o mercado concorrencial, as práticas comerciais adotadas por uma empresa que detenha posição dominante em certo mercado hão de ser analisadas à luz de critérios objetivos que permitam aferir a ilicitude da conduta.

Assim considerando que o grau de concentração do mercado constitui fator importante da dominação, e que o mercado de fabricação de veículos é um mercado oligopolístico, do qual a representada detém parcela considerável, estando, portanto, apta a exercer abusivamente seu poder de mercado; considerando, ainda, que a dominação de um mercado não é suficiente para estabelecer seu caráter abusivo, valho-me dos critérios acima enunciados para analisar o comportamento da FIAT e as condições em que ocorreu a conduta que se lhe imputa.

7- O poder de agir de uma empresa, isto é, sua posição dominante, há de ser medido em função do mercado em que atua, o mercado relevante.

Os relatórios e notas técnicas que vieram aos autos não fazem qualquer referência quanto ao mercado que a FIAT objetivasse dominar. Assumo, no entanto, que seja o mercado de fabricação de veículos de passageiros e comerciais leves, o de atuação da representada. Considero, então, em relação ao produto o referido mercado e tomou como mercado relevante geográfico a totalidade do mercado nacional, pois os automóveis da marca FIAT são comercializados e utilizados em todo o País, juntamente com os veículos de outras marcas nacionais e estrangeiras, com os quais concorre.

À falta de elementos suficiente no processo que demonstrem a situação do mercado de fabricação de veículos, no qual, segundo o DPDE, a FIAT estaria abusando de sua posição dominante para causar dificuldades à TRANSAUTO ou a outras empresas, louvo-me em documento notório, o Anuário Estatístico da ANFAVEA 1957/91, que traz as necessárias informações para esse fim.

O mercado brasileiro de montadoras de veículos das categorias automóveis e comerciais leves é composto de três grandes empresas - a Autolatina Brasil S.A., formada pela Divisão Ford e pela Divisão Volkswagen, a General Motors do Brasil Ltda. e a FIAT Automóveis S.A. - que detinham juntas, em 1991, 99,5% do mercado, sendo a parcela residual de 0,5% distribuída entre duas empresas de pequeno porte, a Gurgel Motores S.A. e a Toyota do Brasil S.A.

A Autolatina detém a maior parcela do mercado de automóveis e comerciais leves, com 49,3% dos veículos fabricados em 1991, dos quais 15,2% pertencem à Divisão Ford e 34,1% à Divisão Volkswagen. A FIAT detém 27,2% da produção desse mercado, seguida da General Motors com 23,0%

Em relação ao capital social, a FIAT é a terceira maior empresa automobilística do País. Seu capital corresponde a aproximadamente um terço do capital da Autolatina e a dois terços do capital social da General Motors, segundo os dados da ANFAVEA, que se referem à totalidade das atividades

das empresas, envolvendo sete fábricas da Autolatina, quatro fábricas da General Motors e uma da FIAT.

A Autolatina produziu, em 1991, 428.838 automóveis e comerciais leves. A General Motors obteve uma produção de 193.076 no mesmo ano, enquanto que a FIAT colocou no mercado 255.556 unidades, também em 1991.

Verifica-se desses dados que a FIAT detém poder de mercado, mas que, em função da equilibrada participação relativa das empresas da indústria automobilística, difícil seria que a atuação independente de qualquer delas, em relação às concorrentes, substanciada numa conduta vertical isolada, como é o caso do rompimento das relações com a TRANSAUTO, pudesse causar dificuldades ao funcionamento de qualquer competidora.

Não consigo vislumbrar, ainda que remotamente, como que o rompimento de relação FIAT/TRANSAUTO poderia conduzir ao domínio da FIAT no mercado de fabricação de veículos.

Estar-se-ia pensando na possibilidade de um plano ardiloso por parte da FIAT de, a partir desse rompimento com a TRANSAUTO, dominar também o mercado de transporte de veículos 0 KM, com o objetivo de prejudicar as montadoras concorrentes, negando-se a transportar os veículos por elas fabricados, causando-lhes com isso dificuldades a ponto de retirá-las do mercado, para que a FIAT, então, pudesse exercer o pleno domínio desse mercado?

A hipótese me parece absurda; na verdade, materialmente impossível.

Seria, então, o mercado de transporte de veículos 0 KM que a FIAT objetivasse dominar, tendo entrado em conluio com as empresas que manteve como contratadas?

Não me parece ter sido esse o entendimento do DPDE já que não investigou o suposto conluio e nem chamou ao processo as transportadoras que remanesceram. Ademais, essa hipótese da dominação seria muito remota, sendo certo que as condutas abusivas do poder econômico devem ser examinadas aos seus efeitos atuais ou prováveis no mercado relevante, e não remotos.

8- Integra, ainda, o tipo descrito no inciso IX, uma outra orientação para a conduta abusiva: causar dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de outra empresa.

A produção, até atingir o consumidor, seu destinatário final, passa por vários níveis. A relação entre as partes envolvidas no processo produtivo nesses diversos níveis é conhecida como uma relação vertical. Essas relações

podem configurar abuso do poder econômico, apesar de não existir concorrência entre vendedores e compradores de bens e serviços. É que práticas, arranjos ou acordos entre eles podem afetar a concorrência no mercado de atuação de ambos ou de apenas um deles. É a possibilidade dos efeitos desse relacionamento no mercado que interessa à defesa da concorrência.

A conduta descrita no inciso citado, em que foi incursa a Representada, é pertinente a esse relacionamento vertical.

A representante ofereceu parecer do ilustre Professor Tercio Sampaio Ferraz que, ao interpretar o citado dispositivo, assim se manifesta:

"O inciso XVI reza: "criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas". Nesta (sic) formulação aparece também, como uma pequena diferença, na Lei 4.137/62 (art. 2º, I, g). Nos termos da Lei nº 8.158/91, e em confronto com o inciso IX, é importante destacar a diferença. Na Lei nº 4.137/62 empresa está no singular. Na Lei nº 8.158/91, no plural. Esta diferença nos leva a dizer que o disposto na Lei nº 4.137/62 foi absorvido no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91. Como vimos, ali se cuida da repercussão dos atos no funcionamento de outra empresa. Já no inciso XVI, a infração está no comportamento do agente de um conjunto ou de uma empresa dentro de um conjunto. No inciso IX, outra empresa pode ser aquela que não é concorrente. No inciso XVI trata-se de um contexto de concorrentes. Daí o peculiar objetivo de dificultar a constituição e o desenvolvimento além do funcionamento. Além disso, não é preciso que entre o agente e as empresas haja relações comerciais. Basta o contexto concorrencial. Mas é possível enquadrar nesse inciso a conduta que atinge empresas de um outro mercado concorrente, com o qual o agente se relacione embora não concorra dentro dele, criando, indiretamente, um prejuízo à livre concorrência."

Ouso discordar do ilustrado mestre. A conduta prevista no art. 2º, I, g da Lei nº 4.137/62 não é a mesma contida no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91. No último dispositivo trouxe o legislador nova hipótese de conduta abusiva. A dificuldade de que trata o inciso IX da Lei nº 8.158/91 é aquela

que decorre de um contexto contratual, causada em virtude do rompimento de uma relação comercial. Trata-se de dificuldade específica. Não é qualquer dificuldade que tenha por objetivo o domínio de mercado ou o prejuízo à concorrência. Essa hipótese de dificuldade mais ampla, prevista no art. 2º, I, g da Lei nº 4.137/62 foi absorvida pelo inciso XVI da Lei nº 8.158/91. Nesses dois dispositivos aparece exatamente a mesma conduta, não se podendo diferenciá-las apenas por conta da letra "s" inserida na palavra empresa, na última versão. Trata-se, a meu ver, de regra gramatical que autoriza a utilização do plural pelo singular e vice-versa.

Na hipótese do inciso IX, o rompimento da relação comercial existente entre duas ou mais empresas ou as dificuldades que se imponham nesse relacionamento não de prejudicar outra empresa. Trata-se, pois, de terceira pessoa, estranha à relação. Se a empresa visada estivesse no contexto da relação, o legislador, por certo, ao invés de dizer "causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa" teria dito "causar dificuldades ao funcionamento da outra parte".

A conduta de que trata o aludido inciso poderia ser exemplificada no caso de um fornecedor de matéria prima que rompesse o fornecimento que fazia habitualmente a um fabricante de determinado componente de um automóvel, com o objetivo de prejudicar certa montadora de veículos.

A toda evidência, sendo a TRANSAUTO parte na relação rompida não deteria ela a qualidade da outra empresa, não se tendo conta nos autos da outra empresa que, no contexto concorrencial, tivesse sido prejudicada com o rompimento.

Não vejo, pois, na conduta da FIAT a realização do tipo descrito no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

9- A representada foi ainda acusada de criar dificuldades ao funcionamento da TRANSAUTO, prática descrita no inciso XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91. As dificuldades teriam decorrido do rompimento da relação contratual, tendo a FIAT abusado da posição dominante que detém para, unilateralmente, terminar uma longa relação comercial sem que os investimentos realizados tivessem tido tempo de ser absorvidos.

A questão dos investimentos realizados pela TRANSAUTO para prestar serviços no contexto concorrencial. A TRANSAUTO teria feito vultosos investimentos para se instalar junto à FIAT, com a finalidade de prestar-lhe serviços. O rompimento da prestação desses serviços, antes que o custo do investimento fosse absorvido, teria sido prejudicial ao mercado.

Com todo o respeito intelectual que dispenso aos defensores dessa tese, os ilustres professores Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz, a cujas

obras recorro com frequência, achando sempre as soluções buscadas, permitindo-me deles discordar.

A questão dos investimentos na defesa da concorrência é considerada, com certa frequência, na análise de barreiras à entrada de novas empresas em alguns mercados. O alto nível de investimentos que se requer em algumas atividades pode tornar certo mercado pouco competitivo. Nesse mercado, as dificuldades por que viesse a passar uma empresa em função do rompimento de um contrato, quanto ainda se empenhava para reaver seus investimentos, poderiam trazer conseqüências prejudiciais à concorrência.

Num mercado competitivo, em que há vários partícipes, os preços são razoáveis, os consumidores podem livremente escolher o que comprar e a que preço, a questão da possibilidade ou não de denúncia unilateral em função de investimentos realizados pelo agente econômico pode ter ou nenhuma importância. Ao contrário, num mercado não competitivo, o rompimento da relação poderá ser danoso à concorrência, independentemente de investimentos vultosos terem sido absorvidos ou não.

Os investimentos devem, pois, ser olhados no contexto concorrencial. Se há várias empresas no mercado prestando serviços de forma eficiente e a preços competitivos, o fato de um contrato ser mantido com uma delas só por conta de investimentos realizados e não absorvidos, em nada afetaria esse mercado. Da mesma forma, nenhum efeito substancial nele ocorreria se o contrato fosse rompido.

Ao argumento de que o mercado requer relações estáveis entre os agentes econômicos, e que, por isso, a lei reprime as rescisões unilaterais, sem pré-aviso, contraponho outro: o de que mais importante para o mercado do que a estabilidade das relações entre os agentes é a eficiência dessas relações em benefício do consumidor. Relações estáveis são muitas vezes fruto de uma situação acomodada, em que as partes não são expostas ao processo competitivo. Ademais, a liberdade de rescindir pode ser fundamental para a concorrência naqueles mercados em que, inexistindo a competição por preço, a preferência dos demandantes por certos clientes ou serviços torna-se o único elemento concorrencial.

Na espécie, não há como identificar no mercado de serviços de transporte de veículos 0 Km, onde se atuam várias empresas, os efeitos anticoncorrenciais que pudessem decorrer da não absorção dos investimentos efetuados pela TRANSAUTO. A questão de ter TRANSAUTO absorvido ou não, nos dezesseis anos que prestou serviços à FIAT, os investimentos que realizou em Minas Gerais, é, a meu ver, matéria que se situa no campo da responsabilidade contratual e que deve, portanto, ser apreciada pelo Poder Judiciário.

No exame de uma relação comercial qualquer é de extrema relevância saber distinguir os aspectos que dizem respeito aos direitos que repercutem no mercado e prejudicam a concorrência.

Não se pode afastar a hipótese de prejuízo e de dificuldades operacionais que a rescisão abrupta de um contrato possa causar à outra parte. A questão que se coloca, no entanto, é em que situação o rompimento de uma relação se torna relevante para a defesa da concorrência, de sorte a justificar a intervenção do Estado numa relação de direito privado. De se indagar, ainda, sobre a natureza e o grau da dificuldade que uma parte possa impor à outra relação comercial, para que a questão entre elas passe a ter importância para o mercado.

O término que qualquer relação contratual importa mudança do *status quo ante*, ocorra o termo em prazo fixado ou não. Dificuldades operacionais, com a mudança das partes contratantes e das condições contratadas. Tudo isso faz parte do próprio desenvolvimento da atividade econômica, que há sempre de acompanhar o dinamismo do mercado. Contratos sem termo certo são terminados diariamente, por desinteresse na sua continuidade, pela má execução de seu objeto, pela inexecução e por outras tantas razões.

Deverá o Estado, invocando a defesa da concorrência, imiscuir-se em todas essas relações rompidas unilateralmente só porque a parte rescindente não ofereceu o pré-aviso? E se o pré-aviso tiver sido oferecido, desapareceria o interesse coletivo em se manter o mercado competitivo?

Ora, não faria qualquer sentido a intervenção do Estado para resolver conflito de interesses particulares que não tivessem repercussão no mercado, em prejuízo da concorrência. A defesa da concorrência não interessam as eventuais dificuldades por que venha a passar certo agente econômico no curso de suas atividades. Essas dificuldades são inerentes ao risco da atividade produtiva, e o sucesso de todo negócio está exatamente na capacidade que tem a empresa de superar as conjunturas do mercado que lhes são adversas e de buscar alternativas para enfrentar seus riscos. O êxito do sistema capitalista está precisamente na capacidade gerencial do capital, na busca incessante da maximização dos lucros.

As dificuldades que interessam à defesa da concorrência são aquelas criadas pelo agente econômico, tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. É a leitura que se faz do art. 3º, inciso XVI da Lei nº 8.158/91. Conforme já se viu, a conduta da FIAT não poderia ter tido o objeto de dominar o mercado.

10. No entanto, a conduta anticoncorrencial pode não visar apenas o domínio do mercado, mas, ainda, o prejuízo à própria estrutura concorrencial. Teria a FIAT, então, adotando conduta cujo objeto era o de prejudicar a TRANSAUTO ou, ainda que não fosse este o objeto, teriam sido danosos ao mercado de transportes os efeitos do rompimento?

A representada em todas as suas manifestações no processo, argumentou que rompeu com a TRANSAUTO em função de um programa de modernização e restauração que teria adotado, objetivando padrões de qualidade e de eficiência de suas concorrentes internacionais, além do barateamento do frete. Por essa razão, contratou diretamente apenas duas empresas para realizar o transporte de seus veículos, oferecendo à TRANSAUTO a opção de também transportar, mas na condição de subcontratada.

Esses argumentos foram, sem qualquer análise, recheados no relatório final, ao único fundamento de que não se sustentavam à vista da prova constante dos autos, dando conta de que TRANSAUTO era a empresa que apresentara o menor índice de irregularidades no transporte. Só por esse fato entendeu o DPDE que o rompimento seria injustificável, pois teve o objeto de prejudicar a representante.

Ocorre que a conduta que tem por "objeto" prejudicar a concorrência é uma conduta que deve ser analisada objetivamente, no contexto do mercado.

O objeto da conduta tem de ser possível, factível, dirigido a um resultado, mesmo que este não ocorra. O objeto não é qualificado, em razão de si próprio, mas em função do ato, da conduta por ele dirigida e que não pode ser aferível fora do contexto econômico em que se desenvolve a atividade do agente. Somente a análise da conduta pode levar à determinação de seu objeto.

É certo que a adoção de novas políticas e estratégias por parte de uma empresa, além de objetivar sua própria eficiência, deve ainda se preocupar com o impacto concorrencial das medidas, com a eficiência do mercado. É comum nessas mudanças de estratégia a contratação de novos fornecedores ou prestadores de serviços, a exclusão de outros, a pulverização dos serviços ou a integração vertical mediante acordos e fusões. Tudo isso constitui, em princípio, práticas comerciais normais que, por isso mesmo, não são consideradas ilegais per se". Certo também que muitos desses acordos, para efeito de sua validade, terão de ser aprovados pela SDE. Essa exigência, porém, não lhes confere a qualidade de ilegais per se, reafirmando, ao contrário, a necessidade de uma prévia avaliação, segundo critérios de eficiência do mercado, levando-se em conta os benefícios que possam ser

auferidos pelos consumidores e usuários finais do bem ou serviço, para se auferir sua ilegalidade.

Não fora assim, quase todas as práticas comerciais seriam tratadas como anticoncorrenciais, inviabilizando-se a própria economia de mercado de tão freqüente que teria de ser a intervenção dos órgãos de repressão às condutas restritivas da concorrência, para dizer que os empresários o que fazer e como fazer.

Não é objetivo das leis de repressão ao abuso do poder econômico controlar atividades empresariais ou práticas de comércio e nem fazer com que o Estado se substitua à empresa na decisão do que produzir, como e a que preço. Essas leis, ao contrário, só se justificam em face dos princípios constitucionais da liberdade iniciativa e da livre concorrência que pressupõem, necessariamente, agentes econômicos livres, que possam exercer competência e eficiência suas opções negociais, distante da influência de políticas paternalistas do Estado que, não raro, buscam conciliar interesses de poderosos grupos e corporações, passando ao largo do bem-estar dos consumidores.

Não consigo identificar na adoção pela FIAT dessa nova estratégia para lidar com as empresas que lhe prestam serviços de transporte qualquer objeto ilícito sob o aspecto concorrencial. Essa atividade poderia até ser verticalizada, criando-se empresa do grupo FIAT para prestá-la ou, ainda, prestada em caráter de exclusividade por terceiros.

11. Mas, se não se considera anticoncorrencial o objeto da conduta, a atenção deve voltar-se para os efeitos que sobre o mercado teria a prática tida por abusiva

Consta do relatório final que o mercado de transporte teria sofrido impacto concorrencial, em razão da exclusão da TRANSAUTO como transportadora da FIAT. Nada se disse, porém, sobre esse impacto ou sobre a sua dimensão.

Para se aferir os efeitos da conduta anticoncorrencial atribuída à representada, necessário se faz determinar o mercado relevante onde atuam TRANSAUTO e suas concorrentes.

Afirmou-se no relatório final que o mercado relevante seria o Estado de Minas Gerais, por ser a zona geográfica de influência decisiva da representada. Não se explicou, contudo, o significado da expressão "zona geográfica de influência decisiva". Se se quer significar o lugar de situação da empresa ou local onde são tomadas suas decisões administrativas ou operacionais, ou, ainda, o local de contratação do transporte, tal critério não pode ser considerado como determinante do mercado relevante sob pena de se jogar por terra e teoria dos efeitos, universalmente aceita e adotada.

O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço.

O mercado relevante de serviços diz respeito ao transporte de veículos 0 Km das categorias e comerciais leves. Esses serviços são prestados por várias empresas, que concorrem entre si na realização do transporte dos veículos fabricados pelas montadoras localizadas nos estados de Minas Gerais e São Paulo.

Em termos geográficos, o transporte em questão tem duas origens: o Estado de São Paulo, onde estão localizadas a Autolatina e a General Motors, e o Estado de Minas Gerais, onde está instalada a FIAT. Dessas duas origens os veículos 0 Km são distribuídos para todas as regiões do País e para os portos de exportação. As empresas que fazem esse transporte prestam serviços às montadoras localizadas tanto em Minas Gerais quanto em São Paulo, como é o caso da representante, sendo que os veículos utilizados podem sofrer adaptações para o transporte de outros modelos, a partir de qualquer das origens (fls. 49).

Não pode considerar como mercado relevante o Estado de Minas Gerais só porque FIAT ali se encontra instalada. A concorrência entre as empresas transportadoras não está restrita àquela área. As concorrentes disputam o mercado das montadoras no eixo São Paulo-Minas Gerais, instalando seus pátios próximo ao local de fabricação dos veículos, de onde partem para todo o território nacional.

O espaço da concorrência, o mercado relevante, é, pois, o eixo São Paulo-Minas Gerais, área de atuação de TRANSAUTO, Sada, Siminbu e de todas as demais empresas, que concorrem entre si, prestando os serviços de transporte de veículos 0 Km à FIAT, à Autolatina e à General Motors.

Não há nos autos qualquer análise técnica desse mercado. Sequer a participação relativa das empresas que o integram foi informada. No entanto, a partir de algumas informações trazidas aos autos pela representante, pela representada e pelo parecer da Secretaria Nacional de Economia e, mais uma vez, de alguns dados lançados no Anuário da ANFAVEA, pode-se chegar a algumas conclusões sobre esse mercado.

Tem-se conta no parecer de fls. 1660/1667 que o mercado de transporte de veículos novos das categorias automóveis e comerciais leves é composto de onze empresas transportadoras, que operam com uma frota de, aproximadamente, 2.800 veículos pesados, sendo 55% dessa frota pertencentes às empresas transportadoras, e os restantes 45%, de propriedade

de profissionais autônomos. As fontes dessas informações não foram, porém, citadas no aludido parecer.

Para esse transporte são utilizados veículos articulados, compostos de cavalo-mecânico e semi-reboque, que não se prestam ao transporte de outras cargas. Esses veículos são produzidos no mercado por diversos fabricantes. A própria TRANSAUTO é fabricante de semi-reboques (fls. 644). É possível a adaptação dos semi-reboques para o transporte de automóveis de diversos tamanhos (fls. 49), sendo também comum o empréstimo de carretas entre as empresas (fls. 59).

Utilizam-se desse mercado as empresas fabricantes de veículos, que programa a distribuição e a entrega da carga de acordo com suas conveniências.

No caso da distribuição realizada pela FIAT, tem-se notícia apenas da área de atuação da TRANSAUTO, qual seja, a dos Estados do Piauí, Maranhão, Rio Grande do Norte, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo (fls. 54).

As empresas que transportam a partir de mais de uma origem dispõem de pátios próprios em cada origem.

As transportadoras que atuam nesse mercado são representadas por uma única entidade, a Associação Nacional de Transportadores de Veículos - ANTV, que fixa, em conjunto com a Federação Nacional de Revendedores de Veículos Automotores - FENABRAVE e a Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores - ANFAVEA, o valor do frete, válido para todo o território nacional (fls. 643 e fls. 89 da Separata).

A TRANSAUTO presta serviços a todas as montadoras, tendo informado deter cerca de 20% e 15% do transporte dos veículos da Autolatina e da General Motors, respectivamente (fls. 02). Quanto ao transporte dos veículos FIAT, a participação relativa da TRANSAUTO, em 1990, foi de 26%, considerada toda a produção da montadora que se destina tanto ao mercado interno quanto ao externo (fls. 109 e 245).

No relacionamento entre montadoras e transportadoras é comum a inexistência de contrato escrito.

No transporte dos veículos 0 Km, as empresas transportadoras subcontratam, muitas vezes com exclusividade, os serviços de comioneiros autônomos. No caso da TRANSAUTO, essa subcontratação para serviços à FIAT, em 1991, atingia 50% da frota por ela utilizada (fls. 48).

A produção da Autolatina é distribuída por oito empresas transportadoras, enquanto que a General Motors utiliza nove (fls. 08). A FIAT, antes do rompimento com a TRANSAUTO, utilizava-se de quatro

transportadoras mediante contratação direta. A partir de agosto de 1991, apenas duas empresas prestam serviços mediante contratação direta e uma, na condição de subcontratada.

O mercado de transporte de veículos 0 Km não apresenta características concorrenciais no tocante a preços, os quais são uniformemente fixados em tabelas negociadas pelas entidades representativas dos agentes econômicos envolvidos na atividade. No tocante à qualidade dos serviços, podem as transportadoras concorrer na diversificação das opções oferecidas às montadoras, sendo esse o principal aspecto concorrencial do mercado.

Das informações colhidas nos autos, pode-se inferir que inexistem barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado ou qualquer obstáculo à expansão das empresas que nele se encontram: as montadoras não dispõem de frota própria; raro é o contrato escrito, o que possibilita a adaptação dos serviços de transporte às políticas de produção e distribuição do fabricante; a expansão ou ingresso de transportadoras nesse mercado independente de investimentos de vulto, devido à possibilidade de subcontratação de profissionais autônomos que detêm 45% da frota; as transportadoras podem atuar, como de fato o fazem, nas duas origens existentes - São Paulo e Minas Gerais; o preço dos serviços de transporte é único e conhecido, tornando-se transparente o mercado para novas empresas que nele queiram ingressar; as carretas podem ser adaptadas para o transporte de automóveis de diversos tamanhos, facilitando-se, dessa forma, seu deslocamento para o atendimento de outra montadora (fls. 48/49).

Desse mercado tem grande participação a TRANSAUTO. A época do rompimento da relação com a FIAT, a representante realizava 20% do transporte da Autolatina, ficando os restantes 80% por conta de outras sete empresas; 15% do transporte da General Motors, sendo os restantes 85% distribuídos entre oito transportadoras, além de 26% da carga da FIAT, sendo o percentual restante dividido entre as três outras transportadoras. Conforme declarado pela própria TRANSAUTO, tem ela condições de operar em larga escala (fls. 645).

Para se avaliar o impacto de qualquer conduta no mercado é de se ter em conta a participação relativa que nele tem o agente econômico e seus concorrentes. Essa avaliação não foi feita no curso da apuração dos fatos, já que o rompimento da relação contratual foi visto como ilegal per se, sem que se perquirisse sobre o objeto da conduta ou sobre seu efeito no mercado, elementos caracterizadores da infração à ordem econômica, determinantes da ilicitude, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

No entanto, a partir dos dados da ANFAVEA sobre a produção nacional e das informações oferecidas pela TRANSAUTO sobre os

percentuais do transporte de cada montadora sob sua responsabilidade, pode-se chegar, aproximadamente, à participação relativa da representante no mercado de transporte de veículos 0 Km.

De acordo com a ANFAVEA, foram produzidos no Brasil, em 1991, 887.912 automóveis e comerciais leves. Desse total, a Autolatina produziu 428.838, a General Motors 193.076 e a FIAT 255.556 unidades. Considerando-se a produção total das montadoras e os percentuais transportados pela TRANSAUTO tem-se que a participação da representante no mercado relevante, onde atuam onze empresas, é de aproximadamente 21%.

Como as informações referentes à participação de cada uma das empresas que atuam no mercado relevante também não vieram aos autos, torna-se impossível determinar o deslocamento da participação relativa da TRANSAUTO para as suas concorrentes, para que se possa concluir pela ocorrência de repercussão negativa sobre o mercado. No entanto, a própria TRANSAUTO informa que o transporte que lhe foi retirado teria sido atribuído a camioneiros (fls. 643). Ora, se foi isso o que ocorreu, o rompimento da relação com a TRANSAUTO conduziu decréscimo da participação relativa da representante em favor de profissionais autônomos, desconcentrando-se, assim, o mercado.

Os efeitos negativos sobre o mercado de transportes de veículos 0 Km, em virtude do rompimento das relações FIAT/TRANSAUTO, não foram demonstrados nos autos e, a falta de elementos sobre os partícipes do mercado relevante e sobre a situação desse mercado antes e depois do rompimento não me autoriza a concluir que ocorreram tais efeitos.

Ademais, não se pode afirmar que TRANSAUTO tenha sido eliminada do mercado de transporte de veículos 0 Km. A representante continua a prestar serviços às demais montadoras, sendo certo, inclusive porque por ela própria declarado, que sua recusa em prestar os serviços na condição de subcontratada foi a única causa de não ter sido ela integrada no sistema de transporte dos veículos FIAT, o qual, vale ressaltar, foi montado em razão de estratégias administrativas legítimas sob o aspecto concorrencial.

TRANSAUTO não aceitou a mudança de seu status, recusando-se a transportar os veículos FIAT na condição de subcontratada. Essa alternativa que lhe foi oferecida, segundo o próprio parecer da Secretaria Nacional de Economia, às fls. 1660/1667, que conclui pela abusividade da conduta, seria economicamente interessante para a representante, ainda que a remuneração fosse menor do que a obtida pela contratação direta.

O direito de manter-se como contratada direta da FIAT, que TRANSAUTO diz ter, é por certo questão que não afeta a concorrência e que, por isso, deve ser resolvida na justiça comum.

12. O DPDE acusa também a FIAT de abuso de posição dominante por romper o contrato e exigir que TRANSAUTO lhe prestasse serviços na condição de subcontratada, estabelecendo com as transportadoras remanescentes uma relação de exclusividade.

O fulcro da acusação estaria em que, sendo a FIAT a única montadora situada em Minas Gerais, estaria ela em posição privilegiada para contratar e distratar quem quisesse e nas condições que impusesse.

Ora, não se pode negar à FIAT, pelo só fato de ser a única montadora sediada em Minas Gerais, o direito de escolher seus parceiros comerciais. Não importa quantas transportadoras a montadora terá a seu serviço e em que condições: se uma ou várias; se terão a qualidade de contratadas ou subcontratadas; se serão utilizados profissionais autônomos ou se empresa do próprio grupo será criada para transportar seus veículos. As políticas e estratégias da empresa bem como o risco pelo respectivo sucesso ou fracasso são assuntos da FIAT, que ela própria terá de resolver. A reação dos consumidores a essas estratégias virão mais cedo ou mais tarde, no próprio contexto concorrencial do mercado, ocasião em que a FIAT saberá se elas foram boas ou ruins.

A verticalização da FIAT poderia, talvez, proporcionar preços melhores aos consumidores, que pagam pelo frete, já que a empresa teria condições de atuar independentemente das associações que fixam os preços nacionais, numa ação cristalinamente cartelizada e lesiva aos interesses do consumidor.

Ademais, a verticalização ou a terceirização de certos serviços depende sobremaneira das políticas e estratégias das empresas que, na constante busca de melhores resultados, tentam minimizar seus custos e maximizar seus lucros. Os modelos não são estanques. Mudam de acordo com as circunstâncias e cedem à influência de inúmeros fatores. Mas uma coisa é certa: não compete ao Estado dizer à empresa como se organizar.

Se FIAT quer, como afirma, especializar os serviços de transporte dos veículos de sua fabricação, com toda certeza não será o CADE a dizer-lhe que não pode fazê-lo.

A FIAT, mais do que a ninguém, interessa a eficiência do sistema de entrega de seus veículos, pois o fracasso das estratégias que tem adotado ou que venha a adotar repercutirá, certamente, na competitividade de seus produtos, e ela própria arcará com o ônus decorrente, pois o consumidor dirigirá sua escolha para seus competidores.

A lei de repressão ao abuso do poder econômico, por sua teologia, é uma lei concorrencial. Não diz ao agente o que fazer ou como fazer, limitando-se a traçar-lhe os parâmetros do abuso. Onde estaria a proibição da exclusividade na contratação de prestadores de serviços e qual o dispositivo de lei que proíbe a subcontratação?

O relatório final não os citou, até porque não existem e, nesse particular, a conduta foi sequer enquadrada. Na verdade, ainda que se pudesse vislumbrar na exclusividade ou na subcontratação algum indício de abuso, essas práticas normais e rotineiras no mercado de prestação de serviços só poderiam ser reprimidas se tivessem por objeto o domínio de mercado ou o prejuízo à concorrência ou, ainda, se delas resultassem efeitos anticoncorrenciais no mercado. Essas hipóteses, conforme já visto, não ocorreram.

No passado, TRANSAUTO foi a empresa transportadora que mereceu a exclusividade da FIAT. Hoje, a preferência da montadora canalizou-se para outra empresa. Teriam TRANSAUTO e FIAT pretendido dominar o mercado ou prejudicar a concorrência quando pactuaram a exclusividade? Parece-me que não. Buscaram sim uma forma de atender aos interesses de ambas e obtiveram bons resultados durante certo tempo.

A cláusula de exclusividade, contudo, como de resto todas as outras de qualquer contrato, não são perenes. Terminam um dia, não porque sejam anticoncorrenciais, mas porque passam a não mais atender aos interesses das partes contratantes.

As acusações de abuso do poder econômico que pesam sobre a FIAT afiguram-se-me absolutamente infundadas. O rompimento da relação FIAT/TRANSAUTO foi tomado como abusivo desde a instauração do processo, confundindo-se abuso de direito com abuso do poder econômico. A conduta da FIAT foi abordada sob os aspectos do direito comum, não se analisando o seu objeto ou seus efeitos anticoncorrenciais atuais ou prováveis sobre o mercado, elementos caracterizadores da infração à ordem econômica. FIAT foi acusada de dominar um mercado do qual não detém nem deteve qualquer participação. O rompimento da relação contratual por prazo indeterminado foi considerado prejudicial à concorrência sem que se soubesse ou se indagasse da estrutura do mercado que teria sofrido os efeitos da ruptura. Os termos e as informações constantes da representação foram, desde o início, tidos como subsistentes, deixando-se de colher, por isso, elementos indispensáveis à avaliação da conduta e do mercado sobre o qual teria ela repercutido e que, sem dúvida, demonstrariam a irrelevância do rompimento para a concorrência.

13- Tive de valer-me de documento notório, que não constava dos autos, para poder avaliar a posição da representada no mercado em que atua, posição esta que a Secretaria considerou dominante e abusiva. Poder-se-ia argüir a impropriedade desse ato. Há de se levar em conta, todavia, que o processo administrativo busca a verdade meterial. Se tivesse me deparado com dados que apontassem para indícios veementes de abuso do poder econômico, não teria hesitado em retornar o processo à Secretaria para que prosseguisse na investigação. Mas, ao contrário, estavam em minhas mãos documentos que, embora não suprissem as falhas de instrução do processo, permitiam demonstrar a improcedência da acusação feita à FIAT de abuso de posição dominante. Não faria, pois, qualquer sentido absolver FIAT por falta de provas, quando poderia fazê-lo pela insubsistência dos fatos que ensejaram a remessa do processo a este Conselho.

14- Os fatos e o direito discutidos no processo deixam claramente transparecer um conflito de natureza privada, a ser resolvido pelo Poder Judiciário. Firme, pois, em que a conduta imputada à FIAT não configura abuso do poder econômico, posto que não teve por objeto e nem produziu o efeito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência, tenho como improcedente a representação, pelo que deve ser arquivado o processo administrativo, dando-se ciência da decisão ao Ministério Público.

É o meu voto

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

1. Imputa-se à Representada ter inviabilizado o funcionamento de TRANSAUTO - Transportes Especializados de Automóveis S.A. no Estado de Minas Gerais. A representação se apoia no fato de que a FIAT Automóveis S.A. rompeu abruptamente de maneira unilateral, relação comercial que mantinha com a TRANSAUTO, causando perdas irreparáveis.

A instauração do P.A. se deu em razão de o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE ter admitido "a presença de indícios veementes de que a conduta da Representada, em prejuízo da livre concorrência, poderia ser tipificada nos incisos IX e XVI do Art. 3º da Lei nº 8.158/91, combinados com as alíneas a e g, inciso I, do Art. 2º da Lei nº 4.137/62". Entendeu, o então Diretor do DPDE, que a cessação contratual do prazo indeterminado criaria dificuldades ao funcionamentos da Representante.

2. Conforme devidamente observado, tanto pela douta Procuradora quanto pela digna Conselheira Relatora, questões puramente contratuais, sujeitas ao direito das obrigações, têm o Poder Judiciário como foro apropriado para seu exame.

É importante ter presente que a legislação de defesa da concorrência brasileira não deve ser aplicada para dirimir ou regular questões ou interesses particulares ou entre particulares, matéria esta afeta ao direito civil e à Justiça Comum. A ilustre Conselheira Relatora, em seu Despacho proferido em 30.04.93, observou com propriedade: "O bem jurídico sob tutela é o mercado, local onde atuam as forças de produção, cuja conduta deve se pautar pelos interesses da coletividade. A instauração do processo não leva em conta o direito ou o interesse individual do representante, mas sim interesses difusos, consubstanciados na manutenção de um mercado livre, onde o poder econômico se cria e se mantém nos estritos termos da lei e a concorrência se processa livremente, sem abusos."

A este Conselho cabe apreciar se as práticas adotadas pela Representada repercutiram de forma negativo no mercado, ou seja, se resultaram em efeitos anticoncorrenciais. Desta forma, ao CADE compete examinar questão de rompimento contratual que envolva abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

3. Em suas alegações a Representante busca caracterizar que com a prática abusiva ocorreu modificação na estrutura do mercado relevante onde atuava, isto é, "no mercado mineiro de transporte de veículos automotores".

A par de nos autos não se dispor de informações que permitam uma melhor caracterização do mercado, é lícito observar algumas especificações desse segmento econômico. É comum, por exemplo, tanto uma montadora de veículos contratar diversas transportadoras, quanto uma transportadora subcontratar outras para a auxiliar na prestação dos serviços. A propósito, releva salientar que 45% da frota nacional de carretas pertencem aos transportadores autônomos.

É também prática usual uma transportadora atender mais de uma montadora, sendo que a própria TRANSAUTO prestava serviços, além da FIAT, à FORD e à GENERAL MOTORS.

A área de atuação da Representante alcançava os estados do Piauí, Maranhão, Rio Grande do Norte, Ceará, Alagoas, Pernambuco, Rio de Janeiro, Goiás, Mato Grosso e o Paraná, além do Distrito Federal e de Minas Gerais.

Claro está, que, em termos geográficos, o mercado de transporte de veículo automotores não pode ser definido com base na localização da Representada, ou no local onde se dá a contratação dos serviços.

Conforme considerado pela ilustre Conselheira Relatora, a concorrência entre as empresas transportadoras não está restrita ao Estado do Minas Gerais. As concorrentes disputam o mercado das montadoras no eixo São Paulo-Minas, de onde efetuam o escoamento dos veículos para as demais Unidades da Federação e para o exterior.

No que respeita o serviço prestado e sua respectiva substitutibilidade, cabe observar que o preço, embora impropriamente fixado, é o mesmo para todas as empresas, não se caracterizando como elemento diferenciador. Relativamente à finalidade, embora esta seja comum, requer das transportadoras ajustes e adaptações nos semi-reboques para melhor atender aos tipos de veículos que serão transportados, de forma a propiciar melhor desempenho. Tais adaptações não se constituem em elemento diferenciador suficiente para caracterizar a segmentação do mercado.

Entendo, pois, que o mercado relevante de veículos automotores não está restrito à área do Estado de Minas Gerais, mas alcança o espaço geográfico onde as transportadoras concorrem entre si, ou seja, o eixo São Paulo-Minas Gerais e que os serviços prestados por distintas transportadoras são análogos.

4. A alegação de que a dispensa da TRANSAUTO prejudicou a concorrência não encontra sustentação, visto que a Representada exerceu, tão somente, o seu legítimo direito de escolha.

Se, ao exercer essa liberdade de contratar, aquelas empresas que forem preferidas apresentarem uma queda na demanda de serviços e a consequente redução de suas receitas, trata-se do risco da atividade empresarial, que é inerente à livre iniciativa, assim como o lucro e o prejuízo o são.

Entretanto o diferenciado conduzirá a que todas as resilições contratuais configurarão como abuso do poder econômico, visto que podem trazer dificuldades à parte que não a motivou.

É importante ter presente que o mercado é dinâmico e deve ser visto como o conjunto das ações econômicas e suas relações e não necessariamente como o conjunto dos agentes econômicos que dele participam.

Esse entendimento permite visualizar que, dificilmente, o mercado permaneceria inalterado ao longo do tempo, seja porque haveria o ingresso e a saída de novos agentes econômicos, seja por que as relações mercantis se alteram, seja porque novas tecnologias seriam introduzidas.

Desta forma, permito-me discordar da conclusão do parecer do DPDE quando afirma que "ao exercer o seu direito de livre escolha dos fornecedores de serviços de transportes dos veículos que fabrica se nos afigura indícios evidentes de prática restritiva da livre concorrência e abuso do poder econômico"...

Ao contrário, constato não estar caracterizada infração à ordem econômica disposta no art. 3º da Lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991.

5. Ao finalizar, gostaria de abortar uma questão que considero relevante e, que surpreendentemente, escapou à atenção da Secretaria de Direito Econômico.

Em diversas manifestações nos autos a Representada argumentou que o rompimento com a TRANSAUTO se deu em razão da execução de um programa de modernização e restauração voltado para a gestão da qualidade, visando elevar a competitividade dos seus produtos nos mercados externo e interno, bem como promover o barateamento do frete,

Em relação à competitividade, é do domínio público que resultados expressivos foram alcançados pela FIAT AUTOMÓVEIS S.A., em ambos os mercados, nos últimos anos.

Quanto à redução do valor do frete, não existem evidências de que eventuais ganhos decorrentes da substituição da TRANSAUTO tenham sido transferidos para o consumidor, atendendo, assim, a uma das premissas básicas de qualquer programa de gestão da qualidade, que é a satisfação do consumidor.

Na realidade, o que se constata nos autos são indícios da prática de um sistema perverso e distorcido de fixação de preços de transporte de veículos automotores. Tais preços têm sido estabelecidos por intermédio de acordo tácito firmado entre entidades representativas de classe, em detrimento dos interesses maiores dos consumidores. Ao invés de um processo sadio e concorrencial de formação de preços, o que se depreende dos autos e dos memoriais entregues pelas partes é que o valor do frete é estabelecido mediante solicitação das transportadoras às montadoras, que por sua vez consultam as distribuidoras, aprovando, as suas entidades de classe, valores uniformes que serão cobrados em todo território nacional.

A presença de tais indícios, lesivos aos interesses dos consumidores e prejudiciais à concorrência, indica que há necessidade de uma ação energética e determinada dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no setor de transporte de veículos automotores, buscando apurar a existência de práticas anticompetitivas.

6. Ao concluir, e por entender que a conduta da Representada fundamentou-se em um ato típico e regular de comércio e que o exame de tais atos é da exclusiva competência do Poder Judiciário, acompanho o Voto da digna Conselheira Relatora em todos os seus funcionamentos

Este é o meu VOTO.

MARCELO MONTEIRO SOARES

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

No Processo Administrativo em julgamento a FIAT AUTOMÓVEIS S.A. é acusada de ter praticado conduta abusiva do poder econômico por ter rompido, de forma abrupta, relação contratual de prazo indeterminado que manteve com a Transauto - Transportes Especializados de Automóveis S.A., durante 16 anos. Em decorrência dessa acusação foi incursa no art. 3º, incisos IX e XVI da Lei nº 8.158, de 10 de janeiro de 1991, verbis:

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

No relatório elaborado pelo DPDE/SDE, a Representada é acusada de infringir a ordem econômica por ter rompido uma relação contratual de 16 anos que mantinha com a Representante, causando a esta dificuldades de funcionamento. De acordo com o DPDE/SDE, não há dúvidas de que essa atitude da Fiat configura abuso de direito, pois a transferência do transporte

efetuado pela Transauto para outras empresas não poderia se realizar sem que a Representante fosse indenizada e que o contrato não poderia ser rescindido sem o necessário pré-aviso, suficiente para a recuperação e adaptação dos negócios da transportadora.

A Fiat, conforme consta dos documentos existentes nos autos, foi assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. Em síntese a Representada insurge-se contra a instauração do processo administrativo ao fundamento de que o rompimento de uma relação contratual é matéria afeta ao direito das obrigações, onde prevalece a autonomia da vontade com o corolário do princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição Federal, e que tal rompimento não causou nenhuma repercussão no mercado de sorte a comprometer-se seu regular funcionamento.

Inicialmente é necessário esclarecer o que cabe a este Conselho julgar. E isso foi exposto de forma brilhante pela ilustre Conselheira-Relatora, em seu bem fundado Voto, ou seja, se a conduta da Fiat, ao romper a relação contratual que mantinha com a Representante, estava direcionada ao domínio do mercado ou ao prejuízo da concorrência ou, se essa conduta produziu ou seria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais. Esse é o mérito que deve ser examinado.

Vale registrar que o domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir, ou seja, o poder de adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens e serviços de uma parte significativa do mercado, e dessa forma excluindo a concorrência. Em mercados oligopolizados, como é o caso do setor de montadoras de veículos, admite-se que uma empresa possa dominar o mercado ainda que tenha concorrentes tão poderosos quanto ela. É necessário lembrar, no entanto, que é a qualidade e não a quantidade desse domínio que importa para a concorrência. Isto, porque a lei não pune a posição dominante quando ela advém de práticas comerciais lícitas. O que se reprime é o abuso da posição dominante.

É importante destacar que a posição dominante de uma empresa é medida pela sua participação relativa no mercado relevante, pelo seu comportamento nesse mercado. Nesse sentido não consigo vislumbrar, como que o rompimento da relação Fiat/Transauto poderia conduzir ao domínio da Fiat no mercado de fabricação de veículos ou no domínio do mercado de transporte de veículos 0 Km.

Por outro lado não vejo na conduta da Fiat, a realização do tipo descrito no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91, visto que sendo a Transauto parte na relação rompida não deteria ela a qualidade de outra

empresa, não se tendo conta nos autos de outra empresa que, no contexto concorrencial, tivesse sido prejudicada com o rompimento.

Quanto a prática descrita no inciso XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, em que a Representada foi acusada de provocar dificuldades ao funcionamento da TRANSAUTO (que teriam sido decorrentes do rompimento da relação contratual, tendo a Fiat abusado da posição dominante que detém para, unilateralmente, terminar uma longa relação comercial sem que os investimentos realizados tivessem tido tempo de ser absorvidos), entendo que devem ser examinados sob a ótica concorrencial. Havendo várias empresas no mercado prestando serviços de maneira eficiente e a preços competitivos, a questão de um contrato ser mantido com uma delas só por conta de investimentos realizados em nada afeta o mercado.

Assim, tenho entendimento contrário a tese de que os investimentos realizados pela Transauto para prestar serviços à Fiat devem ser considerados importantes no contexto concorrencial, e que o rompimento da prestação desses serviços, antes que o custo do investimento fosse absorvido, seria prejudicial ao mercado. Com o respeito intelectual que merecem os defensores dessa tese, os ilustres professores Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz, com eles não posso concordar. Num mercado não competitivo, como é o caso em questão, mais importante que as relações estáveis entre os agentes econômicos é a eficiência dessas relações em benefício do consumidor.

Na espécie, não há como identificar no mercado de serviços de transporte de veículos 0 km, onde atuam várias empresas, os efeitos anticoncorrenciais que pudessem decorrer da não absorção dos investimentos efetuados pela Transauto. Entendo que esta é uma questão a ser dirimida pelo Poder Judiciário, visto situar-se no campo da responsabilidade contratual.

As dificuldades que interessam à defesa da concorrência são aquelas criadas pelo agente econômico tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Não vislumbro na conduta da Fiat o objetivo de dominar o mercado.

Com relação ao mercado relevante de transporte de veículos 0 km não é factível aceitar que ele surge no Estado de Minas porque a Fiat Automóveis ali está instalada. Deve-se observar que a concorrência entre as empresas transportadoras não está restrita àquela área. As concorrentes disputam o mercado das montadoras de veículos, no eixo São Paulo-Minas Gerais, instalando seus pátios próximo ao local de fabricação dos veículos, de onde partem para todo o território nacional ou para os portos, de onde esses veículos são exportados. O mercado relevante, é, pois, o eixo São Paulo-Minas Gerais, onde as empresas transportadoras de veículos concorrem entre

si, prestando serviços de transporte de veículos 0 km à General Motors, Autolatina e a Fiat.

Antes de concluir o meu Voto, creio necessário fazer um adendo ao Voto da ilustre Conselheira-Relatora, de forma específica na parte que trata das transportadoras que atuam nesse mercado, e que são representadas por uma única entidade, a Associação Nacional de Transportadores de Veículos - ANTV, que fixa em conjunto com a Federação Nacional de Revendedores de Veículos Automotores - FENABRAVE e Associação Nacional de Fabricantes de Veículos Automotores - ANEAVEA, o valor do frete, válido para todo território nacional. Creio preocupante tal constatação, considerando que esta prática é restritiva da concorrência e afeta diretamente os interesses do consumidor, que em última instância é quem paga pelo referido serviço.

Diante desses indícios, entendo necessário que este Conselho recomende à Secretaria de Direito Econômico que, na sua atuação preventiva, adote as medidas capituladas no art. 1º da Lei nº 8.158/91, com vistas a corrigir as anomalias que eventualmente existam na formação dos preços dos serviços de transporte de veículos 0 km.

Ao final, registre-se que os efeitos negativos sobre o mercado de transporte de veículos 0 km, em virtude do rompimento das relações Fiat/Transauto, não foram demonstrados nos autos e, a falta de elementos sobre os partícipes do mercado relevante e sobre a situação desse mercado antes e depois do rompimento não me permite concluir que esses efeitos ocorreram. O direito de manter-se como contratada direta da Fiat que a Transauto diz ter é por certo questão que não afeta a concorrência e que, por isso, deve ser resolvida na justiça comum.

Isto posto, acompanho em todos os seus termos o Voto da ilustre Conselheira-Relatora, que demonstrou, sem deixar dúvidas, que os fatos e o direito discutidos no processo deixam claramente transparecer um conflito de natureza privada, a ser resolvido pelo Poder Judiciário. Por assim entender, pois, em que a conduta imputada à Fiat não configura abuso do poder econômico, visto que não teve por objeto e nem produziu o efeito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência, tenho como improcedente a representação, razão pela qual Voto pelo arquivamento do processo administrativo, dando-se ciência da decisão ao Ministério Público.

Este é o Voto.

José Matias Pereira

VOTO DO PRESIDENTE DO CADE

A matéria de que trata o presente Processo é referente a atos abusivos do poder econômico que teriam sido praticados por Fiat AUTOMÓVEIS S.A. contra TRANSAUTO, TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A, ao rescindir abrupta e unilateralmente relação contratual, sem prazo determinado, vigente desde 1975.

A análise serena dos fatos contidos nos autos do Processo que ora apreciamos não nos oferece elementos de convicção que conduzam ao reconhecimento de que os interesses contrapostos de ambas as empresas tenham transbordado a tal ponto que, repercutindo no mercado e prejudicando a concorrência, ferissem os interesses difusos de forma a proporcionar a aplicação da legislação de abuso do poder econômico.

É este, também, o entendimento da ilustre Procuradora "ad hoc" do CADE, Dra. Carla Barroso, em seu bem fundamentado parecer.

A eminente Conselheira-Relatora, Dra. Neide Malard, em seu voto, igualmente não vislumbra, na conduta da Representada, a realização dos tipos anticoncorrenciais descritos nos incisos II, X e XVI do art. 3º da Lei 8.158/91 com base nos quais a empresa TRANSAUTO ofereceu sua Representação perante a Secretaria Nacional de Direito Econômico, conforme demonstram as peças vestibulares do presente Processo.

Alerta a ilustre Relatora que "no exame de uma relação comercial qualquer é de extrema relevância saber distinguir os aspectos que dizem respeito aos direitos e interesses individuais das partes envolvidas daqueles outros que repercutem no mercado e prejudicam a concorrência. Não se pode afastar a hipótese de prejuízo e de dificuldades operacionais que a rescisão abrupta de um contrato pode causar à outra parte. A questão que se coloca, no entanto, é em que situação o rompimento de uma relação contratual se torna relevante para a defesa da concorrência, de sorte a justificar a intervenção do Estado numa relação de direito privado".

A interpretação das normas que regulam o livre mercado precisam ser claras para evitar as zonas de sombra. Ao poder público cabe o papel de árbitro do cumprimento dos princípios legais e não de administrador de interpretação tolerante de normas restritivas. Assim, não pode o Cade ser transformado num amplo estuário para onde possam convergir todas as pendências entre empresas onde, na maioria das vezes, a determinação que lhes falta é a de competirem com criatividade, imaginação e convicção.

Ao CADE, portanto, há que permanecer preservada a competência para apreciar condutas que agridam a legislação de defesa da concorrência e nunca aquelas que se situam na esfera exclusiva do direito comum.

Estou, portanto, absolutamente acorde com a Relatora quando afirma que "o que cabe ao CADE julgar é se a conduta da FIAT ao romper a relação contratual que mantinha com a TRANSAUTO estava direcionada ao domínio do mercado ou ao prejuízo da concorrência ou, se essa conduta produziu ou seria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais".

Acrescenta a nobre Relatora: "A conduta indiciária praticada pela Representada foi tomada como abusiva desde a instauração do processo, confundindo-se abuso de direito com abuso do poder econômico. Na acusação, o rompimento foi abordado sob os aspectos do direito comum, não se analisando os elementos caracterizadores da infração à ordem econômica, que são o objeto ou os efeitos anticoncorrenciais da conduta".

Por todas essas razões, não há como deixar de acolher o entendimento da ilustre Relatora de que a conduta imputada à Representada "não se configura abuso do poder econômico, posto que não teve por objeto e nem produziu o efeito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência".

Isto posto, na esteira do entendimento da Sra. Procuradora do CADE, bem como no da Conselheira-Relatora, e pela convicção de que o conflito de que trata o presente processo está afeto ao direito das obrigações, da competência, portanto, do Poder Judiciário, VOTO pela improcedência da Representação e pelo arquivamento do Processo Administrativo nº 31/92.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

