CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91

REPRESENTANTE: FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA

REPRESENTADA: LUMIX QUÍMICA LTDA

DECISÃO

Por unanimidade dos membros votantes, o Conselho decidiu pela improcedência da representação e pelo arquivamento do processo, com base nas razões expostas nos votos do Conselheiro Relator e dos demais Conselheiros.

Plenário do CADE, 27 de outubro de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora "ad hoc"
do CADE

PARECER DA PROCURADORA

***EMENTA:** Fato ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.158/91. Inaplicabilidade das normas substantivas daquele diploma. Preço predatório. Agente que não detém poder econômico. Preço abaixo do custo de produção para desova de estoque. Inexistência de abuso em face da Lei nº 4.137/62. Improcedência da representação.*

1. Fogarex Artefatos de Camping Ltda., em representação protocolizada na Secretaria de Direito Econômico - SDE, denuncia sua concorrente Lumix Química Ltda. por prática de preço predatório a concorrência desleal.

Alega a Representante que a Lumix, no período de 1988 a 1990, teria vencido quatro licitações realizadas pelo Ministério da Marinha para fornecimento do produto FOGAREIRO PORTÁTIL DESCARTÁVEL DE CAMPANHA, cotando preços um terço abaixo daqueles por ela, Fogarex, cotados. Afirma, ainda, que, a partir de 1990, a Representada passou a vender seu produto aos hotéis e restaurantes, adotando preços abaixo do custo de produção.

Segundo a Fogarex, o objetivo da Representada com essa prática seria o de monopolizar o mercado para, assim, impor preços abusivos.

2. Relata a Representada, em sua defesa, que iniciou suas atividades, vendendo seu produto para o mercado externo - para a Espanha, o que fez de dezembro de 1987 a maio de 1988. Em virtude de problemas ocorridos com o importador, essas exportações cessaram, ficando a Lumix com uma grande quantidade de produto acabado (mini-fogareiro) e outras matérias-primas, como latas, grelhas, álcool, etc. (fls. 13).

Alega a Representada que, como forma de aliviar as dificuldades financeiras geradas pelo revés sofrido no mercado internacional e reduzir o elevado estoque de que dispunha, passou a atuar no mercado interno, participando de licitações realizadas pelo Ministério da Marinha (fls. 112).

Lumix acrescenta que os preços por ela cotados nas licitações foram resultado de um estoque ocioso, e que não teve, com isso, a intenção de prejudicar o concorrente, mas sim de reduzir os prejuízos que teria caso vendesse o produto como sucata (fls. 229). Afirma, ainda, que, se seu objetivo fosse o de prejudicar a Fogarex, não necessitaria ter reduzido seus preços na proporção que o fez, bastando, para tanto, tê-los cotado a um percentual que a possibilitasse, simplesmente, vencer a concorrência (fls. 229).

3. O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE confere que a Representada, nas licitações que participou junto ao Ministério da Marinha, utilizou-se de meios artificiosos para estabelecer os preços de seu produtos (fls. 359).

Concluiu, ainda, que a conduta da Representada, apesar do inexpressivo mercado de que participa, não só causou prejuízo à Representante, mas ao segmento econômico específico, pois sendo a Fogarex a sua única concorrente teriam desaparecido as condições de competição (fls. 361).

4. A conduta da Representada foi incurso no art. 3º, inciso XIII da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. As licitações em que a Representada teria adotado a conduta abusiva - preços abaixo do custo real de produção, com prejuízo à concorrência - ocorreram em 30.11.1988, 23.02.1989, 01.09.1989, e 18.09.1990, antes, portanto, da vigência da Lei nº 8.158.91.

Não incidem, pois, na espécie, as disposições da citada Lei naquilo que diz respeito às normas substantivas.

5. Vejamos, contudo, sobre a possibilidade de se aplicar a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, à conduta da Representada.

O diploma em questão não contempla a conduta abusiva a preços predatórios. Essa prática, no entanto, poderia ser enquadrada no art. 2º, item I, letra "g" da Lei aludida, que dispõe, verbis:

"Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

.....

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa".

6. Teria a Representada, com a cotação de preços abaixo do custo, criado dificuldades ao funcionamento do Representante?

Para a defesa da concorrência não interessa apenas a venda isolada de mercadorias abaixo do preço de custo, mas sim a prática de preço predatório, aquele fixado pelo agente durante um determinado período, com o objetivo de afastar concorrente a curto prazo e prejudicar a concorrência a médio ou longo prazo.

Trata-se de estratégia anticoncorrencial, adotada por empresas que detêm poder econômico suficiente para suportar, durante certo tempo, prejuízos constantes, vendendo seus produtos a preços abaixo dos custos reais de produção. Esse tipo de estratégia considera a recuperação dos prejuízos intencionalmente sofridos assim que o concorrente é afastado e, essa recuperação se faz, com certeza, mediante cobrança de preços monopolísticos.

O DPDE, firme no parecer da Secretaria Nacional de Economia, entendeu que a Representada teria se utilizado de meios artificiosos para estabelecer os preços cotados nas licitações referenciadas. Segundo a Secretaria, Lumix não teria reajustado os valores de seus estoques, levando em conta a respectiva reposição.

A Representada contra-argumenta, afirmando que cotou baixos preços com o objetivo de se livrar de estoques ociosos. Sua alternativa seria vendê-lo a preço de sucata (fls. 229). Pondera, ainda, que se pretendesse prejudicar Fogarex, não teria reduzido tanto os seus preços, mas apenas o necessário para vencer a concorrência.

O parecer da Secretaria Nacional de Economia insiste em que os valores das mercadorias em estoque deveriam ser reajustados de acordo com o critério de custo de reposição, incorporando os custos financeiros.

Ora, a desova de estoques só ocorre quando a empresa já exauriu todas as formas economicamente viáveis para vender seu produto com a menor margem de lucro possível. Superadas essas tentativas, resta-lhe apenas a opção de vender a preços que minimizem suas perdas.

Não é necessariamente a racionalidade do cálculo econômico, como afirma o parecer da Secretaria Nacional de Economia, que uma empresa em dificuldades operacionais persegue. A experiência demonstra que nem sempre as teorias resolvem os problemas na prática. Entre vender para sucata, com prejuízos maiores, e desovar seus estoques, a preços abaixo do custo, sofrendo menores perdas, Lumix preferiu, racionalmente, a segunda hipótese. Não se pode considerar ilícita uma prática comercial normal, como a venda abaixo de custo com o objetivo de liquidar estoques involuntariamente formados.

Aliás, a nota técnica de fls. 343/359 do DPDE reconhece que a estratégia adotada por Lumix seria sustentável até o limite das matérias-primas que detinha em estoque. A partir da então, a Representada teria de enfrentar os preços de mercado. E foi precisamente o que aconteceu, pois na licitação realizada pelo Serviço de Reembolsáveis da Marinha, em fevereiro de 1991, Lumix teve de cotar preço de material a ser adquirido no mercado, já que não o possuía em estoque, não conseguindo vencer sua concorrente Fogarex (fls. 02 da Separata).

7. Não vejo configurada na espécie qualquer conduta ilícita com o objetivo de criar dificuldades ao funcionamento de Fogarex, visando eliminar a concorrência ou dominar mercado, sendo certo que nenhuma dificuldade causada à Representante foi demonstrada no processo.

As dificuldades a que alude a Lei são aquelas relativas à manutenção da concorrência. O fato da Representada, das sete licitações realizadas pelo Ministério da Marinha, ter vencido quatro, mesmo cotando preços abaixo do custo de produção, não é suficiente para se concluir pela ocorrência de prejuízos ao mercado.

Não é o prejuízo individual sofrido pela empresa em decorrência de prática comercial adotada por concorrente que a Lei antitruste busca reparar, mas o prejuízo coletivo, decorrente de repercussão maléfica de certa conduta no mercado. A legislação antitruste tutela a concorrência geral no mercado, relativamente a indeterminado número de compradores e vendedores.

Não se tem notícia nos autos de que FOGAREX tenha tido problemas operacionais ou passado por dificuldades financeiras em decorrência do comportamento da Lumix a ponto de prejudicar a

concorrência. A perda de algumas oportunidades de negócios, por conta de preços mais baixos oferecidos por competidor, faz parte do jogo da concorrência e poderia ter ocorrido, de qualquer modo, por uma pequena diferença em centavos.

8. A Representada não detinha à época da conduta poder econômico para se sustentar cobrando preços abaixo do custo. Ao contrário, achava-se em difícil situação econômica em razão das adversidades do mercado internacional onde vendia seus produtos. A Representante, ao contrário, era a única fornecedora no mercado interno, arbitrando, pois, seus preços.

Representante e Representada se confrontaram pela primeira vez em uma das licitações referenciadas nos autos, quebrando-se a hegemonia da Fogarex sobre o mercado interno. Parece estar aí a razão da representação. O mercado de fabricação de fogareiro portátil descartável, no qual atuava apenas uma empresa - Fogarex, passou a ser disputado por duas - Fogarex e Lumix. Assim, de monopolístico, passou a duopolístico. Punir a segunda concorrente seria prestar tributo à concentração absoluta, o que, obviamente, seria aplicar as Leis de defesa da concorrência às avessas.

9. Por derradeiro, cabe observar que os órgãos de defesa da concorrência não se prestam à solução de conflitos de natureza privada. Danos eventualmente causados na prática usual do comércio devem buscar reparação no Poder Judiciário.

O que se depreende dos autos é que a disputa entre Representante e Representada se situa no âmbito da concorrência desleal, matéria que escapa à competência da SDE e do CADE, e que já foi corretamente levada à apreciação do Poder Judiciário, conforme se têm notícia nos autos.

Isto posto, opino pela improcedência da representação e conseqüente arquivamento do processo.

É o parecer.

CARLA BARROSO

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

Trata-se de representação efetuada pela empresa FOGAREX ARTEFATOS DE CAMPING LTDA contra LUMIX QUÍMICA LTDA por prática de "dumping" e concorrência desleal. Alega a Representante que a LUMIX, para vencer quatro licitações realizadas pelo Ministério da Marinha, objetivando fornecer fogareiros portáteis de campanha, cotou preços um terço

abaixo daqueles por ela praticados. Tais licitações ocorreram no triênio 1988/90, sendo que a partir de então a Representada passou a fornecer seu produto a hotéis e restaurantes, a preços abaixo do seu custo de produção.

Afirma a FOGAREX que a Representada, com a adoção dessa prática, tinha por objetivo dominar o mercado e poder assim impor preços abusivos aos seus clientes.

Com a Representação vieram os documentos de fls. 05/07.

O Diretor do DPDE enviou expediente à LUMIX notificando-a e solicitou esclarecimentos iniciais sobre a sua estrutura de custos, os preços praticados e indicou conjunto de notas fiscais a serem fornecidas. A Representada atendeu a solicitação, enviando as informações que encontraram-se às fls. 10/67.

Em parecer exarado em 29.01.91, o Chefe da Divisão do DPDE observou não ter sido possível, em princípio, caracterizar indícios de prática de dumping e sugeriu que a Representante fosse convidada a tomar conhecimento da defesa da Representada e, caso fossem por ela contestadas as informações apresentadas, que o processo retornasse à Divisão para novo exame.

Em 21.02.91 a SDE/DPDE promoveu reunião com a representante "para conhecimento do andamento da Representação e exame dos elementos fornecidos pela Representada". Na oportunidade, a FOGAREX contestou as informações prestadas pela LUMIX, ao tempo em que se dispôs a fornecer dados adicionais que melhor caracterizassem a Representação. Tais elementos foram encaminhados dias após, tendo sido anexada, também, cópia de Ação Ordinária de Contrafação de patente, cumulada com perdas e danos, proposta contra a Representada (fls. 71 a 89).

Analisado o material coligido, o Diretor do DPDE notificou a Representada sobre a instauração do processo administrativo e encaminhou relatório para que esta deduzisse sua defesa prévia (fls. 102/109).

Ao apresentar suas alegações iniciais, a Representada contestou a prática de "dumping", apresentou diversas notas fiscais de seus fornecedores de latas/grelhas e álcool, relativas aos anos de 1988/89, e solicitou prazo adicional para produzir as provas relativas ao estoque de latas declarado em 1988, no que foi atendida pelo Diretor do DPDE (fls. 110 a 135).

Em 21.07.91 a representada remeteu ao DPDE informações complementares, buscando demonstrar a origem de seu estoque de latas de álcool sólido em 1988, da ordem de 295.000 unidades, segundo ela decorrente de frustração de vendas ao mercado externo (fls. 144 a 190). Informou, ainda,

que sua atuação no mercado interno deu-se em decorrência da suspensão de suas exportações, obrigando-a a desmobilizar o seu estoque (fls. 144 a 190).

Por sua vez, a Representante enviou ao DPDE cópia de decisão judicial - Concessão de Medida Liminar pela 14ª Vara Cível do RJ - proibindo a Representada de fabricar e comercializar o equipamento denominado "mini-fogareiro" até a decisão final da Ação Principal em trâmite naquela Vara (fls. 191/195).

Em seguida, o Diretor do DPDE encaminhou cópia do processo administrativo ao Ministério da Fazenda e solicitou parecer técnico sobre os aspectos econômicos em exame (fls. 208).

Decorrido um mês, a LUMIX é convidado pelo DPDE a participar de reunião, oportunidade em que a Representada efetuou a entrega de documentação relativa ao histórico dos preços praticados nas licitações ocorridas nos anos de 1988, 89 e 90, a estrutura da composição de seus custos; diversas notas fiscais de venda à Marinha; conjunto de notas fiscais de aquisição de produtos de outras empresas; e cópias dos livros diários de 1987, 88 e 89. Solicitou a Representada que a tais informações fosse dado caráter de confidencialidade.

Ao se manifestar sobre o assunto, o MINIFAZ questionou os critérios utilizados pela Representada para estabelecer os seus preços de reposição, particularmente em uma economia acometida de inflação crônica. Entendeu aquele Ministério que a LUMIX optou por realizar a produção abaixo de seu custo de produção e que tal fato representou perdas financeiras à Representada que não foram apropriadas aos custos produtivos.

Observou, também, o MINIFAZ, que o custo de fabricação das latas foi irrealisticamente apropriado, uma vez que a Representada não efetuou qualquer majoração de preços no período compreendido entre dezembro de 1988 e outubro de 1990. (fls. 211 a 214).

O Diretor do DPDE, com base em parecer técnico, às fls. 215/223, manifestou-se pela subsistência das práticas atribuídas à representada e, mais especificamente, quanto à infrigência do item XIII, do art. 3º, da Lei nº 8.158, ou seja, "vender mercadoria ou prestar serviços sem margens de lucro, visando a dominação do mercado".

Em 23.10.92 a LUMIX é notificada a apresentar suas alegações finais, o que o fez em 11.11.92, reafirmando, em síntese, que: a) o seu elevado estoque de latas/fogareiros deveu-se a frustração de suas exportações; b) que o preço praticado foi decorrente do estoque ocioso involuntariamente formada; c) que não houve intenção em prejudicar o concorrente; d) reconheceu ter havido equívoco no cálculo do custo e que a intenção da empresa foi se desfazer do elevado estoque e fazer caixa; e) alegou ser improcedente a

acusação de ter praticado "dumping", visto a sua empresa ser pequena, de estrutura familiar. A Representada anexou às suas alegações finais cópia de sua defesa junto à 14ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, bem como cópias de diversas notas fiscais emitidas pela Representante ao longo do ano de 1991 (fls. 227/282).

Decorridos 60 dias da apresentação da defesa final, o DPDE, buscando complementar a instrução do processo administrativo, volta a solicitar novas informações, tanto à Representada quanto à Representante (fls. 283/285).

A Representada novamente apresenta as informações solicitadas que, na realidade, diziam respeito ao seu quadro de pessoal no triênio 1988/90 (fls. 289/292).

De outra parte, apesar de inúmeras tentativas realizadas pelo DPDE para acionar a Representante, para que esta prestasse informações complementares, a mesma não foi localizada. Tais informações eram referentes ao número de empregados no período de 1988/90, cópias de notas fiscais e das propostas apresentadas ao Ministério da Marinha no precitado período (fls. 293/297).

Como última tentativa para se localizar a Representante, a Coordenadora Geral Técnica do DPDE sugeriu encaminhamento de correspondência ao Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC, bem como o envio de expediente ao endereço constante nas notas fiscais expedidas pela FOGAREX no 2º semestre de 1991 (fls. 298/301).

Em 18.05.93, o DNRC enviou ao DPDE os atos constitutivos da Representante, assim como as alterações contratuais efetuadas, inclusive a última, realizada em 22.10.91, em que a FOGAREX aumenta seu capital social, transfere cotas e amplia seu objeto social. (fls. 306 a 342).

Às fls. 343/359 é elaborado circunstanciado relatório pela assessoria do DPDE, abordando os fatos ocorridos e constantes dos autos, bem como toda a tramitação processual, inclusive aspectos relativos ao parecer do MINIFAZ e às defesas prévia e final. Conclui pela subsistência dos fatos que deram origem à Representação, não obstante ter considerado "certos fatos, no mínimo curiosos, à vista do entendimento lógico e econômico", propondo que, preliminarmente, fosse ouvida a área jurídica.

A Coordenadora Geral Técnica do DPDE, ao manifestar-se, observou que na instrução processual apurou-se que, intencionalmente ou não, a Representada praticou preços de vendas inferiores aos seus custos reais de produção, causando prejuízo a Representante, caracterizando, portanto, ilícito previsto no inciso XIII, do art. 3º, da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. Considerou, também, que a conduta da representada, apesar da reduzida

relevância do mercado, não só causou prejuízo à Representante, sua única concorrente, como também ao segmento em questão, visto que, ao assim proceder, restringiu as condições de competição, instrumento salutar da livre concorrência. Por fim, sugeriu o encaminhamento do Processo Administrativo ao CADE para julgamento.

Tal manifestação foi acolhida pelo Diretor do DPDE que, por sua vez, enviou o Processo Administrativo ao Secretário de Direito Econômico.

Em 19.07.93 o Secretário de Direito Econômico notificou a Representada do acolhimento dos termos do relatório e do despacho do Diretor do DPDE, bem como do encaminhamento do processo administrativo ao CADE por julgar procedente a Representação.

Neste Conselho, o processo veio a mim distribuído em 26.08.93, sendo que, em 30.08.93, solicitei o parecer da Procuradora do CADE. Em 30.09.93, a ilustre Procuradora exarou seu competente parecer, manifestando-se pela improcedência da Representação e o conseqüente arquivamento do processo.

É o relatório.

MARCELO MONTEIRO SOARES

Conselheiro-Relator

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

***EMENTA:** Fatos ocorridos no triênio 1988/90, antecedendo à Lei nº 8.158, de 08.01.91. Inaplicabilidade das normas substantivas daquele diploma legal. Representada não possui poder econômico. Inexistência de indícios de prática de preços predatórios. Estoque involuntariamente formado. Vendas abaixo de custo de produção para desfazer-se de estoque ocioso. Inexistência de abuso em face à Lei nº 4.137 de 10.09.62. Improcedência da representação.*

1. Trata o presente Processo Administrativo de Representação formulada à Secretaria de Direito Econômico - SDE, pela empresa Fogarex Artefatos de Camping Ltda., contra sua concorrente, Lumix Química Ltda., sob alegação de prática de preços predatórios e concorrência desleal.

A alegação da Representante fundamenta-se no fato de que, no período de 1988/90, a Representada participou de licitações promovidas pelo Ministério da Marinha para aquisição de fogareiros descartáveis de campanha

e cotou seus produtos a preços um terço inferiores àqueles cotados por ela, FOGAREX.

Aduz, ainda, que, a partir de 1990, a Representada passou a fornecer seus produtos a restaurantes e hotéis, praticando preços abaixo de seus custos de produção, com vistas a dominar o mercado e, então, impor preços abusivos.

2. Segundo relatório do DPDE, foi instaurado Processo Administrativo face à existência de indícios que configuravam práticas comerciais enquadradas no art. 3º, inciso XIII, da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, ou seja, "vender mercadoria ou prestar serviços sem margens de lucro, visando à dominação de mercado".

O DPDE, apoiando-se, dentro outros aspectos, na análise econômica realizada pelo Ministério da Fazenda, considerou que a Representada utilizou-se de meios artificiosos para estabelecer os preços de seus produtos nas licitações que participou junto ao Ministério da Marinha.

Entendeu, ainda, o DPDE que a conduta da Representada causou prejuízo tanto à Representante quanto ao mercado em que atua, visto que, sendo a FOGAREX sua única concorrente, teriam sido suprimidas as condições de concorrência.

3. Ao se manifestar sobre o assunto, o Ministério da Fazenda questionou os critérios utilizados pela Representada para estabelecer seus preços de reposição, em razão de os mesmos não atenderem aos princípios de racionalidade econômica. Observou, também, que a LUMIX produziu a preços inferiores aos seus custos de fabricação, tendo tal fato representado perdas financeiras que não foram apropriadas ao custo do produto nas licitações em que participou no Ministério da Marinha.

Conclui o parecer do MINIFAZ afirmando que, "... de resto, a LUMIX por transgredir a racionalidade do cálculo econômico infringe a ordem econômica, produzindo lesões no tecido da sociedade competitiva que tem como fulcro a cooperação obtida através dos atos de troca."

4. Em síntese, podem ser assim enunciados os argumentos de defesa oferecidos pela LUMIX nas diversas oportunidades que teve de ser posicionar nos autos:

- face a frustração de suas vendas para o exterior, restaram grandes estoques de latas/fogareiros e de álcool;

- para reduzir os prejuízos decorrentes da aquisição das latas e do álcool destinados ao mercado externo, a alternativa encontrada foi colocar rótulo de papel sobre o rótulo original em litografia e vender o produto na

embalagem existente. Com a adoção desse procedimento evitou a venda do produto como sucata;

- o preço apresentado nas concorrências deveu-se à existência de um estoque ocioso, inclusive do produto acabado já fabricado anteriormente, sem mercado;

- o preço oferecido nas licitações - cerca de 1/3 do seu concorrente - não tinha por objetivo prejudicá-lo, mas, sim, desfazer-se do estoque ocioso e gerar receitas, pois para vencer a concorrência bastaria reduzir os preços em 20 ou 30%, não havendo necessidade de chegar a um valor tão reduzido;

- admite ter havido erro na apropriação dos custos, mas por desconhecimento quanto à maneira correta de proceder e não má fé;

- esse tipo de vendas - preços abaixo dos custos de reposição, mas acima do custo histórico - para desova de estoques, é freqüentemente aplicado pelo comércio em geral - Supermercados e Lojas de Departamentos, para se livrar de produtos fora de linha próximos do término do prazo de validade;

- a acusação de "dumping" caberia quando uma empresa é muito maior do que a outra e tenta dominar o mercado graças ao seu poder econômico. Acrescenta que essa não é a realidade da LUMIX, empresa cujos sócios são todos da mesma família e que dividem entre si todas atividades.

- não havia condições financeiras para contratar serviços técnicos profissionais nas áreas econômicas e contábil.

- o contador contratado limita-se a realizar registros contábeis e o preenchimento de formulários para recolhimento de impostos, taxas e pagamento da folha de pessoal;

- o único serviço jurídico prestado à empresa é a defesa contra AÇÃO impetrada pela FOGAREX a respeito da CONTRAFAÇÃO DE PATENTE; e,

- finalmente, que nada mais resta senão submeter-se à decisão da Secretaria de Direito Econômico.

5. Preliminarmente, manifesto-me de pleno acordo com o entendimento da douta Procuradora deste Conselho, Dra. Carla Barroso, quanto a ocorrência dos fatos e a vigência da Lei nº 8.158/91, quando afirma, verbis: "A conduta da Representada foi incurso no art. 3º, inciso XIII da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. As licitações em que a Representada teria adotado a conduta abusiva - preços abaixo do custo real de produção, com prejuízo à concorrência ocorreram em 30-11-1988, 23-02-1989, 01-09-1989 e 18-09-1990, antes, portanto, da vigência da Lei nº 8.158/91. Não incidem, pois, na espécie, as disposições da citada Lei naquilo que diz respeito às normas substantivas".

Considerou, também, a digna Procuradora a possibilidade da aplicação da Lei nº 4.137, de 10-09-62, ressaltando, ainda, que o diploma legal em questão não contempla a conduta abusiva de venda a preços predatórios.

A ilustre Procuradora admitiu a possibilidade de que a conduta fosse enquadrada no art. 2º, item I, letra g, da Lei nº 4.137/62 que estabelece:

"Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

I - dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

.....

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa".

6. Cabe, portanto, analisar se a conduta da Representada estava direcionada ao domínio do mercado ou à restrição da concorrência ou se estaria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais que viessem a criar dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas.

Inicialmente, cumpre observar que não consta deste processo nenhuma informação sobre o mercado relevante que a LUMIX pretendesse dominar e no qual teria ocorrido a prática ilícita.

A Representada afirma que cotou preços reduzidos para se desfazer de um elevado estoque ocioso, senão sua alternativa seria vendê-lo para sucata, onde obteria preços insignificantes.

O próprio DPDE reconheceu que o procedimento adotado pela Representada poderia ser creditado a uma situação conjuntural desfavorável, ao afirmar que: "Quer nos parecer, inclusive, que a prática adotada pela Representada - venda abaixo dos custos reais de produção - somente seria sustentável até o limite das matérias primas, em estoque, sendo previsível que a partir daí, a empresa se defrontaria com preços reais de mercado sinalizando o enfrentamento de sérias dificuldades para reposição de matérias primas. Prova disso, foi a licitação levada a efeito pelo Ministério da Marinha em março de 1991, vencida pela FOGAREX com preços inferiores aos da LUMIX" (fls. 349).

É lícito ter em conta que a Representada atravessava uma situação de mercado adversa com frustração das vendas ao mercado externo, dispo de elevado estoque ocioso, e precisava gerar receitas a qualquer preço. Tanto

é assim, que se desfez dos fogareiros pelo valor correspondente a um terço daqueles cotados pela Representante.

A esse respeito releva salientar que a própria LUMIX ponderou que, se quisesse prejudicar a FOGAREX, lhe bastaria reduzir o preço apenas o suficiente para ganhar a concorrência, o que não foi o caso.

O procedimento comercial adotado pela LUMIX assemelha-se bastante àqueles realizados pelas lojas de confecções, com suas promoções de inverno ou de verão, em que o objetivo a ser alcançado é o de minimizar perdas financeiras, através da "queima de estoques".

Cumpre ressaltar que os estoques foram involuntariamente formados e que a alternativa encontrada para desfazer-se das latas e do álcool foi colocar rótulo de papel sobre o rótulo de litografia, demonstrando que o objetivo era realmente se desfazer do estoque.

7. De outra parte, como bem observou a digna Procuradora do CADE, a política de preços predatórios é prática "adotada por empresas que detêm poder econômico suficiente para suportar durante certo tempo prejuízos constantes, vendendo seus produtos a preços abaixo dos custos reais de produção. Esse tipo de estratégia considera a recuperação dos prejuízos intencionalmente sofridos assim que o concorrente é afastado e essa recuperação se faz, com certeza, mediante cobrança de preços promocionais" (fls. 372).

Certamente não era esse o caso da LUMIX, uma empresa de pequeno porte, de estrutura familiar, que dispunha de apenas três técnicos, possuía reduzido capital social, e que só passou a comercializar no mercado interno em virtude da frustração de suas exportações. Não reunia a Representada, portanto, as alegadas condições de sustentar uma política deliberada de preços predatórios.

Claro que está a Representada, ao cotar preços muito abaixo de seu custo de produção, não praticava uma política deliberada de preços predatórios com o objetivo de afastar seus concorrentes no curto prazo e, posteriormente, adotar condutas prejudiciais à concorrência.

Tanto é verdadeiro que as condições necessárias e suficientes à implementação de uma política de preços predatórios no longo prazo não estavam presentes que, em fevereiro de 1991, ao participar de licitação promovida pelo Ministério da Marinha, a LUMIX não logrou êxito, tendo a mesma sido vencida pela FOGAREX.

8. Quanto ao questionamento do Ministério da Fazenda relativo a que os valores do estoque deveriam ser atualizados de acordo com o custo de reposição, contrapõe-se o da sobrevivência da Representada, ou seja, esta

precisava continuar gerando receitas, mesmo que os preços por ela praticados pudessem estar representando perdas financeiras.

A eficiência na alocação dos fatores produtivos e a racionalidade econômica propugnados pelo Ministério da Fazenda, próprios de uma situação típica de mercado, foram substituídos pela busca de alternativas que assegurassem condições de sobrevivência à Representada. Ressalte-se que os fatos se deram em um período (1988/90) se caracterizou pela forte retração das atividades econômicas e elevadas taxas inflacionárias, que tornavam proibitiva a manutenção de estoques ociosos.

9. Entendo que, em nenhum momento, a conduta da Representada comprometeu o funcionamento regular do mercado. De igual modo, não me pairam dúvidas de que as alegações da Representada não só merecem crédito como retratam com fidedignidade o ocorrido.

Assim, a exemplo da nobre Procuradora do CADE, não vislumbro neste processo caracterização de conduta ilícita por parte da Representada com a finalidade de criar dificuldades ao funcionamento da FOGAREX, ou que tenha acarretado repercussões anticoncorrenciais na estrutura do mercado.

10. É necessário ter claro que a legislação da defesa da concorrência não deve ser aplicada para dirimir ou regular questões ou interesses particulares. O bem jurídico sob tutela é o mercado. Assim, o que a Lei de combate ao abuso do poder econômico busca regular é a ocorrência de restrições de alcance coletivo à concorrência, o que no caso presente não se configurou.

Relativamente a esse aspecto, recorro-me, uma vez mais, ao bem fundamentado parecer da digna Procuradora quando afirma, verbis: "Por derradeiro, cabe observar que os órgãos de defesa da concorrência não se prestam à solução de conflitos de natureza privada. Danos eventualmente causados na prática usual do comércio devem buscar reparação no Poder Judiciário".

O que se depreende dos autos é que a disputa entre Representada e Representante se situa no âmbito da concorrência desleal, matéria que escapa a competência da SDE e do CADE, e que já foi corretamente levada à apreciação do Poder Judiciário, conforme se tem notícia nos autos" (fls. 374).

11. Por todo o exposto e acolhendo em todo os seus termos o parecer da digna Procuradora deste Conselho, o meu VOTO é pela improcedência da Representação e o conseqüente arquivamento do processo.

Este é o meu voto.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Com base no inciso II do art. 17 do Regimento Interno deste Conselho, quero registrar a minha ABSTENÇÃO no Processo Administrativo ora em julgamento.

A referida posição justifica-se pelo fato de ter funcionado no citado Processo Administrativo, tanto na fase de instauração como posteriormente nas averiguações, promovidas pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico - DPDE/SDE, na qualidade de Chefe de Divisão e de Inspetor-Chefe daquele Departamento. (fls. 68, 102, 136 e 196/198 dos autos).

José Matias Pereira

Conselheiro do CADE