

APURAÇÃO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS À CONCORRÊNCIA

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho(**)

Sumário

1.0. Introdução

2.0. A fundamentação constitucional da defesa da concorrência no Brasil

3.0. A apuração de práticas restritivas da concorrência na legislação infraconstitucional: procedimento administrativo

4.0. Alguns balizamentos essenciais a serem observados na realização dessa tarefa

5.0. Uma análise de recentes julgados do CADE, considerada a instrução processual conduzida pela Secretaria de Direito Econômico - SDE

6.0. Conclusão

Referências Bibliográficas

(**) O autor é Conselheiro do CADE, Mestre em "Direito e Estado" e Professor de Direito Administrativo na Universidade de Brasília.

1.0 Introdução

A Constituição brasileira de 1988, ao instituir um Estado Democrático de Direito, ampliou de forma significativa os direitos do cidadão, acrescentando ao elenco das liberdades individuais, os direitos políticos e sociais, a par da proteção conferida aos direitos coletivos e difusos.

Em um tal contexto, na fase histórica que sucede à sua promulgação, cumpre aqui referir à "tarefa realizadora" da Constituição, de que nos fala GOMES CANOTILHO, a dignificar a necessidade de se tornarem operativos e juridicamente eficazes os seus preceitos.⁽¹⁾

Enfocando especificamente o Título concernente à Ordem Econômica e Financeira, constata-se que a nossa Carta determinou, como norma de caráter instrumental, a repressão ao abuso do poder econômico, que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência, ao aumento arbitrário de lucros.

Cumprido, pois, ao Administrador Público - eis que satisfeito o requisito constitucional da mediação legislativa - tornar eficaz tal preceito, um mecanismo de proteção à livre iniciativa, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, complementado pelo princípio da livre concorrência.

Por certo, em nenhum momento da instrução processual se poderá deixar de assegurar ao agente econômico, cuja eventual conduta anticoncorrencial se investiga, as garantias da ampla defesa e do contraditório, que uma Constituição democrática exige, e, de outra parte, se terá sempre como inafastável referência, que o que visa é a proteção do mercado - o "espaço" em que se quer afirmada uma concorrência livre - como o bem juridicamente protegido, e do qual é titular a coletividade, no exercício pleno de direitos difusos constitucionalmente assegurados.

Assim considerando, procurar-se-á, no desenvolvimento deste trabalho, a partir dos fundamentos constitucionais que regem a matéria e à luz dos dispositivos abrigados na legislação infraconstitucional, identificar uma forma adequada de conduzir o processo apuratório das práticas anticoncorrenciais. Para tal mister, serão enfatizados alguns parâmetros essenciais a serem observados na realização dessa tarefa, trazendo à colação recentes julgados CADE, a demonstrar que o sempre necessário aprimoramento das decisões a cargo desse Colegiado depende, essencialmente, da boa qualidade técnica da instrução processual, uma atribuição da secretaria de Direito Econômico 0 SDE, do Ministério da Justiça.

2.0 A fundamentação constitucional da defesa da concorrência no Brasil

O nosso Texto constitucional distingue, claramente, a prestação de serviços públicos, da exploração de atividades econômicas, pelo Estado.

Por certo que, tendo-se em vista a opção capitalista do constituinte de 1988, a exploração estatal de atividades econômicas só se fará em situações excepcionais e constitucionalmente delimitadas; já a prestação de serviços públicos compete, como um inafastável dever, ao Estado, diretamente, ou sob regime de concessão ou permissão.

Em um tal contexto, a livre concorrência está configurada no artigo 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Trata-se, aí, como assinala JOSÉ AFONSO DA SILVA, de uma "manifestação da liberdade de iniciativa, e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência, ao aumento arbitrário dos lucros (§ 4º do artigo 173)" (2)

A prática abusiva do poder econômico, o seu uso anti-social, é o que a Constituição condena, e, ao assim fazer, considera tal prática como causa justificadora da atuação interventiva indireta do Estado na economia, uma atuação que se dará - enfatize-se - em favor da livre concorrência, da não dominação dos mercados, evitando-se que uma empresa fique, como ressalta PONTES DE MIRANDA - "em situação de poder impor preço de mão-de-obra, de matéria-prima ou de produto, ou de regular, a seu talante, as ofertas". (3)

Sob essa perspectiva, a ação do estado não se fará, no caso, para dirimir questões surgidas entre empresas privadas, sem repercussão no mercado, eis que é esta uma matéria da exclusiva competência da Justiça comum, sempre inafastável; ou para garantir inaceitáveis privilégios a empresas ou grupos de empresas, e, nem mesmo, para defender os interesses da União, ou de outra pessoa jurídica de direito público interno, ou, ainda, para assegurar a execução de determinada política econômica do Governo.

Isto porque, como se disse, o bem juridicamente protegido é a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, o mercado. Atua o Estado como mandatário de toda a sociedade, na tarefa de restaurar a ordem jurídica atingida pela prática econômica abusiva.

A esta altura, e ainda que em breve referência, é preciso que se faça uma reflexão sobre a ordem econômica do novo Estado Democrático de Direito, e de como ela se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, objetivando assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Cabe então referir que, hoje, não se quer mais o liberalismo da primeira fase do Estado de Direito, caracterizado por um individualismo sem freios, a se manifestar perante um Estado intencionalmente absenteísta, na verdade mais voltado ao atendimento das exigências de uma burguesia recém-instalada, do que as de todos os corpos sociais, e que, detentora do poder econômico, em um primeiro momento, "logo se assenhoreou, também, do poder político, fazendo do Estado e das leis, simples instrumentos de realização/legitimação da sua ideologia", ressalta INOCÊNCIO MARTIRES COELHO. (4)

Afirma SYLVIA ZANELLA que, em um tal contexto, "as grandes empresas vão se transformando em grandes monopólios e aniquilando as de pequeno porte: surge uma nova classe social - o proletariado - em condições de miséria, doença, ignorância, que tende a acentuar-se com o não intervencionismo estatal". (5)

Em fins do século XIX, inicia-se a reação contra o Estado Liberal. Vê-se o novo Estado obrigado a abandonar a sua posição passiva: os indivíduos querem e exigem do Estado a satisfação de novos direitos, caracteristicamente chamados sociais e consubstanciados em serviços e bens; não basta o simples direito de não serem incomodados pela burocracia estatal ou de poderem criticá-la livremente. (6)

Nesse processo de reação contra o liberalismo em sua feição originária, alguns Estados voltam-se então para fórmulas autoritárias, de que são exemplos a Alemanha nazista, a Itália fascista, o bloco comunista.

Outros Estados, todavia, buscam compatibilizar o capitalismo como forma de produção, com a conservação do bem-estar social; é o Estado Social de Direito ("Welfare State"), que se consolida após a segunda guerra mundial.

ELIAS DIAZ, embora admitindo que o "Welfare State", mais atento à segurança social do cidadão, significou um passo positivo em relação ao capitalismo clássico, ressalta que o chamado neocapitalismo não se constituiu, realmente, em um sistema de bem-estar democrático. "Sobretudo se considerada a questão a nível internacional, pode-se afirmar, sem parcialismo, que tais modelos de organização neocapitalista estão longe de haver criado uma sociedade verdadeiramente democrática", conclui o Autor. (7)

Começam a despontar, então, outras correntes de pensamento, buscando introduzir um conteúdo inovador ao Estado Social de Direito, inclusive através da efetiva participação popular no processo político, nas decisões de governo.

Surge o Estado Democrático de Direito.

A nova concepção de Estado foi adotada pela nossa Carta de 1988. Antes, já o haviam feito a Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978).

Como bem assinalava SYLVIA ZANELLA, no artigo 1º da Constituição de 1988 estão afirmados os quatro princípios que identificam e caracterizam o Estado Democrático de Direito Brasileiro: o do Estado Democrático, o do Estado Federativo, o do Estado Social, o do Estado de Direito.

O princípio do Estado Social - naquilo que mais de perto interessa aos objetivos deste trabalho -, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, incisos III e IV). (5)

O princípio da livre iniciativa - que se reafirma no capítulo da Ordem Econômica e Financeira, artigo 170, caput - complementa-se com o princípio da livre concorrência (inciso IV do mesmo artigo), e só encontra condições de adequada aplicação à medida em que se assegura aos agentes econômicos um mercado protegido de ações abusivas da parte de grupos econômicos poderosos, um mercado que garante opções ao consumidor.

Ressalta, então, ISABEL VAZ, que, pela nova Constituição, ao contrário das anteriores, "a repressão ao abuso do poder econômico deixou de figurar como princípio da atividade econômica, em razão do seu deslocamento formal para a situação de 4º parágrafo do artigo 173", configurando-se assim, como um dos instrumentos de proteção à livre concorrência. (7)

Intervirá o Estado, portanto, "realizando" a Constituição, para reprimir a ação anticoncorrencial, as distorções que certas práticas econômicas produzem no mercado. Enfim, para assegurar à coletividade os benefícios que a livre concorrência pode trazer, na visão de BENJAMIM SHIEBER:

"Os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, tanto as potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades das empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da

nação inteira no desenvolvimento econômico do País que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que o fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida quotidiana". (10)

É com observância de tais fundamentos maiores que deve ser entendido o papel reservado pela legislação infraconstitucional ao CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Trata-se de entidade autárquica dotada de competência para proferir decisões administrativas, de natureza quase judicial, exercendo a função indelegável e indeclinável de reprimir práticas econômicas que venham a repercutir negativamente no mercado.

Uma atuação repressiva que apresenta, por certo, aspectos peculiares, eis que não objetiva precipuamente aplicar penalidades administrativas ao infrator, mas sim a fazer cessar a conduta anticoncorrencial que produz efeitos perversos no meio social, a par de exercer uma incontestável ação inibidora de práticas ilícitas futuras.

Um procedimento em que aquele que representa contra a prática abusiva não é parte no feito, pois o direito a proteger é de toda a sociedade; mas em que se dá ao suposto autor do ato abusivo a garantia da mais ampla defesa, pois a Constituição assim o determina.

Uma atuação, enfim, que poderá vir a exigir a indispensável participação do Poder Judiciário, quando da execução de certas medidas mais heróicas, e que se rege por uma legislação específica, que, prudentemente, não deixou de considerar a experiência internacional já vivida em tal matéria.

É oportuno mencionar, então, que a recém-editada Lei nº 8.884, de 11.06.94, em harmonia com o dispositivo constitucional que exige a repressão ao abuso do poder econômico, como instrumento de proteção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, enumera em seu artigo 21, de forma exemplificativa, condutas que configuram infração à ordem econômica, quando tenham por objeto ou possam produzir o efeito de prejudicar a livre concorrência, dominar mercado, aumentar arbitrariamente lucros. Tem-se a aplicação, no caso, da chamada regra da razão, eis que as práticas eventualmente abusivas são analisadas no contexto econômico em que se realizam.

O correto entendimento da fundamentação constitucional que rege a matéria, condicionando o sistema de repressão ao abuso do poder econômico adotado em nossa legislação infraconstitucional, é imprescindível para a adequada condução do processo apuratório de práticas anticoncorrenciais.

3.0. A apuração de práticas restritivas da concorrência na legislação infraconstitucional: procedimento administrativo

Em rápido retrospecto histórico, cabe assinalar que a Lei nº 4.137, de 10.09.62, outorgou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE a competência para apurar e reprimir os abusos do poder econômico (artigos 8º e 17).

Tal sistemática veio a ser alterada pela Lei nº 8.158, de 08.01.91, que no caput do artigo 1º definiu como competência da Secretaria de Direito Econômico - SDE, então Secretaria Nacional de Direito Econômico, órgão do Ministério da Justiça, "apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica."

Ao CADE, caracterizado como órgão judicante da estrutura do Ministério da Justiça (artigo 14), restou a específica competência de julgar os processos oriundos da SDE, "independentemente da realização de novas diligências ou de abertura de prazo para alegações finais" (artigo 8º).

A Lei nº 8.884, de 11.06.94, que revogou as anteriores, ampliou consideravelmente as atribuições do CADE, qual passou a apreciar também os atos que visem a qualquer forma de concentração econômica (artigo 54); a decidir em grau de recurso, atos que anteriormente não lhe eram sequer encaminhados pela SDE (arquivamento de averiguações preliminares ou de processos administrativos 0 artigo 14, inciso VII), dentro outros, a par de decretar a irrecorribilidade das decisões do CADE no âmbito do Poder Executivo (artigo 50). manteve, todavia, a sistemática da Lei nº 8.158/91, no concernente à definição das competências para apuração e julgamento de infrações da ordem econômica.

De fato, em seu artigo 14 estabeleceu, dentre as atribuições do SDE, a de "instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica" (inciso VI), competindo ao Plenário do CADE, "decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei", e "decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (artigo 7º, incisos II e III), não sem ressaltar ao Conselheiro-Relator, a possibilidade de determinar a realização de diligências complementares ou requerer informações, bem assim de facultar à parte a produção de novas provas, quando entender insuficientes os elementos existentes nos autos para a formação de sua convicção (artigo 43).

Constatado, então, caber à SDE a instauração processual concernente às condutas que configuram infração à ordem econômica, cumpre, pois, nesta parte do trabalho, analisar os aspectos procedimentais referentes à matéria, e que estão regulados nos artigos 30 a 41 da citada Lei.

Assim, nos termos do artigo 30, deverá a SDE promover averiguações preliminares, de ofício, ou à vista de representação fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes à instauração imediata do processo administrativo.

De procedimento sumário, as averiguações preliminares destinam-se, na oportuna referência de FRANCESCHINI, a verificar se há real motivo para a instauração do processo administrativo; "não comportam apreciação de questões de alta indagação e nem permitem amplas considerações atinentes ao mérito da pretensão punitiva", (11) inobstante seja facultada à SDE, desde logo, a realização de diligências ou a produção de provas, bem assim a solicitação de esclarecimentos do representado (§ 1º do artigo 30).

Acrescente-se que, por determinação legal, a representação de Comissão do Congresso Nacional ou de qualquer de suas Casas independe de averiguações preliminares, instaurando-se, desde logo, o processo administrativo (§ 2º do artigo citado).

Importante destacar que, em face das garantias constitucionais asseguradas aos cidadãos, não se poderá, nesta fase, aplicar qualquer penalidade, considerado o caráter inquisitório de que se revestem as averiguações preliminares.

Encerram-se as averiguações preliminares, ou com a instauração do processo administrativo, ou com o seu arquivamento, recorrendo a SDE, de ofício, ao CADE, neste último caso (artigo 31).

Se instaurado o processo administrativo, observar-se-ão, então, os procedimentos e formalidades estabelecidos entre os artigos 32 e 41 da Lei nº 8.884/94.

De logo, cabe mencionar uma distinção doutrinária que geralmente se faz entre processo e procedimento administrativo.

Segundo a lição de HELY LOPES MEIRELLES, processo, de uma forma geral, "é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão." (12)

A Lei nº 8.884/94, em seus artigos 32 e seguintes se utiliza da expressão processo administrativo, estabelecendo, ainda, etapas e formalidades a serem seguidas, um rito processual, daí não ser inadequado falar-se, no caso, em processo administrativo.

Deve ser registrado, então, que o procedimento administrativo, que se realiza na Secretaria de Direito Econômico - SDE, reveste-se de peculiaridades que obrigam a autoridade investigadora a nunca perder de vista o seu objetivo maior.

Sem dúvida, tem ele um caráter tipicamente investigatório, de instrução processual, uma vez que a decisão definitiva, no âmbito administrativo, compete, exclusivamente, ao CADE (artigo 50).

De outra parte, embora o elemento propulsor do processo possa vir a ser qualquer interessado - a que se denomina representante - o certo é que não se estabelece um contraditório entre representante e representado, mas sim entre o Poder Público, na defesa dos direitos da coletividade, e o representado, ou seja, o agente econômico cuja eventual prática abusiva é objeto de apuração.

Assim, não cabe ao representante requerer provas ou recorrer de decisões, muito menos desistir da representação, aplicando-se no caso, em sua integralidade, os princípios consagrados em Direito Público de supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos.

Sem embargo do nítido caráter de instrução processual de que se reveste esta fase, poderá o Secretário de Direito Econômico adotar medida preventiva contra o representado, "quando houver indícios ou fundado receio de que o representado direta ou indiretamente cause, ou possa causar ao mercado, lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne, ineficaz o resultado final do processo" (art. 52, caput). da medida preventiva adotada, da qual poderá resultar a aplicação de uma multa diária, caberá recurso voluntário ao CADE, no prazo de cinco dias (§ 2º do artigo citado).

Outra especificidade do procedimento investigatório diz respeito à possibilidade de ser celebrado, ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, o qual não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada (artigo 53, caput)

A condução do processo administrativo se fará, por certo, com observância de todos os princípios a que deve submissão a Administração Pública e que se constituem em garantia inafastável do cidadão.

São aqueles princípios maiores que constam do caput do artigo 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade. Outros,

todavia, como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, caput; outros, por neles estarem abrigados logicamente, isto é, como consequência irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo". (13)

Caberia, então, mencionar os princípios da obrigatória motivação das decisões, da finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé, dentre tantos outros.

E, pelas evidentes implicações com os objetivos deste trabalho, não se poderia deixar de fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa (princípio da garantia de defesa), constitucionalmente consagrado para os litígios judiciais ou administrativos (artigo 5º, LV), e que nada mais é do que uma decorrência do devido processo legal (artigo 5º, LIV).

Como garantia de defesa - bem assinala HELY LOPES MEIRELLES - "deve-se entender não só a observância do rito adequado, como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis." (14)

Outros princípios, por peculiares ao procedimento administrativo, devem também ser citados, tais como, o princípio da oficialidade, que atribui o impulsionamento do processo à Administração; o princípio da verdade material, em virtude do qual a Administração não fica adstrita - como acontece nos processos judiciais - ao que as partes demonstrarem no procedimento, valendo-se a autoridade processante de qualquer prova de que tenha conhecimento.

Cumprirá, pois à autoridade da SDE, observar, na aplicação dos artigos 33 e seguintes da Lei nº 8.884/94, os princípios, antes referidos, e que são próprios e característicos do Estado Democrático de Direito, que a nossa Constituição instituiu.

Em seqüência, serão destacados alguns aspectos principais do procedimento administrativo, previstos na Lei nº 8.884/94:

- em despacho fundamentado, o Secretário de Direito Econômico especificará os fatos a serem apurados e notificará o representado para apresentar defesa no prazo de quinze dias (artigos 32 e 33, caput);

- *anote-se que o artigo 33, em seu § 4º, assegura ao representado amplo acesso ao processo, para o devido acompanhamento por parte do seu titular, diretores, gerentes ou advogado legalmente habilitado;*
- *o representado que, notificado, não apresentar defesa no prazo legal, será considerado revel, incorrendo em confissão quanto à matéria de fato, mas poderá, a qualquer tempo, intervir no processo, sem direito à repetição de qualquer ato já praticado (artigo 34);*
- *decorrido o prazo de apresentação da defesa, a SDE ordenará a realização de diligências e a produção de provas de seu interesse, sendo-lhe facultado requisitar do representado, de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas e dos órgãos e entidades da Administração Pública, informações, esclarecimentos ou documentos (artigo 35);*
- *o representado poderá apresentar provas, juntar novos documentos, bem assim requerer a oitiva de testemunhas (artigo 37);*
- *nos termos do artigo 38 a Secretaria de política Econômica do Ministério da Fazenda será informada da instauração do processo administrativo, para, querendo, emitir parecer sobre as matérias da sua especialização;*
- *concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, após o que, o Secretário de Direito Econômico, se entender configurada infração da ordem econômica, remeterá os autos ao CADE para julgamento, ou, se assim não entender, determinará o arquivamento dos autos, recorrendo de ofício ao CADE, nesta hipótese (artigo 14, VIII, c.c artigo 39);*
- *das decisões do Secretário da SDE não caberá recurso ao superior hierárquico (artigo 41).*

Deve-se mencionar que, de acordo com o artigo 83 da Lei nº 8.884/94, aplicam-se subsidiariamente ao processo administrativo, ora em exame, as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24.07.85, que disciplina a ação civil pública, e 8.078, de 11.09.90 (Código de Defesa do Consumidor).

Ressalte-se, ao final, que face ao sistema de jurisdição única adotado no Brasil, o controle do Poder Judiciário será sempre inafastável, para

apreciação de lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal).

Na fase seguinte deste trabalho, serão então mencionados alguns aspectos de mérito, assim considerados determinados parâmetros essenciais a serem observados na realização da tarefa investigatória.

4.0. Alguns balizamentos essenciais a serem observados na realização dessa tarefa

Registrou-se, anteriormente, que o Direito brasileiro adota em seu sistema de repressão ao abuso do poder econômico, a regra da razão, posto que determinada conduta só será considerada como abusiva quando tenha por objeto ou possa produzir o efeito de prejudicar a livre concorrência, de dominar mercado relevante de bens ou serviços, de aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que tais fins não sejam alcançados.

Anote-se que, no sistema da Lei nº 4.137, de 10.08.62, certas condutas eram consideradas, por si, prejudiciais à concorrência; já a Lei nº 8.158, de 08.01.91, adotou, exclusivamente, o princípio do abuso (regra da razão), sendo que a Lei nº 8.884, de 13.06.94, que revogou ambas as Leis citadas, manteve em seu sistema de repressão, a regra da razão, de forma estrita, como se constata da leitura dos seus artigos 20 e 21.

Sendo assim, no processo investigatório se há de considerar, como ponto de partida, que as condutas indiciárias elencadas exemplificativamente no artigo 21, citado, só serão reprimíveis, se configurado o abuso, devendo, portanto, ser examinadas em um determinado contexto econômico, segundo princípios de razoabilidade.

A formulação pela jurisprudência da chamada regra da razão é referida por BENJAMIN SHIEBER como uma das obras primas do hermenêutica dos tribunais norte-americanos. Tratando especificamente de acordos em restrição da concorrência, assinala SHIEBER que a regra da razão "requer um levantamento da conjuntura econômica em que se celebrou o ajuste ou acordo em restrição da concorrência, para averiguar se este foi razoável em termos de tal conjuntura. E também requer uma investigação da conjuntura econômica que resultou da celebração do acordo em restrição da concorrência." (15)

Veja-se, a título de ilustração, que a nossa Lei antitruste, em seu artigo 21, inciso XXI, prevê, como conduta indiciária anticoncorrencial, a cessação parcial ou total das atividades da empresa, mas ressalva situações de justa causa comprovada. Haverá, por certo, casos em que a paralisação de

atividades do agente econômico terá decorrido de necessidades técnicas ou de outra natureza, identificando-se, então, uma explicação razoável para aquela conduta, que não a prática abusiva.

Ao tratar de ações concertadas, ou seja, aquelas decorrentes de relações entre concorrentes do mesmo nível do processo produtivo (relações horizontais), CABANELLAS cita jurisprudência da Suprema Corte americana alinhada com a tese de que a mera existência do paralelismo não é suficiente para comprovar a prática concertada, se existe uma explicação plausível para a correlação das práticas consideradas. Menciona, a tal propósito, o caso *Pevely Dairy Co. v. United States*, em que se comprovou que a simultaneidade e o paralelismo das alterações de preços realizadas por duas empresas do setor de industrialização de leite decorreram do fato de se tratar de um produto homogêneo, "cujos custos se compunham, fundamentalmente, de matéria prima com preço regulado pelo Estado e de salários resultantes de negociações coletivas com o mesmo sindicato, além de ocorrer uma estrutura geral de custos basicamente semelhante." (16)

Fixado tais parâmetros, cabe ressaltar então, que, na apuração da abusividade de uma determinada prática, é indispensável que se avalie o grau de poder econômico do agente econômico, sua posição dominante, considerada no contexto de um mercado específico, o mercado relevante de bens ou serviços em que atua.

Por tal razão, assinala DEL CHIARO que "a qualificação em um caso concreto, de um dado mercado como relevante, constitui tarefa que precede logicamente qualquer análise de poder econômico, uma vez que toda concretização de um fenômeno de poder econômico se dá no âmbito de um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado." (17)

Segundo os doutrinadores, delimita-se o mercado relevante não apenas em termos geográficos, mas também levando-se em conta a substitubilidade do produto ou serviço negociado.

SHIEBER cita jurisprudência norte-americana no sentido de que "o mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles."

Acrescenta o Autor que a regra da possibilidade razoável de substituição de um produto por outro configura-se como necessária, para se evitar o absurdo de que cada produto fabricado venha a constituir um mercado. E cita decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual os juízes concluíram, por maioria, que o mercado relevante, naquele caso, era

constituído de todos os produtos para embalagem e não só do celofane (United State v. E. I du Pont de Nemours & CO. - 1956). (15)

Após delimitado o mercado relevante, deve a autoridade investigadora produzir identificar os agentes econômicos que dele participam, aqueles que nele produzem e vendem, incluindo-se, ainda, competidores potenciais.

O passo seguinte será a avaliação, nesse mercado, do grau de poder econômico do agente (o representado), cuja abusividade de conduta se apura.

A tal propósito, a Lei nº 8.884/94 dispõe que "ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa", presumindo-se a posição dominante quando ocorrer o controle de 20% do mercado relevante, podendo tal percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia (artigo 20, §§ 2º e 3º, este com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 596, de 26.08.94, artigo 59).

É importante ressaltar, de logo, que a Lei não pune a conquista de mercado resultante de processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores (artigo 20, § 1º).

Analizando a matéria à luz da jurisprudência européia, CABANELLAS faz menção a certos critérios utilizados na determinação de posições dominantes.

Destaca, então, que naquelas situações em que somente uma empresa participa de determinado mercado, por evidente se configurará uma situação de posição dominante: ressalva, todavia, que a existência de um número maior de empresas naquele mercado não significa necessariamente a não ocorrência de posição dominante.

Refere-se, ainda, ao critério da verificação da participação proporcional da empresa no mercado relevante, que apresenta as vantagens da sua simplicidade, quantificação e facilidade de prova. Anota, contudo, que, em certos casos, participações bastante inferiores aos limites previamente fixados foram consideradas suficientes para configurar a posição dominante, face à existência de elementos adicionais que indicavam uma ausência da efetiva concorrência por parte das demais empresas que operavam no setor.

O porte da empresa também foi considerado, em determinadas situações, tendo em vista a maior possibilidade de acesso a recursos financeiros e a sistemas de distribuição. Todavia - prossegue o Autor - verificou-se que, em certas indústrias, como as de construção naval e aeronáutica, empresas que se encontram em uma posição relativamente débil e passiva em relação às empresas líderes do setor, apresentam um porte

considerável, em termos absolutos: de outra parte, uma empresa pode não enfrentar uma concorrência efetiva, em razão de atuar em um mercado geograficamente isolado e de dimensões reduzidas.

Enfatiza, adiante, o poder de fixação de preços como um elemento de indiscutível relevância, no caso, pois reflete, com particular nitidez, a falta de concorrência efetiva que caracteriza as posições dominantes, não sem ressaltar que, em muitos mercados, é difícil determinar o grau de influência desse poder sobre as variações de preços. (17)

Tomando-se como referência o último elemento mencionado por CABANELLAS, pode-se afirmar que uma empresa exerce posição dominante ou dispõe de poder de mercado, quando possui aptidão para fixar preços acima dos níveis que prevaleceriam no mercado competitivo.

Constatando-se, então, no desenvolvimento da instrução processual, que o agente econômico dispõe de poder de mercado, o que cumpre verificar é se tal poder foi utilizado em detrimento da concorrência, ou de uma forma mais ampla, se a conduta, objeto da verificação, estava direcionada a dominar o mercado, a prejudicar a concorrência, ao aumento arbitrário de lucros, ou ainda, se tal conduta produziu ou poderia produzir tais efeitos, inexigindo a lei, para a configuração de ilicitude da prática, a presença necessária do elemento subjetivo (artigo 20).

Pode ocorrer, todavia, que os elementos colhidos no processo não revelem, na conduta investigada, qualquer objeto ilícito. De fato, a conduta do agente poderá encontrar explicação razoável, que não o objetivo de dominar o mercado ou de prejudicar a livre concorrência.

Veja-se, exemplificativamente, que a lei antitruste brasileira elenca como conduta indiciária de infração da ordem econômica, a subordinação da venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço (artigo 21, inciso XXIII).

Com efeito, a vinculação de produto e serviço, ou vice-versa (venda casada), poderá não ter outro objeto que o de impedir que o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou o serviço, eliminando-se, em consequência, concorrentes reais ou potenciais, uma vez que cria dificuldades ao funcionamento ou desenvolvimento de empresas do setor.

Todavia, conforme assinala NEIDE TERESINHA MALARD, "a subordinação de venda de um produto à aquisição de outro ou à prestação de um serviço pode ser justificada por razões de operacionalidade. Muitas vezes determinado produto só funcionará adequadamente se utilizado juntamente com outro do mesmo fabricante. A aplicação da regra da razão permitirá certamente uma solução justa para tais casos." (20)

Pode-se, ainda, constatar, como o fez recentemente o Plenário do CADE, no julgamento do Processo Administrativo nº 40/92, que um agente econômico, disposto de poder de mercado, adotou determinada estratégia de preços de venda de seus produtos, não com o fito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência, mas para reverter uma conjuntura econômica que lhe era extremamente desfavorável. Aplicou-se, como se verifica, a regra da razão.

Haverá, portanto, situações em que a autoridade investigadora não veja configurado, na conduta, objeto anticoncorrencial. Deverá, então, averiguar os efeitos que tal conduta teria causado ou poderia causar no mercado, não se podendo deixar de considerar que o agente econômico, além de objetivar sua eficiência, deverá, ainda, preocupar-se com eventuais impactos de uma medida adotada e com a eficiência do mercado.

A identificação de impactos anticoncorrenciais pressupõe, como antes se registrou, uma avaliação do mercado relevante, da participação relativa, nesse mercado, do representado e seus concorrentes e, a partir daí, da verificação dos efeitos negativos que a conduta imputada teria causado a esses concorrentes e aos consumidores de seus produtos e serviços.

Assim, pode-se chegar à conclusão de que a conduta produziu o efeito de desencorajar concorrente ou de impedir o desenvolvimento de empresas do setor, aumentando o grau de concentração do mercado; ou ainda, que um acordo firmado entre produtor e seu distribuídos (prática vertical) prejudicou a livre concorrência, à medida que limitou a autonomia de vendedores e distribuidores.

Exemplificativamente, no julgamento do Processo Administrativo nº 53/92, considerou o Plenário do CADE que uma certa Associação, ao fixar preços de diárias de serviços a serem observados pelos seus associados, influenciando a adoção de conduta uniforme, causou efeitos indesejáveis e danosos naquele mercado, à medida em que as tabelas não permitem a concorrência relativa a preços.

Por fim, abordando outro aspecto da questão, cabe referir que a autoridade administrativa deverá ter sempre em mente que a repressão ao abuso do poder econômico não se predispõe a solucionar conflitos particulares entre empresas; o que se visa é reprimir uma prática, efetiva ou potencialmente danosa a um certo mercado, considerada em um contexto global.

Veja-se, a título de ilustração, que, no inciso V do artigo 21 da Lei nº 8.884/94, se elenca como conduta indiciária de abuso, a criação de dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente. Todavia, as dificuldades que interessam à legislação antitruste são aquelas que tenham por

objeto ou produzam o efeito de dominar o mercado, de prejudicar a livre concorrência, e não as que dizem respeito, exclusivamente, a interesses individualizados das empresas envolvidas, sem repercussão no mercado relevante, configurando um conflito de natureza privada, cuja solução deverá ser pleiteada junto ao Poder Judiciário, eis que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação desse Poder, não dispondo o CADE de competência para conhecer e decidir casos que tais.

Estes, alguns critérios e balizamentos que, segundo entendo, são de indispensável aplicação nos procedimentos de que cuida o presente trabalho.

5.0. Uma análise de recentes julgados do CADE, considerada a instrução processual conduzida pela Secretaria de Direito Econômico - SDE

Em seqüência, serão examinadas algumas recentes decisões do Plenário do CADE, proferidas em processo que lhe foram encaminhados pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, ao entendimento de que, concluída a fase investigatória, restaram configuradas infrações da ordem econômica. Examinar-se-á, também, o despacho de um de seus Conselheiros, em questão relevante para o nosso trabalho.

Por certo que, tendo-se em vista os objetivos percípuos do presente estudo, serão enfatizados aqueles aspectos que mais de perto dizem com as conclusões investigatórias da SDE e as razões de decidir do CADE, à vista das considerações e análises anteriormente realizadas.

Trazem-se então, a título exemplificativo, os seguintes julgados:

Processo Administrativo nº 01/91

A representação: foi proposta representação contra empresa atuante no mercado de locação e manutenção de máquinas copiadoras, ao argumento de elevação abusiva de preço, quando da renovação do contrato de assistência técnica referente a máquina copiadora, bem como da existência de cláusula no instrumento contratual prevendo pagamento antecipado, em uma única parcela, pelos serviços de manutenção da máquina ao longo do ano. Acrescentou a Representante que se viu forçada a aceitar o contrato de vez que a Representada era a única a dar manutenção às copiadoras de sua marca.

A conclusão da SDE: constatando haver cláusula contratual vinculando a prestação de assistência técnica à aquisição de material de consumo da própria marca, a SDE concluiu pela existência de prática econômica abusiva, assim prevista no artigo 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91

("subordinar a venda de um bem à aquisição de um outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem").

A decisão do CADE: em decisão unânime, proferida a 28.05.93, o Plenário do CADE acompanhou o meu voto, como relator, no sentido de julgar procedente a representação, por infração à ordem econômica prevista nos incisos VIII (antes transcrito) e XVI ("criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas"), do artigo 3º da Lei nº 8.158/91, combinado com artigo 2º, inciso I, alínea g da Lei nº 4.137/62 (a mesma redação do artigo XVI, acima transcrito). Nas razões de decidir, argumentei que a prática de vinculação de produto a serviço, adotada pela Representada, era prejudicial à concorrência, inibindo a expansão desse mercado, de vez que os fabricantes de copiadoras, que também as vendem ou alugam, aproveitando-se do poder de mercado que detêm na prestação de serviços de assistência técnica referente aos equipamentos de fabricação própria, utilizam esses serviços como produto vinculante para impor à sua clientela a aquisição do produto vinculado, o material de consumo. Como consequência inevitável, as empresas que apenas produzem ou comercializam toner, revelador e demais materiais de consumo, não terão condições de permanecer nesse mercado, nem novas empresas nele ingressarão, à mais absoluta falta de compradores, já que a clientela dos locadores ou vendedores de fotocopiadoras está presa a um contrato que lhe impede a escolha livre daqueles produtos. Constatou-se, no caso, que a prática não se podia ter como razoável, eis que não trazia qualquer vantagem para o contratante, induzido a acreditar que somente a prestadora de serviços técnicos dispõe de material de consumo adequado para a sua máquina e, muitas vezes, a aceitar a situação falaciosa de que somente o titular da marca detém as necessárias condições técnicas para realizar a manutenção. Foi então condenada a Representada ao pagamento de multa, fixada nos termos legais, determinando-se, ainda, a imediata cessação da prática, cumprindo à Representada promover as necessárias modificações em seu manual de instrução, a par de providenciar a devida comunicação, a seus clientes, das alterações efetuadas.

Processo Administrativo nº 02/91

A representação: determinadas empresas fornecedoras de tampas metálicas foram acusadas de haverem praticado preços idênticos em licitação pública, mediante composição prévia.

A conclusão da SDE: encerrado o processo investigatório, a SDE

efetivamente concluiu pela existência de combinação prévia entre as empresas indiciadas, conduta esta enquadrável no artigo 2º, inciso V, alínea b da Lei nº 4.137/62 ("exercício de concorrência desleal por meio de combinação prévia ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa").

A decisão do CADE: Em decisão proferida a 09.09.92, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o voto da Relatora, Conselheira Neide Teresinha Malard, pronunciando-se pela improcedência da representação. Em suas razões, a Relatora destacou que as indiciadas se conduziram dentro dos padrões normais de um mercado oligopolizado, em que o comportamento da empresa líder era seguido pelas demais concorrentes, registrando-se, ainda, que durante o período anterior, em que os preços eram controlados pelo CIP, a tabela daquela empresa era utilizada para balizar os reajustes de preços do setor de lacres de alumínio. Identificou assim, no caso, que a coincidência de preço encontrava uma explicação econômica - a liderança de preço - que consiste, especificamente, na formação de preço pela empresa líder, o qual é seguido pelas demais. Por outro lado, entendeu que seria inviável a prática de preços superiores aos da líder, o que importaria em imediata queda nas vendas. Assim, apenas a existência de provas do conluio poderia afastar a hipótese da liderança de preço.

Processo Administrativo nº 10/91

A representação: determinada empresa formulou representação contra uma sua concorrente, sob a alegação de prática de preços predatórios e concorrência desleal. Alegou que a Representada, no período 1988, 90, participou de licitações promovidas pelo Ministério da Marinha para aquisição de fogareiros descartáveis de campanha e cotou seus preços em valores um terço inferiores àqueles cotados por ela, Representante. Aduziu, que, a partir de 1990, a Representada passou a fornecer seus produtos abaixo de seus custos de produção, com vistas a dominar o mercado e, então, impor preços abusivos.

A conclusão da SDE: encerrado o processo investigatório, a SDE concluiu que, intencionalmente ou não, a Representada praticara preços de venda inferiores aos seus custos reais de produção, causando prejuízo a Representante, caracterizando-se, portanto, o ilícito previsto no inciso XIII do artigo 3º da Lei nº 8.158/91 ("vender mercadoria ou prestar serviços sem margem de lucro, visando a dominação do mercado").

A decisão do CADE: em decisão proferida a 27.10.93, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o voto do Relator, Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, concluindo pela improcedência da representação.

Em suas razões de decidir, o Relator considerou, preliminarmente, que os dispositivos da Lei nº 8.158/91 eram inaplicáveis ao caso, eis que os fatos imputados à Representada teriam ocorrido em período anterior à vigência da citada Lei. Admitiu, todavia, a possibilidade de enquadramento da conduta no artigo 2º, inciso I, alínea g da Lei nº 4.137/62, no qual se considera como forma de abuso do poder econômico, "dominar mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência"... por meio "de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa". No desenvolvimento do seu voto, o Relator constatou, entretanto, que a Representada atravessava uma situação de mercado adversa, com frustração das vendas ao mercado externo, dispondo de elevado estoque ocioso, e assim, precisando gerar receitas a qualquer preço. De outra parte, afirmou que 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 de produção; esse tipo de estratégia considera a recuperação dos prejuízos intencionalmente sofridos, assim que o concorrente é afastado e essa recuperação se faz mediante a cobrança de preços monopolísticos. Todavia, não era esse o caso da Representada, uma empresa de pequeno porte, que passou a comercializar no mercado interno em virtude da frustração de suas exportações, não dispondo, portanto, de condições para sustentar uma política deliberada de preços predatórios. Concluiu, então, o Relator, que não se caracterizava, no caso, conduta ilícita por parte da Representada, com a finalidade de criar dificuldades ao funcionamento da Representante, ou que tenha acarretado repercussões anticoncorrenciais na estrutura do mercado. Enfatizou, ao final, que a legislação de defesa da concorrência não deve ser aplicada para dirimir ou regular questões ou interesses particulares, não se prestando à solução de conflitos de natureza privada, cuja reparação deve ser buscada junto ao Poder Judiciário.

Processo Administrativo nº 35/92

A representação: propôs-se representação contra três empresas que atuam, respectivamente, no setor de fabricação de motores de popa, no comércio de bens industrializados e na administração de consórcios, as quais foram acusadas de, em conclusão, impor preços de aquisição daqueles bens, de forma abusiva, mediante a utilização de meios artificiosos.

A conclusão do SDE: o término da fase investigatória, a Secretaria de Direito Econômico entendeu configurada a infração à ordem econômica prevista no inciso I do artigo 3º da Lei nº 8.158/91. ("impor preços de

aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margem os lucros, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos"), ressaltando que, para a fixação abusiva de aumentos de preços, as Representadas valeram-se da circunstância de que a segunda delas era a única distribuidora de motores de popa em uma determinada localidade, configurando-se uma interligação comercial entre as mesmas. A par desse fato, as Representadas teriam descumprido, também, com a sua conduta, as normas de controle de preços estabelecidos pela Lei nº 8.178/91, eis que, inexistindo autorização prévia e expressa no Ministério da fazenda, o aumento de preços realizado durante o período de controle de preços teria sido arbitrário e abusivo.

A decisão do CADE: em decisão proferida a 10.08.94, o Plenário do CADE acompanhou, por unanimidade, o voto do Relator, Conselheiro José Matias Pereira, pela improcedência da representação. Em seu voto, o Conselheiro distinguiu, para fins de julgamento, o eventual desrespeito à norma de controle de preços, em período compreendido entre 1º de março e 25 de julho de 1991, da conduta adotada pelas Representadas após tal período, ou seja, quando os preços dos motores de popa foram liberados do controle exercido pelo Ministério da Fazenda. Assim, no primeiro período referido, concluiu não se compreender na competência do CADE julgar eventuais infrações a uma lei extravagante, a incidir apenas em situações excepcionais, nas quais intervém o Estado para estabilizar preços, afastando a possibilidade de concorrência entre os agentes no mercado, a qual pressupõe preços livres, baseados nos custos de produção, em um contexto de competitividade. O Relator examinou, então, a atuação das Representadas, após extinto o controle, eis que os autos registravam que os reajustes de preços tiveram prosseguimento. A vista todavia, das informações constantes do processo, considerando que os custos dos bens fabricados pela primeira Representada dependiam, em boa medida, de insumos importados entendeu razoável o meio utilizado para reajustes dos preços de seus produtos, com base na variação cambial de seus custos, não vislumbrando ilegalidade em tal critério. Registrou, no particular, que os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, consagrados na Constituição Federal, outorgam aos agentes econômicos o poder de estabelecer os preços de seus produtos e serviços de sorte a cobrir os seus custos e auferir um lucro razoável. De outra parte, a constatação de eventuais efeitos anticoncorrenciais no mercado, decorrentes da política de preços adotada pela primeira Representada, haveria que resultar de estudos e levantamentos realizados pela SDE no mercado relevante, o que não ocorreu. Quanto às demais Representadas, a partir mesmo das conclusões referentes à conduta da primeira, entendeu o Relator que não se podia identificar práticas abusivas no desenvolvimento de atividades que lhes são

próprias, sendo que, no caso, os reajustes de preços realizados pela distribuidora comercial, bem assim aqueles efetuados nas contribuições mensais dos seus associados, pela Administradora de consórcios, decorreram, de forma proporcional, dos reajustes realizados pela fabricante, segundo se lê nos autos.

Processo Administrativo nº 40/92

A representação: uma empresa que atua na área de refrigeração industrial foi acusada de utilizar meios artificiosos para estabelecer preços de venda de seus produtos, criando dificuldades ao funcionamento de empresas concorrentes, principalmente às fabricantes de conjuntos parciais. Segundo a Representante, seu conjunto parcial é produzido a preços menores, havendo o mercado adquirente se firmado no sentido de adquiri-lo para utilização em balcões e câmaras frigoríficas, acoplando-o aos compressores da Representada, de modo que 70% das unidades condensadoras completas foram sendo montadas por tal processo. Entretanto, a partir de 1989, a Representada adotou uma nova estratégia de preços, aumentando o preço dos seus compressores e mantendo inalterados os preços dos conjuntos parciais e das unidades condensadoras completas, por ela fabricados. Entendeu a Representante que tal prática inviabilizou a venda de seu produto, afrontando, com isso, as leis da concorrência e penalizando o consumidor, que se viu obrigado a pagar mais caro pelo conjunto parcial.

A conclusão da SDE: ao término do processo investigatório, entendeu a SDE que a Representada, com a sua prática, havia infringido as normas contidas no art. 3º, incisos I e XVI da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137/62 ("... estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos"), (".. criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas").

A decisão do CADE: em decisão proferida a 15.06.94, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o meu voto, como relator, pronunciando-se pela improcedência da representação. Em minhas razões, destaquei que a Representada, que ocupa uma posição de liderança no mercado interno de refrigeração industrial, vinha apresentando, segundo os elementos colhidos no processo, quedas sucessivas em seu faturamento, em período que precedeu a adoção de sua nova política de fixação de preços, a qual visou, então, tornar mais competitivas suas unidades condensadoras; assim, promoveu reajustes mais significativos nos preços dos componentes (compressores e conjuntos parciais), ao tempo em que reajustava em percentuais inferiores os preços de suas unidades condensadoras completas.

Entendi que a adoção de novas políticas e estratégias, por parte da Representada, encontrava explicação razoável, que não o estabelecimento de preços mediante a utilização de meios artificiosos com o fito de dominar o mercado ou de prejudicar a livre concorrência. Tal explicação, que afastava a presunção de ilicitude do objeto da conduta em julgamento, estava na tentativa de reversão de uma conjuntura econômica desfavorável, atitude esta que é mesmo de se esperar de todo agente econômico. Cuidou-se, então, de examinar os eventuais efeitos anticoncorrenciais que a política de preços adotada pela Representada teria causado ou seria apta a causar no mercado de produção de unidades condensadoras completas, ou em segmentos desse mercado. Verifiquei que a SDE, em seu procedimento investigatório, mais atentou para as dificuldades atuais e futuras pelas quais a Representante pudesse passar na comercialização de seus conjuntos parciais; dessa forma, sem a devida avaliação do mercado relevante, tornava-se inviável a constatação de eventuais impactos anticoncorrenciais de sorte a reprimir a conduta abusiva imputada, pois o que interessa à defesa da concorrência não são as dificuldades por que venha a passar certo agente econômico, estas inerentes aos riscos da atividade empresarial, mas sim a conduta que tenha por objeto ou produza o efeito de dominar o mercado, de prejudicar a concorrência ou de aumentar arbitrariamente os lucros. Ademais, segundo parecer emitido pela Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, com base em informações colhidas junto a clientes revendedores, o mercado vinha tendo atendida a sua demanda, quer pela possibilidade de aquisição de um dos componentes, quer pela do conjunto, concentrando-se a preferência na aquisição da unidade completa da Representada, face ao seu melhor desempenho. De outra parte, informavam os autos que os prejuízos eventualmente enfrentados pela Representante eram anteriores à estratégia adotada pela Representada, não podendo, assim, ser a esta atribuídos.

Processo Administrativo nº 47/92

A representação: trata-se de processo instaurado contra uma empresa distribuidora de petróleo e derivados, acusada de prática abusiva do poder econômico, configurada como venda casada (art. 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91).

A conclusão da SDE: segundo a SDE, a adoção de uma cláusula contratual no instrumento de compra e venda de asfalto e emulsão asfáltica, firmado entre a indiciada e uma entidade pública, consubstanciaria a prática de venda casada, pois a indiciada condicionava a venda dos dois produtos à contratação, pela citada entidade, para o respectivo transporte, de empresas

que consumissem óleo diesel e lubrificantes da marca da indiciada, ou que nela estivesse registradas.

A decisão do CADE: a Relatora do processo, no CADE, Conselheira Neide Teresinha Malard, em despacho proferido a 14.03.94, consignou que a SDE não apresentou qualquer análise dos mercados de distribuição de asfalto e emulsões asfálticas e de transporte desses mesmos produtos, e nem sobre eles promoveu qualquer investigação, pois entendeu que a mera inserção da cláusula impugnada constituiria, por si própria, prática restritiva da concorrência. Registrou, então, que não se pode concluir que a simples adoção de uma cláusula contratual constitua abuso do poder econômico, sendo indispensável a análise do mercado relevante em que ocorreu a prática restritiva, onde atuam os efeitos atuais ou potenciais da conduta abusiva. A fim de esclarecer tais fatos, converteu o julgamento em diligência, retornando os autos à SDE, para que fossem promovidas as necessárias diligências, com o objetivo de responder a quesitos formulados.

Processo Administrativo nº 53/92

A representação: foi proposta representação contra uma Associação que congrega hospitais da rede privada de uma Unidade da Federação, dando conta de que os preços dos serviços hospitalares, ali cobrados, são uniformemente fixados pela aludida Associação, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, impedindo que as empresas que mantêm convênios com os hospitais possam negociar menores preços. Informou, ainda o Representante, que os aumentos impostos pela Associação (Representada) são muito acima da inflação.

A conclusão da SDE: encerrado o procedimento investigatório, concluiu a SDE pela procedência da Representação, com base no caput e inciso XV do art. 3º, da Lei nº 8.158/91 ("obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes").

A decisão do CADE: em decisão proferida a 30.06.93, o Plenário do CADE, por unanimidade, acompanhou o meu voto, como relator, no sentido de julgar procedente a representação, por entender configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no artigo 3º, inciso XV do artigo 3º da Lei nº 8.158/91 (dispositivo antes transcrito). Na fundamentação do voto, foi ressaltado que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, porquanto elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado, de acordo com as regras da oferta e da procura. Assim, ao serem contratados os serviços dos hospitais e congêneres, não são negociados os seus preços e as condições eis que estes já

foram previamente estabelecidos e definidos pela Representada, juntamente com entidade representativa das contratantes. Registrou-se, ainda, na declaração de voto, que pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Isto porque, preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que, preços máximos, como no caso dos autos, podem acabar tornando-se mínimos, sendo esta uma tendência normalmente decorrente da ação de preços uniformes. Foi ainda enfatizado que o aspecto crítico da tabela é que ela confere àqueles que a elaboram a capacidade de controlar os preços de mercado, podendo, em consequência, fixá-los acima dos níveis de concorrência; já quando o preço é formado em regime de concorrência, o agente econômico não consegue influir nos preços do mercado, de forma que, para manter ou elevar seus lucros, é estimulado a aumentar a eficiência na prestação de seus serviços e a buscar, permanentemente, a redução de seus custos. Aplicando-se, no caso, a regra da razão, constatou-se que a conduta da Representada não trazia benefício aos usuários, os quais, em um mercado não competitivo, onde os preços são artificialmente idênticos e uniformemente fixados para os concorrentes, se viam impedidos de exercer livremente sua escolha; por outro lado, os preços tabelados tampouco beneficiavam as entidades contratantes dos serviços, à medida em que estas não conseguiam negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento, por falta de acesso direto aos prestadores de serviços. Quanto a possíveis benefícios a concorrentes, embora a ação coordenada dos hospitais pudesse trazer, de imediato, vantagens para os seus participantes, concluiu-se que a fixação de preços tende a induzir a outros comportamentos concertados, por parte dos concorrentes, que passam a agir de forma solidária em situações adversas, permanecendo na cômoda situação de não concorrerem entre si, sem buscar eficiência técnica e econômica. Assim, julgada procedente a Representação, foi fixada multa nos limites legais, determinando-se, ainda, à Representada, a imediata cessação da prática abusiva, abstendo-se de elaborar tabelas de preços e promover os reajustes dos já existentes, cumprindo-lhe, ainda, comunicar a seus afiliados, que os novos preços deverão ser negociados direta e individualmente, entre os prestadores de serviços médico-hospitalares, seus associados, e as entidades contratantes ou usuários finais, levando-se em conta todos os elementos que compõem os custos dos serviços respectivos, bem como prazos e demais condições de pagamento, tudo em observância às regras da concorrência.

6.0 Conclusão

A apuração de práticas abusivas do poder econômico se configura como um dos instrumentos de proteção da livre iniciativa da livre concorrência, que se inserem entre os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito Econômico.

Na realização dessa tarefa investigatória, deverá a autoridade cumprir os procedimentos administrativos estabelecidos na legislação infraconstitucional, sem deixar de observar, em tal mister, outros tantos princípios constitucionais e seus desdobramentos, que condicionam toda a atividade do administrador, e se constituem na garantia maior do cidadão.

Deverá, ainda, levar em conta certos balizamentos essenciais, determinados aspectos de mérito, que se harmonizam com as diretrizes consagradas pelo Direito brasileiro e não deixam de considerar toda uma construção doutrinária, alicerçada, em boa medida, em uma já longa experiência internacional vivida em tal matéria.

Constatar-se-á, então, que a nossa legislação antitruste, ao elencar, exemplificativamente, determinadas práticas, como passíveis de infringir a ordem econômica, exige, para a sua caracterização, que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de prejudicar a livre concorrência, de dominar mercado relevante de bens ou serviços, de aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

A eventual abusividade de tais práticas haverá de ser investigada, então, no contexto econômico em que elas ocorreram, segundo princípios da razoabilidade. A efetiva proteção à livre concorrência requer, assim, um adequado exame do mercado relevante, do grau de poder dominante do agente, dos impactos anticoncorrenciais eventualmente produzidos nesse mercado, a fim de que não se punam ou afastem desse mesmo mercado, empresas que o conquistaram como resultado da sua maior eficiência técnica e econômica, tornando mais competitivos os seus produtos ou serviços.

Os julgados do CADE trazidos a exame, embora representando apenas uma amostragem, são um indicador de que o controle das práticas anticoncorrenciais vem sendo efetivamente realizado pelas autoridades competentes; todavia revelam, com nitidez, a necessidade de um constante aperfeiçoamento do procedimento investigatório eis que, de seus bons resultados, muito depende o aprimoramento das decisões pelo CADE.

Mas, será esse um processo evolutivo natural, o qual, por certo, jamais alcançará o seu último estágio, mas que produzirá os seus efeitos positivos na própria dinâmica do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 4ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
2. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros Editores, 9ª ed., São Paulo, 1993, p. 674.
3. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1 de 1969. Rio de Janeiro, Forense, 1987, p. 51.
4. COELHO, Inocêncio Mártires. O Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: o Estado Democrático de Direito. 1992. p. 6 [doc. inédito].
5. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo, Atlas, 1991. p. 21.
6. COELHO, Inocêncio Mártires. Processo legislativo: relações entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo na Constituição de 1988. Revista de Informação Legislativa, 28 (212): out/dez. 1991, p. 57.
7. DIAZ, Elias. Estado de Derecho y sociedad democratica. Madrid. Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1975, p. 104-5 [nossa a tradução].
8. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. (5). p. 31.
9. VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1966, p. 286.7.
10. SHIEBER, Benjamin. Abusos do poder econômico. Direito e experiência antitruste no Brasil e nos EE.UU. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 1966. p. 64.
11. FRANCESCHINI, José Inácio. Exposição feita durante o I Seminário Nacional sobre abuso do Poder Econômico, 7º painel, realizado em Brasília, entre 04 e 07 de agosto de 1987. Direito Econômico - Revista do CADE, 2 (3): ago/out. 1987, p. 97.
12. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros Editores, 1994, p. 586-7.
13. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 43.
14. MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. (12), p. 590.
15. SHIEBER, Benjamin. op. cit. (10). p. 72 e 91.
16. CABANELLAS, Guillermo. Derecho antimonopolico y de la defensa de la competencia. Buenos Aires, Editorial Heliasta S.R.L., 1983, p. 277 [nossa a tradução].

17. DEL CHIARO, José. Importância e aplicação do conceito de mercado relevante na defesa da concorrência, 1993, p. 1 [doc. inédito].

18. SHIEBER, Benjamin. op. cit. (10). p. 47 e 49.

19. CABANELLAS, Guillermo. op. cit. (16), p. 654-8.

20. MALARD, Neide Teresinha. Práticas verticais restritivas da concorrência, 1993, p. 11 [doc. inédito].

II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência

Brasília, DF, de 12 a 16 de setembro de 1994

Escola Nacional de Administração Pública