

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 109

REPRESENTANTE: ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA

REPRESENTADA: SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS.

DECISÃO

Julgou-se procedente a representação por unanimidade, condenando-se a Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 10.500.000.000,00 (dez bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros), a ser rateada equitativamente pelos Representados, no prazo de dez dias, após a publicação da decisão no D.O.U., pela prática da infração prevista no art. 2º, item I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137/62.

Plenário do CADE, 16 de dezembro de 1992.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - PROCURADOR

PARECER DO PROCURADOR

Em 1988, perante o antigo CADE, a empresa Elmo Segurança representou contra ato praticado pelo Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, SESVESP, que teria sido secundado pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional de São Paulo.

O sindicato publicou na imprensa - Folha de São Paulo de 5.9.88 (fls. 7) - um "comunicado de inidoneidade" em prejuízo à imagem da representante. Ali se fez referência à deliberação da assembléia geral do sindicato, ocorrida em 25 de maio do mesmo ano, quando se acertou que a entidade prepararia tabela com preços mínimos a serem observados pelas empresas do setor (fls. 11 e 12). Firmou-se que a "transgressão acerca dos preços estipulados na mencionada tabela" (fls. 12) seria examinada por comissão especial, podendo o sindicato considerar a empresa inidônea e "excluída de seu quadro social"(fls. 13). Constam dos autos as planilhas de preços elaboradas para o terceiro e o quarto trimestres de 1988.

A firma Elmo Segurança foi punida pelo SESVESP por ter participado de concorrência de preços. em 12 de julho de 1988, apresentando "preço abaixo da planilha aprovada pela Assembléia Geral Extraordinária"(fls. 23).

O processo administrativo teve o curso de praxe no antigo CADE. Os representados negaram que constituíssem um cartel ou que as planilhas fossem mais do que recomendações, com o fito de prevenir concorrência desleal.

Em certo momento, os defendentes pediram:

a. Que o Ministério da Justiça providenciasse a relação nominal e endereços das empresas autorizadas para operar em vigilância e segurança no Estado de São Paulo;

b. "Intimidação das empresas relacionadas pelo Ministério da Justiça para exibir, cada uma, o respectivo balanço geral e resultados com demonstração à parte, das contas constantes no demonstrativo de resultados descritos analiticamente e uma cópia de declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica correspondente aos dados contábeis do balanço e respectivas demonstrações, referente aos últimos 5 (cinco) exercícios e seus atos constitutivos e respectivas alterações, especialmente a empresa denunciante"(fls.447-448).

c. "Perícia para análise da documentação mencionada nos itens anteriores, mormente quanto aos custos e preços praticados por cada empresa, e tendo em vista o consignado no parecer, já referido anteriormente, protestando por apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico"(fls. 448).

d. Oitiva de depoimentos.

O SESVESP, a fls. 34, garante que a planilha reflete os custos mínimos das empresas do setor e que preços inferiores àqueles somente seriam praticados se desrespeitadas obrigações legais de ordem trabalhista ou tributária.

No âmbito do antigo CADE, foram chamados ao efeito o sindicato e diversas empresas. Excluiu-se do processo a Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional de São Paulo. As vinte empresas que passaram a integrar o processo administrativo são as que o sindicato, a fls. 245/250, indicou como participantes da assembléia de 25 de maio de 1988, quando foi decidida, sem discrepância de votos, afixação de preços mínimos.

TESES DA DEFESA

A defesa comum dos representados alega que a representante não merece credibilidade, "pois simplesmente se mudou para lugar incerto e desconhecido"(fls. 986). Insiste na realização das provas requeridas ao fundamento de que seriam relevantes para esclarecer que as tabelas do sindicato somente traduzem os gastos mínimos suportados por cada empresa. Argumenta que o Judiciário já se manifestou sobre o problema proposto perante o CADE, concluindo pela inexistência de crime na conduta sob exame. Insurge-se contra a aplicação à espécie de Lei nº 8.158/91, invocada pela SDE, juntamente com a Lei nº 4.137/62, para tipificar a ação das representadas. Fala que os autos não apresentam dados indicativos da prática de atos ilícitos após a entrada em vigor da Lei nº 8.158/91. Recusa, enfim, que tenha havido imposição de preços.

DISCUSSÃO

A Lei Aplicável

Os fatos narrados na espécie não dão ensejo a serem examinados senão à luz da Lei nº 4.137/62.

Com efeito, perquire-se, aqui, a legalidade do ato das empresas que, congregadas no seu sindicato, resolveram que seria confeccionada tabela de preço a ser observada pelas firmas do ramo, sob pena de sanção. Consta da data assembleia:

"... foi a proposta aprovada pelos presentes, ficando deliberado que o Sindicato prepararia uma Tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor"(fls. 36).

Os autos referem à ocorrência de atos concretos ligados à essa decisão até janeiro de 1989. A deliberação impugnada necessita, para se aperfeiçoar, da elaboração das tabelas. Não há notícia de que estas tenham sido confeccionadas após janeiro de 1991. Não há prova de que outras tabelas

tenham sido concebidas após a entrada em vigor da Lei nº 8.158/91. Vale notar que, no seu compromisso de cessação, determinado pelo titular da SDE, as representadas declaram que "há muito não praticam tabela de preços, em especial aquela referida nos autos e objeto de Assembléia Geral Extraordinária do dia 25 de maio de 1988"(fls. 1070).

Desse modo, entendo que apenas a Lei nº 4.137/62 tem pertinência para tipificar a conduta dos representados.

Credibilidade da Representante

A defesa argúi a falta de credibilidade da firma representante para com isso desacreditar o processo. Esse debate, porém, é desprovido de importância prática. Há nos autos elementos objetivos, que independem da mera palavra da representante, para se formar um juízo seguro sobre os fatos.

Produção de Provas

Repisam as defendentes, ainda, a necessidade de se produzirem as provas requeridas perante o antigo CADE.

Andou bem a SDE/DPDE, entretanto, ao rejeitar a produção daquelas diligências que, da forma como requeridas, não revelam o que de útil e indispensável trariam à exposição de verdade.

É desnecessário que as empresas do setor tragam aos autos os seus elementos de contabilidade. Os custos variáveis de cada empresa não têm significado maior para o tipo de infração que se analisa. A imposição de preços por um grupo de empresas aos agentes econômicos do ramo, sujeitando os discordantes a punições que cerceiam as suas atividades, constitui, por si mesma, violação da liberdade de iniciativa e da concorrência que a legislação pretende resguardar. Ainda que a tabela, por mera hipótese argumentativa, correspondesse ao exato custo de todas as empresas, ainda que assim não seria dado que um grupo submetesse todos os agentes econômicos à planilha, ameaçando com penalidades. Esse fato, por si, atrai a censura do legislador. Assinale-se, que, no caso, não se confirma sequer que a tabela corresponderia ao custo mínimo das empresas.

Sobre a existência de decisão judicial no caso

Por outro lado, as defendentes pretendem que o processo administrativo não deve ter seguimento, porque os fatos já teriam sido analisados pelo Judiciário, afirmando-se a inexistência de crime na espécie.

O raciocínio da defesa não prospera

Os defendentes partem de uma premissa falsa para desenvolver o seu argumento. Assimilam à figura do crime qualquer infração de direito econômico e apontam que a Justiça criminal, analisando os fatos deste feito, neles não viu configurado crime. A vista disso, concluem que os efeitos da coisa julgada subtraem qualquer mérito a este processo.

A premissa desse raciocínio, como dito, não é exata. Seria até ociosa recordar que o conceito de crime, na teoria do direito, não se confunde com o de infração administrativa. É certo que, como ensina Heleno Fragosa, "já não há quem ponha em dúvida que o ilícito penal e o ilícito jurídico extrapenal (civil, administrativo, disciplinar, etc.) não apresentam distinção ontológica" - ressalta o autor, entretanto, que há diferença entre eles ainda que "extrínseca e legal (...) A diferença é de grau e de qualidade"(Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral. Rio, Forense, 1985, pp. 145-146).

Quando, portanto, um juiz de uma vara criminal assegura que não há crime na espécie, isto não significa, necessariamente, que não haja infração administrativa de direito econômico a ser considerada. Nem toda infração administrativa constitui também crime. O juiz criminal é competente para se manifestar apenas sobre esta espécie de ilícito - e não sobre ilícitos de ordem meramente administrativa. A circunstância, pois, de o juiz de direito do Estado de São Paulo tem concordado com o Ministério Público paulista em que não houve crime contra a economia popular não influi sobre a sorte deste feito.

A situação seria diferente se houvesse tipo penal idêntico ao tipo de direito econômico repressivo que se está analisando e se a sentença houvesse transitado em julgado.

Os autos, no entanto, não trazem prova do trânsito em julgado da sentença de fls. 806. Houve recurso de ofício, cuja sorte é relatada nos autos. Mais do que isso, a sentença é de 1989. Os crimes contra a economia popular, à época estavam tratados na Lei nº 1.521/51 e ali não se capitula como crime a conduta dos defendentes tal como descrita nestes autos. Não há se falar em repercussão da sentença criminal sobre o processo administrativo nestas circunstâncias.

A sentença da Justiça Federal tampouco afeta este feito. Ali, apenas se afirmou a incompetência daquela Justiça, uma vez que "os fatos não envolvem a produção de danos a interesses ou serviços da união, a tanto, por óbvio, não equivalendo a participação do CADE nas investigações de cunho administrativo" (fls. 825). Observe-se, ademais, que tampouco aqui se fez prova do trânsito em julgado do decisório.

Segura, portanto, a competência do CADE para examinar o processo segundo a sua convicção.

Mérito

No mérito, os defendentes recusam que a tabela que elaboraram possa constituir infração de direito econômico. Afirmam a "inexistência de tabelas de preços mínimos, que não podem ser confundidas com as planilhas de custos, elaboradas com apoio em dados reais e que se tornam imprescindíveis no estudo de fixação de valores de serviços" (fls. 803).

A assertiva, porém, não corresponde à realidade. O sindicato, espelhando a vontade das empresas representadas, elaborou, com efeito, documento que continha os preços mínimos que os agentes econômicos do setor deveriam cobrar por seus serviços. A própria assembléia geral de 25/5/88 chamou o documento de tabela de preços mínimos. Ali está dito claramente que "o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor" (fls. 11). Os documentos elaborados com consonância com esta determinação, ademais, chamavam-se "Planilhas de Preços". Nelas, após arbitrado um valor para os custos fixava-se um preço mínimo a cobrar.

É insofismável que as tabelas de preços não eram meramente indicativas. Pretendiam ter um cunho obrigatório, vinham reforçadas com a combinação de penalidades para as firmas insubmissas.

Os defendentes não impressionam quando insinuam que as tabelas teriam sido geradas como modo de prevenir o "dumping". Neutraliza essa perspectiva a consideração de que os preços mínimos eram sempre muito superiores ao dobro dos custos arbitrados. Os preços mínimos correspondiam, na verdade, a um patamar de lucros que as empresas pretendiam preservar dos efeitos da concorrência. Tanto não correspondiam aos custos das empresas que, em setembro de 1988, os preços mínimos foram reduzidos, sem qualquer evidência de redução de custos naquele período. O Sindicato, em circular aos filiados, divulgando as planilhas de preços de setembro/outubro/novembro de 1988, singelamente disse:

"... Nota-se que a presente planilha referente a serviços gerais teve seu preço final diminuído, tendo em vista a solicitação de diversos companheiros e uma notada recessão na contratação de nossos serviços"(fls. 105).

CONCLUSÃO

Os autos estampam fatos que se enquadram na Lei nº 4.137/62. As firmas participantes da assembléia geral de 25.5.88 do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, bem como este próprio, uniram-se para fixar preços, com vistas a garantir margem de lucro que estimavam propícia. Naquela reunião, estipularam-se sanções para o descumprimento das tabelas de preços mínimos. Essas penas visaram a dificultar a vida das empresas e se expressavam até mesmo por declarações públicas de inidoneidade, embaraçando a atuação da firma no mercado. No caso dos autos, está claro que as sanções foram aplicadas contra a empresa representante.

A ação concertada das empresas responsáveis pelas decisões assumidas pelo sindicato era apta para criar obstáculo ao desenvolvimento de empresas que pretendessem agir segundo as regras do mercado livre. A conduta dos defendentes predispunha-se a eliminar a concorrência dos que não se submetessem aos ditames da assembléia do sindicato.

Tais as circunstâncias, o comportamento do sindicato e das empresas representadas, que deram voz à deliberação de 25.5.88, realiza os tipos do art. 2º, I, "a" e "g" da Lei nº 4.137/62.

O parecer sugere a condenação das empresas.

Brasília, 7 de dezembro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

DA ORIGEM

O presente Processo Administrativo teve origem em 04 de outubro de 1988, quando a empresa ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA formulou representação ao CADE contra o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, secundado pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional

de São Paulo, por entender ter ocorrido prática de ilícito, quando da realização da Assembléia Geral Extraordinária pelo Sindicato.

Referida Assembléia teria examinado e aprovado em Ata um índice para fixação dos preços de serviços de segurança e vigilância, tendo igualmente deliberado que seria elaborada pelo Sindicato uma tabela abrangendo todos os postos de vigilância usuais, contendo os preços mínimos a serem praticado pelas empresas, bem como seria criada uma Comissão para julgar os possíveis casos de não atendimento ao decidido.

DA REPRESENTAÇÃO

Para o embasamento do pretendido, alega a Representante que na referida Assembléia Geral Extraordinária foi discutida e aprovada Ata estabelecendo:

a) " determinação de um índice para fixação dos preços de serviços de vigilância e segurança a bancos e instituições financeiras, assim como para serviços gerais, tendo como referencial o mês de junho de 1988, já agravada da respectiva - Unidade de Referência de Preços - URP ";

b) " Após demorados exames dos fatores que compõem o custo de atividade foi aprovado a aplicação do índice único, correspondente a 2,4 (dois vírgula quatro) ";

c) " que o Sindicato prepararia uma Tabela abrangendo todos os postos usuais contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor ";

d) " foi aprovada a constituição de uma Comissão para julgar os possíveis casos de não atendimento ao decidido, isto é, de prática de concorrência desleal";

e) " verificada a responsabilidade da empresa e, julgada esta culpada, o Sindicato tomará as seguintes providências:

a) A empresa será considerada inidônea perante o Sindicato representativo de sua categoria econômica, e, conseqüentemente, excluída de seu quadro social, se associada, ou impedida de nele ingressar se não o for, bem como da ABREVIS- Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança Regional de São Paulo, que se manifestou, através de seus diretores presentes, solidária às decisões do Sindicato,

b) O Sindicato, a seu critério, tomará outras providências, a saber: Comunicação ao Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça solicitando a cassação do Alvará de Funcionamento da transgressora; expedição de

correspondência às demais autoridades e órgãos tomadores de serviços sem prejuízo de quaisquer outras providências compatíveis com a falta praticada e adequadas a impedir a repetição do acontecido".

DAS SANÇÕES DO SINDICATO

Ao participar de uma Tomada de Preços, realizada pelo IAPAS, a Representante os cotou abaixo da Tabela de preços determinada pelo Sindicato, razão pela qual foi declarada inidônea, tendo tal declaração do Sindicato sido veiculada, através da imprensa no jornal "Folha de São Paulo", no dia 05.09.88.

DO EMBASAMENTO PARA A DENÚNCIA

Para melhor alicerçar a Denúncia de cometimento do suposto ilícito, a Representante juntou a documentação abaixo relacionada (fls. 07 a 26 e 87 a 114):

- Recorte do jornal "Folha de São Paulo", de 05.09.88, contendo a declaração de sua inidoneidade, de autoria do Sindicato;

- Recorte de jornal "Folha de São Paulo", de 06.09.88, contendo Nota, onde rebate a declaração do Sindicato, recusando-se a participar do que chama "Cartel de Preços";

- Cópia do Ofício nº 053/88, de 02.06.88, do Sindicato dirigido aos seus sindicalizados, onde declara a decisão de fixar preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor;

- Cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada no dia 25.05.88 onde consta o posicionamento favorável à confecção de uma tabela para preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor;

- Cópia de Notificação do Sindicato à Representante (OF. 103/88) para apresentar defesa pelo não cumprimento da planilha;

- Cópia de planilhas de Preços do Sindicato para os meses de junho, julho e agosto de 1988;

- Cópia da resposta da Representante ao Sindicato, defendendo-se da acusação contida na Notificação; e

- Cópia da publicação pelo D.O. do Estado de São Paulo, de 19.05.88, do edital de Convocação para Assembléia Geral Extraordinária.

DAS ALEGAÇÕES DAS REPRESENTADAS

Em 14 de janeiro de 1992, as Representadas apresentaram, através de seu Procurador que lhes é comum, suas alegações, que, em síntese, podem ser enunciadas (fls. 800 a 803):

- a ELMO SEGURANÇA DE PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA "tomou a iniciativa de provocar a instauração de três processos, todos de natureza criminal, sob a acusação de prática de crime contra a economia popular, sob a forma de constituição de um cartel de preços";

- sendo os fatos rigorosamente os mesmos, caracterizar-se-ia, desde logo, típico "bis in idem";

- denúncia de igual teor àquela encaminhada ao CADE foi também remetida à Justiça Paulista, "dando margem a instauração do inquérito policial, que veio a ser arquivado a requerimento do Ministério Público, no dia 14 de novembro de 1989" e à Justiça Federal," em decorrência de inquérito policial requerido pelo Ministério Público da União, mas cujo trancamento foi determinado, em 13 de fevereiro de 1991, pelo Juiz Federal Dr. Octávio Peixoto Júnior. Declarou-se a inexistência de produção de danos a interesses ou serviços da União";

- a Justiça Estadual reconheceu "a inexistência de crime, na espécie";

- na hipótese de prosseguimento do feito, manifesta seu interesse na realização das provas já requeridas:

- "reitera sua assertiva quanto à inexistência de tabelas de preços mínimos, que não podem ser confundidas com as planilhas de custos, elaboradas como apoio em dados reais e que se tornam imprescindíveis no estudo de fixação de valores de serviços";

- "o procedimento em curso nesse Departamento objetiva a dos mesmos fatos já submetidos à decisão do Poder Judiciário, inclusive com a formação de coisa julgada, constituindo-se em garantia constitucional para aqueles que estivessem eventualmente envolvidos nesses fatos";

- os três processos instaurados têm a mesma intenção punitiva.

Para a sua defesa, as Representadas requereram como provas a serem produzidas (fls. 984 a 989):

- Ofício ao Ministro da Justiça solicitando a relação nominal e o respectivo endereço das empresas autorizadas a operarem em vigilância e segurança no Estado de São Paulo;

- Intimação das empresas relacionadas pelo Ministério da Justiça para exhibir, cada uma, o respectivo Balanço geral e resultados com demonstração à parte, das contas constantes nos demonstrativos de resultados

descritos analiticamente, além de uma cópia de declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica correspondente aos dados contábeis do Balanço e respectivas demonstrações referentes aos últimos 5 (cinco) exercícios e seus atos constitutivos e respectivas alterações contratuais, especialmente os da empresa denunciante;

- Perícia para análise da documentação mencionada nos itens anteriores, mormente quanto aos custos e preços praticados por cada empresa, e tendo em vista o consignado parecer, já referido anteriormente, protestando por apresentação de quesito e indicação de assistente técnico;

- Depoimento pessoal do Senhor Ilson Silva, representante legal do denunciante;

- Oitiva das testemunhas;

- Tentativa de caracterização do "bis in idem" praticado pela Representante por instauração de três processos na Justiça Estadual, Justiça Federal e CADE;

- Cópia de correspondência do Sindicato dos Empregados em Empresa de Segurança e Vigilância de São Paulo à Representada, onde aplaude a punição imposta à Representante, denunciando à mesma por irregularidades;

- Cópia de recorte de "O Vigilante", de 25.09.88, anunciando e conclamando para a greve os empregados da Representante.

As Representadas, através do seu procurador comum, em 10.07.92, encaminharam ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE a Defesa Final, cujas alegações principais podem ser resumidas (fls. 985 a 989):

- questionam inicialmente a credibilidade da Representada que deixou de atender diligência determinada pelo DPDE/SDE, alegando ser imprescindível à completa elucidação dos fatos e que só a queixosa poderia fazê-lo;

- insistem na realização das provas requeridas, ou seja, que a planilha de custos editada pelo Sindicato representava um referencial dos gastos mínimos suportados por cada empresa do mesmo setor;

- quanto à natureza das infrações denunciadas, argumentam que é insustentável a tese de que as Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91 tratam de infrações contra a ordem econômica e não contra a economia popular, pretendendo com isso sustentar que a Justiça do Estado de São Paulo já se pronunciou sobre os fatos narrados, tendo essa decisão transitado em julgado;

- que diante da irretroatividade da lei, já que o citado evento deu-se em 25.05.88 e a Lei 8.158 é de 08.01.91, não há que se falar no seu enquadramento;

- que a decisão do Diretor do DPDE/SDE, de não acatar a sugestão de medida preventiva, prova a inexistência nos autos da comprovação de conduta caracterizadora de formação de cartel, prejudicial à ordem econômica; e

- requer, diante do exposto, o arquivamento do processo.

DOS PROCEDIMENTOS DO CADE, SDE/DPDE E A CONDUTA DAS PARTES

A Denúncia foi apresentada pela empresa ELMO SEGURANÇA DE PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA., com seus anexos (fls. 01 a 26), ao CADE em 04.10.88, que à época tinha por competência apurar e reprimir abusos do poder econômico (Lei nº 4.137), tendo a sua Secretaria Executiva decidido pela instauração da Sindicância em 27.10.88, e dado ciência às partes por Ofício OF/CADE/Nº 822 e 820, solicitando informação e documentação a respeito.

Em resposta ao CADE as Representadas em 07.11.88 afirmaram literalmente: "... discutir e deliberar sobre os critérios a serem obedecidos na contratação de serviços de segurança e vigilância, realizada em 25 de maio último, decidiram as associadas que deveria ser adotado um índice único para apresentação de proposta, dando como resultado que os preços a serem ofertados dependeriam dos custos e da produtividade de cada empresa.", e, mais" para zelar pelo cumprimento do que foi deliberado, decidiu-se também a constituição de uma Comissão que mediante o procedimento legal adequado, examinaria a infringência das deliberações e aplicaria as penalidades adequadas... (G.N.).

Por sua vez, a cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária registra "que o Sindicato prepararia uma Tabela abrangendo todos os postos usuais contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor..."e segue"... julgada esta culpada, o Sindicato tomará as seguintes providências:

a) A empresa será considerada inidônea perante o Sindicato representativo de sua categoria econômica" (G.N.).

Em 17.11.88 é realizada a juntada do Ofício/GS/CH/1465/88, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo instando a atuação do CADE, visando à apuração dos fatos e À adoção de medidas cabíveis, tendo também sido adotado o mesmo procedimento em relação ao Ofício Nº 2865/88/CEXV/MJ, de 18.11.88, do Presidente da Comissão Executiva para Assuntos de Vigilância e Transporte de Valores, do Ministério da Justiça (fls 45 a 49).

Em resposta ao OF/CADE/Nº 820, A Representante, em 30.11.88 (às fls. 87 à 90), oferece as informações solicitadas - litteris - "... temos a esclarecer que os custos do homem/hora é realmente muito oscilante e variável de acordo com a administração de cada empresa (altos salários administrativos, excesso de pessoal) administrativo, sofisticação de instalações, administração da escola operacional e etc...), e que podemos afirmar é que o preço do homem/hora em hipótese alguma poderá ser um único para todas as empresas, o que vem confirmar nosso raciocínio é o próprio Sindicato das Empresas de Segurança, através do seu ofício nº 172/88 (Doc. nºs 1 a 14), no qual foi claramente comprovado e demonstrado que os preços que o mesmo queria impor aos seus associados para os meses de junho, julho e agosto (doc nºs 6 a 14), estavam bem acima dos custos reais das empresas, uma vez que o mesmo baixou seus preços (Doc. nº 15) nas planilhas para os meses subsequentes: setembro, outubro e novembro do corrente" (Doc. nº 16 a 24) (G.N.).

A Representante anexou cópia do ofício nº 053/88-C do Sindicato, ora figurando como Representado, de 02.06.88, onde o mesmo declarou - litteris - "... decidiu fixar preços mínimos a serem praticados em nossa atividade" (G.N.), e segue, "...A atualidade econômica nacional inviabiliza qualquer previsão que se faça..." Juntou ainda cópia da Ata de Assembléia Geral Extraordinária, planilha de Custos e os seus 3 (três) últimos balanços.

A Representante juntou, também, documento (às fls. 105), onde o Representado no OF/Nº 172/88-C. - informa aos associados - "Prazeirosamente comunicamos-lhe nossa vitória no trimestre passado (junho/julho/agosto), onde mercê da colaboração e compreensão de todos os companheiros, com raríssimas excessões, conseguimos manter nossos preços condizentes com o mercado e, conseqüentemente, atendendo nossas necessidades (G.N.).

Outrossim, nota-se que a presente planilha referente a serviços gerais teve seu preço diminuído tendo em vista a solicitação de diversos Companheiros"... e ainda," colabore com o sindicato comunicando imediatamente qualquer prática de preços abaixo da planilha..."(G.N.).

A Representante juntou também parecer exarado pela Procuradoria do Estado de São Paulo, datado de 28 de outubro de 1988, onde se manifesta o douto Procurador, Dr. José Edmar Hirt - verbis - " 28. Destarte, como os fatos configuram abuso de poder econômico, como tal prática é vedada por lei, como a lei comete ao Estado o exercício do Poder de Polícia, recomendamos a edição das seguintes providências, que afiguram indeclináveis, sob pena de clamorosa e injustificável omissão:

a) representação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão que por força do Artigo 17, alínea "b", da Lei nº 4.137, de 10.09.62, está incumbido de apurar, em face de representação abuso de poder econômico;

b) comunicação ao Departamento Estadual de Polícia do Consumidor objetivando a instauração de inquérito policial para apuração de eventual penal e identificação de sua autoria;

c) comunicação a todos os órgãos da Administração Centralizada e Descentralizada do Estado, por meio de publicação no Diário Oficial, dos fatos relatados na denúncia, com o feito de prevenir e resguardar o interesse público".

A Representante juntou cópias dos Pareceres da SESG/SEDAP/PR de 25.11.88 onde transcreve - "Contudo, não vamos nos abster de emprestar à causa a parcela do nosso esforço e, quem sabe, contribuir de algum modo para o deslinde do que, para nós constitui, senão transgressão da Constituição Federal e da Lei, ao menos a tentativa de induzir alguém a tal prática.

Por todo o exposto, é nosso entendimento que o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, por suas decisões adotadas em Assembléia Geral Extraordinária de 25 de maio último e outras que lhe seguiram, está induzindo as empresas filiadas ao seu quadro a deliberadamente contrariar a Constituição e as Leis vigentes, devendo por isso sofrer as sanções cabíveis no âmbito da competência da Comissão Executiva para Assuntos de Vigilância e Transportes de Valores, vinculada ao Ministério da Justiça, bem assim seja o assunto levado ao conhecimento do Ministério Público Federal para as providências que se impuserem, dentre as quais o oferecimento da competente denúncia, se o mesmo a entender, como nós entendemos, cabíveis à espécie".

As Representadas, levantam provável prática de ilícitos por parte da Representante em aspectos previdenciários e trabalhistas.

De outra parte, o parecer 056/88/DOPS/CCP do Departamento de Polícia Federal, enviado pela Representante ao CADE conclui:

"Com relação ao aspecto de funcionamento, a Empresa se apresentou bastante organizada, com seu efetivo de vigilantes, num total de 176 profissionais, devidamente habilitados, possuindo o respectivo curso de formação, estando em ordem toda a documentação necessária ao desenvolvimento de suas atividades, bem como os livros de registro de vigilantes e de controle de armas e munição. Também nos aspectos trabalhistas e previdenciários, a Empresa demonstrou sua regularidade, inclusive exibindo comprovantes de recolhimento de encargos sociais, numa

preocupação de operar no mercado em consonância com a legislação em vigor".

Em 27 de março de 1989, o então Conselheiro Relator do CADE, Dr. Mauro Grimberg, requer outras diligências, onde solicita cópia autêntica do Livro de Presença de Associados ou equivalente à parte relativa à Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 25 de maio de 1988, tendo sido cumprida a solicitação e toda documentação juntada aos autos (fls. 221/2).

Na Sessão Plenária do CADE, de 10 de agosto de 1989 (fls. 330 e 331), por unanimidade, é instaurado processo administrativo contra a Representada e diversas associadas, sendo sorteado como Relator o Conselheiro JEOVÁ MAGALHÃES SOBREIRA.

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO

Referida representação permaneceu sobrestada no período 1989/90, em virtude de a Lei nº 8.158, de 08.01.91, ter atribuído competência à Secretaria de Direito Econômico - SDE para apurar as anomalias de comportamento de setores econômicos.

O Diretor do DPDE, através dos ofícios Of/DPDE/Nº 695/91, 696/91 E 697/91, dá notícia às partes, de que a instrução processual passa a ser efetuada por essa Diretoria, permanecendo o CADE com a competência de órgão judicante.

Em 14.01.92 a Representada e seus associados apresentaram sua defesa prévia ao DPDE, onde solicitaram o arquivamento do Processo Administrativo nº 109 (fls. 889 a 903).

Manifestou-se, também, a Representante dando ciência ao DPDE que move contra a Representada processo por perdas e danos perante a 20ª Vara da capital sob nº 1.335/90 (fls 828).

Em 23.03.92, novamente o DPDE procedeu a notificação da Representante e da Representada e de seus associados (fls. 844 a 903), solicitando cópia da tabela em vigor, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária o que foi cumprido pelos Representados.

Considerando a gravidade dos fatos e os prejuízos que poderiam estar sendo causados à livre concorrência, de difícil reparação, a Dra. Carla Barroso, Assessora Jurídica do DPDE, propôs ao Diretor do Departamento que, sem prejuízo da produção das provas requeridas pelos Representados e daquelas a serem levantadas pelo Departamento de Proteção e Defesa

Econômica - DPDE, a imediata adoção de medida preventiva nos termos do art. 12, da Lei nº 8.158 e do art. 14 do Decreto nº 36, de 14.02.91.

Propôs, também, a referida Assessora o enquadramento da Representada nos preceitos do Art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei 4.137/62 e do Art. 3º, incisos I, IV, XV, XVI e XVII da Lei 8.158/91 (às fls. 905 a 924).

O Diretor do DPDE acolhe parcialmente a referida proposição, negando a propositura de acordo para a cessação da prática e encaminha o Processo Administrativo nº 109 à Coordenação Jurídica do Departamento para pronunciar-se quanto à realização das provas requeridas pela Representada.

A Dra. Lázara Cotrim, Coordenadora Jurídica do DPDE, propõe o indeferimento do pleito das Representadas, por entender que as provas requeridas são desnecessárias e irrelevantes à elucidação dos fatos, sugere essa que é acolhida pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE.

A Representada e seus associados apresentam sua defesa final, onde entendem que inexistem nos autos comprovações "quantum satis" de conduta caracterizada de formação de cartel danosa à queixosa e prejudicial a ordem econômica.

O Relatório Final do DPDE, de 27 de agosto de 1992, manifesta-se favoravelmente pelo enquadramento do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e outros no contido no Art. 2º, inciso I, alíneas "a" e " " da Lei nº 4.137/62 e do Art. 3º, incisos I, IV, XVI e XVII da Lei nº 8.158/91 (fls. 990 a 1022).

Em 28 de agosto do corrente o P.A. nº 109 é encaminhado pelo Diretor do DPDE ao Secretário de Direito Econômico para as providências cabíveis.

Despacho do Secretário de Direito Econômico remete ao CADE o P.A. nº 109, em 20 de outubro de 1992, tendo o mesmo sido distribuído a este Conselheiro na mesma data.

Em 23 de outubro os autos foram encaminhados à apreciação do Sr. Procurador do CADE para o seu competente parecer, tendo, em 07 de dezembro, o mesmo se pronunciado pela procedência da representação.

Brasília, 16 de dezembro de 1992.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: *Caracterização de preços. Uniformização de conduta previamente concertada. Acordo expreso para fixação de preços mínimos iguais. Estabelecimento de preços mediante a utilização de meios artificiosos. Imposição de sanções às empresas dissidentes. Ampla defesa e clareza da denúncia. Infração ao art. 2º, inciso I, alínea "a" e "g" da Lei nº 4.137/62.*

I - A REPRESENTAÇÃO

Trata-se de Representação formulada em 04.10.88 ao antigo CADE pela empresa ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA, contra conduta do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo - SESVESP, secundado pelas empresas associadas ao Sindicato e pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional de São Paulo, dada como capitulada no art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137/62 e no art. 3º, incisos I, IV, XV, XVI e XVII da Lei nº 8.158.

Todos os atos praticados pela SDE/DPDE, bem como as manifestações da partes, provas documentais e oitiva de testemunhas estão devidamente contidos no Relatório que antecede este Voto.

II - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A CONCORRÊNCIA E CONDUTAS CONCERTADAS.

Conforme ensina Guillermo Cabanellas, em outros sistemas jurídicos, como por exemplo, o dos Estados Unidos da América, o conceito de concorrência apresenta dois referenciais básicos. O primeiro deles é o de que a palavra concorrência denota a presença de mais um ofertante no mercado, identificando uma situação de rivalidade entre eles. O outro aspecto diz respeito à idéia de que a expressão concorrência deve ser entendida como antítese do monopólio, este compreendido como o poder de mercado que possui um vendedor ou um grupo de vendedores que atuam concertadamente, buscando auferir resultados anticompetitivos.

Ressalta o referido estudioso da defesa da concorrência, que o conceito clássico de ação concertada se dá a nível horizontal, ou seja, pela maneira como os competidores ajustam seus interesses mútuos e coordenam suas operações, eliminando, assim, os impulsos competitivos do mercado.

Aborda, ainda, Cabanellas dois outros aspectos referentes às práticas concertadas que entendo relevantes. O primeiro refere-se aos casos originais de ocorrência de condutas concertadas que normalmente estavam vinculadas a

acordos expressos, sendo que, posteriormente, com a evolução da jurisprudência a esse respeito observa-se que não se torna mais necessário que ocorra um acordo expresso, mas, sim, que se constate uma conduta concertada e que os agentes econômicos interessados se ajustem a ela.

Assim, as provas admissíveis para demonstrar a existência de ação concertada foram sendo ampliadas, incluindo novos elementos tais como a ocorrência de reuniões entre as partes, as correspondências trocadas entre elas e também a adoção de condutas só explicáveis em razão da existência de uma ação concertada subjacente.

Ao abordar o outro aspecto, Cabanellas considera que "o conceito de ação concertada supõe, se bem que não necessariamente, uma conduta idêntica de todas as partes envolvidas, algum tipo de similitude e simultaneidade, destinadas a lograr efeitos que não seriam possíveis mediante a ação isolada das partes envolvidas. Tal similitude e tais efeitos só são possíveis quando as empresas afetadas competiam previamente entre si". (DERECHO ANTIMONOPOLICO Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA pág. 248 a 279).

OTAMENDI J., por sua vez, entende que "competir é lutar pela clientela", ressaltando que "a essência da concorrência é liberar o comprador do poder de monopólio, permitindo-lhe o acesso a fontes alternativas do produto"(ou do serviço).

Observa ainda OTAMENDI J. que "basta a concorrência de vontades para que exista uma ação concertada" e "que nos defrontamos com uma prática ou ação concertada quando as partes se tenham postas de acordo para levar a cabo uma atividade conjunta..." (Presupuestos Básicos para la Aplicación de la Lei de Defensa de la Competencia)

Referidos estudiosos entendem que a concertação de ações anticompetitivas não é somente aquela que ocorre entre empresas concorrentes, mas, também, as que resultam da comunicação ou coordenação por intermédio de um terceiro, hipótese que compreende a determinados tipos de decisões de que podem envolver associações de empresas, entidades de classe e sindicatos, dentre outras.

Por outro lado, concordam outros estudiosos da defesa da concorrência que a maior dificuldade que as empresas de um determinado setor econômico encontram para articular políticas e diretrizes conjuntas, com o objetivo de fixar preços ou volumes a serem produzidos e/ou comercializados, é a dificuldade de coordenação e "enforcement" dos acordos firmados, notadamente se forem em grande número. (Hélson Braga e Jorge Smorigo - ESTABILIZAÇÃO, ABERTURA DA ECONOMIA E OS OLIGOPÓLIOS - "Folha de São Paulo").

III - DOS FATOS

Em 25 de maio de 1988, teve lugar no Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, a realização de Assembléia Geral Extraordinária, de onde foi extraída Ata, que determinou a instauração do presente Processo Administrativo nº 109 - verbis"... Fazendo uso da palavra o Sr. Presidente ressaltou a necessidade de se estabelecer, em termos de mercado, um preço condizente com as necessidades reais das empresas de Segurança e Vigilância, enfatizando que, atualmente, o mercado está se auto desvalorizando com a prática de preços absolutamente, inexequíveis. Assim, pela ordem, foi apresentada à Assembléia e discutida a seguinte proposta: - "DETERMINAÇÃO DE UM ÍNDICE PARA FIXAÇÃO DE PREÇOS DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA A BANCOS E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, ASSIM COMO PARA SERVIÇOS GERAIS, TENDO COMO REFERENCIAL O MÊS DE JUNHO DE 1988, JÁ AGRAVADA A RESPECTIVA URP - UNIDADE DE REFERÊNCIA DE PREÇOS". Debatida longamente a questão, foi a proposta aprovada pelos presentes, ficando deliberado que o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor. (G.N.)

Para a elaboração dessa TABELA, após demorado exame dos fatores que compõem o custo da atividade, foi aprovado a aplicação do índice único..."

Deliberou, ainda, aquela Assembléia, que "se constituísse uma Comissão para julgar os possíveis casos não atendimento ao decidido..." Dentre outras atribuições conferidas a tal Comissão, configurou a de julgadora das empresas do setor que não cumprissem as deliberações da Assembléia. Uma vez decidida pela Comissão, o Sindicato executará suas determinações adotando providências da seguinte natureza:

"a) - A empresa será considerada inidônea perante o sindicato representativo de sua categoria econômica, e, conseqüentemente, excluída de seu quadro social, se associada, ou impedida de nela ingressar se não o for..."

Por não cumprir o deliberado pela Assembléia Geral, a Representada recebeu punição do Sindicato, sendo declarada empresa INIDÔNEA, conforme publicado, em 05.09.88, no jornal "Folha de São Paulo". (G.N.)

Cumprе ressaltar que a empresa ELMO SEGURANÇA foi punida por ter participado de concorrência promovida pelo IAPAS, em 12.07.88, e ter apresentado "preços abaixo da planilha aprovada pela Assembléia Geral

Extraordinária realizada no Sindicato, em 25 de maio de 1988"- conforme termos do Of/103/88, de 26.07.88 expedido pelo SESVESP, à Representante.

IV - A DEFESA COMUM DOS REPRESENTADOS

Os Representados alegam em sua defesa final - verbis - "...à falta de credibilidade da empresa representante que deixou de atender a diligência determinada pelo órgão processante, impedindo, dessa forma, a perfeita elucidação do feito".

Reiteram os Defendentes a assertiva quanto à inexistência de tabela de preços mínimos, ressaltando que esta não pode ser confundida com planilhas de custos, visto que estas são elaboradas com o suporte em dados reais no estudo de fixação de valores de serviços.

Alegam a falta de tipificação do ilícito e reafirmam a tese do "bis in idem".

Alegam, ainda, as Defendentes que os processos instaurados na Justiça Federal, Justiça Estadual e no CADE pela Representante são todos de natureza criminal e que a acusação ensejadora da instauração de tais processos é de crime contra a economia popular.

Argüem também, que o Judiciário já teria se manifestado sobre a questão em tela e se posicionado pela não ocorrência de crime na prática sob exame. Repele a aplicação da Lei nº 8.158/91, invocada pela SDE, complementarmente à Lei nº 4.137/62, para tipificar a ação das representadas.

Argumentam, ainda, quanto à inexistência nos autos de comprovação do "quantum satis" para caracterização da prática do ilícito, e, mais, a necessidade da produção das provas requeridas, em particular a pericial para demonstrar que a planilha "somente traduz aquém da realidade os gastos mínimos suportados por cada empresa, sem interferência qualquer no preço real cobrado por cada uma".

A Representada reitera, no mérito, os argumentos oferecidos anteriormente nos autos e recusa que tenha ocorrido imposição de preços.

V - ANÁLISE A ARGUMENTAÇÃO DOS REPRESENTADOS

a) A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Exame dos documentos constantes dos autos demonstram que a ocorrência dos fatos se deu no período compreendido entre 25.05.88 (data da realização da Assembléia Geral Extraordinária) até janeiro de 1989.

Releva salientar que inexistem elementos que comprovem a prática de ação concertada a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.158, de 08.01.91, muito embora, em nenhum momento, a Representada tenha se manifestado quanto à revogação dos termos da Ata lavrada em 25.05.88.

Acolho, portanto, o bem fundamentado parecer do douto Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, quando afirma verbis - "... Não há notícia de que estas (as tabelas) tenham sido confeccionadas após janeiro de 1991..." "não há prova de que outras tabelas tenham sido concebidas após a entrada em vigor da Lei nº 8.158/91..." "vale notar que, no seu compromisso de cessação determinado pelo titular da SDE as Representadas declaram que" há muito não praticam tabela de preços, em especial aquela referida nos autos e objeto de Assembléia Geral Extraordinária do dia 25 de maio de 1988".

Desta forma, e à luz dos documentos contidos nos autos, entendo que somente a Lei nº 4.137/62 pode ser aplicada para tipificar a conduta dos Representados.

b) A CREDIBILIDADE DA REPRESENTADA

As Defendentes questionam, preliminarmente, a credibilidade da Representante em razão desta ter deixado de atender diligência efetuada pelo DPDE, alegando ser imprescindível à completa elucidação dos fatos e que só a queixosa poderia fazê-la.

Entendo oportuno destacar a manifestação do Ilustre Procurador deste CADE, que repele essa argumentação, pois, com esse procedimento, a Representada busca, tão somente, "desacreditar o processo". Conclui S. Sa. que "esse debate, porém, é desprovido de importância prática. Há nos autos elementos objetivos, que independem da mera palavra da representante, para se formar um juízo seguro sobre os fatos". Estou de pleno acordo com a competente manifestação.

c) A EXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL NO CASO

As Representadas alegam que o processo administrativo não deve prosperar, visto terem sido os fatos objeto de análise pelo Judiciário, que conclui pela inexistência de crime na espécie.

Tal argumentação tem origem em falso pressuposto e é repelida, tanto pela bem fundamentada Nota técnica da lavra da assessora jurídica do DPDE, Dra. Carla Barroso, quanto pelo consistente Parecer do Ilustre Procurador deste Conselho, os quais acolhemos na íntegra.

A referida Assessora, com propriedade, argumenta: verbis - "Entretanto, duplamente equivocadas se encontram as Representadas.

Primeiramente, porque nem o processo, muito menos as infrações previstas nas Leis nºs 4.137/62 e 8/158/91, têm natureza criminal. O processo é administrativo e as condutas previstas como abusivas são infrações de natureza econômica. Tratam-se de infrações e não de crimes. Encontrar-se-á o tratamento para certos crimes previstos como infrações nesses diplomas legais retromencionados na Lei nº 8.137, de 27.12.90 (Define crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências).

Em segundo lugar, em se admitindo, absurdamente, que as Leis nºs 4.137/62 e 8.158/91 tratam de crimes e não de infrações, ter-se-ia crimes contra a ordem econômica e não contra a economia popular. Problema grave então ter-se-ia, vez que, como anteriormente mencionada, outro diploma legal existia (Lei nº 8.137/90) em que são previstos como crimes, condutas em que naqueles outros dois textos de lei são previstos como infrações a serem apuradas e reprimidas administrativamente.

Se assim fosse, teria-se por caracterizado, desde logo, o "bis in idem".

Continua a Nota técnica: - "Data máxima vênia", mais grave e infundada se torna a alegação das Representadas quando se verifica que distintos são os objetos das ações propostas e o conteúdo das decisões proferidas no âmbito administrativo e judicial.

O objeto da ação em trâmite neste Departamento é o restabelecimento da ordem econômica, é a repressão ao abuso do poder econômico. A conduta adotada pelas representadas será apreciada em função de seus efeitos sobre a concorrência. A decisão versará sobre política de defesa econômica.

Em assim sendo, a apreciação da matéria, pelo DPDE, deverá se ater aos reflexos da conduta, sob análise, na ordem econômica e sua repressão nos termos das Leis nºs 8.158/91 e 4.137/62.

Quanto ao objeto da ação proposta e da decisão proferida no judiciário, estes são por demais evidentes a merecer maiores comentários.

Ressalto, ainda o posicionamento do Ministério Público do estado de São Paulo, "instaurou-se o presente inquérito policial para se apurar a existência, em tese, do crime contra a economia popular capitulado no Art. 3º, inciso III da Lei nº 1.521/51"(G.N.).

Arrimado nesse dispositivo conclui: "não ocorreu o delito ali apontado, mesmo porque a concorrência ali mencionada se refere a produção, transporte ou comércio, não falando sobre segurança privada. Outrossim, da leitura atenta dos autos não se infere a existência de crime algum contra a economia popular" (G.N.).

Encontra-se no pronunciamento acima citado da inexistência de crime contra a economia popular e não da inexistência de infração contra a ordem econômica, o que torna claro que a conduta das Representadas não as põe a salva da prática de ilícito contra a ordem econômica" (G.N.).

Pronunciando-se sobre a questão, o douto Procurador do CADE, diz :verbis-

"Os defendentes partem de uma premissa falsa para desenvolver o seu argumento. Assimilam à figura do crime qualquer infração de direito econômico e apontam que a Justiça criminal, analisando os fatos deste feito, neles não viu configurado crime. À vista disso, concluem que os efeitos da coisa julgada subtraem qualquer mérito a este processo".

A premissa desse raciocínio, como dito, não é exata. Seria até ocioso recordar que o conceito de crime, na teoria do direito, não se confunde com o de infração administrativa. É certo que, como ensina Heleno Fragoso, "já não há quem ponha em dúvida que o ilícito penal e o ilícito jurídico extrapenal (civil, administrativo, disciplinar, etc) não apresentam distinção ontológica"-ressalta o autor, entretanto, que há diferença entre eles ainda que extrínseca e legal (...) A diferença é de grau e de qualidade" (in.is)Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral, Rio, Forense, 1985, pp. 145-146).

Quando, portanto, um juiz de uma vara criminal assegura que não há crime na espécie, isto não significa, necessariamente, que não haja infração administrativa de direito econômico a ser considerada (G.N.). Nem toda infração administrativa constitui também crime. O juiz criminal é competente para se manifestar apenas sobre esta espécie de ilícito - e não sobre ilícitos de ordem meramente administrativa. A circunstância, pois de o juiz de direito do Estado de São Paulo ter concordado com o Ministério Público paulista em que não houve crime contra a economia popular não influi sobre a sorte deste feito.

A situação seria diferente se houvesse tipo penal idêntico ao tipo de direito econômico repressivo que se está analisando e se a sentença houvesse transitado em julgado (G.N.). Os autos, no entanto, não trazem prova do trânsito em julgado da sentença de fls. 806. Houve recurso de ofício, cuja sorte não é relatada nos autos. Mais do que isso, a sentença é de 1989. Os

crimes contra a economia popular, à época estavam tratados na Lei nº 1.521/51 e ali não se capitula como crime a conduta dos defendentes tal como descrita nestes autos. Não há se falar em repercussão da sentença criminal sobre o processo administrativo nestas circunstâncias.

A sentença da Justiça Federal tampouco afeta este feito. Ali, apenas se afirmou a incompetência daquela Justiça, uma vez que "os fatos não envolvem a produção de danos a interesses ou serviços da União, a tanto, por óbvio, não equivalendo a participação do CADE nas investigações de cunho administrativo" (fl. 825). Observe-se, ademais, que tampouco aqui se fez prova do trânsito em julgado do decisório.

Segura, portanto, a competência do CADE para examinar o processo segundo a sua convicção", conclui o Ilustre Procurador do CADE em seu bem fundamentado e consistente parecer.

A PRODUÇÃO DE PROVAS

As Representadas ratificaram a necessidade de produção das provas requeridas perante ao antigo CADE, notadamente a pericial, objetivando demonstrar que a tabela "somente traduz, aquém da realidade, os gastos mínimos suportados por cada empresa, sem a interferência qualquer no preço real cobrado por cada uma" (G.N.).

Ratifico o entendimento da Dra. Lázara Cotrim, Coordenadora Jurídica do DPDE, que as considerou "desnecessárias e irrelevantes à elucidação dos fatos imputados às representadas e revestem-se de natureza simplesmente protelatória do processo".

O mesmo entendimento foi também manifestado por S. Sa. , o Ilustre Procurador do CADE, ao afirmar que "não revelavam o que de útil e indispensável trariam à exposição da verdade".

Na realidade, o feito encontra-se pleno de elementos de provas veementes de incriminação das Representadas.

Assim, o levantamento pericial dos custos de cada empresa em nada acresceria ou favoreceria a elucidação do ato que foi praticado pelos defendentes.

Releva observar que, as apurações neste processo não dizem com saber se os preços praticados pelas empresas de segurança e vigilância de São Paulo eram a época, predatórios, justos ou abusivos, mas, sim, a ocorrência de uma prática concertada em que as empresas, juntamente com o Sindicato, teriam estabelecido um acordo formal, registrado em Ata, a fixação de preços mínimos uniformes a serem praticados por todas as empresas.

Acresce-se a esse fato, que o deliberado pelo Sindicato e seus associados em Assembléia caracterizou a prática de preços mínimos cartelizados, a serem praticados por todos os associados, sujeitando os discordantes a receberem punições.

Tal procedimento, que pode ser caracterizado como ilícito, pois visava a eliminação parcial ou total a concorrência, mediante ajuste ou acordo entre empresas, independentemente desses preços fixados serem os que representem a menor remuneração da atividade, o que, no caso não foi confirmado.

Portanto, entendo correta a posição adotada pelo Departamento de Proteção e de Defesa Econômica ao rejeitar a produção daquelas diligências, visto que não trariam ao feito fato novos, tidos como relevantes ou influentes, ou seja, em condições de poder influir na decisão da causa.

MÉRITO

As Representadas recusam que tenha havido imposição de preços e alegam que a "inexistência de tabelas de preços mínimos, que não podem ser confundidas com as planilhas de custos, elaboradas com o apoio de dados reais e que se tornam imprescindíveis no estudo de fixação de valores de serviços " (fl. 803).

Na realidade, a assertiva carece de fundamentação e não resiste a uma análise mais atenta dos fatos ocorridos.

Para tanto, vale repisar que, em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 25.05.88, o Sindicato com base na vontade das empresas representadas, a pretexto de estabelecer preços condizentes com as reais necessidades das empresas, visto que, segundo o seu entendimento, o mercado estava praticando preços inexecutáveis, propôs a determinação de um índice para fixação dos preços de serviços de segurança e vigilância, observando o referencial do mês de julho de 1988, já agravada da Unidade de Referência de Preços (G.N.).

Tal proposta foi aprovada pelos associados presentes a Assembléia, "ficando deliberado que o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor" (G.N.).

Na oportunidade, foi igualmente proposto e aceito, por unanimidade, a criação de uma Comissão que teria por competência julgar os eventuais casos de não atendimento ao deliberado, impondo aos dissidentes severas sanções.

Acresce-se, ainda, o fato de, em 02.07.88, o Sindicato da categoria ter enviado aos seus associados o Ofício nº 053/88-C (fls. 91/92), em que diz textualmente: "A última Assembléia Geral Extraordinária realizada em nosso Sindicato, no dia 25 de maio último; decidiu fixar preços mínimos a serem praticados em nossa atividade (G.N.).

Ultimamente, verificamos que algumas empresas praticam preços inviáveis, denegrindo a imagem do mercado. Cremos que os preços, ora ajustados, propiciarão a todas as empresas melhores condições de trabalho (G.N.).

Outrossim, não mediremos esforços a fim de que seja realmente cumprida a decisão soberana tomada pela Assembléia" (G.N.).

Em 01.09.88, através do Of/72/88-C, o Sindicato comunica aos seus associados: "Prazeirosamente, comunicamos-lhe nossa vitória no trimestre passado (junho, julho e agosto), onde mercê da colaboração e compreensão de todos os companheiros com raríssimas exceções, conseguimos manter nossos preços condizentes com o mercado e, conseqüentemente, atendendo nossas necessidades" (G.N.).

Finalmente, por intermédio do Of/103/88, o Sindicato dirigiu-se à Representante solicitando que esta apresentasse defesa pelo não cumprimento da planilha de preços aprovada pela Assembléia Geral Extraordinária (G.N.).

Como observado com acuidade pela Dra. Carla Barroso, do DPDE: -
verbis -

"pelos esclarecimentos trazidos aos autos, objetivam as empresas representadas, através do nome que querem dar ao meio empregado (planilha de custos) para a adoção da prática de fixação de preços mínimos, descaracterizar a ilegalidade que constitui referida prática.

A realidade é que, seja por meio de planilha de custos, seja por meio de tabela, há um preço mínimo a ser obedecido, abaixo do qual estaria a empresa que o praticasse sujeita às penalidades previstas em Assembléia".

Acrescenta a mencionada Assessora Jurídica, "indubitavelmente é o caráter obrigatório dessa planilha de custos ou tabela"... além do que, quem elabora e quem confecciona planilha de custos são as empresas e não o Sindicato... e se essa tabela o planilha de custos, como quer impropriamente denominar o Sindicato, tivesse caráter meramente orientativo, descabida seria a punição para aquela empresa que praticasse preço inferior àquele mínimo estabelecido.

Conclui a Dra. Carla Barroso: "a verdade é que seja qual for o título que se queira dar, ou que se queira melhor manobrar para denominar-se, o Sindicato fixou preço mínimo a ser cobrado pelos serviços de segurança e vigilância, impondo às empresas dissidentes severas sanções" (fls. 919 a 922).

Entendimento semelhante teve o douto Procurador do CADE ao pronunciar-se sobre a questão: verbis - "O Sindicato, espelhando a vontade das empresas representadas, elaborou, com efeito, documento que continha os preços mínimos que os agentes econômicos do setor deveriam cobrar por seus serviços. A própria Assembléia Geral, de 25.05.88, chamou o documento de tabela de preços mínimos. Ali está dito claramente que "o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor" (fls. 11). Os documentos elaborados em consonância com esta determinação, ademais, chamavam-se "Planilhas de Preços". Nelas, após arbitrado um valor para os custos fixava-se um preço mínimo a cobrar.

É insofismável que as tabelas de preços não eram meramente indicativas. Pretendiam ter um cunho obrigatório, vinham reforçadas com a cominação de penalidades para as firmas insubmissas. (G.N.)

Os defendentes não impressionam quando insinuam que as tabelas teriam sido geradas como modo de prevenir o "dumping". Neutraliza essa perspectiva a consideração de que os preços mínimos eram sempre muito superiores ao dobro dos custos arbitrados. Os preços mínimos correspondiam, na verdade, a um patamar de lucros que as empresas pretendiam preservar dos efeitos da concorrência. Tanto não correspondiam aos custos efetivos das empresas que, em setembro de 1988, os preços mínimos foram reduzidos, sem qualquer evidência de redução de custos naquele período. O Sindicato, em circular aos filiados, divulgando as planilhas de preços de setembro/outubro/novembro de 1988, singelamente disse:

"... Nota-se que a presente planilha referente a serviços gerais teve seu preço final diminuído, tendo em vista a solicitação de diversos companheiros e uma notada recessão na contratação de nossos serviços" (fl. 105).

Os fatos contidos nos autos, após devidamente examinados e avaliados, nos permitem afirmar que:

a) segundo o Sindicato e seus associados, os preços dos serviços de segurança e vigilância não estavam condizentes com as reais necessidades das empresas e o mercado praticava preços inexequíveis;

b) houve a formalização de um acordo, pela declaração de vontades dos associados participantes da Assembléia Geral Extraordinária promovida

pelo SESVESP, estabelecendo preços mínimos a serem cobrados pelas empresas;

c) referido acordo formal - Ata da Assembléia - promoveu a uniformização das condutas das partes interessadas, estabelecendo preços mínimos iguais a serem praticados por todos os associados;

d) os chamados "preços mínimos" foram fixados em um patamar tão elevado que, no trimestre seguinte, tiveram que ser reduzidos por solicitação dos próprios associados;

e) houve restrição à independência das empresas, e aquelas que não cumprissem a deliberação da Assembléia sofreriam sanções e;

f) as empresas discordantes sofreram as punições previstas, cerceando suas atividades;

CONCLUSÃO

A comprovação dos fatos anteriormente mencionados e devidamente avaliados, não deixa dúvida quanto a ilicitude do procedimento das Representadas.

É fato inconteste a realização de um acordo formal entre empresas, coordenado pelo Sindicato de categoria, uniformizando condutas, previamente concertada na Assembléia Geral Extraordinária, com evidentes prejuízos à concorrência.

As empresas e o Sindicato representados, ao buscarem auferir resultados favoráveis, adotaram condutas só explicáveis em razão de uma ação concertada subjacente.

Assim, além de condutas idênticas, havia também a similitude de prática (preços iguais e índices de reajustes idênticos), e a simultaneidade de procedimentos (a mesma periodicidade dos reajustes dos preços); "buscando lograr efeitos que não seriam possíveis mediante a ação isolada das partes envolvidas"

Claro está que a ação concertada conduzida pelo Sindicato e seus associados visava, em última instância, falsear a essência da concorrência, eliminando os impulsos competitivos do mercado e a rivalidade que deveria existir entre as empresas concorrentes.

Tal procedimento, se alcançado o seu intento, de um lado, impediria que as instituições desejosas em contratar os serviços de segurança e vigilância tivessem condições de buscar fontes alternativas o serviço, já que o setor estava cartelizado. De outra parte, a prática concertada ao impedir a natural formação de preços, e estabelecer a sua fixação, ou seja, preços

arbitrários formados artificialmente ou por combinação dos interessados, poderia conduzir os associados do sindicato a obter resultados anticompetitivos, aumentando arbitrariamente os seus lucros.

Acresce-se a esses fatos, o caráter compulsório imposto à todas as empresas, inclusive com severas sanções, restringindo a atuação das mesmas.

Por todo o exposto, e face à natureza dos objetivos visados, das práticas adotadas e das circunstâncias em que os fatos relevantes ocorreram, entendo perfeitamente caracterizada, no caso, a flagrante eliminação da concorrência e de abuso do poder econômico praticado pelo Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e pelas empresas: Ronda Equipamentos e Serviços de Segurança Ltda., Agência de Segurança Vigil Ltda., Estrela Azul Serviços de Vigilância e Segurança Ltda., Sebil Serviço Especializado de Vigilância Industrial e Bancário Ltda., Treze Listras Segurança e Vigilância Ltda., Loyal Serviços de Vigilância Ltda., Emtesse Empresa Técnica de Sistemas, Oesve Segurança e Vigilância Ltda., ESV Empresa de Segurança Ltda., SEG Serviços Especiais de Guarda S/A., Alerta Serviços de Segurança S/C Ltda., Empasse Empresa Argos de Segurança Ltda., Servipro Serviço de Vigilância e Proteção Ltda., F. Moreira Serviço de Vigilância e Segurança S/C Ltda., Empresa Nacional de Segurança Ltda., Protege Proteção e Transporte de Valores S/C Ltda., Vanguarda Segurança e Vigilância Ltda., Officio Serviços de Segurança Ltda., Empresa de Segurança de Estabelecimento de Créditos Vigilância Itatiaia Ltda e Pires Serviço de Segurança Ltda.

Desta forma, considero procedente a representação, na forma prevista no art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137, de 10.09.62, 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:

a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;

.....

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

Destaque-se, que tendo em vista o disposto no art. 23 da Lei nº 8.158, de 08.01.91, foram mantidas as normas definidoras de ilícitos

constantes da Lei nº 4.137/62, assim como de outros diplomas legais relativos a práticas de abuso do poder econômico.

Desta forma, e em face das considerações, razões e conclusões expostas nesta manifestação de Voto, bem assim acolhendo, em todos os seus termos e fundamentos, o parecer do Ilustre Procurador do CADE (fls. 084 a 1095), o meu Voto é pela procedência da Representação.

Em consequência, a penalidade cabível é a multa, assim prevista no art. 43 da Lei 4.137/62, com a redação introduzida pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 27.04.90. Trata-se da única sanção cabível na espécie, eis que o processo nos dá notícia de que a prática ilícita não perdura (fls. 1070/71). Fixo a multa em Cr\$ 10.500.000.000,00 (dez bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros) em conformidade com a Resolução nº 2 do CADE, de 21.10.92, publicada no D.O.U. de 26.10.92, pág 14.966, e que deverá ser rateada equitativamente pelos Representados, devendo ser recolhida, no prazo máximo de 10 (dez) dias, após a publicação da decisão do CADE no D.O.U.

Na fixação da multa - cujo valor se contém entre os limites legalmente determinados - embora considerando a potencialidade nociva do procedimento das Representadas, ao deliberadamente uniformizarem suas condutas, previamente concertadas em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 25.05.88, não deixei de levar em conta a cessação da prática em 1991.

A conduta visava atingir a Representante e, segundo os autos, causou embaraços à mesma, o que a compeliu a mover ação por perdas e danos junto à Justiça de São Paulo.

De outra parte, a conduta ilícita adotada pelas Representadas deve ser veementemente repelida, até porque a sua prática poderia motivar a que outros segmentos econômicos viessem, também, a adotar, esses condenáveis procedimentos.

Brasília, 16 de dezembro de 1992.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Manifesto minha concordância com o voto do ilustre Conselheiro-Relator, Dr. Marcelo Monteiro Soares.

Trata-se, com efeito, de peça bem fundamentada e que se harmoniza, por inteiro, com a prova colhida neste autos.

De fato, evidencia o processo que os Representados se uniram na Assembléia Geral Extraordinária, realizada a 25.05.88, no Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo - SESVESP, para autorizar o referido Sindicato a elaborar tabela de preços mínimos a serem observados pelas empresas do setor. Na verdade - segundo se pode concluir da prova colhida nos autos - visavam, com a medida, garantir um patamar de lucros, que ficasse preservado dos efeitos da concorrência.

Como bem destaca o ilustre Procurador do CADE, "tais tabelas não eram meramente indicativas. Pretendiam ter um cunho obrigatório, vinham reforçadas com a cominação de penalidades para as firmas insubmissas".

Um bom indicador de tal caráter coercitivo é a "declaração de inidoneidade" da Representante, publicada na Folha de São Paulo de 05.09.88. A punição decorreu de haver a sociedade ofertado, em licitação realizada pelo IAPAS, preço inferior ao da tabela mencionada.

Constata-se, portanto, no caso em julgamento, uma ação concertada dos Representados, com força para criar um obstáculo ao desenvolvimento de outras empresas, que se propusessem a atuar em um regime de livre concorrência e que se viam ameaçadas de punição, caso não concordassem com os critérios aprovados.

Sendo assim, bem andou o ilustre Conselheiro-Relator ao considerar procedente a Representação - no que o acompanho - identificando, na ação dos Representados, práticas abusivas previstas na Lei nº 4.137/62, especificamente em seu art. 2º, I, alíneas a e g, que, no caso, se complementam. Como decorrência, impõe-se a aplicação da multa, fixada nos termos e limites legais, pelo Conselheiro-Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 1992.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Trata o presente processo administrativo de representação formulada ao antigo CADE, em 04.10.88, pela empresa ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA, contra conduta do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, secundado pelas empresas associadas ao Sindicato e pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança Regional de São Paulo, dada como capitulada no art. 2º, incisos I, alínea "a" e "g" da Lei nº 4.137/62 e do no art. 3º, inciso I, IV, XV, XVI e XVII da Lei nº 8.158/91.

Ficou patente, conforme demonstra as informações e provas contidas nos autos, e relatadas de forma objetiva e consistente pelo ilustre Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, que o Sindicato e seus associados, formalizaram um acordo, pela declaração de vontades dos associados participantes da Assembléia Geral Extraordinária promovida pelo SESVESP, estabelecendo preços mínimos a serem cobrados de maneira uniforme pelos seus associados.

Estabeleceram ainda, além das tabelas de preços para os serviços de segurança e vigilância, que não eram meramente indicativas, que as empresas discordantes sofreriam sanções pelo descumprimento do referido acordo, que foi devidamente registrado em Ata da Assembléia, conforme consta dos autos. O que de fato ocorreu com as empresas discordantes, que sofreram as punições previstas, cerceando as suas atividades.

Diante da comprovação dos fatos contidos nos autos, que não deixa dúvida quanto a ilicitude do procedimento das Representadas, estou convencido que ficou caracterizada a realização de um acordo formal entre empresas, coordenado pelo Sindicato da categoria, uniformizando condutas, previamente concertada na Assembléia Geral Extraordinária, com evidentes prejuízos à concorrência.

Dessa forma, além de condutas idênticas, ocorreu também a similitude de prática de preços e índices de reajustes iguais, e a simultaneidade de procedimentos, através da prática da mesma periodicidade dos reajustes dos preços, com o objetivo claro de lograr efeitos que não seriam possíveis mediante a ação isolada das partes envolvidas.

Reafirmo portanto a minha convicção de que a ação concertada conduzida pelo Sindicato e seus associados visou falsear a essência da concorrência, eliminando os impulsos competitivos do mercado e a rivalidade que deveria existir entre as empresas concorrentes.

Razão pela qual estou de pleno acordo com o VOTO do I. Conselheiro-Relator, pela procedência da representação, na forma prevista no art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137/62, e pela aplicação da multa, no valor e na forma estabelecida no mesmo.

Brasília-DF, 16 de dezembro de 1992.

José Matias Pereira

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Entendo, como o Sr. Procurador do CADE, que não há repercussão nesta instância administrativa da sentença judicial, porquanto não há prova nos autos de que se tenha decidido sobre a inexistência da conduta investigada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Ressalte-se, ademais, que os tipos administrativos são diversos dos penais, como também diversa é a consistência da prova exigível na esfera penal.

Por outro lado, a Lei nº 4.137/62 afirma a incomunicabilidade das instâncias, ao estabelecer no parágrafo único do art. 6º que, condenada a pessoa jurídica, as pessoas físicas que dela participam serão processadas civil e criminalmente.

No caso dos autos, parece-me bem delineada a figura do cartel - o ajuste, entre empresas concorrentes objetivando a fixação de preços ou o domínio do mercado.

Os cartéis, hoje em dia, têm agido sutilmente. A informalidade de sua estruturação, à margem da lei, impõe ao julgador a árdua tarefa de investigar as peculiaridades do mercado em que atuam, de acompanhar cada passo da conduta concertada, enfim, de buscar as provas circunstanciais para se chegar à conclusão de que houve o conluio.

In casu, todavia, não foi preciso muito esforço, pois fartas são as provas que vieram aos autos para demonstrar o conluio, de vez que o cartel organizado pelo Sindicato teve a ousadia de pactuar abertamente a fixação de preços e, comunicá-la oficialmente aos respectivos membros, chegando ao cúmulo de estabelecer sanções para as empresas que descumprissem o acordo.

De se observar que o alijamento da representante e as pressões contra ela exercidas constituem a mais fiel expressão da atividade sancionadora do cartel, que se preocupou até com o seu próprio "due process", notificando a "transgressora" para apresentar defesa pelo descumprimento de sua normas.

Pouco importa o nome que se dê à tabela aprovada pelos membros do Sindicato - se tabela de preços ou planilha de custos. O fato relevante é que ela foi elaborada com o objetivo de uniformizar os preços dos serviços prestados pelas indiciadas, em total desrespeito às regras mais elementares da livre concorrência, segundo as quais cada agente econômico tem os seus próprios custos, cabendo-lhe estabelecer o seu próprio preço.

A conduta ousada e ilegal das Representadas há de ser reprimida com todo o rigor. Por isso, acompanho o ilustre relator em seu voto.

Neide Teresinha Malard

