

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 07

REPRESENTANTE: SERPRO- SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS

REPRESENTADA: TICKET - Serviços de Alimentação S/C LTDA. e Outras

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho decidiu pelo arquivamento do Processo, recomendando, ao final, à Secretaria de Administração Federal e à Coordenação das Empresas Estatais, que adotem providências visando ao aprimoramento dos Editais de Concorrências Públicas, no âmbito federal, de modo a privilegiar o caráter competitivo dos certames.

Plenário do CADE, 16 de dezembro de 1992.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

EMENTA: Conluio em licitação pública. Concorrência desleal - Lei nº 4.137/62, art. 2º, V, "b" - demonstrada, conforme os meios de persuasão que a espécie de ilícito econômico torna viáveis.

Trata-se de processo administrativo iniciado a partir de representação do SERPRO à Secretaria Nacional de Direito Econômico,

dando conta de possível infração de direito econômico, praticada por empresas atuantes no ramo de fornecimento de vales-alimentação.

O EDITAL DO SERPRO - CONCORRÊNCIA Nº 010/90

Em 1990, o SERPRO resolveu abrir concorrência para a contratação de empresas que fornecessem vales-alimentação aos seus servidores. Após a revogação de duas concorrências no mesmo ano - as de nºs 08 e 09 - chegou-se ao julgamento da Concorrência nº 10/90.

O Edital desta última licitação acha-se reproduzido às fls. 147. Do documento extrai-se que a concorrência visava ao atendimento de empregados do SERPRO em diversas regiões do país - chamadas no Edital de "áreas de atendimento". Essas áreas eram as seguintes: Brasília, Belém, Fortaleza, Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba e Porto Alegre. As empresas poderiam concorrer para cada uma dessas capitais isoladamente ou para todas elas.

A empresa vencedora deveria fornecer cartelas de 22 unidades, cada uma destas com valor facial, em outubro de 1990, de Cr\$ 653,00.

O julgamento da proposta se dava por local de atendimento. O pagamento dos vales-alimentação pelo SERPRO seria feito em prazo certo, fixado no próprio edital (30 dias). Esse pagamento corresponderia ao resultado da multiplicação do valor facial do vale por fator a ser oferecido pelos licitantes. Desse modo, as empresas concorrentes deveriam tão-só apresentar esse fator de multiplicação nas suas propostas. Adotou-se o critério do menor preço para o julgamento, conforme se lê do edital que diz, no seu item 5.1:

"O julgamento das propostas será feito por local de atendimento, considerando-se vencedora a oferta que contiver o menor fator de multiplicação do valor facial".

O item 5.5 do Edital previa que, "ocorrendo absoluta igualdade entre duas ou mais propostas, a decisão será tomada mediante sorteio (...)". O item 5.2 do Edital, porém, estabelecia:

"A contratação poderá ser efetivada a mais de uma proponente desde que o fator de multiplicação do valor facial ofertado na respectiva localidade seja o menor".

Abria, dessarte, a faculdade de mais de uma empresa vir a ser chamada a contratar, na eventualidade do empate.

No instante do julgamento, porém, verificou o SERPRO que, com duas exceções, todas as empresas participantes da concorrência apresentaram idêntico fator de multiplicação - correspondente ao número 1,00001531394.

A empresa Golden Ticket apresentou menor fator de multiplicação do que as demais concorrentes apenas em Curitiba e em Brasília, exatamente nas localidades em que a empresa Bocatto - Serviços de Alimentação S/C Ltda, de âmbito regional, atuava (cf. fls. 477). A Bocatto, nestes lugares, também ofereceu fator de multiplicação inferior aos demais concorrentes.

A concorrência terminou por não prosperar.

Vislumbrando o conluio com o objetivo de fraudar a concorrência pública, o SERPRO representou à SNDE por infração do direito econômico.

O PROCESSO NA SNDE

No âmbito da SNDE, verificou-se a existência de cerca de 40 empresas dedicadas ao fornecimento de vales-alimentação no mercado. Em torno de 85% deste seriam compostos pelas empresas envolvidas neste processo administrativo (cf. fls. 14).

Às fls. 80/84, o Dr. José Matias Pereira, na qualidade de Chefe de Divisão do DNPDE/SNDE - hoje ilustrando este Conselho -, propôs a abertura do processo administrativo, em face de "ocorrências de práticas comerciais que afetaram os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência e os princípios constitucionais da ordem econômica".

As empresas apresentaram as defesas escritas. Às fls. 873, a SNDE resolveu reabrir prazo para esses mesmos atos, acolhendo arguição de insuficiência da denúncia, que não indicara os dispositivos de lei em que as defendentes estariam incursas. Na nota agora encaminhada às empresas, os fatos foram capitulados no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62. Seguiram-se as defesas, que, basicamente, não inovaram os argumentos já expendidos.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

O processo recebe crítica de vício de forma.

Às fls. 1004, a firma Cardápio Ltda. reclama de que a sua defesa teria sido prejudicada por não se ter ouvido, conforme requerera, dirigentes do SERPRO, para que explicassem porque em outras licitações, onde também ocorreram empates, o SERPRO não entendeu ter havido conluio.

Agiu bem, entretanto, a SNDE quando rejeitou o pedido de prova, tendo-a por irrelevante. Com efeito, indagar da diretoria do SERPRO a razão pela qual, em outras licitações, não denunciara a coincidência de propostas ao Ministério da Justiça em nada influi sobre o deslinde deste processo.

O SERPRO apenas relatou um acontecimento, quem verifica se há ilícito são os órgãos para isso competentes deste Ministério. A opinião do SERPRO sobre a capitulação jurídica dos eventos, uma vez aberto o processo administrativo, é desprovida de maior interesse. A tarefa de apurar a relevância jurídica do comportamento noticiado incumbe, num primeiro instante à SNDE e, posteriormente, com voz definitiva, ao CADE.

Ressalte-se, ademais, que, quando se cogita de produção de provas, pretende-se simplesmente apurar a realidade de fatos importantes para a causa, de fatos que conduzam à inculpação ou à inocência do representado. Provam-se fatos e não opiniões sobre a sua qualificação legal. Se a empresa pretendia fixar-se nesta linha de defesa, a ela estava facultado produzir memoriais - mas não requerer a oitiva de testemunha para conhecer-lhe a opinião acerca de quando a coincidência de propostas deve ser vista como conluio.

AS TESES DE MÉRITO DA DEFESA

As teses das defendentes, quanto ao mérito, centram-se, basicamente, em que a coincidência de propostas decorre dos termos como deduzido o Edital da concorrência.

Pretendem as firmas demonstrar que o fator de multiplicação que apresentaram é o necessário para que se obtenha uma taxa de administração de Cr\$ 0,01 - importa dizer, para que sobre cada valor facial dos vales fornecidos se agregue um centavo. Afirmam que a coincidência numérica das propostas é perfeitamente explicável pela circunstância de o Decreto-Lei nº 2300/86, art. 36, § 3º, não admitir que se indiquem valores negativos ou iguais a zero. O fator que representasse um centavo seria o menor possível.

Assim, por exemplo, a empresa Brazilian Food se manifesta:

"A questão, ou melhor, a pergunta que se faz nesse momento, é a seguinte: como e por que sete das nove licitantes ofereceram o mesmo fator, com tamanha precisão? A resposta é decorrente do cumprimento da norma legal (...) prevista no § 3º do art. 36 do Decreto-Lei nº 2300/86, que proíbe "preço" no valor zero (fator igual a 1), quanto mais negativo (menor que 1). O fator apresentado pela Brazilian Food é o menor possível que não viola o disposto

no § 3º do Art. 36 em tela que (..) proíbe preço zero, no caso, fator de multiplicação igual ou menor que um inteiro" (fls. 282).

Nessa vertente de raciocínio, a empresa Cheques Cardápio junta aos autos cópia não autenticada de telegrama em que o SERPRO, numa licitação anterior à que originou este feito, afirmara à empresa, respondendo à sua consulta, que não seriam aceitas propostas com valor negativo ou com valor zero para taxa de administração (fls. 423).

O mesmo telegrama teria sido enviado à empresa Vale Refeição Ltda. (fls. 843), também com referência à Concorrência nº 008/90, que acabou sendo revogada.

Afirma-se, ainda, que não é razoável cogitar do conluio, uma vez que não houve uma divisão de territórios entre as acusadas (cf. fls. 692).

A Blue Cards, às fls. 849, sugere que apenas como leviandade se pode entender o oferecimento de fator de multiplicação inferior ao proposto pelas sete empresas licitantes. Sugere que a falência da Bocatto deve-se prender a tal comportamento:

"Mostra-se temerária a afirmativa de que a existência de um fator comum de multiplicação constitua sinal de dominação de mercado, mesmo porque, as empresas tidas como 'conluídas', terminaram por ser alijadas do certame por uma empresa que, de forma descompromissada e com manifesta leviandade, ofereceu preço inferior. Nem é preciso que se comente a respeito das conseqüências lamentáveis advindas desse ato irresponsável. A empresa "Bocatto", a pretexto de atender de modo satisfatório às exigências do órgão licitante, terminou por ter sua quebra decretada pela Justiça do Paraná (...)

Não pode, portanto, servir de paradigma no caso presente" (fls. 849).

A empresa Golden Ticket, de seu turno, diz que propôs taxa inferior às demais apenas em Brasília e em Curitiba, e que o fez com vistas a consolidar o mercado nessas praças em que tinha lastro financeiro para suportar o contrato (fls. 171).

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL EM TESE

Os fatos ocorreram antes da entrada em vigor da Lei nº 8.158/91. O recebimento dos envelopes com as propostas se deu em 3.12.90 (cf. data estipulada no Edital da concorrência - fls. 401). A Lei nº 4.137/62 rege, pois, a espécie.

O tipo da infração imputada às defendentes traz à lembrança discussão sobre o exato contorno da figura de abuso do poder econômico em tela. O assunto foi objeto de polêmica quando do julgamento, por este Conselho, do Processo Administrativo nº 2/91, sob a relatoria da Conselheira Neide Teresinha Malard. A relatora sustentou, com o abono do Presidente Ruy Coutinho do Nascimento, que concorrência desleal significa necessariamente "prática desleal via a vis concorrente". Afirmou que "prática desleal de concorrência (...) só pode ocorrer em relação a concorrente".

Os Conselheiros Marcelo Monteiro Soares e José Matias Pereira dissentiram do ponto de vista. Para eles, o ajuste entre empresas em torno de preços numa licitação pública configura, por si só, concorrência desleal, uma vez que anula a independência dessas mesmas empresas - valor a que a legislação busca preservar.

Na hipótese dos autos, a discussão não se reedita. Nenhuma das correntes formadas naquele julgado nega a concorrência desleal se há prejuízo, ainda que potencial, a outras empresas do setor. No precedente, o dano potencial não existia, até porque, ali, o alegado acordo teria envolvido todas as empresas do ramo da atividade econômica considerada.

O caso em exame é distinto. As empresas acusadas de conluio não somam a totalidade das firmas atuantes no setor, consoante informes da própria Secretaria Nacional de Direito Econômico e do Ministério da Economia. Na licitação em causa, chegou a competir empresa - a Bocatto - que não teria parte no acordo. Essa empresa foi execrada nas defesas escritas, e teria falido, segundo informes das mesmas defendentes.

Está claro, portanto, que, neste feito, é possível cogitar de dano à concorrência em virtude de acordo vicioso.

O pacto vinculando alguns concorrentes na licitação expressa comportamento desleal para com os não consorciados que disputam o contrato administrativo.

Não é difícil observar que o ajuste ilícito reduz a efetiva margem de concorrência entre as empresas. Limita "a liberdade de atuação das forças do mercado" - o que, no dizer do voto da il. relatora do Processo Administrativo nº 2/91, constitui elemento básico à configuração da concorrência desleal.

De fato, o mero ajuste entre firmas partícipes de uma licitação reduz a álea característica da concorrência pública. É da essência dessa espécie de licitação o oferecimento de propostas individuais, indevassáveis aos demais competidores. Desta forma, os interessados em contratar com o Poder Público devem-se empenhar em apresentar a proposta que melhor concilie as suas potencialidades com a conveniência da Administração. O acordo entre licitantes estreita a faixa de risco intrínseca à concorrência. As firmas

conluídas não têm de se preocupar com as possíveis ofertas dos integrantes do acordo. Sabem as suas propostas de antemão. Dessa vantagem, porém, não goza a empresa que não participa do conluio e que não tem ciência de quanto os outros concorrentes estão propondo. Torna-se mais difícil para ela do que para as conluídas traçar a melhor estratégia que combine as melhores perspectivas de lucro com as chances efetivas de vencer o certame. O acordo desequilibra a igualdade de situações que a licitação pressupõe em desfavor de quem se manteve à margem do ardil reprovável.

No caso deste processo, a empresa Bocatto encontrar-se-ia nessa posição descrita de desvantagem.

Acrescente-se que o acordo, não obstante o prejuízo direto aos participantes da licitação, também é pernicioso - potencialmente - aos demais agentes econômicos do setor, inibidos diante do poderio que representa o grupo unido e que controla vasta faixa do mercado.

O tipo de conluio de que versam os autos é, pois, daninho a concorrentes tanto de modo atual como potencial.

A hipótese da concorrência desleal - ainda que vista sob o enfoque mais restrito propugnado por dois membros deste Conselho - é, em tese, viável no caso. Resta averiguar se há provas de sua ocorrência.

A COMPROVAÇÃO DE ACORDOS ILÍCITOS

No que tange à comprovação do acordo ilícito, merece ser tido em conta que essa espécie de conduta não é daquela que deixa traços eloquentes; não lega ao investigador evidências palpáveis. Nem por isso, entretanto, fica consagrada a impunidade.

Recorro, neste passo, a quanto sustentei acerca da caracterização desta espécie de abuso, ao emitir parecer no Processo Administrativo nº 2/91:

"(...) O tipo a que se conformaria a conduta das empresas supõe um acordo - ainda que informal -, para fixar os preços apresentados nas propostas da concorrência pública.

É irrelevante indagar se as empresas obtiveram a vantagem que esperavam com o pacto ou mesmo se houve prejuízo efetivo para a Administração (...).

A prova do conluio não é fácil, mas repugna ao bom senso que essa dificuldade venha a inviabilizar a punição desse tipo de conduta. Por isso, o sopesamento dos elementos de convicção há de ter em conta as peculiaridades intrínsecas a esses tipos de acordos, marcados pela cautela com a discricção.

Evidências com robustez documental, por exemplo, não devem ser esperadas - até porque o impossível não pode ser exigido.

Perplexidades quanto à instrução de semelhantes processos resolvem-se, em toda parte, à base do senso comum. Notícia, a propósito, Guillermo Cabanellas que a Suprema Corte norte-americana tem jurisprudência alinhada com a tese de que se pode dar por provada a conduta concertada ilícita se esta é a única explicação plausível para o comportamento considerado (*Derecho Antiminopolico y de Defensa de la Competencia*). Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 276).

Ensina o mesmo autor, forte em estudos de direito comparado:

'As condutas conscientemente paralelas reúnem, com respeito às práticas de conluio, um valor essencial de presunção, conforme surge do estudo dos antecedentes estrangeiros (...). O valor probatório de tais condutas resulta tanto mais importante uma vez que em grande parte dos atos anticompetitivos é impossível reunir elementos de prova, de tipo não-presuntivo, com respeito à existência de um possível combinação' (ob. cit., p. 294).

Percebe-se, portanto, que a coincidência de condutas assumidas por mais de uma empresa é elemento que permite crer no conluio vedado por lei (...). A falta de causa razoável para explicar a identidade de condutas das empresas induz à suspeita concreta sobre a existência de acordo ilegal".

CARACTERIZAÇÃO DE CONLUIO NO CASO

No caso dos autos, nenhum dos argumentos oferecidos pelas defendentes dissuadem o investigador de que houve ilícito econômico, cuja realidade se espelha na circunstância do oferecimento de idênticas propostas na concorrência pública do SERPRO. Nada desfaz a persuasão de que a igualdade de propostas respondeu a um plano preconcebido.

A tese principal das defendentes atribui aos termos do Edital de licitação a causa da coincidência de propostas. Diz-se que, uma vez ali erigido o preço mínimo como critério de julgamento, era de se esperar a possibilidade de propostas diversas apresentarem exatamente o valor mínimo possível - que no caso seria de Cr\$ 0,01 para a taxa de administração.

O raciocínio, entretanto, é especioso. O fator de multiplicação que resulta numa taxa de administração de Cr\$ 0,01 não é o menor preço possível apresentável pelos concorrentes.

A quantia a ser paga pelo SERPRO em virtude do contrato com a empresa vencedora não seria apenas aquela relativa à taxa de administração. Supô-lo equivaleria a crer, ingenuamente, que a empresa fornecedora dos vales-alimentação ou os restaurantes usados pelos servidores do SERPRO estariam a custear as refeições. A própria leitura do edital é bastante para desautorizar tal hipótese absurda. Dispunha o item 11.1 do documento (fls. 157):

"O pagamento dos vales-alimentação será o resultado do produto do fator indicado no item 5.1 deste Edital pelo valor facial do vale-alimentação multiplicado pela quantidade de vales-alimentação a serem fornecidos e será efetuado em 30 dias (...)"

Se assim é, está claro que o menor fator de multiplicação oferecível não é aquele que resulta em agregar um centavo ao valor facial de cada vale-alimentação. Apresentar um índice menor do que o escolhido pelas empresas concorrentes não significaria que o SERPRO estivesse recebendo bem ou serviço por valor nulo. A proposta contendo fator de multiplicação inferior aos cotados pelas defendentes importaria, sim, desembolso de quantia pecuniária pelo SERPRO - implicaria em receber do SERPRO quantia pecuniária diferente de zero e, decerto, não meramente simbólica. Em nada destoaria da regra do art. 36, § 3º, do Estatuto das Licitações.

Considere-se, outrossim, que os documentos apresentados pelas empresas, com respeito à participação em outras concorrências públicas, revelam que, em outras oportunidades, foram vencedoras firmas que propuseram taxa administrativa igual a zero ou mesmo negativa (desconto) - veja-se, a propósito do assunto, quanto consta das fls. 292, 452, 565, 604, 751 e 818. Isso inviabiliza a conjectura de que as empresas estariam convencidas da impossibilidade de a taxa de administração ser inferior a um centavo para cada vale - máxime porque o Edital nada dispunha nesse sentido.

Mas, ainda que assim não fosse, ainda que o SERPRO, de fato, não fosse admitir taxa de administração negativa - ainda que persistisse na orientação, de incerto alvitre, que fez conhecer a duas das defendentes em licitação anterior, de que a taxa de administração deveria ser maior que zero -, ainda assim, o fator de multiplicação que as empresas propuseram não era o menor possível. Nada impedia que as empresas apresentassem fator de multiplicação inferior ao que cotaram. Outros números continuariam a gerar uma taxa de administração positiva.

Figure-se, a título de ilustração, que uma empresa indicasse um fator de multiplicação a redundar num acréscimo de Cr\$ 0,009 sobre cada um dos

22 vales fornecidos mensalmente para os 2.683 funcionários de Brasília (cf. fls. 160). O valor da taxa de administração não seria negativo. A título de verba de administração, a empresa estaria somando Cr\$ 531,23 aos Cr\$ 38.543.978,00 que receberia pelo valor facial dos vales. Tal verba de administração não é significativamente menor do que os Cr\$ 590,26 que as defendentes esperavam receber com o fator de multiplicação que ofereceram.

É claro, assim, que a coincidência no apresentar o mesmo fator de multiplicação não se prendeu à circunstância de ser ele o menor fator possível para assegurar uma taxa de administração positiva. Inaceitável, dessarte, o argumento das defendentes para explicar o fenômeno da identidade de propostas, que persiste a indicar a ocorrência do conluio repudiado por lei. Perdura válido ter que houve acerto entre as empresas para a oferta comum.

Busca-se argumentar nos autos com a improbabilidade de se montar um acordo com o objetivo de um lucro mínimo, lucro de um centavo. Às fls. 284, por exemplo, a empresa Brazilian Food sustenta:

"Afinal, que 'cartel' é esse que oferece o menor preço/taxa/fator? Por definição, 'cartel' é o acordo comercial entre empresas para determinar preços acima dos praticados no mercado, suprimindo a livre concorrência. In casu, o que ocorreu foi exatamente o inverso (...)"

O raciocínio se invalida por se apoiar na pressuposição errônea de que o fator de multiplicação apresentado seria o menor admissível.

Além disso, não considera que o lucro obtido pelas empresas não advém exclusivamente da taxa de administração cobrada do SERPRO, mas resulta, igualmente, de outras variáveis. A propósito, o Ministério da Economia informa que a remuneração do capital investido por essas empresas é "composta de receita operacional (taxa de administração) e receita financeira decorrente do hiato entre a entrega do ticket à empresa compradora e o seu ressarcimento por parte dos fornecedores de alimentação junto à empresa administradora do ticket" (fls. 623).

Auferir um centavo por valor facial do vale-refeição, portanto, não significa obter lucro mínimo. Não se deve, por outro lado, esquecer que a busca imediata de altos lucros não é o único intuito que conduz à combinação imprópria. A consolidação de mercados, por exemplo, não pode ser alegada como móvel para tais opções.

Diz-se, também, em defesa, que a hipótese de conluio é absurda pois:

"se realmente tivesse havido um conluio entre as licitantes, e apenas para fins de argumento, muito mais inteligente da parte destas seria ter 'dividido` os territórios, considerando que a licitação envolvia todas as unidades do SERPRO no Brasil" (defesa da Cheques Cardápio, fls. 940).

Confiar crédito a esse argumento seria desprezar, inadvertidamente, a possibilidade de o conluio entregar à sorte a escolha da empresa vencedora, desde que se garanta o escopo do acordo.

Convém observar que a preocupação com o estreitamento da margem de lucros decorrente de propostas de taxas de administração negativas - que não seriam incomuns - não é estranha ao setor dos vales-refeição. A empresa Cardápio chega a dizer:

"A prática de propostas comerciais que privilegiam os prazos dilatados de pagamento, as taxas negativas, as bonificações, tem se mostrado perigosa para aqueles que simplesmente se aventuram nas suas bases" (fls. 693).

Não será ocioso destacar, outrossim, que o fato de a empresa Golden Ticket ter apresentado propostas distintas dos demais concorrentes em duas das regiões cobertas pelo Edital de licitação não significa o seu alheamento do acordo. Nas outras praças, a firma seguiu o parâmetro de proposta das demais defendentes. A divergência, de modo significativo, somente ocorreu nas localidades em que a Bocatto - empresa de âmbito regional e que não integrara o acordo denunciado - também participou.

CONCLUSÃO

O conjunto de circunstâncias referidas nos autos autoriza a condenação das empresas defendentes pelo fato descrito no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62. Está demonstrado, no âmbito das limitações intrínsecas ao tipo de infração considerada, que um acordo entre as defendentes conduziu à coincidência de propostas na licitação promovida pelo SERPRO. Este acordo, indubitavelmente, afeta o valor livre concorrência que o legislador de 1962 quis proteger.

O conluio causa prejuízo atual a quem participa da licitação sem integrar o acordo e prejuízo potencial às demais firmas do setor, desequilibrando o livre mercado.

O acordo - que colabora para fortalecer, de modo indevido, algumas empresas de uma dada área de atividade econômica -, por efeito necessário, importa combalir concorrentes.

Na área dos vales-refeição, sobretudo, em que a sorte da empresa se liga à conquista de um maior número de usuários e de um maior número de restaurantes conveniados - ambos esses fatores refluindo um no outro -, o conluio das empresas mais poderosas do ramo decerto que é nefasto à concorrência e constitui elemento pernicioso a um mercado isento de domínios abusivos.

Por outro lado, o processo se refere a um episódio avulso no tempo. Não menciona a existência de um cartel com atuação que se desdobre até os nossos dias. Assim sendo, proponho que o juízo de reprovação deste Conselho seja expresso apenas pela aplicação de multa. Sugiro que a pena seja fixada no valor mínimo, à falta de provas de dano intenso aos valores tutelados pela legislação.

Brasília, 19 de outubro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

1. A Representação

O Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO, entidade vinculada ao Ministério da Fazenda, formulou, por seu Diretor-Presidente, através de ofício de 23.01.91, dirigido à Secretaria de Direito Econômico - SDE, órgão do Ministério da Justiça, Representação contra as sociedades Ticket Serviços Comércio e Administração Ltda; Vale refeição Ltda; Blue Cards Refeições Convênio S/C Ltda; Apetik Refeições Convênio Ltda; Golden Ticket Refeições Convênio S/C Ltda; Empresa Brasileira de Nutrição e Promoções Ltda e Cardápio S/C Ltda, todas elas atuando no setor de fornecimento de vales-alimentação. (fls. 01/03).

Destaca-se, na Representação, que as aludidas empresas teriam realizado ajuste, entre si, com vistas à dominação de mercado, na forma prevista no art. 3º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, do que resultou a frustração de procedimento licitatório regularmente instaurado pela entidade estatal.

Na petição, são apontados os seguintes fatos principais:

- que o SERPRO, visando a dar cumprimento a acordo coletivo celebrado com a categoria profissional de seus empregados, decidiu promover

procedimento licitatório, tendo por objeto a contratação de serviços de fornecimento de vales-alimentação;

- que, após a abertura de dois procedimentos anteriores, que vieram a ser revogados, foi instaurado um terceiro procedimento licitatório - Concorrência nº 010/90;

- que o critério de julgamento, prescrito ao Edital, foi aquele de menor preço, "apurado pela aplicação do fator a ser proposto pelas licitantes à fórmula $p=x.Vf$, onde "p = preço", "x = fator proposto" e "Vf = valor facial" (fls. 02);

- que o Edital previa, na hipótese de haver empate de propostas, que a adjudicação seria decidida por sorteio;

- que a Comissão de licitação deparou-se, então, com o seguinte fato: à exceção das empresas Bocatto e Golden Ticket - esta última, tão somente, no Estado do Paraná e em Brasília - todas as demais concorrentes cotaram o mesmo fator, qual seja, 1,00001531394;

- que o critério de desempate adotado visava a dirimir questões de impasse na disputa, mas jamais esperava a Administração que, de tal situação, viesse a decorrer flagrante conluio entre as concorrentes, em uma licitação cujo objeto envolvia a contratação de serviços à razão de bilhões de cruzeiros;

- que, face ao sucedido, pretendia, com o encaminhamento daquela Representação, fosse constatada a formação de grupo de empresas, em cartel, visando a impingir à entidade pública, o sorteio do objeto contratual, pela fixação conjunta dos preços cotados, frustrando o aspecto competitivo do certame;

- que, uma vez constatada a prática ilícita, requeria que as Representadas fossem declaradas inidôneas pela autoridade competente, sem prejuízo das punições que lhes viesse a ser prescritas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, com fulcro nas Leis 4.137, de 10.09.62 e 8.158, de 08.01.91.

2. As primeiras providências adotadas pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, através do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE.

Às providências que se seguiram, da parte do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, órgão da Secretaria de Direito Econômico - SDE, objetivando, nos termos do art. 1º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, apurar a atuação das Representadas, a partir da petição encaminhada pelo Sr. Diretor-Presidente do SERPRO (fls. 01/03), estão devidamente

documentadas às fls. 02 e seguintes deste processo (em 04 volumes), conforme se passa a relatar.

Assim, a fls. 11, informa-se que foi ouvido em 19.02.91, o Representante da Bocatto Serviços de Alimentação S/C Ltda., o qual prestou os esclarecimentos solicitados.

Às fls. 17/29, solicitaram-se das Representadas dados referentes ao perfil de cada empresa; relação dos principais clientes do setor público, atendidos pelas empresas; dados sobre o faturamento, lucro operacional e financeiro das empresas, no período 1988/90; relação das concorrências de que participaram entre 1989 e 1991, discriminando, ainda, o valor da taxa de administração e o prazo proposto nas mesmas.

3. O parecer do Chefe de Divisão do DPDE/SDE

Em 02.04.91, o então Chefe de Divisão do DPDE, Dr. José Matias Pereira - que hoje honra e ilustra o Conselho do CADE - emitiu parecer sobre a matéria, a fls. 80/84.

Sobre os dados constantes do seu parecer, destaco alguns aspectos principais:

- que o setor de ticket-alimentação é controlado, a nível nacional, através do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, do INSS/MTPS;

- que, segundo estimativas, pelo menos 650 milhões de refeições são comercializadas anualmente, pelo sistema, com mais de 46 mil empresas distribuindo o benefício da refeição-convênio a seus servidores, daí resultando um faturamento mensal de cerca de US\$ 150 milhões;

- que, nas licitações do setor, o prazo que as empresas contratantes se obrigam a pagar o valor dos tickets adquiridos, bem assim, a taxa de administração cobrada pelas contratadas, são as variáveis preponderantes. A taxa de administração, cobrada, é, em média, de 3% do valor total, sendo que o prazo de pagamento, pelas contratantes, é, normalmente, definido no Edital; as empresas fornecedoras de refeições (restaurantes) recebem as suas importâncias das empresas de tickets, em um prazo que varia entre 17 e 25 dias, e, também pagam cerca de 3% de taxa de administração, quando a inflação é inferior a 7% ao mês (fls. 81).

Sugere, a seguir, duas medidas de âmbito do Governo Federal:

- que o assunto seja examinado pelo Banco Central do Brasil, levando-se em conta o faturamento do setor e considerando a forma de

utilização dos tickets, o que, em princípio, poderia caracterizar emissão de moeda;

- que se proponha à Secretaria da Administração Federal - SAF recomendar aos órgãos públicos que, ao elaborarem seus editais de licitação, não incluam critérios restritivos aos mesmos, devendo, quando possível, ser deixadas em aberto, as definições de prazo e da taxa de administração, de modo a evitar práticas de ajustes entre as empresas; e, ainda, que se sugira o reexame do Decreto-lei nº 2.300/86, em relação ao setor, na parte em que proíbe a cotação de taxa de administração em valores negativos ou iguais a zero.

Entende, por fim, que a Representação encaminhada pelo SERPRO deve ser aceita, visto que a conduta adotada pelas Representadas demonstra a ocorrência de práticas comerciais, que afetaram os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência e os princípios constitucionais da ordem econômica. Sugere, em conseqüência, a instauração do processo administrativo (fls. 83/84).

4. A instauração do Processo Administrativo

Em despacho de 05.04.91, o Sr. Diretor do DPDE, Dr. Marcos Vinicius de Campos, determinou a instauração do processo administrativo contra as Representadas, procedendo-se às respectivas notificações, conforme se verifica da leitura dos documentos de fls. 85/87 e 89/102, respectivamente.

Cabe referir, nesta oportunidade, que, com vistas a simplificar a elaboração do presente Relatório e a subsequente manifestação de voto, as empresas Representadas sendo assim identificadas:

- * Ticket Serviços Comércio e Administração Ltda - Ticket Serviços
- * Vale Refeição Ltda - Vale Refeição
- * Blue Cards Refeição Convênio S/C Ltda - Blue Cards
- * Apetik Refeições Convênio Ltda - Apetik Refeições
- * Golden Ticket Refeição Convênio Ltda - Golden Ticket
- * Empresa Brasileira de Nutrição e Promoção Ltda ("Brazilian Food Benefícios") - Brazilian Food Benefícios
- * Cardápio S/C Ltda. (Cheques Cardápio) - Cheques Cardápio
- * Cartão Refeição S/C Ltda. - Cartão Refeição

5. As razões invocadas pelas Representadas, em suas respectivas defesas prévias

As petições apresentadas pelas Representadas, com as respectivas defesas prévias, foram recebidas pelo DPDE, entre 14.05.91 (fls. 104, 2º volume) e 30.04.91 (fls. 462), observada a seguinte ordem de juntada aos autos:

- Cartão Refeição (fls. 105/106)
- Ticket Serviços (fls. 107/113 e docs. de fls. 114/170)
- Golden Ticket (fls. 171/172 e docs. de fls. 173/201)
- Vale Refeição (fls. 202/207 e docs. de fls. 208/257)
- Apetik Refeições (fls. 258/264 e docs. de fls. 265/278)
- Brazilian Food Benefícios (fls. 279/288 e docs. de fls. 289/340)
- Cheques Cardápio S/C (fls. 341/348 e docs. de fls. 349/356)
- Blue Cards (fls. 458/462)

Cumpra dizer, desde logo, que a linha de defesa das Representadas se fixa, basicamente, no argumento de que, a adoção de um critério único, no Edital, para julgamento da Concorrência nº 010/90, qual seja, o de menor preço, as conduziu a propor um fator de multiplicação determinado, cuja aplicação resultasse, efetivamente no menor preço, eis que elas objetivavam vencer a Concorrência.

Invocam, no particular, o disposto no sub-item 5.1 do Edital (fls. 153), assim redigido:

"5.1 - O julgamento das propostas será feito, por local de atendimento, considerando-se vencedora a oferta que contiver o menor fator de multiplicação do valor facial".

Assim, adotada essa interpretação comum, chegaram ao fator de multiplicação 1,00001531394, através da seguinte fórmula:

$$P = x Vf$$

onde

P= preço (valor facial do ticket, acrescido da menor expressão monetária existente no País, qual seja, Cr\$ 0,01 - um centavo de cruzeiro).

x = fator de multiplicação

Vf = valor facial do ticket, pré-fixado no sub-item 7.1 do Edital, em Cr\$ 653,00

daí resultando

$$653,01 = x * 653,00$$

$$x = 653,01$$

$$650,00$$

De uma forma geral, argüiram ainda as Representadas, que o SERPRO, consultado em licitações anteriores, lhes respondera que não seriam aceitas proposta com valor negativo ou de valor zero, para taxa de administração, fazendo, ainda, referência ao Decreto-lei nº 2.300/86, aplicável à Concorrência e cujo § 3º do art. 36 assim dispõe:

"§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos".

Feitas tais observações, as quais, como antes se mencionou, dizem respeito a uma linha de defesa comum a todas as Representadas, e, como tal, foi argüida em suas petições, serão referidos, a seguir, alguns argumentos específicos invocados nas respectivas defesas prévias:

- a Cartão Refeição alega, a fls. 106, que, em nenhum momento, cogitou do "agrupamento para dominação de mercado", referido pelo SERPRO. "Muito ao contrário," acrescenta, "interessa-nos vencer sozinhos todas as licitações; jamais dividir";

- a Ticket Serviços argumenta, às fls. 110/111, que, face à orientação do SERPRO, por ocasião de segunda licitação tentada, no sentido de que o certame seria processado em estrita conformidade com o Edital da Concorrência nº 09/90, Normas Internas e Decreto-lei 2.300/86 qualquer das licitantes sabia que, para vencer a Concorrência:

- "não poderia propor um fator de multiplicação que resultasse em preço igual a zero, porque a lei não permite;

- não poderia propor fator de multiplicação que resultasse em preço inferior a um centavo, por inexistir tal expressão monetária;

- obviamente deveria propor, para permanecer na disputa, e, ao menos, chegar ao sorteio, o menor valor inteiro diferente de zero, qual seja: um centavo" (fls. 111).

Adiante menciona que as duas empresas que não teriam acompanhado o raciocínio das demais, ofertando fator de multiplicação inferior a 01 (um inteiro), não tiveram adjudicado o objeto de suas propostas, havendo o SERPRO optado pela revogação da licitação, conforme referido no documento de fls. 170.

Acrescenta que, dar outra interpretação à absoluta igualdade do fator de multiplicação, tal como apresentado pelas empresas, seria chegar-se à constatação absurda de que a atividade acabou cartelizando-se, para adotar a prática do menor preço;

- a Golden Ticket esclarece a fls. 182, que apresentou propostas diferenciadas para Brasília e Curitiba, porque desejava consolidar-se nessas praças.

Alega, ainda, que a cobrança simbólica de taxas de serviços é prática de mercado, ocasionando, na maioria dos certames, o empate entre os participantes (fls. 183).

- a Vale Refeição afirma, também, que a oferta de taxas administrativas idênticas é ocorrência comum em licitações promovidas por entidades públicas (fls. 205).

Cita, exemplificativamente, a licitação promovida, recentemente, pela EMBRATEL, quando todas as propostas foram desclassificadas e aquela estatal solicitou o oferecimento de novas propostas, desconsiderando as anteriores. Junta, a propósito, o documento de fls. 251., no qual se lê uma comunicação da EMBRATEL, quanto à não aceitação de taxas negativas, admitindo-se, apenas propostas com taxas de administração superiores a 0% (zero por cento).

Acrescenta ser descabida a menção de prática ilícita de conluio para dominação de mercado, em face do alto grau de competitividade do setor (fls. 206);

- a Apetik Refeições enfatiza que, se o preço constituído pela taxa de administração era, apenas, um dos componentes do negócio, "aqueles concorrentes que o fixassem pelo menor valor admissível (Cr\$ 0,01), só

poderiam calculá-lo mediante aplicação de um único fator sobre o preço facial do vale refeição".

Argúi que os concorrentes, assim procedendo, estavam atendendo às condições expressas no Edital, oferecendo, em igualdade de condições, a proposta mais vantajosa para órgão idealizador da Concorrência (fls. 261).

E, mais adiante, afirma:

"De outra parte, como a licitação seria decidida por sorteio, como o próprio edital estabelecia para a hipótese de empate, não se pode falar em procedimento conducente à eliminação de concorrentes, quando alguns deles empataram no oferecimento do preço, eis que se sujeitaram este, então, à possibilidade de ser sorteados, nada de imoral ou ilegal daí resultando" (fls. 262).

Em documento anexo, objetivando esclarecer a sistemática de atuação das empresas do setor, anota que, quando da venda dos vales-refeição, a operadora começa a fruir resultados, pois, ao preço facial destes, adiciona um plus (taxa de administração), mas não necessariamente. "É que, resultados operacionais e financeiros também podem ser obtidos, e efetivamente o são, nas fases subseqüentes da operação, e, muitas vezes, dado o volume dos vales vendidos, em condições consideravelmente mais vantajosas" (fls. 268).

E, conclui:

"O que importa considerar são os outros componentes da proposta, dentre os quais, principalmente, o prazo concedido para o pagamento dos vales. Pois, como antes dito, o prazo é componente da mais alta valia, pelo giro financeiro que dele decorre". (fls. 269)

- a Brazilian Food Benefícios destaca, a fls. 281, que o critério de menor fator, escolhido pelo SERPRO, é apenas uma variante do critério de menor preço ou de menor percentual. Por outro lado - acrescenta - deve-se levar em conta que se trata de uma licitação para prestação de serviços, e não de uma obra; assim, o preço, no sentido restrito da palavra, é o valor facial do cartão-refeição, que é arbitrado pela entidade contratante.

Reconhece, mais adiante, que a quantia de Cr\$ 0,01 (um centavo de cruzeiro) é irrisória e simbólica, da mesma forma proibida pelo § 3º do art. 36 do Decreto-lei nº 2.300/86. Argumenta, todavia, que tais conceitos são subjetivos, imprecisos ou dependentes de referencial; assim, como a própria entidade pública fixa pisos, limites, restrições, não há como ser competitivo,

apresentar uma proposta com chances de vitória, fora dos padrões pré-estabelecidos no Edital, daí resultando a igualdade de condições, naquela e em outras licitações (fls. 283).

Assinala, a fls. 285, que as duas licitantes isentas da formação de cartel e que ofereceram fator de multiplicação inferior a 1 (um inteiro) = (taxa negativa), não tiveram adjudicadas as suas propostas, evidenciando que as empresas que apresentaram o mesmo fator o fizeram em cumprimento à legislação vigente.

Registra que o próprio SERPRO abdicou de outras condições extremamente relevantes para a prestação de serviços de refeição-convênio, tais como: prazo de pagamento dos cartões, abrangência da rede de restaurantes conveniados, prazo de entrega dos cartões e outras pertinentes ao objeto licitado (fls. 286);

- a Cheques Cardápio assinala, a fls. 345, que, nas concorrências de que participou, nos anos de 1989, 1990 e 1991, apresentou, em diversas delas, taxa de administração com valor expresso na menor unidade monetária. Junta, a propósito, os docs. de fls. 425/457.

Destaca que, se tivesse optado por um fator menor que o cartão, no caso em espécie - que envolve uma multiplicação para se achar um preço e não uma soma ao valor facial de uma taxa a ser cobrada - haveria a hipótese do estabelecimento de um preço negativo, tendo em vista o valor facial do vale alimentação. Ou seja, o preço facial a receber do SERPRO seria inferior ao do valor facial dos vales o que caracterizaria uma situação não aconselhada em termos comerciais e à luz das normas jurídicas aplicáveis à questão.

Mais adiante (fls. 347), indaga:

"Se tivesse a Cardápio de formar cartel, não seria mais interessante, em vez de optar pelo sorteio, que fosse estabelecido fator diferenciado para cada local ou unidade, o que levaria a que várias empresas, ou todas as participantes do suposto cartel, fossem selecionadas ?"

Alerta, todavia, que não concorda com tais práticas.

- por fim, a Blue Cards deplora que "a simples oferta de maior fator de multiplicação, feita rigorosamente dentro do limite mínimo autorizado por lei, possa atuar sinergicamente no sentido de integrar e constituir uma figura delituosa tão grave, como aquela vislumbrada pelo órgão competente".

E, registra:

"Muito embora possa existir o objetivo de aprimorar o presente certame, a verdade, no entanto, é que os sucessivos desacertos na elaboração de vários editais relativos ao certame, em tela, vêm ocasionando uma série de lamentáveis equívocos, os quais, ainda que de forma involuntária, têm resultado numa série de transtornos, com indiscutíveis prejuízos, tanto para a entidade licitante, quanto para as empresas interessadas em participar, como, 'in casu', ocorre com a ora Requerente" (fls. 461).

6. A primeira manifestação do setor jurídico do DPDE

Em sua manifestação de fls. 476/479, em 05.06.91, o setor jurídico do DPDE, através da ilustre Coordenadora, Dra. Lázara Cotrim, destaca, em síntese:

- que, causa estranheza a sustentação das proponentes, que apresentaram o mesmo fator de multiplicação, ao desenvolver a fórmula matemática sobre o preço facial;

- que as participantes dispunham de uma série numérica para se chegar ao fator de multiplicação desejado;

- que, confirma tal entendimento, a conduta da Golden Ticket, ao cotar, para o Estado do Paraná e Brasília, valor menor que o das Representadas. E, coincidentemente, a empresa Golden Ticket cotou fator menor do que a Bocatto, nas localidades em que esta apresentou propostas, "o que desmonta a tese de que o edital poderia induzir à cotação feita pela maioria das concorrentes";

- que, ainda que o ato convocatório tivesse o condão de induzir as concorrentes a eleger idêntico multiplicador, teriam elas a faculdade de, nos moldes usualmente utilizados pelas empresas, em licitação desse tipo, "escolher, na série de números no intervalo maior que zero e menor que 3% (taxa de serviço), fator diferente do apresentado";

E, chega à conclusão de que, no caso, serviu à conveniência das empresas elegerem o mesmo fator de multiplicação, dando errônea interpretação ao comando do ato convocatório, "podendo, tal comportamento, tender a uma dominação de mercado, com eliminação de concorrentes".

7. A participação das Representadas em outras licitações

Em 29.07.91, às fls. 482/497, o DPDE enviou telex às Representadas, solicitando:

- o encaminhamento da relação de todas as concorrências das quais participaram, nos meses de março, abril, maio e junho de 1991;
- a discriminação da taxa de administração e o prazo proposto nas mesmas.

Vieram, então, a estes autos os documentos de fls. 501/505, 561/567, 568/569, 578/584, 585/590, 591/610, 611/614 (3º volume), dentre outros.

Anote-se que, em outras oportunidades, as Representadas também juntaram documentos referentes às respectivas participações em concorrências públicas. Vejam-se, exemplificativamente, alguns comentários feitos, a fls. 710, pela Ticket Serviços, ao se referir ao teor do documento de fls. 749/753, que juntada aos autos.

Tal documento diz respeito a uma relação de licitações do setor, nos quais, segundo aquela empresa, se evidencia que:

- "a) as empresas fizeram ofertas dentro do mínimo legal, ou seja, em percentuais que resultarem no preço de Cr\$ 0,01 (um centavo);
- b) as vencedoras, quando não são julgadas pelo critério de melhor técnica, são as mais variadas empresas, inclusive aquelas supostamente prejudicadas no certame promovido pelo SERPRO;
- c) o método de sorteio foi por vezes utilizado."

A Golden Ticket comenta o assunto da seguinte forma:

"Ocorre que, a expressiva maioria dos Editais que tratam do Sistema de Refeições-Convênio, conduz à apresentação de taxa de administração idêntica por parte das empresas concorrentes, vez que limita, de forma explícita ou não, os valores ou índices que devem ser indicados nas respectivas propostas..."

Por outro lado, como o menor valor monetário existente em nosso país é Cr\$ 0,01 (um centavo de cruzeiro), conseqüência normal e previsível é que as propostas sejam apresentadas com tal valor... mesmo que o pedido, como no caso em tela, se utilize de fórmula indireta para alcançar o 'quantum' de remuneração pela prestação do serviço de intermediação" (fls. 1006).

E, às fls. 1.008/1.009 relaciona 11 (onze) licitações, envolvendo órgãos e entidades públicas, as quais, segundo aquela Representada, teriam resultado em empate.

8. A informação da Secretaria Nacional do Trabalho

Em 19.07.91, a Secretaria Nacional do Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho, em atendimento a solicitação do DPDE, encaminha informações sobre o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT (fls. 506/508 e documentos de fls. 509/558).

Esclarece aquela Secretaria, que o PAT, entre 1985 e 1990, exercia um controle sobre as empresas de refeição-convênio, conforme o disposto na Portaria nº 3.030, de 13.02.89, que veio a ser revogada pela Portaria nº 3.284, de 27.09.89.

As empresas estavam obrigadas a apresentar relatórios mensais sobre a sua situação financeira, juntando, inclusive, cópias dos contratos firmados com os fornecedores dos vales, sendo que, o desvirtuamento dos objetivos do Programa acarretava o cancelamento do benefício e o descredenciamento do fornecedor.

Com a posterior revogação da Portaria nº 3.284/89, decorrente de desregulamentação do PAT, ficaram as empresas de refeição-convênio sem nenhuma interferência ou controle por parte do Ministério do Trabalho.

Dos documentos anexos à informação consta:

- relação das empresas fornecedoras de refeição-convênio (fls. 509/516)
- relação de empresas fornecedoras de refeição e respectivos números de empresas e trabalhadores beneficiados - 1990 (fls. 517/534)
- relatório da situação das empresas do sistema convênio (fls. 543/555).

9. A comunicação da Secretaria de Administração Federal - SAF, quanto a estudos referentes à legislação aplicável às licitações

Em 08.11.91, a Secretaria da Administração Federal - SAF, em resposta a ofício encaminhado pela SDE (fls. 618), informa já se encontrar em andamento, naquela Secretaria, "um estudo que visa, sobretudo, corrigir distorções da legislação aplicável às licitações e contratos administrados" (fls. 620).

A questão fora anteriormente levantada pelo ilustre Chefe de Divisão do DPDE, Dr. José Matias Pereira, que hoje integra o CADE, em parecer aqui já referido.

10. O parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia

Atendendo a solicitação da SDE/DPDE, a Secretaria Nacional de Economia, órgão do Ministério da Fazenda, encaminhou parecer técnico sobre a matéria de que cuida este processo, cuja juntada aos autos, às fls. 621/624, se deu a 08.01.92.

No documento, dentre outras considerações, informa-se que o mercado é, atualmente, composto por cerca de 49 empresas, destacando-se, as seguintes, em termos de participação no mercado

TICKET	44,0%
VALE REFEIÇÃO	15,5%
CHEQUE CARDÁPIO	11,0%
BRAZILIAN FOOD	10,5%
APETIK	9,0%
BLUE CARDS	5,0%

Registra-se, no parecer, que as informações coligidas apontam para um mercado concentrado, mas se ressalva que, pela natureza das atividades, não são detectados grandes impedimentos à entrada de mais competidoras, "principalmente porque não há necessidade de volume de investimentos ou barreiras tecnológicas a transpor" (fls. 623).

Ressalta-se, ainda, que o mercado está estimado em US\$ 1,8 bilhões anuais, com 650 milhões de refeições, sendo a forma de remuneração composta de receita operacional (taxa de administração) "e receita financeira, decorrente do hiato entre a entrega do ticket à empresa compradora e o seu ressarcimento por parte dos fornecedores de alimentação junto à empresa administradora do ticket" (fls. 623).

Ao enfocar, especificamente, a questão de que cuida o processo, destaca que a eleição do mesmo fator de multiplicação, "em errônea interpretação do ato convocatório", deve ser entendida como comportamento indevido, "prejudicial às empresas emergentes, que ficam sem escala para crescer" (fls. 624).

11. A notificação das Representadas para especificação de provas

Em 19.02.92, o Sr. Diretor do DPDE notificou as Representadas para, no prazo de 05 (cinco) dias, especificarem provas (fls. 625).

A fls. 627, manifestou-se a Brazilian Food Benefícios, especificando a prova documental como hábil para provar as alegações e fatos expendidos na defesa.

A fls. 628, a Ticket Serviços expressou seu desinteresse em produzir provas, esclarecendo que a sua defesa prévia, tal como apresentada, estava suficientemente instruída, versando, ademais, sobre matéria de direito. Informa por fim, que incorporou a Apetik Refeições Convênio Ltda., juntando documentação a respeito (fls. 629/654).

12. A Nota do DPDE

O Sr. Inspetor-Chefe do DPDE, Cláudio João José, em Nota de 06.03.92, às fls. 655/666 dos autos, entende exauridas as diligências para esclarecer as denúncias levantadas na Representação.

E, conclui pela subsistência das ocorrências que determinaram a instauração do processo, "ocorrências essas consubstanciadas na prática, por parte das Representadas, de fixar, em conluio com concorrentes, preços e condições de venda de serviços" (fls. 666).

Foram, então, notificadas as Representadas, para apresentarem, no prazo de 15 (quinze) dias, sua defesa final (fls. 667/668).

13. A reabertura de prazo para apresentação de defesa prévia

Em despacho proferido a 08.04.92, o Sr. Secretário de Direito Econômico, considerando os questionamentos apresentados pelas Representadas, quanto à capitulação legal do delito econômico que lhes era atribuído, encaminhou o processo ao DPDE para providências (fls. 853/854).

O Sr. Inspetor-Chefe do DPDE, em Nota de fls. 854/873, sugeriu, então, a reabertura de prazo para as Representadas deduzirem a sua defesa prévia, encaminhando-lhes, ao ensejo da notificação, cópia da aludida Nota.

Ao final, reitera o esclarecimento de que, às Representadas, se atribui o exercício de concorrência desleal, "por meio de combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública, prejudicando a livre concorrência", e destaca que tal prática está capitulada no inciso V, b, do art. 2º da Lei nº 4.137, de 10.05.62 (fls. 873/874).

Registre-se que, aludido dispositivo assim se inscreve:

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

V - Exercer concorrência desleal, por meio de :

a)

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa. "

Foi, então, realizada nova notificação, em conformidade com o documento de fls. 875/890, que tem a data de 30.04.92.

14. O aditamento à defesa prévia

Manifestaram-se, então, as Representadas, entre 19 e 26 de maio de 1992, como, a seguir, resumidamente referido: - Cartão Refeição (fls. 891) - considera esgotada sua defesa;

- Ticket Serviços (fls. 892/893) - ratifica razões anteriores e reitera seu desinteresse pela produção de novas provas;

- Vale Refeição (fls. 897/903 e docs. de fls. 904/942 - 4º volume) - destaca que a evidente intenção das proponentes era a de oferecer o menor preço, a fim de vencer a licitação, sendo descabida a menção a "agrupamento para dominação do mercado", face ao alto grau de competitividade e agressividade do mercado de refeições-convênio (fls. 902);

- Cheques Cardápio (fls. 936/942) - enfatiza que, sendo a matemática uma ciência exata, a coincidência havida é perfeitamente explicável, não caracterizando, de forma alguma, combinação prévia de preços. Ao final requer a oitiva do SERPRO, para que esclareça porque, nas licitações que se seguiram à Concorrência nº 10/90, não entendeu haver ocorrido conluio entre as licitantes, inobstante a apresentação do mesmo fator de multiplicação por diversas das concorrentes, o que provocou casos de empate (fls. 942).

- Brazilian Food Benefícios (fls. 943) - considera encerrada sua argumentação de defesa;

- Golden Ticket (fls. 944/947) - reafirma argumentos anteriores destacando, a fls. 946, que algumas licitantes solicitaram da Comissão, esclarecimentos sobre o item julgamento, jamais obtendo respostas objetivas, limitando-se a Comissão a se reportar ao Edital e ao Decreto-lei nº 2.300/86;

- reitera sua explicação quanto às propostas apresentadas em Brasília e no Paraná, que teriam decorrido do propósito de fortalecer sua atuação

nessas praças e, de outra parte, por ser notória a arrojada política comercial praticada pela empresa Bocatto(fl. 946).

- Blue Cards (fls. 948/954) - reitera razões anteriores.

15. Nova manifestação do DPDE

Às fls. 955/981, o Sr. Inspetor-Chefe do DPDE elaborou outra Nota, datada de 22.06.92, na qual avalia os elementos colhidos nos autos, conclui pela caracterização da conduta abusiva das Representadas, tal como anteriormente tipificada (art. 2º, b, inciso V, da Lei nº4.137/62), e sugere a notificação das mesmas, com vistas à apresentação de defesa final, propondo, afinal, o encaminhamento do processo ao órgão jurídico, para as devidas considerações, principalmente quanto "à oportunidade do pleito das Representadas, visando à produção de provas permitidas em Direito e a oitiva das dirigentes da Representante" (fls. 981).

Manifestou-se, então, aquele órgão jurídico, através da ilustre Coordenadora Lázara Contrim, em parecer de fls. 982/984, para concluir, após invocar o art. 5º, § 1º, da Lei nº 8.158/91 e art. 2º, parte final, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 36/91:

"Assim considerando, há de ser indeferido o pleito das Representadas, quanto à produção de provas requeridas genericamente, quando deveriam trazê-las no prazo da defesa prévia, além de inaproveitada a oportunidade dada pelo DPDE, de sua realização. Quanto à oitiva de dirigentes da Representante, além de não guardar nenhuma relação ou conexão com o objeto da lide, é irrelevante e impertinente e, acima de tudo, visa postergar a marcha processual". (fls. 984).

16. A defesa final das Representadas

Entre 20.03.92 e 31.03.92, foi feita a juntada aos autos, da defesa final das Representadas, observada a seguinte ordem

- Cartão Refeição, às fls. 683/685
- Cheques Cardápio, às fls. 690/694
- Vale Refeição, às fls. 695/702 e docs. de fls. 703/706
- Ticket Serviços, por si, e na qualidade de sucessora da Apetik Refeições, às fls. 707/714 e docs. de fls. 715/753

- Brazilian Food Benefícios, às fls. 754/760 e docs. de fls. 761/845
- Blue Cards, às fls. 846/850
- Golden Ticket, às fls. 851/853.

Posteriormente, houve a reabertura de prazo para apresentação de defesa final e, em consequência, foram trazidas aos autos peças complementares de defesa, entre 09.07.92 e 16.07.92 como consta de fls. 1.001 a 1.125.

Considerando que, em suas linhas básicas, a defesa apresentada reitera os argumentos invocados, quando da argüição das respectivas defesas prévias, reporto-me, no particular, ao item 5, deste Relatório.

Todavia, a título de ilustração e como uma espécie de síntese dessa argumentação de defesa, faço referência a trecho do parecer do ilustre jurista Ives Gandra da Silva Martins, cuja juntada aos autos foi requerida pela firma Vale Refeição.

No citado parecer, às fls. 1.085/1.092 destes autos, o seu Autor conclui pela improcedência da acusação de prática de abuso do poder econômico, não sem antes argumentar:

"Ora, se uma parcela substancial do mercado detém condições de apresentar o menor preço possível, dentro dos critérios estabelecidos, o que se infere é que tais critérios não foram fixados em conformidade com o setor, mostrando-se inadequados, e não o inverso.

Assim, a indicação do menor preço é direito decorrente do princípio constitucional que assegura a livre concorrência, não configurando qualquer prática abusiva.

Sob outro ponto de vista, a coincidência de ofertas não é indício de conluio, até porque, segundo os elementos que nos foram apresentados, o próprio edital induzia a indicação do menor preço possível, ao pré-fixar uma das variantes (valor facial) (fls. 1.113/1.114)."

17. O Relatório final do DPDE

Em 22.07.92, o Sr. Inspetor-Chefe do DPDE, Cláudio João José, apresenta o seu Relatório Final, às fls. 1.126/1.162, no qual faz um amplo histórico das providências adotadas por aquele Departamento, dos elementos informativos trazidos aos autos, da prova colhida e da argumentação defensiva encaminhada pela Representadas.

Em suas considerações finais, a fls. 1.161 enfatiza os seguintes aspectos principais:

- as firmas Bocatto e a Golden Ticket, ao apresentarem cotação menor que as demais, no Estado do Paraná e em Brasília, demonstraram não ser válida a tese de que o Edital praticamente induzia ao valor apresentado pela maioria das concorrentes;

- a firma Golden Ticket, coincidentemente, apresentou cotações menores, nos únicos locais em que atuava a Bocatto;

- a cotação de fator idêntico levaria a licitação a ser decidida por sorteio; tal critério tenderia a beneficiar a todas, que, individualmente, de acordo com as probabilidades estatísticas do universo em questão, poderiam obter uma fatia do mercado Representado pelo SERPRO, que atua a nível nacional.

18. O encaminhamento do processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Em despacho proferido às fls. 1.163/1.165, o Sr. Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, Dr. Marcos Vinicius de Campos, reconhece haver ficado patente que o processo licitatório "despiu-se de nuance que pudesse caracterizá-lo como símbolo de competição".

Anota, ainda, o fato significativo de que a quase totalidade das empresas, de um determinado setor econômico, participa de uma licitação pública e empate nas suas propostas.

Destaca a circunstância de as próprias Representadas reconhecerem, através de fartos depoimentos e documentação, que não seria essa a única licitação na qual a decisão se dera por sorteio, enumeraram, mesmo, dezenas delas, em que tal fato ocorreria.

Registra a cobrança da taxa de administração, em valor irrisório, para concluir, nesta parte:

"É necessário apenas participar das licitações e aguardar o sorteio" (fls. 1.165).

Entende, assim, procedente a Representação, mas considerando que as práticas imputadas às Representadas foram de efeito momentâneo, declara não haver medidas de correção a serem recomendadas.

Tal despacho foi adotado, a 24.07.92, pelo Sr. Secretário substituto da SDE, Dr. Luiz Igrejas, conforme consta a fls. 1167.

Encaminhou então, S Sa., o processo a este Conselho, para julgamento, através de ofício datado de 24.07.92 (fls. 1169).

Distribuído o processo a este relator, conforme sorteio realizado a 30.07.92 (fls. 1169), solicitei, nos termos do art. 18 do Regulamento Interno do CADE, o parecer do Procurador deste órgão colegiado (fls. 1170).

19. O parecer do Procurador do CADE

Em seu parecer de fls. 1.174/1.192, lançado a 19.10.92, o douto Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, após analisar as condições do Edital referentes à Concorrência nº 010/90, realizada pelo SERPRO, e as providências adotadas ao âmbito do SDE, com respeito ao processo administrativo, em exame, passa a avaliar a argumentação defensiva trazida pelas Representadas.

Com referência à preliminar de cerceamento de defesa, argüida pela firma Cheques Cardápio, a fls. 1.004, destaca que o DPDE agiu bem quando a rejeitou.

De fato - assinala o Procurador - "indagar da diretoria do SERPRO a razão pela qual, em outras licitações, não denunciara a coincidência de propostas ao Ministério da Justiça, em nada influi sobre o deslinde deste processo" (fls. 1.178).

Quanto às teses de mérito de defesa, registra que estes se centram, basicamente, no fato de que a coincidência de propostas decorreria dos termos do Edital de Concorrência.

Menciona que as firmas pretendem demonstrar que o fator de Multiplicação apresentado é o necessário para que se obtenha uma taxa de administração de Cr\$ 0,01 (um centavo). E que, a coincidência numérica das propostas é explicável pela circunstância de o Decreto-lei nº 2.300/86, no § 3º do seu art. 36, inadmitir valores negativos ou iguais a zero; assim, o fator que representasse um centavo seria o menor possível.

Destaca o fato de que firmas Representadas receberam, em licitação anterior, correspondência do SERPRO, comunicando que não seriam aceitas propostas com valor negativo ou com valor zero para taxa de administração, conforme se constata nos documentos de fls. 403 e 843.

Faz, ainda, alusão à assertiva de uma das Representadas, a fls. 849, no sentido e que não seria razoável cogitar-se de conluio, uma vez que não houve uma divisão de territórios entre as acusadas. E cita, também, a fls. 1.186, o argumento da Blue Cards, de que, apenas como leviandade se poderia entender o oferecimento de fator de multiplicação inferior ao proposto pelas sete licitantes, sugerindo que a falência da Bocatto deve-se prender a tal comportamento.

Caminhando em seu parecer, o Procurador do CADE afirma que a Lei nº 4.137/62 rege a espécie, uma vez que os fatos aconteceram antes da entrada em vigor da Lei nº 8.158/91.

Reporta-se, no particular, ao documento de fls. 401 dos autos, onde se consigna que o recebimento dos envelopes com as propostas deveria ocorrer a 03.12.90.

Anota, em seqüência, que o tipo de infração imputada às defendentes traz à lembrança discussão sobre o exato contorno da figura do abuso do poder econômico, em tela, objeto de polêmica quando do julgamento, pelo CADE, do Processo Administrativo nº 02/91.

Registra, todavia, que, naquela oportunidade, o alegado acordo na licitação teria envolvido todas as empresas do ramo da atividade econômica considerada, o que, segundo a ilustre relatora daquele processo, Conselheira Neide Teresinha Malard, não tipificaria a concorrência desleal eis que esta significa necessariamente, prática desleal vis a vis concorrente.

Já, no presente caso, as empresas acusadas de conluio não somam a totalidade daquelas atuantes no setor, de modo que, mesmo acolhendo-se aquela respeitável posição doutrinária, é possível cogitar-se de dano à concorrência, em virtude de acordo vicioso.

Enfatiza, a fls. 1.183:

"O pacto vinculando alguns concorrentes na licitação expressa comportamento desleal para com os não consorciados que disputam o contrato administrativo".

E complementa o seu pensamento, mais adiante:

"O acordo entre licitantes estreita a faixa de risco intrínseca à concorrência. As firmas conluiadas não têm de se preocupar com as possíveis ofertas dos integrantes do acordo..."

No presente processo - assinala - a firma Bocatto encontrar-se-ia em posição de desvantagem, em relação às integrantes do acordo.

De outra parte - continua - o acordo é também pernicioso aos demais agentes do setor, não participantes da licitação, que se vêem inibidos "diante do poderio que representa o grupo unido e que controla vasta faixa do mercado".

E, conclui, nesta parte:

"O tipo de conluio de que versam os autos é, pois, daninho a concorrentes, tanto de modo atual, como potencial" (fls. 1.184).

Afirma, ainda, a fls. 1.186, que, "nenhum dos argumentos oferecidos pelas defendentes, vem dissuadir o investigador de que houve ilícito econômico, cuja realidade se espelha na circunstância de idênticas propostas na concorrência pública do SERPRO. Nada desfaz a persuasão de que a igualdade de propostas respondeu a um plano preconcebido".

Assinala a propósito que o fator de multiplicação que resulta numa taxa de administração de Cr\$ 0,01 não é o menor preço possível apresentável pelos concorrentes.

E, invoca o subitem 11.1 do Edital:

"O pagamento dos vales-alimentação será o resultado do fator indicado no item 5.1 deste Edital, pelo valor facial do vale alimentação multiplicado pela quantidade de vales-alimentação a serem fornecidos e será efetivado em 30 dias (...)."

Argumenta que, sendo assim, o menor fator de multiplicação oferecível não seria aquele que agregasse um centavo ao valor facial de cada vale-alimentação, mesmo que se aceite o fato alegado de que o SERPRO não admitiria a oferta de taxa de administração negativa.

Nada impediria - continua - que as empresa apresentassem fator de multiplicação inferior ao que cotaram; outros números continuariam a gerar uma taxa de administração positiva.

E, exemplifica a fls. 1.189:

"Figura-se, a título de ilustração, que uma empresa indicasse um fator de multiplicação a redundar num acréscimo de Cr\$ 0,009, sobre cada um dos 22 vales fornecidos, mensalmente para os 2.683 funcionários de Brasília (fls. 160). O valor da taxa de administração não seria negativo. A título de verba de administração, a empresa estaria somando Cr\$ 531,23 aos Cr\$ 38.543.978,00 que receberia pelo valor facial dos vales. Tal verba de administração não é significativamente menor do que os Cr\$ 590,26 que as defendentes esperavam receber com o fator de multiplicação que ofereceram".

Enfatiza, ainda, que o lucro obtido pelas empresas não advém, exclusivamente, da taxa de administração cobrada pelo SERPRO, mas resulta

também de outras variáveis, dentre elas, a receita financeira decorrente do hiato entre a entrega do ticket e o seu ressarcimento por parte dos fornecedores de alimentação.

Destaca o Procurador, que a busca imediata de altos lucros não é o único intuito que conduz à combinação imprópria; a consolidação de mercados pode ser o móvel de tais ações.

Assinala, em acréscimo, que o fato de a empresa Golden Ticket haver apresentado propostas distintas das demais concorrentes, em duas das regiões cobertas pelo Edital de licitação, não significa o seu alheamento ao acordo; menciona que a divergência ocorreu, significativamente, nas localidades em que a Bocatto - que não integrava o acordo denunciado - também participou (fls. 1.191/1.192).

Ao concluir o seu parecer, menciona que o conjunto de circunstâncias, referida nos autos, autoriza a condenação das empresas defendentes pelo fato descrito no art. 2º, V, b, da Lei n. 4.137/62.

Isto porque, no âmbito das limitações intrínsecas ao tipo de infração considerada, veio a ficar demonstrado nos autos, que um acordo entre as defendentes conduziu à coincidência de propostas na licitação promovida pelo SERPRO; e que, tal acordo, ao colaborar para fortalecer, indevidamente, algumas empresas, em detrimento de outras, afeta o valor livre concorrência, que o legislador de 1962 quis proteger.

Ao final, ao considerar que o processo se refere a um episódio avulso no tempo - não mencionando a existência de um cartel com atuação que se desdobre até nossos dias - propõe que a pena a ser aplicada se limite à multa. E que tal multa seja fixada no valor mínimo, "à falta de provas de dano intenso aos valores tutelados pela legislação" (fls. 1.193).

Brasília, 16 de dezembro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: *Coincidência de ofertas em licitação pública. Lei nº 4.137, art. 2º, v, "b". Prova. Doutrina. Possibilidade de uma explicação razoável para a identidade de condutas das licitantes, que não decorrente de conluio. Concorrência desleal que, em tal circunstância, não se pode ter como provada.*

1. Consideração inicial

O Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO formulou, em 23.01.91, Representação contra 08 (oito) sociedades do setor de fornecimento de vales-alimentação, a saber: Ticket Serviços Comércio e Administração Ltda; Vale Refeição Ltda; Blue Cards Refeições Convênio S/C Ltda; Apetik Refeições Convênio Ltda; Golden Ticket Refeições Convênio S/C Ltda; Empresa Brasileira de Nutrição e Promoções Ltda ("Brazilian Food Benefícios"); Cartão Refeição Ltda. e Cardápio S/C Ltda ("Cheques Cardápio").

Considerando o teor da citada Representação (fls. 01/03), a Secretaria de Direito Econômico - SDE, através do seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, no uso da competência conferida pelo art. 1º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, passou a apurar procedimento das Representadas, eventualmente caracterizável como forma de abuso do poder econômico.

Apresentaram as Representadas - informa o SERPRO - idêntico fator de multiplicação em licitação realizada pela estatal, fato que identifica como um flagrante conluio entre as concorrentes, visando a impingir o sorteio do objeto contratual, com frustração do aspecto competitivo do certame.

Ressalta, ainda, a Representante, que apenas as sociedades Bocatto e Golden Ticket - esta última tão somente no Estado do Paraná e em Brasília - cotaram fatores diferentes.

As diligências efetuadas pelo DPDE, a defesa apresentada pelas Representadas, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos e a prova documental colhida estão devidamente registrados no Relatório que precede esta manifestação de voto.

2. A conduta abusiva prevista no art. 2º V, "b", da Lei nº 4.137/62

A conduta abusiva do poder econômico, denunciada pelo SERPRO, veio a ser reconhecida pela Secretaria de Direito Econômico - SDE (fls. 1.163/1.165)), acolhendo manifestação do eu Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE (fls. 1.126/1.162).

Entendeu, também, o eminente Procurador do CADE, haver ficado demonstrado - inobstante as limitações probatórias ao tipo de licitação considerada - que um acordo entre as Representadas conduziu à coincidência de propostas na licitação promovida; e, tal acordo - prossegue - afeta o valor "livre concorrência" que o legislador de 1962 quis proteger (fls. 1.192/1.193).

Importa ressaltar, como o fez o Procurador, a fls. 1.181, que a abertura da licitação ocorreu a 03.12.90 (fls. 147), antes, portanto da vigência da Lei nº 8.158/91.

Assim, a infração atribuída às Representadas é, em tese, aquela prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei 4.137/62, verbis:

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

.....

V - Exercer concorrência desleal, por meio de:

.....

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa."

Da leitura do dispositivo, constata-se que a combinação prévia de preços constitui o instrumento de que se vale o agente, para o exercício da concorrência desleal.

A partir de tal constatação, emergem certas questões de relevância jurídica, enfocadas no recente julgamento do Processo nº 02/91, realizado pelo CADE e do qual foi relatora a ilustre Conselheira Neide Teresinha Malard.

O processo referido guarda muitos pontos de semelhança com o presente, a partir dos fatos que deram origem à sua instauração, uma vez que ocorrera, em licitação pública, igualdade nas propostas encaminhadas.

A matéria foi bem sintetizada, no presente Processo, pelo Procurador do CADE, às fls. 1.181/1.182:

"O tipo de infração imputada às defendentes traz à lembrança discussão sobre o exato contorno da figura do abuso do poder em tela. O assunto foi objeto de polêmica quando do julgamento, por este Conselho, do Processo Administrativo nº 02/91, sob a relatoria da Conselheira Neide Teresinha Malard. A relatora sustentou, com o abono do Presidente Ruy Coutinho do Nascimento, que concorrência desleal significa, necessariamente, prática desleal vis a vis concorrente. Afirmou que prática desleal de concorrência (...) só pode ocorrer em relação a concorrente. Os Conselheiros Marcelo Monteiro Soares e José Matias Pereira dissentiram do ponto de vista. Para eles, o ajuste entre empresas, em torno de preços, numa licitação pública, configura, por si

só, concorrência desleal, uma vez que anula a independência dessas mesmas empresas, valor que a legislação procura preservar".

Sucedeu que, naquele processo, a totalidade das empresas do setor teria participado da licitação e sobre todas elas pesava a acusação de conluio.

No caso presente, tal situação específica não se repete.

De fato, informa o Representante que, da concorrência realizada, também participou a sociedade Bocatto - Serviços de Alimentação S/C Ltda, que não teria feito parte do eventual conluio (fls. 02).

De outra parte, a Secretaria de Economia, órgão do Ministério da Fazenda, informa que o mercado de serviços de vales-alimentação é composto por cerca de 49 empresas, inobstante traga dados que levam à conclusão de que 6 (seis) das Representadas detêm mais de 90% de participação em tal mercado (fls. 623).

Sendo assim, se configurada a prática do conluio, as Representadas teriam concorrido deslealmente com a Bocatto, uma vez que esta participa do certame em desigualdade de condições com as demais, por não conhecer o teor das suas propostas.

Além disso, do conluio resultaria prejuízo potencial para as demais empresas do setor, as quais, embora não participando da licitação, sofreriam o impacto de uma deformação ou desequilíbrio do livre mercado. Ou, ainda, como se assinala no parecer da Secretaria de Economia do Ministério da Fazenda, o conluio representaria "um comportamento prejudicial às empresas emergentes, que ficam sem escala para crescer" (fls. 624).

Em suma, no caso presente, a questão maior que se apresenta ao julgador é a de retirar da prova colhida dos autos, elementos de convicção que o levem a concluir pela realização ou não do citado conluio, a partir da comprovada coincidência de condutas das Representadas.

3. Análise dos critérios adotados pelo SERPRO, para julgamento da Concorrência nº 010/90, consideradas as especificidades do setor de fornecimento de vales-alimentação

A análise dos critérios adotados pelo SERPRO, quando da abertura do procedimento licitatório, de que cuida este processo, tem validade, aqui, à medida em que tais critérios possam ter influenciado para a denunciada coincidência de condutas por parte das Representadas, uma vez que, como antes se destacou, tal conduta se poderá constituir no elemento-meio, caracterizador da concorrência desleal.

Isto porque, não se pode perder de vista que as competências atribuídas à SDE e ao CADE dizem respeito à repressão de práticas abusivas do poder econômico, de condutas restritivas de livre concorrência, não se inserindo, em suas respectivas atribuições, o exame de questões administrativa referentes à realização de licitações, por si só consideradas.

Feita a ressalva, serão avaliados, a seguir, os critérios adotados pelo SERPRO para o julgamento do certame, as especificidades do setor de serviços de vales-alimentação, considerando os seus reflexos nas licitações governamentais, para, a título de síntese, procurar identificar, até que ponto aqueles critérios teriam concorrido para restringir ou privilegiar o caráter competitivo da Concorrência nº 010/90.

3.1 - Cuidando-se de procedimento licitatório, é necessário que se tenham presentes os termos do respectivo Edital, eis que, no ensinamento de Hely Lopes Meirelles, tal documento se constitui na lei interna do certame, fixando as condições de sua realização, convocando os interessados para a apresentação de suas propostas, e vinculando, inteiramente, a Administração e os proponentes (in "Direito Administrativo Brasileiro", RT, 16ª ed, 1991, p. 256).

Por certo, tal matéria já foi destacada em algumas passagens do Relatório, todavia, não será demasiado, nesta oportunidade, enfatizar alguns itens do Edital, às fls. 147/168 destes autos, naquilo que diz respeito a este Processo Administrativo:

- a abertura da Concorrência nº 010/90 foi designada para o dia 03.12.90, constituindo-se o seu objeto na contratação dos serviços de fornecimento de vales-alimentação e regendo-se o certame pelas Normas Internas da Entidade, as especificações do Edital e, subsidiariamente, pelo Decreto-lei nº 2.300/86 (Preâmbulo e sub-item 1.1);

- como um dos critérios de habilitação, exigiu-se, dos licitantes, um número mínimo de estabelecimentos filiados, nas diversas capitais abrangidas pela Concorrência, exigência evidentemente restrita àquelas localidades em que cada licitante iria concorrer, eis que as proponentes não estavam obrigadas a apresentar propostas para todos os locais de atendimento (subitem 4.2.1, alínea d e 3.1, alínea d.1, às fls. 148 e 149);

- é da maior importância destacar que, no subitem 5.1, ficou estabelecido que o julgamento das propostas se faria por local de atendimento, considerando-se vencedora a oferta que contivesse o menor fator de multiplicação do valor facial (de um vale-alimentação), que fora fixado, no subitem 7.1, em Cr\$ 653,00 (ref. out/1990) - fls. 153.

Registre-se, a título meramente informativo, que a Representante, no item 06 de sua petição (fls. 02), esclareceu que o critério de julgamento era o

do menor preço, apurado pelo fator a ser proposto pelos licitantes, à fórmula "p = x, vf", onde "p = preço", "x = fator proposto" e "vf = valor facial".

Como que corroborando tal esclarecimento, a minuta do contrato a ser firmado (anexo 03), que se constituía em parte integrante do Edital, dispunha na subcláusula 6.3:

"O Contratante pagará à Contratada, por vale-alimentação, o resultado do produto do fator (cláusula 6.2) pelo valor facial do vale-alimentação" (fls. 166);

- o sorteio foi o critério eleito para a decisão, na ocorrência de igualdade entre duas ou mais propostas (subitem 5.5, a fls. 153);

- o pagamento seria efetuado no prazo de 30 dias, em cada cidade, calculando-se o seu valor através do produto da quantidade de vales-alimentação fornecida, pelo valor facial do vale alimentação e pelo fator de multiplicação ofertado pelo licitante (subitem 11.1 a fls. 157).

Entendo possível interpretar que o critério adotado pelo SERPRO nada mais foi do que o da menor taxa de administração, obtida de uma forma indireta, a partir do produto do fator ofertado pelos licitantes ao valor facial de cada ticket (dizia a minuta do futuro contrato - sublinhe-se aqui - que o Contratante pagará à Contratada, por vale-alimentação, o resultado do produto do fator, pelo valor facial do vale-alimentação).

Por certo, o Edital era pouco claro a respeito.

Ilustra tal assertiva, o teor da consulta formulada pela Bocatto ao SERPRO, em licitação anteriormente realizada pela estatal, mas que, no particular, guardava a mesma redação do Edital de Concorrência nº 010/90.

Na oportunidade, aquela sociedade - por sinal excluída da suspeita de conluio, na Representação do SERPRO - indagava:

".....

Anexo II - item 6: o fator de multiplicação a que se refere este item indicará o valor da taxa de serviços a ser cobrada ou indicará o total do valor facial mais a taxa ? (fls. 227)

.....

Convém relembrar, ainda, que o SERPRO realizara anteriormente, duas licitações com o mesmo objeto: a Concorrência nº 008/90 (fls. 355/375) e a Concorrência nº 009/90 (fls. 377/396).

Na primeira delas, elegera os seguintes critérios para julgamento das propostas: menor valor da Taxa de Administração, maior número de firmas especializadas no fornecimento de alimentos, filiados ao sistema, em cada área de atendimento, maior número de dias para se efetuar o pagamento (data fixa entre 10 e 30 dias da entrega) - fls. 361.

Ao ensejo, respondendo a consultas formuladas por licitantes, assim se manifestou:

"Esclarecemos que não serão aceitas propostas com valor negativo ou de valor zero para taxa de administração.

O valor negativo da taxa de administração pressupõe vantagem não prevista no Edital" (fls. 221 e 423).

Por outro lado, durante a realização da Concorrência nº 009/90, que, em seu Edital, previa o mesmo critério da Concorrência nº 010/90, para julgamento das propostas, o SERPRO respondeu às licitantes de uma forma mais genérica:

"A licitação será processada em estrita conformidade com o Edital da Concorrência nº 009/90. Normas Internas e Decreto-lei nº 2.300/86 (citadas no próprio Edital)" fls. 169 e 223)

Esclareça-se que o Decreto-lei 2.300/86, que vem a ser o estatuto das licitações e contratos administrativos no âmbito da Administração Federal, admite que as sociedades de economia mista, empresas públicas (caso do SERPRO) e fundações públicas, editem regulamentos próprios, respeitados, todavia, os princípios básicos da licitação.

Tem assim, aplicação subsidiária a tais entidades nesta matéria, sendo que, no aspecto em exame, assim dispõe o § 3º do seu art. 36:

"Não se admitirá proposta que apresente preços unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, ainda que o ato convocatório não tenha estabelecido limites mínimos".

Adite-se que o art. 38 do citado Decreto-lei determina em seu inciso II, a desclassificação de propostas com preços excessivos ou manifestamente inexequíveis.

Feitas tais observações, convém destacar que, tanto a Concorrência nº 008/90, quanto a Concorrência nº 009/90, vieram a ser revogadas pelo SERPRO, conforme se afirma nos itens 04 e 05 da Representação de fls. 01/03.

É de se registrar, por fim, que a Concorrência nº 010/90 - de que cuida este Processo - aberta em seqüência às anteriores, também veio a ser revogada, invocando o SERPRO "motivos de ordem administrativa", (como se lê no documento de fls. 170).

3.2 - Os elementos colhidos nos autos indicam que o setor de vales-alimentação possui características próprias, que muito se refletem nas licitações realizadas pelos órgãos e entidades públicas.

Como antes se fez referência, tais peculiaridades levaram o então Chefe de Divisão do DPDE, Dr. José Matias Pereira - que hoje ilustra e honra o CADE, na qualidade de Conselheiro - a propor, a fls. 82:

" que a SAF recomende aos órgãos públicos que ao elaborarem os editais de licitação, não incluam critérios restritivos, nos mesmos. Por outro lado, a definição de prazo e da taxa de administração deveriam, quando possível, ser deixados em aberto nos editais, para evitar combinações (práticas de ajustes entre as empresas). Parece-me que o Decreto-lei nº 2.300, que regula a prática de concorrência pública, deveria ser reexaminado, em relação ao setor, na parte em que proíbe a cotação de taxas de administração negativas ou iguais a zero".

A Secretaria de Administração Federal - SAF, em resposta, informou já se encontrar em andamento, naquela Secretaria, "um estudo que visa, sobretudo, corrigir distorções da legislação aplicável às licitações e contratos administrativos" (fls. 620).

Um dos aspectos mais importantes, nesta matéria, diz respeito, efetivamente, à oferta de taxas de administração em valores ínfimos, iguais a zero, ou mesmo negativos, nas diversas Concorrências realizadas.

Veja-se, exemplificativamente:

- a Representada Cheques Cardápio, em licitações de que participou em abril de 1991, declara haver ofertado taxas de administração em valores de Cr\$ 0,01 (hum centavo) ou em percentuais de 0%, 0,001%, 0,5% (fls. 585 e 587);

- a Representada Ticket Serviços relaciona entre as fls. 1.016 e 1.021, ofertas em percentuais de 0,01%, 0,000001012%, 05%, muitas delas coincidentes com as das demais licitantes, como se anota às fls. 1.020.

De outra parte, os próprios Editais, não raras vezes, prevêem o recebimento de propostas com taxas de administração em percentuais simplesmente superiores a zero (licitação/EMBRATEL, fls. 307); em percentuais fixados entre 0 e 3% (licitação/CODEPLAM, fls. 317); em percentuais iguais ou inferiores a 3,3% (licitação/BANCO CENTRAL, fls. 604); em percentuais fixados em até 1% (licitação/COHAB - Rio Grande do Sul, fls. 812).

A possibilidade de as empresas do setor suportarem financeiramente, ofertas tão irrisórias, para taxa de administração, encontra explicação no fato de, na execução de tais contratos, disporem elas de uma receita financeira, "decorrente do hiato entre a entrega do ticket à empresa compradora e o seu ressarcimento por parte dos fornecedores de alimentação junto à empresa fornecedora do ticket".

Quem traz a explicação, a fls. 623, é a Secretaria de Economia do Ministério da Fazenda.

A sociedade Apetik Refeições, posteriormente incorporada pela Ticket Serviços (docs. de fls. 629/654), faz referência à questão, em documento cuja cópia está a fls. 268 e que, pelo seu teor informativo, aqui merece referência:

"... na primeira operação, a operadora começa a fruir resultados, pois, ao vender os vales refeição, ao preço facial destes adiciona um plus, mas não necessariamente. É que, resultados operacionais e financeiros também podem ser obtidos, e efetivamente o são, nas fases subseqüentes da operação, e muitas vezes, dado o volume dos vales vendidos, em condições consideravelmente mais vantajosas".

E, mais adiante:

"O que importa considerar são os outros componentes da proposta, dentre os quais, principalmente, o prazo concedido para o pagamento dos vales. Pois, como antes dito, o prazo é componente econômico da mais alta valia, pelo giro financeiro que dele decorre" (fls. 269).

Tais informações coincidem, em parte, com aquelas trazidas pelo Chefe de Divisão do DPDE, no sentido de que, "nas licitações do setor, o

prazo que as empresas contratantes levam para pagar o valor dos tickets adquiridos, assim como a taxa de administração, são as variáveis preponderantes" (fls. 81).

Em um tal contexto, muitas das licitações, referentes à contratação de tais serviços, incluem mais de um critério para julgamento das propostas.

Registre-se, a título de ilustração:

- o Banco Central, no Edital da Concorrência nº 91/92, estabeleceu os seguintes critérios para julgamento das propostas: capacidade satisfatória de atendimento e menor taxa de administração, desde que igual ou inferior a - 3,3% (fls. 604);

- o Arquivo Nacional, na licitação nº 02/92, assim especificou: menor taxa de administração de serviços (que teriam que ser superior a zero); maior prazo para o pagamento, maior número de restaurantes credenciados na cidade do Rio de Janeiro. Em caso de empate, fixou prazo para as proponentes apresentarem ofertas de desempate; persistindo o empate, a decisão se faria por sorteio (fls. 764);

- a Cohab - Rio Grande do Sul, na licitação nº 001/92, estabeleceu os critérios, adiante referidos, para julgamento das propostas:

- prazo de pagamento (100 pontos)
- metodologia e demonstração de capacitação para entrega dos vales-refeição (600 pontos)
- número de estabelecimentos conveniados (150 pontos)
- estrutura organizacional das sedes ou filiais (100 pontos)
- sistema de resgate e pagamento dos estabelecimentos conveniados (50 pontos)
- taxa de administração até 1% (50 pontos); de 1,1% a 3% (30 pontos); acima de 3% (20 pontos) (fls. 812).

3.3 - Em um tal contexto, chega à conclusão de que o SERPRO, ao eleger como único critério de julgamento, um fator de administração (interpretação que, a meu ver, o Edital permite) reduziu a mínima proporção o caráter competitivo da licitação, até porque, conforme se verificou, o valor de tal taxa não é expressivo para as empresas do setor. Atenta-se que, em uma Concorrência que envolvia bilhões de cruzeiros - como a própria Representante o afirma, a fls. 02 - desprezou o SERPRO critérios economicamente significativos, como o do prazo para pagamento dos vales-alimentação, ou outros que, efetivamente, traduzissem eficiência e competitividade, como, por exemplo, a estrutura organizacional da empresa, a dimensão e qualidade da rede conveniada.

É de se notar, ainda, que a dimensão da rede conveniada foi apenas considerada, pelo SERPRO, como critério de habilitação das licitantes, exigindo-se, apenas, um número mínimo de estabelecimentos filiados.

Em complementação, adotou como critério de desempate, o sorteio - por sinal amplamente divulgado em tais certames - relegando, portanto, ao fator mais aleatório possível, a decisão da Concorrência, na hipótese referida.

Como se pôde constatar, outras empresas e órgãos estatais, demonstrando melhor percepção das características do setor, elaboraram de forma mais adequada seus Editais, privilegiando a competitividade, e, por certo, tiveram possibilidades, bem mais amplas, de alcançar o objetivo maior da licitação, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º do Decreto-lei nº 2.300/86).

4. Avaliação das razões de defesa invocadas pelas Representadas

De início, ressalte-se que o exame deste processo indica, à toda evidência, que, às Representadas, foram sempre assegurados o contraditório e a ampla defesa, com estrita observância, portanto, do disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Veja-se, no particular, que as Representadas foram inicialmente notificadas para apresentar defesa prévia, o que fizeram às fls. 105/462 dos autos, posteriormente, foram notificadas para especificação das provas (fls. 625); em seqüência foi-lhes reaberto o prazo para apresentação de defesa prévia (fls. 875/890), assegurando-se-lhes, ainda, por duas oportunidades, a realização de defesa final, vindo aos autos as petições de fls. 683/853 e 1.001/1.125, respectivamente.

Por outro lado, agiu acertadamente o DPDE, quando rejeitou o pedido de oitiva de dirigentes do SERPRO, formulado pela Cheques Cardápio. Pretendia a Representada que a entidade esclarecesse porque, nas licitações que se seguiram, e em que foi apresentado o mesmo fator de multiplicação por diversas concorrentes, não entendeu haver ocorrido conluio (fls. 942).

Como bem destaca, a tal propósito, o Procurador do CADE, "indagar da diretoria do SERPRO a razão pela qual, em outras licitações, não denunciara a coincidência de propostas ao Ministério da Justiça, em nada influi sobre o deslinde deste processo" (fls. 1.178).

Quanto ao mérito, como já se registrou no Relatório, a linha de defesa das Representadas se fixou, basicamente, no argumento de que, havendo o Edital adotado um critério único para julgamento da Concorrência

nº 010/90, qual seja o do menor preço, foram elas induzidas a propor um determinado fator de multiplicação, cuja aplicação ao valor facial do ticket resultasse, efetivamente, no menor preço, eis que pretendiam vencer a licitação.

Invocam, no caso, o disposto no subitem 5.1 do Edital, onde se lê que seria considerada vencedora a oferta que contivesse o menor fator de multiplicação do valor-facial (fls. 153).

Assim - argumentam - uma vez que o valor-facial do ticket já estava fixado no Edital em Cr\$ 653,00 (subitem 7.1, fls. 153) e considerando que o SERPRO não aceitara, em licitações anteriores, taxas de administração negativas ou iguais a zero (fls. 221 e 423) ou simplesmente remetera ao Decreto-lei nº 2.300/86, que inadmitte em seu art. 36, § 3º, preços unitários simbólicos irrisórios ou de valor zero (fls. 169 e 223), concluíram que o menor preço possível positivo seria Cr\$ 0,01 (um centavo de cruzeiro), como menor padrão monetário existente no País.

Chegaram, assim, ao mesmo fator de multiplicação - 1,00001531394 - traduzindo a sua linha de raciocínio na seguinte fórmula:

$$p = x \text{ vf},$$

onde,

$$p = 653,00 + 0,01$$

$$\text{vf} = 653,00$$

daí, resultando:

$$653,01 = x \cdot 653,00$$

(fls. 204, 344, 899, exemplificativamente)

A ilustre Coordenadora do setor jurídico do DPDE, Dra. Lázara Cotrim, contesta, às fls. 476/479, tal argumentação.

Assinala que, admitindo-se que o ato convocatório tivesse o condão de induzir as concorrentes a chegar a idêntico multiplicador, que resultasse em fator positivo, poderiam as Representadas escolher no intervalo entre 0 e 3%, fator diferente do apresentado e estariam atendendo ao Edital.

Ressalta que tal interpretação é confirmada pelo fato de a Golden Ticket e a Bocatto haverem apresentado, no Estado do Paraná e Brasília, cotação menor que as demais.

O entendimento da ilustre Coordenadora é respeitável.

Todavia, não se pode deixar de considerar que as empresas que efetivamente objetivassem vencer a licitação, ou pelo menos chegar ao sorteio, deveriam, nos termos do Edital, buscar o menor fator possível.

De outra parte, os autos nos dão notícia de que a Concorrência nº 010/90 veio a ser revogada, "por motivos de ordem administrativa" (fls. 170), de modo que se pode concluir que as propostas apresentadas pela Golden Ticket e Bocatto também não foram aceitas, afirmando-se, inclusive nestes autos - que tais propostas continham fator de multiplicação inferior a 01 (um inteiro) - fls. 111.

O eminente Procurador do CADE igualmente contesta a argumentação de defesa das Representadas.

Entende S.Sa., que o fator de multiplicação que resultasse em uma taxa de administração de Cr\$ 0,01 - admitindo-se que o SERPRO mantinha a orientação de proibir taxas negativas ou iguais a zero - não era o menor possível. "Nada impedia - afirma - que as empresas apresentassem fator de multiplicação inferior ao que cotaram. Outros números continuariam a gerar uma taxa de administração positiva" (fls. 1.188/1.189).

E, a título de ilustração, argumenta que se uma empresa indicasse um fator de multiplicação a redundar num acréscimo de Cr\$ 0,009, sobre cada um dos 22 vales fornecidos, mensalmente, para os 2.683 funcionários de Brasília, o valor da taxa de administração não seria negativo (fls. 1.189).

Embora assim se possa considerar o assunto - e tão bem se manifestou o ilustre Procurador - entendo que o Edital poderia induzir as Representadas a formular as suas propostas, tal como o fizeram.

De fato, a redação do subitem 5.1 do Edital (fls. 153), as informações anteriores do SERPRO quanto à inaceitabilidade de valores negativos ou iguais a zero para a taxa de administração, assim como as remissivas feitas pela entidade ao Decreto-lei nº 2.300/86 (fls. 169, 221, 223 e 423), as praxes de apresentação de taxas de administração em valores ínfimos nas licitações do setor (conforme registrado no item anterior desta manifestação de voto) poderiam ter levado as Representadas à interpretação a que se referiram, em suas respectivas defesas. Também não me parece despropositado, em um tal contexto, considerar-se Cr\$ 0,01 (um centavo de cruzeiro), como o menor valor positivo possível.

Por certo, a adoção, pela Representante, de um critério único para julgamento das propostas, privilegiando um fator economicamente menos relevante e desprezando critérios que, efetivamente, assegurassem o caráter competitivo da licitação, contribuiu, em grande medida, para a frustração do procedimento.

5. Conclusão de voto

No item 1 desta manifestação de voto, quando se analisou o art. 2º, v, b da Lei nº 4.137/62, dispositivo que, em tese, tipifica a conduta abusiva de que cuida este processo, destacou-se que a questão maior, para o julgador, consistia em retirar da prova colhida nos autos, elementos de convicção que o levassem a concluir pela realização ou não da prévia combinação de preços.

Isto porque, a combinação prévia de preços na Concorrência é, no caso, o instrumento de que se vale o agente para o exercício da concorrência desleal.

De outra parte, a prova do conluio não é fácil, eis que não se pode esperar que o acordo ilícito conste de documento expresso.

A questão da comprovação do conluio terá, pois, que ser considerada à luz de critérios específicos.

Entendo oportuno, no particular, referir-me, uma vez mais, ao julgamento do Processo Administrativo nº 02.91, realizado recentemente pelo CADE.

Naquela oportunidade, a ilustre Conselheira Neide Teresinha Malard, relatora do processo, destacava com a habitual propriedade:

"É bem verdade que não é fácil a prova do conluio. Não se pode esperar, todavia, que venha documentalmente comprovado o acordo ilícito, informal pactuado à margem da lei. Mas como bem realçado pelo Procurador do CADE, é indispensável que para o fato não haja outra explicação".

Pois bem, o CADE, por unanimidade, votou pelo arquivamento daquela Representação, reconhecendo haver uma explicação plausível para a coincidência de propostas: a liderança de preço exercida por uma das empresas Representadas.

No processo em referência, o ilustre Procurador do CADE, em seu bem lançado parecer, invocava e traduzia, em diversas passagens, o autor argentino Guillermo Cabanellas.

Pela absoluta pertinência com a matéria de que trata o presente processo, transcrevo alguns trechos daquele parecer:

"Perplexidades quanto à instrução de semelhantes processos resolvem-se, em toda a parte, à base de senso comum.

Notícia, a propósito, Guillermo Cabanellas, que a Suprema Corte norte-americana tem jurisprudência alinhada com a tese de que se pode dar por provada a conduta concertada ilícita se esta é a única explicação plausível para o comportamento considerado ("Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia". Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 276)."

E, em seguida, transcreve outro trecho da obra de Cabanellas:

"As condutas conscientemente paralelas reúnem, com respeito a práticas de conluio, um valor essencial de presunção, conforme surge do estudo dos antecedentes estrangeiros (...). O valor probatório de tais condutas resulta tanto mais importante quanto em grande parte dos atos anticompetitivos é impossível reunir elementos de prova de tipo não-presuntivo, com respeito à existência de uma possível concertação (ob. cit., p. 294)".

E, mais adiante, conclui o Procurador:

"Esta visto que a falta de causa razoável para explicar a identidade de conduta das empresas induz à suspeita concreta sobre a existência de acordo ilegal. A coincidência, entretanto, pode ser fruto de causa não repudiada pelo legislador. Isso o que leciona Cabanellas:

"Independentemente do seu valor probatório, as condutas conscientemente paralelas não constituem, por si mesmas, ação desconcertada. O paralelismo próprio desta categoria pode resultar de condições totalmente alheias à existência de uma prática colusória entre as partes envolvidas. Tal é o caso dos mercados em que a homogeneidade dos produtos oferecidos leva a uma uniformidade dos preços cobrados, ou em que a liderança de preços exercida por determinada empresa dá lugar a iguais efeitos. Formas menos perfeitas de paralelismo, mas igualmente alheias à existência de um concerto entre competidores, podem resultar da transparência de mercado, que impede aos distintos ofertantes adotar políticas de preços marcadamente divergentes (ob. cit., p. 292)".

Duas páginas adiante, o autor portenho retoma algumas circunstâncias que podem ser consideradas para explicar a conduta paralela, subtraindo-lhe o caráter reprovável:

"A tal efeito, deve considerar-se a homogeneidade do produto, a transparência do mercado, a similitude na estrutura operativa e de custos dos distintos competidores, a presença de um impacto similar sobre a totalidade dos ofertantes".

De tão valiosas lições, extraem-se algumas conclusões principais e que têm plena aplicação ao caso ora em julgamento:

- a coincidência de condutas assumidas por mais de uma empresa é elemento que permite presumir o conluio vedado por lei;
- a conduta concertada ilícita se pode dar como provada, se é a única explicação plausível para o comportamento considerado;
- a coincidência de conduta pode resultar, todavia, de causas não vedadas pelo legislador, tais como a similitude na estrutura operativa e de custos similar sobre a totalidade dos ofertantes.

No presente processo, a coincidência de condutas das Representadas, por ser, como se assimilou elemento que permite crer no conluio, justificou, plenamente, a instauração do processo por parte da Secretaria de Direito Econômico - SDE.

Todavia, levando-se em conta a avaliação realizada no item anterior desta manifestação de voto, chego à conclusão de que determinados fatos, ali evidenciados, podem ter induzido as Representadas a apresentar, na Concorrência nº 010/90, idêntico fator de multiplicação, sendo admissível inferir-se que tal coincidência de condutas não tenha decorrido de prévia combinação.

Dentre tais fatos, enfatizo, uma vez mais:

- a redação do Edital, principalmente no que concerne à eleição de um critério único para julgamento das propostas, critério este que, segundo se é possível interpretar, nada mais era do que uma forma indireta de se chegar à menor taxa de administração;
- a constatação de que tal critério era economicamente pouco significativo, se comparado à perspectiva de ganhos resultantes do giro financeiro, principalmente em uma contratação de serviço envolvendo bilhões de cruzeiros;
- as praxes que preponderam nas concorrências referentes ao setor de serviços de vales-alimentação, principalmente no que se refere a ofertas de valores ínfimos ou mesmo negativos para taxas de administração, o que, por sinal, não torna tais produtos irrealis ou inexecutáveis, face à perspectiva de ganhos financeiros referida acima;

- as informações prestadas pelo SERPRO nas licitações imediatamente anteriores, quanto à não aceitação de taxas de administração negativas ou de valor zero, bem assim, as remissivas ao Decreto-lei nº 2.300/86, que veda propostas com preços unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero. É de se anotar que o Edital era omissivo a respeito, mas a prova colhida nos autos não desautoriza o entendimento de que o SERPRO manteve o critério.

O processo revela, ainda que a Representada Golden Ticket, sob a alegação de desejar fortalecer a sua posição em Brasília e no Estado do Paraná e por ser conhecedora da política comercial arrojada da Bocatto, apresentou propostas diferentes das demais Representadas, em tais localidades, contendo, segundo se alega, fator de multiplicação inferior a 1 (um inteiro) (fls. 285 e 946).

Embora não se comprovem tais assertivas, considero que a conduta isolada daquela sociedade, nas duas oportunidades, não faz presumir, por si só, um procedimento abusivo, até porque, aquele, de que trata o processo, pressupõe o conluio. Enfim, faltam melhores elementos de convicção a tal respeito.

Em face do exposto, e considerando a possibilidade de se admitir uma explicação razoável para a identidade de condutas das Reclamadas, que não decorrente de conluio, entendo que não se pode ter como provada a concorrência desleal, no caso em julgamento.

Sendo assim, o meu VOTO é pelo arquivamento deste Processo Administrativo.

Ao final, face ao que pude constatar dos autos, recomendo à Secretaria de Administração Federal e à Coordenação das Empresas Estatais que adotem providências visando ao aprimoramento dos Editais de Concorrências Públicas, no âmbito federal, de modo a privilegiar o caráter competitivo dos certames.

Brasília, 16 de dezembro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESNHA MALARD

1- As acusadas imputa-se a prática da infração prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137, de setembro de 1962 - exercer concorrência desleal, por meio de combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

Em seu Relatório Final, conclui o DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA que houve conluio entre as Representadas, em licitação realizada pelo SERPRO, objetivando o fornecimento de vales-refeição, materializada, a conduta concertada na cotação de idêntico fator de multiplicação para se chegar ao preço proposto.

O ilustre Procurador do CADE defende a representação, pedindo a condenação das empresas responsáveis pela conduta que entende abusiva.

2- Retomo, aqui, a tese que sustentei por ocasião do julgamento do Processo administrativo nº 02/91, de que fui relatora - a de que a conduta prevista no inciso V, alínea b, do art. 2º, da Lei n. 4.137/62 é meramente instrumental da prática desleal de concorrência e, como tal, só pode ocorrer vis a vis concorrente.

No caso dos autos, entendo configurada, em tese, a infração de que trata no referido dispositivo legal, porquanto, como bem lembrado pelo ilustre Procurador do CADE, a empresa Bocatto, que participou da licitação em questão, não teria feito parte do conluio, sendo, assim, o alvo da prática desleal de concorrência.

Admitindo, então, a configuração em tese do ilícito, passo a enfrentar a questão de sua exata ocorrência.

O único elemento probatório a sustentar a combinação prévia ou conluio é a cotação do tal fator de multiplicação em valor idêntico, qual seja, aquele que resultasse um centavo do cruzeiro sobre o valor de face do vale.

Os argumentos que se contrapõem baseiam-se em duas interpretações distintas da cláusula editalícia que dispõe sobre o preço a ser cotado pelas licitantes. As defendentes sustentam que o menor fator de multiplicação só poderia ser aquele que acrescentasse ao valor de face do vale a menor fração do cruzeiro, ou seja, Cr\$ 0,01 (um centavo), enquanto que a Secretaria de Direito Econômico e o ilustre Procurador do CADE entendem que qualquer fator que resultasse valor superior a 0 (zero) poderia ser cotado e que a coincidência das cotações constituiria plano preconcebido pelas Representadas.

A meu ver, as duas interpretações da cláusula editalícia em tela são plausíveis. Afastada qualquer possibilidade de se cotar valores negativos, é perfeitamente aceitável que a licitante temesse ser desclassificada por ser considerada a sua proposta negativa ou irrisória se oferecesse valor inferior a um centavo. Por isso que não vejo como considerar conluídas as proponentes, pelo só fato de coincidirem na cotação do tal fator de multiplicação. Se cotassem acima, certamente correriam o risco de serem derrotadas; se cotassem abaixo, o valor poderia ser recebido como negativo ou irrisório, e afastadas estariam do certame.

Ressalte-se ademais que, representando a taxa de administração ganho inexpressivo para as fornecedoras dos vales, é razoável supor que, para não correrem qualquer risco, cotassem o menor valor possível a tal título, a saber, a menor fração do cruzeiro.

No campo do direito da concorrência, é assente na doutrina e jurisprudência estrangeiras, bem como na jurisprudência administrativa do CADE, que as provas circunstanciais são suficientes à conclusão de que a única explicação razoável para a conduta semelhante de concorrentes é o acordo, seja ele expresso ou tácito.

No caso dos autos, porém, o acordo não é a única explicação razoável para a cotação de fatores idênticos pelas Representadas, de vez que possível era, como já se viu, mais de uma interpretação plausível para a cláusula editalícia que norteou as propostas.

O critério adotado pelo Serpro para a escolha da proposta mais vantajosa cerceou a concorrência, porquanto estabeleceu todas as condições do serviço licitado, deixando que as interessadas cotassem apenas o tal fator de multiplicação, privilegiando, assim, o elemento que, nos resultados financeiros dos serviços prestados pelas empresas do ramo tem menor importância.

Isto posto, não vejo como condenar as Representadas à falta de provas, já que a conduta idêntica por elas adotada tem outra explicação razoável, não se podendo inferir das circunstâncias do caso de que houve o acordo.

Acompanho, pois, o voto do ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho que, com o brilhantismo de sempre, fundamentou as razões que o levaram a concluir pelo arquivamento do processo.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Como bem observou o Ilustre Conselheiro, Dr. Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, ao analisar as peças que compõem o P.A. em pauta: "a questão maior que se apresenta ao julgador é a de retirar da prova colhida nos autos, elementos de convicção que o levem a concluir pela realização ou não do citado conluio, a partir da comprovada coincidência de condutas das Representadas".

Cumpre ressaltar que em certames licitatórios dessa natureza e com esse objetivo, a utilização de um conjunto de critérios para o julgamento das

propostas representa aspecto essencial para se evitar a ocorrência de restrições ou privilégios no caráter competitivo da licitação.

Assim, a eleição de critérios estabelecendo maior prazo para pagamento dos vales-alimentação; a rede de estabelecimentos conveniados em cada área de atendimento; o prazo de confecção e de entrega dos tickets dos vales-alimentação; o suporte logístico prestado à licitantes e a taxa de administração destacam-se entre os mais usuais.

A esses critérios e visando ampliar o seu alcance e abrangência, diversas organizações têm se utilizado, também, de ponderações para cada critério.

No caso em tela, cabe observar que o SERPRO elegeu apenas um critério de julgamento, único e exclusivo, muito embora na licitação anterior tivesse adotado um conjunto deles para julgamento.

Assim procedendo, é lícito admitir a hipótese de restrição do caráter competitivo da licitação, induzindo todos os licitantes à igualdade de preços mínimos.

A par da rigidez do critério de julgamento e seleção e da inadequação das condições impostas pelo Edital terem concorrido para induzir à igualdade na oferta do menor preço, entendo da maior relevância a observação efetuada pelo Ilustre Procurador do CADE quando considera que embora o SERPRO mantivesse a orientação em não admitir taxas de administração negativas ou iguais a zero, existiam outros valores positivos que poderiam ter sido apresentados pelas licitantes e não o foram.

Assim, também não é absurdo examinar a hipótese de que a coincidência de conduta presuma o conluio vedado por lei, ao restringir a liberdade das empresas e, em consequência, levar à prática de concorrência desleal.

Desta forma, se, de um lado, na feitura do próprio Edital pelo Representante houve a eliminação de várias vertentes que poderiam dirimir dúvidas por parte dos licitantes, tornando a competição mais transparente, o que, de fato, não ocorreu, de outra parte, é lícito reconhecer que não constam dos autos elementos de convicção suficientes para caracterizar a ocorrência do conluio.

Isto posto, acompanho o bem elaborado VOTO do Conselheiro Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 1992

Marcelo Monterio Soares

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Nos termos do art. 17 do Regimento Interno deste Conselho, declaro-me IMPEDIDO de votar no julgamento do presente processo administrativo, relatado pelo ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, tendo em vista ter participado da apuração do procedimento das Representadas, no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico - SDE.

Dentre os esforços desenvolvidos por mim, no cumprimento das minhas funções naquele DPDE, com vistas a apurar procedimentos eventualmente caracterizáveis como abuso de poder econômico por parte das Representadas, emiti juízo de valor, ao propor a abertura do referido processo administrativo. A referida posição foi acatada pelo Dr. Diretor do DPDE, em despacho de 05.04.91, que determinou a instauração do processo administrativo contra as Representadas, procedendo-se às respectivas notificações, conforme se verifica da leitura dos documentos contidos nos autos, fls. 80/84, 85/87 e 89/102, respectivamente.

Brasília-DF, 16 de dezembro de 1992

José Matias Pereira