

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 02

INSTAURADO DE OFÍCIO PELA SECRETARIA NACIONAL DE DIREITO ECONÔMICO INDICIADAS: WEST DO BRASIL COM. E IND. LTDA; METALÚRGICA MARCATTO LTDA; RAJJ COM. E IND. DE TAMPAS METÁLICAS LTDA; SOARES IND. E COM. LTDA E FARMACAP IND. E COM. LTDA

DECISÃO

Por unanimidade os membros do Conselho decidiram pelo arquivamento do Processo administrativo nº 02, com base nas razões expostas nos votos da Conselheira Relatora e dos demais Conselheiros, e pela ciência ao Ministério Público da decisão do Colegiado.

Plenário do CADE, 09 de setembro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira Relatora

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

EMENTA - Combinação prévia de preços em concorrência pública. Prova. Doutrina. Liderança de preço. Ampla defesa e clareza da denúncia. Pertinência da Lei nº 8.158/91, nos seus aspectos processuais, a fato ocorrido em 1990.

As empresas que respondem a este processo administrativo participaram, em 31/7/90, de licitação promovida pela Fundação para o

Remédio Popular - FURP, que visava a aquisição de tampas de borracha butílica e selo de alumínio natural - Concorrência FURP nº 009/90. A Secretaria Nacional de Direito Econômico, atenta a denúncia formulada pela imprensa, instaurou o feito porque as licitantes teriam, mediante prévio acordo, oferecido propostas iguais. Cumpridos os trâmites do processo, a SNDE entende configurado o abuso do poder econômico descrito no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62.

Ao longo do processo, as empresas envolvidas apresentaram defesas, atacando a regularidade formal do processo e o mérito da acusação.

Fala-se, de início, em inépcia da denúncia, por falta de clareza.

A acusação, no processo administrativo, deve ser formulada de modo a possibilitar ao defendente o conhecimento do que lhe é atribuído, permitindo-lhe argumentar em prol dos seus interesses com eficiência. Esse requisito está satisfeito nos autos. Tanto isso é verdade que as empresas apresentam circunstanciada defesa, abrangente de todos os aspectos da conduta que foi tida como ilegítima pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. Não sofreram prejuízo algum, à conta do modo como foram descritos os fatos relevantes nestes autos.

As empresas puderam bem se defender. Foi-lhes enviada nota técnica, onde se narra, com precisão, o comportamento tido como ilícito. A nota técnica se refere à licitação em que ocorreu o problema e aponta a identidade de preços apresentados nas propostas dos concorrentes como indício da prática de combinação entre as empresas, em prejuízo da concorrência pública. Na nota, tipificou-se a conduta no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62. Bem se vê, dessarte, que não procede a censura.

As empresas criticam, ainda, o processo por ter sido aberto com base na Lei nº 8.158/91, que é posterior ao fato relevante, e que não se referiria a ilícitos previstos na Lei nº 4.137/62.

Nada, entretanto, há de surpreendente em se trilhar o procedimento da Lei nº 8.158/91 neste caso. Não se ignora que as regras processuais vigoram a partir do instante em que editadas. Neste particular, não prevalece a lei do tempo do fato - até porque nenhum prejuízo disso decorre para a defesa. Ademais, a Lei nº 8.158/91 recebe os ilícitos descritos na Lei nº 4.137/92, conforme faz ver o seu art. 23

Merece registro, outrossim, que foram ouvidos depoimentos dos dirigentes das empresas, sob o crivo do contraditório.

Não cabe reparo, pois, à legitimidade de forma do processo.

No mérito, vale recordar que o tipo a que se conformaria a conduta das empresas supõe um acordo - ainda que informal - entre as empresas, 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. Tudo quanto importa é que, por força do acordo, tenha sido frustrada a independência das empresas que concorrem a um mesmo mercado - valor a que a lei tem em mira tutelar.

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 discrição. 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 Antimonopolico y de Defensa de 1ª Competencia*. Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 276

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

"As condutas conscientemente paralelas reúnem, com respeito à pratica 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, respeito à existência de uma possível concertação"(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. Desse modo, agiu perfeitamente a Secretaria Nacional de Direito Econômico ao abrir o processo administrativo para averiguar o possível ilícito de direito econômico no fato da apresentação de idênticas propostas na concorrência da FURP. Agiu bem avisada, ainda, ao remeter o processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O assunto envolve delicada interpretação do direito e de provas, cujo exercício cabe, exclusivamente, ao órgão judicante desde Ministério.

Está 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 concertada. 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 fato com impacto similar sobre a totalidade dos ofertantes".

Resta firmar se, in casu, é justificável a apresentação de iguais propostas de preços pelas licitantes.

Tenho que, aqui, a coincidência anotada perde a força de presunção do conluio, porquanto é possível explicar o fato sem abusar da credulidade do observador.

Alegam as empresas que agiram sob a influência do fenômeno da liderança de preços. Garantem, ainda, que a liderança não resultara de qualquer acordo, mas de mecanismos do mercado.

Sustentam que, durante período de 1990, os preços dos seus produtos estiveram sob o controle do governo, que tomava como paradigma o valor praticado pela West do Brasil.

Não seria de estranhar, portanto, que os preços cobrados por essa firma continuassem a repercutir sobre o mercado nos meses seguintes ao término do controle governamental.

Os preços eram verificadas, conforme alegam, diretamente no mercado. Importante, neste passo, a defesa da firma Soares Indústria e Comércio Ltda:

"Os preços dos "lacs de alumínio" eram controlados e fixados pelo CIP até 15/3/90. Tal política levou a um acomodamento natural de área comercial dos fabricantes, que após a extinção do órgão controlador passaram a seguir os preços arbitrados pela líder do setor, a West do Brasil Ind. e Com. Ltda. Tal procedimento era rotineiro, pois os preços da West nos eram informados pelos diversos clientes tão logo nossas cotações suplantavam as da concorrente"(fls. 258).

A mesma empresa argumenta, documentadamente, em contrário à idéia do conluio na licitação:

"Nossos preços de venda às empresas públicas eram rigorosamente iguais aos praticados junto aos demais clientes, em sua maioria multinacionais da área farmacêutica, com enorme poder de barganha e aos quais não temos a menor condição de impor preços"(fls. 259).

As características do mercado em tela conferem crédito, ainda, à Farmacap Indústria e Comércio Ltda, ao dizer que, "sendo uma empresa nova, na época, não teria condições de, com preços próprios superiores, sobreviver em mercado tão restrito"(fls. 440).

Assim, à vista das peculiaridades da espécie - tais a homogeneidade do produto, a facilidade com que as empresas denunciadas poderiam acompanhar os preços da líder por uniformes do próprio mercado (transparência do mercado), a circunstância de ter havido controle governamental de preços até momento próximo da licitação, bem assim o fato de que a identidade de preços verificada na concorrência pública ocorria também no mercado privado - , tudo isso faz razoável admitir, na hipótese, a existência de mera liderança de preço, irrelevante do ponto de vista da legislação repressiva ao abuso do poder econômico. Esses fatores não

permitem ter como provada a concorrência desleal exercida por combinação de preços em concorrência pública.

A falta de outros elementos de convicção acerca do alegado conluio, opino pelo arquivamento do processo.

Brasília, 17 de julho de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

EMENTA: *Fato ocorrido antes da vigência da lei nº8.158/91. Concorrência desleal, liderança de preço.*

1- A norma de processo administrativo obedece ao princípio da aplicação imediata. A Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 passou a regular o processo de apuração das infrações contra a ordem econômica, previstas na Lei nº 4.137, de 09 de setembro de 1962, ainda que cometidas antes de sua entrada em vigor. 2- A conduta abusiva prevista no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62 é meramente instrumental, necessitando para sua configuração a existência de prática desleal vis a vis concorrente. 3- Preços iguais para produtos homogêneos no mercado oligopolizado podem decorrer de conduta normal de concorrentes, explicada na teoria econômica pela liderança de preço. 4- Se a prática de preços iguais se explica tão só por causa econômica, não se podendo inferir dos acontecimentos no mercado que resultou de conluio, não se pode condenar as indiciadas por conduta abusiva. 5- Improcedência do processo administrativo.

RELATÓRIO

Em razão de matéria veiculada no Jornal do Brasil de 30/09/90, dando conta de prática concertada entre fornecedores de selos de alumínio, em licitação realizada pela Fundação para o Remédio Popular - FURP, entidade da Administração do Estado de São Paulo, a Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE instaurou processo administrativo, com base na Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, para apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, capitulada no citado texto legal.

Foram notificadas empresas Farmacap Indústria e Comércio Ltda., Metalúrgica Macatto Ltda., Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., Soares Indústria e Comércio Ltda. e West do Brasil S.A., para comparecerem à SNDE a fim de prestarem esclarecimentos sobre a aludida

prática (fls. 2, vol. 074, fls. 2, vol. 072, fls. 30, vol. 099, fls. 2, vol. 073, fls. 7, vol. 075, respectivamente).

A documentação pertinente a cada uma das empresas foi atuada separadamente, constituído o processo de seis volumes, dois relativos à West. Tanto no relatório quanto no voto, quando mencionar peças e documentos que constituem o processo, utilizarei a seguinte referência: volume nº 072, relativo à Metalúrgica Marcatto Ltda.; volume nº 073, relativo à Soares Indústria e Comércio Ltda.; volume nº 074, relativo à Farmacap Indústria e Comércio Ltda.; volumes nº075, 1º e 2º, relativos à West do Brasil S.A. e volume nº 099, relativo à Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas.

Solicitaram-se informações sobre a participação das indiciadas nas licitações para fornecimento de tampas metálicas, realizadas pelo Instituto Butantã, pela Central de Medicamentos, pela Fundação Oswaldo Cruz e pela Fundação do Remédio Popular.

Disse o Instituto Butantã que as empresas indiciadas participaram da Tomada de Preços nº 74/90, realizada em 31 de agosto de 1990, para o fornecimento de tampas de alumínio, tendo todas elas cotado o mesmo preço. No entanto, foi o fornecimento adjudicado à Metalúrgica Marcatto S.A., pelo critério do menor prazo de entrega (fls. 06, vol. 075, 1º, fls. 07/24, vol.072, fls. 08, vol. 073 e fls. 07, vol. 074).

A Fundação do Remédio Popular remeteu documentos que informam terem as mesmas empresas participado, dentre outras realizadas em anos anteriores, da Concorrência FURP nº 009/90, realizada em 17 agosto de 1990, tendo cotado preços idênticos (fls. 10/22, vol. 075, 1º, fls. 78/92, vol. 099, fls.28 e fls. 149/163, vol 072, fls. 10/25 e 29, vol. 073, fls. 08/23 e fls. 26, vol. 074).

Informou a Fundação Oswaldo Cruz que, na licitação constante do processo nº 1279/90-72, participaram Soares Indústria e Comércio Ltda. e Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., tendo ambas cotado o mesmo preço. Diante de recusa das duas empresas em oferecer desconto, procedeu-se ao sorteio, saindo vitoriosa a firma Rajj (fls. 24, vol. 075, 1º, fls. 26/27, vol. 072, fls. 09, 28, 30/32, vol. 073 e fls. 23A/24, vol.074).

A CEME repassou as informações que lhe foram prestadas pelo Sindicato da Indústria dos Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo - SINDIFARMA, cujas associadas utilizam as tampas em questão. Disse o Sindicato que os preços, em geral, são iguais, ocorrendo os reajustes em épocas e percentuais também iguais.

Quanto a oferta do produto, informou o Sindicato que não havia problemas de abastecimento, a não ser em épocas excepcionais (fls. 028, vol. 075,1º).Forneceu, ainda, a CEME cópia da proposta da Rajj na Tomada de Preços nº 038/90 fls. 38, vol.099), bem como os documentos de fls. 62/66,

vol. 099, fls. 133/139, vol. 072, fls. 176/185, vol. 073, fls. 28/29 e fls. 237/242, vol. 074.

Em 16 de outubro de 1990, atendendo à convocação de SNDE, as empresas Marcatto, Soares, Farmacap e West compareceram ao Ministério da Justiça, tendo prestado as informações constantes de fls. 25, vol. 072, fls. 26/27, vol. 073, fls. 24A/25, vol. 074 e de fls. 23, vol. 075, 1º, respectivamente.

Em 19 de outubro de 1990, foi a vez da empresa Rajj comparecer ao Ministério da Justiça, onde prestou as informações constantes de fls. 31/32, vol. 099.

Em 14 de novembro de 1990, foi solicitado à Marcatto e à Farmacap o fornecimento de nova documentação (fls. 140, vol. 072 e fls. 141/145, vol. 072 e de fls. 244/253, vol. 074).

Solicitou-se às indiciadas que fornecessem tabelas de preços e alguns documentos complementares (fls. 023, vol. 075, 1º), vindo, em consequência, aos autos a documentação de fls.29/353, vol. 075, 1º, fls. 39/56, fls. 70/77 e fls. 96/104, vol. 099, fls. 33/129, vol. 072, fls. 37/175, vol. 073 e de fls. 31/ 232, vol. 074.

Posteriormente, foi enviada circular a cinco laboratórios compradores dos produtos da West, solicitando cópias das notas de compra de produtos variados (fls. 354/358, vol. 075, 1º).

Em resposta à mencionada circular, a Merk S.A. Indústrias Químicas enviou notas fiscais relativas a aquisições de tubo plástico de 27x87 mm, branco, sem gravação (fls.359/383, vol. 075, 1º); a Merrell Lepetit Farmacêutica Ltda. remeteu notas fiscais relativas a compras de pistão de borracha PL-4 235 P, cinza (fls.384/404, vol. 075, 1º); a Catarinense de Produtos Descartáveis Comércio, Ind. e Representação Ltda. ofereceu notas fiscais relativas a compras de conector de borracha p/s/s "flashball" 7801/30, transparente (fls. 408/413, vol. 075, 1º); Laboratórios B.Braun S.A. enviou notas fiscais relativas a aquisições de conector de borracha p/s/s "flashball" 7801/30, transparente e pistão de borracha para seringa 20 cc B.Braun 1006, preto (fls. 415/550, vol. 075, 1º); e a Prodome Química e Farmacêutica Ltda. remeteu notas fiscais relativas a compras de tampa de alumínio sistema "flip off" 20 mm, amarelo Ivomec, gravado (fls. 553/558, vol. 075, 1º).

Em 21 de fevereiro de 1991, o DNPDE solicitou às indiciadas que lhe enviassem as tabelas de preços praticados após 13/09/90, bem como cópias das cinco propostas apresentadas pelas empresas em licitação pública (fls. 559, vol. 075, 1º). Em resposta, vieram os documentos de fls. 562/628, vol. 075, 1º, fls. 164/183, vol. 072, fls. 209/217, vol. 073 e fls. 273/294, vol. 074, tendo sido solicitados à West e à Soares documentos complementares, os

quais vieram aos autos às fls. 651/662, vol. 075, 1º e fls 221/228, vol. 073, respectivamente.

Solicitou-se à Fundação para o Remédio Popular - FURP o envio de documentos relativos a licitação nº 009/90, vindo aos autos os documentos de fls. 629/643, vol. 075, 1º.

Ao Departamento Nacional de Registro do Comércio, solicitou o DNPDE fosse informada a composição acionária das empresas investigadas (fls. 561, vol. 075, 1º), o que foi feito às fls. 646/650, vol. 075, 1º, fls. 386/391, vol. 074, fls. 215,216 e 218/222, vol. 099, fls. 314/323, vol. 073, fls. 292/296, vol. 072.

Em 03 de abril de 1991, o DNPDE solicitou à Fundação Oswaldo Cruz, ao Instituto Butantã, ao Instituto de Tecnologia do Paraná e ao Laboratório Químico Farmacêutico do Exército documentos relativos à participação das empresas indiciadas nas licitações nº 038/90-SL, nº 003/91, nº 05/91-SM e nº 005/91, respectivamente (fls. 663/664, vol. 075, 1º e fls. 667/668, vol. 075, 2º). As respostas encontram-se às fls. 680/707 e 736, vol. 075, 2º, fls. 118/139 e fls.152/156, vol. 099, fls. 197/223, vol. 072, fls. 242/266, vol. 073 e fls. 308/328 e 331/338, vol. 074.

Em 04 de abril de 1991, elaborou-se Nota Técnica (fls. 669 e 670, vol. 075, 2º; fls. 109 e 110, vol. 099; fls. 188 e 189, vol. 072, fls. 233 e 234, vol. 073 e fls 299 e 300, vol. 074) que, à vista dos documentos analisados, concluiu pela existência de combinação entre as empresas indiciadas, passível de enquadramento no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62.

De acordo com a Nota Técnica em questão, o Sr. Diretor do DNPDE determinou a instauração do processo administrativo e a notificação das indiciadas para, no prazo de quinze dias, apresentarem defesa prévia e requerem provas (fls. 673, vol. 075, 2º, fls. 111, vol. 099, fls. 190, 072, fls. 235, vol. 073 e fls.301, vol. 074).

A fls. 678, vol. 075, 2º, tem-se conta da publicação do despacho acima mencionado, encontrando-se a fls. 676 verso, vol. 075, 2º, a fls. 114 verso, vol. 099, a fls. 194 verso, vol. 07, e a fls. 238 verso, vol. 073 os comprovantes de notificação das indiciadas.

A West, a Rajj e a Marcatto ofereceram defesa prévia que se encontra, respectivamente, às fls. 708/717, vol. 075, 2º, fls. 141/150, vol. 099 e às fls.226/235, vol. 072. Alegam, em síntese, que a denúncia é inepta porque imotivada, não contendo, ainda, a classificação legal do fato tido como delituoso; que a conduta imputada às indiciadas é anterior à Lei nº 8.158, de 08/01/91, contrariando, assim, os princípios da reserva legal e da tipicidade; que a identidade de preços não caracteriza a cartelização, sendo necessários outros elementos para se determinar a existência do cartel; que o fato denunciado ocorreu em época de transformação político-econômica, sendo

difícil às indiciadas adaptarem-se às novas regras de mercado, depois de muito tempo controladas pelo Conselho Interministerial de Preços - CIP, controle este que foi retomado após a ocorrência dos fatos imputados às defendentes; que a edição da Medida Provisória nº 295, convertida na Lei nº 8.178/91, congelando todos os preços, foi a demonstração de que o Estado reconheceu os preços praticados pela suplicada, legitimando-os em razão do princípio *abolitio criminis*. Negam que tenham participado de qualquer acordo com concorrentes, requerendo, afinal, a improcedência da denúncia.

A Soares apresentou a defesa às fls. 258/259, vol. 073, retirando as explicações oferecidas em reunião realizada na SNDE, em 16 de outubro de 1990. Afirma que os preços dos lacres de alumínio eram controlados pelo CIP até março de 1990 e que, após a extinção do Órgão, os fabricantes do produto passaram a seguir os preços da líder do setor, a West., os quais lhe eram informados pelos diversos clientes, tão logo seus próprios preços suplantavam os da concorrente. Alega, ademais, que seus preços de venda para as empresas públicas eram idênticos àqueles cotados para os clientes particulares, em sua maioria, multinacionais da área farmacêutica, cujo poder de barganha lhe impedia de impor condições.

Argumenta a defendente que, sendo empresa de pequeno porte e com apenas dois anos de atividade, foi obrigada a acompanhar os preços das concorrentes para sobreviver num mercado pequeno e muito disputado. Afirma que sempre praticou preços iguais, tanto em relação aos clientes privados, quanto nas concorrências públicas. Aduz que, após a reunião na SNDE, vem praticando preços próprios, os quais têm como referência tabela congelada em 21/01/91.

Às fls. 718/733, vol. 075, 2º, fls. 157/172, vol. 099, fls. 239/254, vol. 072, fls. 267/282, fls. 267/282, vol. 073 e fls 340/355, vol. 074, encontra-se o parecer técnico de DNPDE, elaborado em 13 de junho de 1991 que, após o relatório dos fatos, apresenta a análise das informações econômicas trazidas ao processo, concluindo que: as propostas oferecidas pelas indiciadas demonstram preço, prazos de entrega e quantidades idênticas; que, nos três primeiros meses de 1990 as empresas mantinham políticas próprias de preços, apesar de registradas no CIP, tendo passado a adotar preços idênticos somente a partir de junho daquele ano; que as taxas de juros praticadas pelas empresas têm o mesmo percentual; que a liberação de preços pelo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, em 03/05/90, e a participação da licitação da FURP, em agosto do mesmo ano, onde foram apresentadas propostas idênticas, levam a crer que as indiciadas combinaram previamente os preços cotados; que, em licitações posteriores, as mesmas empresas cotaram preços diferenciados; que o argumento das indiciadas de que seguiam o preço cotado pela líder não procede pois, sendo a West a empresa líder, seus preços

deveriam ser mais baixos, e não os maiores, conforme se verificou. Conclui pela existência de prática combinada de preços no período compreendido entre junho e setembro de 1990, constatada na licitação nº 009/90 da FURP, concorrência nº 74/90 do Instituto Butantã e em licitações da Fundação Oswaldo Cruz, sugerindo apreciação jurídica sobre as preliminares suscitadas.

Às fls. 737/ 745, vol. 075, 2º, fls. 178/186, vol. 099, fls. 255/263, vol. 072, fls. 283/291, vol. 073 e fls. 356/364, vol. 074, encontra-se o parecer jurídico do DNPDE, datado de 12 de novembro de 1991, concluindo pela existência de combinação de preço entre as empresas indiciadas, no período de junho a setembro de 1990. A tese sustentada se fundamenta no fato de que a empresa Rajj teria sofrido pressão do grupo para praticar preços idênticos, conduta reprimível na forma do art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62. Refuta a alegação de inépcia da denúncia, bem como o argumento das defendentes em relação ao princípio da reserva legal e da tipicidade da conduta, afirmando que a Lei nº 8.158/91 foi utilizada apenas para a instauração do processo administrativo, estando a conduta abusiva imputada às indiciadas, prevista na Lei nº 4.137/62. Quanto à existência da prática concertada para a participação nas licitações públicas, conclui o parecer, louvando-se nos argumentos técnicos oferecidos às fls. 718/733, vol. 075, 2º, que a simples cotação de preços idênticos é suficiente para a configuração da conduta tipificada na citada lei.

O Diretor do DNPDE, acolhendo os relatórios técnico e jurídico que concluíram pela existência da prática abusiva, expediu notificação às indiciadas, encaminhando-lhes os mencionados relatórios, para que apresentassem defesa (fls. 746, vol. 075, 2º, fls. 187/190, vol. 099 e fls 264, vol. 072).

Em 11 de dezembro de 1991, solicitou o DNPDE à Secretaria Nacional de Economia informações sobre a participação percentual de cada empresa indiciada no mercado de fechamentos de borracha e selos de alumínio para medicamentos, o grau de concentração respectivo, a análise da política de preços adotada pelas empresas em questão antes, durante e depois do fato que ensejou a instauração do processo, bem como o grau de dependência do setor farmacêutico em relação ao segmento em que atuam as indiciadas, vindo aos autos o parecer técnico de fls. 800/815, vol. 075, 2º.

Notificadas a West, a Rajj e a Marcatto ofereceram defesa em 26/12/91, que se encontra às fls. 752/759, vol. 075, 2º, fls.193/200, vol. 099 e fls. 270/277, vol. 072 respectivamente. Afirmam ser inepta a denúncia feita com base na Lei nº8.158/91, ao fundamento de que esse diploma só se aplica aos ilícitos nele previstos. Daí porque não obedecidos, segundo as defendentes, os princípios da reserva legal e de tipicidade. Alegam, ainda, ofensa o princípio da ampla defesa, por não terem podido produzir as provas

testemunhais, mediante depoimento de seus representantes legais. Sustentam, por outro lado, a nulidade do procedimento de oitiva do representante da West, porquanto o depoimento ali colhido não fora contraditado pela defesa. No mérito, reiteram os termos da defesa prévia, insistindo em que não houve combinação prévia de preços e nem concorrência desleal. Afirmam que a combinação prévia de preços não poderia importar em concorrência desleal, porquanto levaria, certamente, uma ou outra participante a vencer a licitação.

Em 30 de dezembro de 1991, a Soares apresentou defesa, que se encontra às fls. 298 e 299, vol. 073. Reitera os termos da memória de reunião do dia 16/10/90, bem como os da defesa prévia. Nega qualquer combinação, afirmando que apenas seguiu os preços de tabela da empresa líder - a West - amplamente conhecida no mercado.

Em 18 de fevereiro de 1992, o DNPDE convocou os representantes legais das defendentes para prestarem depoimento (fls. 788, vol.075, 2º, fls. 201, vol. 099, fls. 278, vol. 072, fls. 201, vol. 073, fls. 372, vol. 074), que foi tomado aos 26 de fevereiro de 1991, conforme se verifica às fls. 762/773, vol. 075.2º.

No parecer da Secretaria Nacional de Economia vieram informações sobre as empresas produtoras de lacre de alumínio, seu grau de concentração e a variação de preços apurados nos períodos compreendidos entre 14/01/89 e 28/02/90.

Às fls 816/841, vol. 075, 2º, encontra-se novo relatório do DNPDE, repetindo os mesmos fatos, dados e análise econômico-jurídica do relatório de fls. 718/745, vol. 075, 2º, prosseguindo, no entanto com a narração dos fatos e análises dos documentos que se seguiram à defesa das indiciadas e propondo encaminhamento do relatório às defendentes, nos termos do art. 6º, alínea b, da Lei nº 8.158/91.

Notificadas para a defesa final, a West, a Rajj e a Marcatto reiteraram os termos da defesa anteriormente apresentada, pedindo, afinal, a improcedência do processo administrativo (fls.844, vol. 075, 2º, fls. 271, vol. 099, fls.344, vol. 072).

A Soares, na defesa final, reitera os argumentos anteriores, aduzindo que o preço coincidente era fato possível e normal, previsto na licitação, tanto que se podia utilizar outros critérios para o desempate.

Notificada, a Farmacap ofereceu defesa final, que se encontra às fls. 439/441, vol. 074. Afirmar que, em momento algum, houve acordo tácito ou expresso, por parte das empresas indiciadas, justificando a identidade de seus preços com os de seus concorrentes pelo fato de ser uma empresa nova e sem condições de estabelecer preços próprios para sobreviver em mercado tão restrito. Sustenta que o acompanhamento dos preços de concorrentes é técnica de venda e não crime de abuso do poder econômico.

O Relatório Final encontra-se às fls. 844/870, vol. 075, 2º, repisando os argumentos anteriores e sugerindo o encaminhamento do processo do CADE, na forma do art. 7º da Lei nº 8.158/91.

Às fls.877, vol. 075, 2º encontra-se a publicação do despacho do Sr. Diretor do DNPDE, pelo encaminhamento do processo ao CADE, o que foi feito pelo sr. secretário da SNDE, às fls 878, vol. 075, 2º.

Deu-se ciência do processo ao Ministério Público Federal, encaminhando-se-lhe cópias dos autos (fls.879, vol. 075, 2º).

Veio a mim distribuído o processo em 21 de maio de 1992, tendo eu solicitado o parecer do Procurador do CADE em 16 de junho.

Às fls. 883/900, vol. 075, 2º, manifestou-se o ilustre Procurador Paulo Gustavo Gonet Branco, opinando pelo arquivamento do processo.

Solicitei ao Sr. Presidente do CADE que oficiasse ao Superintendente da FURP para que remetesse cópia do edital da Concorrência nº 009/90, vindo aos autos o documento de fls. 907/920, vol. 075, 2º.

É o relatório.

Neide Teresinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

I

1- West Comércio e Indústria Ltda., Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda. e Metalúrgica Marcatto Ltda. arguem inépcia da denúncia à falta de descrição do fato delituoso, em todas as suas circunstâncias, e a respectiva classificação legal. Rejeito a preliminar e o faço com fundamento nas razões expedidas pelo ilustre Procurador do CADE, no parecer de fls. 883/900, vol. 075, 2º, verbis:

"A acusação do processo administrativo, deve ser formulada de modo a possibilitar ao defendente o conhecimento do que lhe é atribuído, permitindo-lhe argumentar em prol dos seus interesses com eficiência. Esse registro está satisfeito nos autos. Tanto isso é verdade que as empresas apresentaram circunstanciada defesa, abrangente de todos os aspectos da conduta que foi tida como ilegítima pela Secretaria Nacional de Direito Econômico. Não sofreram prejuízo algum, à conta do

modo como foram descritos os fatos relevantes nestes autos. As empresas puderam bem se defender. Foi-lhes enviada nota técnica, onde se narra, com precisão, o comportamento tido como ilícito. A nota técnica se refere à licitação em que ocorreu o problema e aponta a identidade de preços apresentados nas propostas dos concorrentes como indício da prática de combinação entre empresas, em prejuízo da concorrência pública. Na nota tipificou-se a conduta no art. 2º, V, "b", da Lei nº 4.137/62. Bem se vê, dessarte, que não procede a censura."

2- Improcede, ainda, a arguição das defendentes de que o procedimento previsto na Lei nº 8.158/91 não poderia ser aplicado à espécie, de vez que o diploma em questão entrou em vigor posteriormente à ocorrência dos fatos.

O referido texto legal alterou a sistemática de apuração das infrações contra a ordem econômica, revogando, nesse tocante, os dispositivos disciplinadores do processo administrativo junto ao CADE. Trata-se de norma de processo administrativo e, como tal, obedece ao princípio da aplicação imediata, que não se confunde com a retroatividade.

Ensina Frederico Marques que "para os processos findos e para os que ainda não se iniciaram, não há propriamente problemas de direito intertemporal: os primeiros são intangíveis, e regulados pela norma legal revogada; os segundos caem plenamente sob o domínio normativo da lei nova."

Diversa não é a lição de Carlos Maximiliano, quando afirma:

"Disposições concernentes à jurisdição e competência aplicam-se imediatamente, regem o processo e julgamento de fatos anteriores à sua promulgação."

Assim, modificada a estrutura organizacional dos órgãos da Administração Federal encarregados da apuração das práticas abusivas do poder econômico, os processos em curso e aqueles ainda por serem iniciados passam, de imediato, às autoridades da nova organização, respeitados, todavia, os atos praticados sob a lei anterior que, in casu, inexistem.

Correto, pois, o procedimento apuratório instaurado à SNDE, à qual foi atribuída competência legal para tanto, substituindo o CADE nesse tocante.

3- Também não tem razão as defendentes quando afirmam que a conduta ilícita cuja prática lhes é atribuída não tem tipicidade legal. As indiciadas foram acusadas de terem praticado a conduta prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62, dispositivo de vigência indiscutível à época dos fatos objeto do processo, expressamente consignada no art. 23 da Lei nº 8.158/91. Não há falar, portanto, em desrespeito ao princípio da reserva legal.

II

1- As indiciadas são acusadas de terem praticado a conduta abusiva prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62, verbis:

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.

Teriam, então, as indiciadas exercido de concorrência desleal, mediante prévia combinação de preços em concorrência pública.

A conduta abusiva tipificada em lei é o exercício da concorrência desleal, por meio de combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens em concorrência pública. A combinação prévia de preços constitui o instrumento a ser utilizado pelo agente na prática desleal.

2- Preliminarmente à caracterização do fato e seu enquadramento como prática abusiva, torna-se necessário fixar o sentido da expressão concorrência desleal.

A expressão concorrência desleal possui, no direito industrial e no direito penal brasileiros, sentido unívoco, significando atos e práticas concorrenciais desonestas vis a vis um ou mais concorrentes. Seria esse o sentido atribuído à expressão inserida em norma de direito público reguladora da defesa da concorrência?

O vocábulo "concorrência", tanto na linguagem vulgar quanto na técnica, representa um fenômeno econômico resultante da mudança do regime corporativo para o regime de liberdade da atividade econômica. Sob o aspecto jurídico, a concorrência apresenta-se de um lado, como instrumento de produção à liberdade de mercado e, de outro, como mecanismo de defesa da lealdade que deve prevalecer entre concorrentes, assegurando o "fair play" nas relações entre empresas e empresários, não só em benefício destes, como também do mercado onde atuam as forças produtivas.

Enquanto a livre concorrência se identifica com a liberdade de atuação das forças no mercado, a concorrência desleal aparece como um limite àquela atuação. A livre concorrência não significa concorrência sem limites. O Estado Moderno não mais se deixa conduzir pela "mão invisível", assegurando proteção àqueles que se dedicam legalmente à atividade produtiva, contra a ação inescrupulosa de fraudadores, e criando mecanismos de repressão às práticas abusivas que objetivam o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e a fruição de lucros arbitrários. Essa a razão de ser das normas repressoras da concorrência desleal e das leis de repressão ao abuso do poder econômico e à restrição da concorrência.

3- Entre nós, a repressão às práticas desleais da concorrência iniciou-se em 1933, com a edição do Decreto nº 22.989, de 26 de junho, em harmonia com os princípios adotados pela Convenção da União de Paris, de que é signatário o Brasil. No conceito convencional, concorrência desleal é "todo ato contrário às práticas honestas em matéria industrial e comercial"(art. 10). As normas de defesa da livre concorrência só foram introduzidas no direito positivo pátrio em 1962, quando entrou em vigor a Lei nº 4.137, muito embora a Constituição de 1946, em disposição programática, já determinasse a repressão às condutas abusivas que visassem o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

Quando foi votado, no Congresso Nacional, o projeto-de-lei que se transformaria na Lei nº 4.137/62, a expressão "concorrência desleal", que há muito figurava em normas de direito penal e de direito industrial, já havia se consolidado, na doutrina e na jurisprudência pátrias, com o sentido técnico que lhe fora atribuído em nosso direito positivo, qual seja, o de prática desonesta entre concorrentes. É do próprio Agamemnon Magalhães, autor do projeto original da primeira lei concorrencial no Brasil, esse entendimento, quando afirma:

"Os "trusts" e cartéis internacionais dominam as iniciativas industriais, fundado em nosso país e em outras indústrias que se articulam e se combinam, eliminando pelos métodos da concorrência desleal, o "dumping" e outros processos, as empresas mais fracas, ou limitando a produção das fábricas, pela divisão de cotas e de mercados."

Indiscrepante é o entendimento doutrinário nesse sentido. João da Gama Cerqueira, nosso mais festejado autor no campo da propriedade industrial, assim fala sobre o assunto:

"Sob a denominação genérica de concorrência desleal costumam os autores reunir uma grande variedade de atos contrários às boas normas da concorrência comercial, praticados, geralmente, com o intuito de desviar, de modo

direto ou indireto, em proveito do agente, a clientela de um ou mais concorrentes, e susceptíveis de lhes causar prejuízos. Deve-se observar que esses atos são igualmente condenáveis quando praticados pelo comerciante ou industrial para conservar e defender a sua clientela, em face de outros competidores que lhe disputem por meios leais ou desleais."

Vale à pena transcrever a opinião de Clovis Costa Rodrigues, ilustre membro da Comissão do Código da Propriedade Industrial de 1945, em sua obra "Concorrência Desleal":

"... quando a concorrência se processa mediante a aplicação de métodos condenáveis, por indivíduos inescrupulosos, usando a má fé, da fraude e da hipocrisia, na única intenção de atrair a clientela alheia para o seu estabelecimento desonesto ou para a sua mercadoria falsificada, ter-se-á presente, na sua forma genuinamente característica - a concorrência desleal."

Vasto é o repertório jurisprudencial demonstrando o sentido unívoco da expressão "concorrência desleal", como prática desonesta vis a vis concorrente, bastando transcrever o acórdão do Supremo Tribunal Federal, no BE nº 109.478-BS, de 30.09.86, in BTJ - 120/1.298-1.305, verbis:

Provoca confusão e caracteriza concorrência desleal o uso patronímico contido em nome comercial por sócio dissidente em nova firma que, de alguma forma, concorra com a anterior, mesmo que o sócio dissidente tenha o mesmo apelido de família e o utilize como um todo, pois a prioridade do uso cria privilégio. A proteção da Lei de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, no tocante a nome comercial, não pode violar a legislação que pune a concorrência desleal."

Diante da univocidade de sentido atribuído à expressão "concorrência desleal" em nosso direito positivo, sustentada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, é de se presumir que o legislador tenha utilizado aquela expressão com o mesmo sentido técnico que lhe fora conferido no sistema jurídico. Ademais, tratando-se, como é o caso, de norma de direito público, que descreve conduta infratora da ordem econômica, não poderia ser a expressão tomada em sentido diverso daquele figurante no sistema, a não ser que a lei o fizesse expressamente. Não seria correto, por outro lado, atribuir o intérprete a um conceito jurídico primário, como é a

"concorrência desleal", pertencente à linguagem jurídica, sentido diverso não determinado em lei.

Trata-se, repita-se, de norma definidora de delito, não se admitindo a sua ampliação além do sentido literal possível, com o objetivo de viabilizar o enquadramento de condutas que não estejam claramente tipificadas em lei.

As normas contidas na Lei nº 4.137/62, conforme já firmado por remansosa jurisprudência do CADE e de nossas Cortes, são de natureza penal-econômica e, como tal, devem ser interpretadas restritivamente.

4- Há formas de concorrência desleal que prejudicam o mercado, causando embaraços à livre concorrência. Essas, sobre serem passíveis de coerção no âmbito do direito privado, serão, ainda, reprimidas pelo Estado por constituírem formas de abuso do poder econômico, lesivas, portanto, ao bem comum. Outras formas de concorrência desleal, porém, apesar de constituírem práticas comerciais ou industriais desonestas, não são restritivas da concorrência e nem constituem abuso do poder econômico, passando ao largo interesse público. Refiro-me, entre outras, a atos que afetam a clientela do concorrente, confundindo estabelecimentos ou produtos; à venda ou fabricação de produtos de outrem, sem a devida permissão; bem como a quaisquer atos atinjam o concorrente, causando-lhe prejuízos, mas que não influem na atuação livres das forças do mercado.

São de imensurável amplitude as formas desleais de concorrência, tendo a Lei nº 4.137/62, em sistema limitativo, adotado apenas duas hipóteses: exigência de exclusividade para propaganda publicitária e combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública (art. 2º, V, a e b). Essas práticas desleais, sem dúvida, prejudicam a livre concorrência: a primeira, exigindo a exclusividade; a segunda, lesando concorrentes na licitação. Se outros métodos de concorrência desleal se tornarem relevantes para a defesa de concorrência, estes deverão ser transformados em lei, por proposta do Executivo. É o que dispõe o art. 21, alínea b, da Lei nº 4.137/62.

No âmbito do direito de defesa da concorrência, apenas essas duas práticas desleais mereceram a atenção do legislador, sendo as demais reprimíveis apenas na esfera do direito comum. O impacto das compras governamentais no mercado de certos bens e serviços não escapou à percepção do legislador. Na verdade, a sazonalidade das aquisições promovidas pelo Estado exerce uma pressão momentânea no mercado, podendo influir nos preços dos bens e serviços licitados, criando um terreno fértil para o conluio entre licitantes, com o propósito de eliminar concorrentes. Assim, a combinação prévia de preços, sejam eles idênticos, artificialmente baixos ou até heterogêneos, não para enganar o órgão público licitante, mas sim para afastar concorrente, constituiria conduta abusiva, de vez que configurado estaria o exercício da concorrência desleal.

III

1- Fixado o sentido da expressão "concorrência desleal", o de prática concorrencial desonesta, exercida por uma ou mais concorrentes em relação às demais, cabe indagar se a conduta imputada às indiciadas - combinar preços em licitação pública - constitui exercício de concorrência desleal.

Os fatos noticiados nos autos dão conta de que as indiciadas participaram de licitações públicas, no mês de agosto de 1990, tendo cotado preços idênticos. Foram juntados documentos que comprovam terem sido idênticas as propostas. O Relatório Final extrai da "Memória de Reunião" de fls. 31, vol. 099 a afirmação de que a empresa Rajj teria sido pressionada pelas empresas fabricantes de fechamentos de borracha e lacres de alumínio para medicamentos a praticar preços idênticos. Seria essa prática desleal que as indiciadas teriam levado a efeito contra a concorrente Rajj? Parece-me que não, pois o DNPDE a acusa de ter praticado concorrência desleal juntamente com as demais.

Qual, então, seria a concorrente vítima da prática desleal?

Não há nos autos qualquer informação a esse respeito, até porque nenhuma das concorrentes nem qualquer outra empresa que não tenha participado das licitações em questão se apresentou como alvo da prática desleal de concorrência, nem se tem notícia de qualquer delas tenha sido eliminada do processo.

2- O enquadramento da conduta das indiciadas no inciso V, alínea b, do art. 2º da Lei nº 4.137/62 baseia-se em alegada combinação de preços contrária nos interesses da Administração, e não em prática desleal vis a vis concorrentes do processo licitatório. O fato, pois, não se subsume à norma. Não é essa, como já se viu, a figura delituosa em sua inteireza, porquanto a alínea não pode ser lida separadamente do inciso. Exige-se para a caracterização do ilícito constitua a combinação de preços prática desleal de concorrência, a qual, repita-se, só pode ocorrer em relação a concorrente, qualidade que, evidentemente, não tem a Administração Pública. Ressalte-se, a propósito, que a afirmação da Rajj de que teria sofrido pressões para praticar preços idênticos, não só foi desprezada pelo DNPDE, que não conduziu o processo para a apuração de concorrência desleal, como também foi contrariada pela própria acusada na assentada de fls. 766, vol. 075, 2º, quando afirmou que apenas seguia os preços da empresa líder, sem qualquer pressão de concorrentes.

Nenhuma outra indiciada apontou prática desleal da parte de concorrente, tendo o DNPDE se orientado tão só para a apuração da conduta instrumental da alínea, sem vinculá-la ao disposto no inciso.

3- A inexistência de concorrência desleal vis a vis concorrentes, não há como enquadrar a suposta combinação de preços praticada pelas indiciadas no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62, conduta que não constitui forma de abuso do poder econômico. De se ressaltar que, na ocasião que foi praticada a alegada combinação, ainda não havia entrado em vigor a Lei nº 8.158/91, que adotou o sistema exemplificativo de práticas abusivas contra a ordem econômica, possibilitando a repressão de qualquer conduta que tenha por objetivo ou produza o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

IV

1- Ainda que se admitisse tratar-se do ilícito previsto no caput do inciso V, do art. 2º da Lei nº 4.137/62, cabe indagar se foi realmente praticada a conduta instrumental referida na alínea b, Houve combinação da preços ou o que ocorreu foi o fenômeno econômico conhecido como liderança de preço, conforme alegado pelas defendentes?

2- De acordo com a teoria econômica, a coincidência de preços entre as empresas de certo mercado pode decorrer de prática comercial normal, sem que haja combinação prévia. Essa prática, comum em setores oligopolizados, decorre das próprias condições do mercado, sendo referida na literatura especializada como liderança de preço, que consiste especificamente, na formação de preço da empresa líder, qual é seguido pelas demais.

O fenômeno se justifica pela interdependência entre as empresas, em relação às respectivas vendas. Em geral uma delas é suficientemente grande e controla tal fatia do mercado, que sua ação individual é capaz de afetar as vendas das concorrentes. Assim, a expansão, ainda que moderada, na produção de uma das empresas pode reduzir as vendas das rivais de forma considerável. Quanto maior o grau de homogeneidade dos produtos, maior interdependência.

Essa interdependência, talvez a principal característica dos oligopólios, indispensável à compreensão do comportamento dos mercados em que atuam, faz com que cada uma das empresas leve em conta as possíveis reações de suas concorrentes ao decidir sobre seu próprio comportamento.

Segundo Dorfman, sempre que o oligopolista altera seu preço, modifica seu produto, ou adota qualquer providência que influencia os

concorrentes, essa manobra é percebida pelos demais concorrentes e o impacto respectivo é sentido no mercado. E o mesmo autor a assertiva de que "os lucros de um oligopolista dependem não somente do que ele faz, mas também do que faz cada um dos seus concorrentes e vice-versa".

O mesmo já não ocorre no mercado de concorrência perfeita, onde inexistente a interdependência e a decisão isolada de uma empresa é incapaz de provocar qualquer efeito sobre as demais, devido ao elevado número de participantes e à parcela insignificante das vendas de cada uma.

3- Em razão dessa interdependência, cada empresa percebe a demanda por seu produto com elevado grau de incerteza, pois depende da ação das rivais. Assim, hesita em alterar seu preço com receio das reações que sua prática possa desencadear nas concorrentes. Resiste fortemente à redução do preço, mesmo quando as condições da demanda indicam que estes devam ser rebaixados, preferindo, ao invés, usar descontos, publicidade, diferenciação de produto. Teme, sobretudo, a guerra de preços que possa ser desencadeada.

Essas condicionantes do mercado oligopolizado conduzem suas integrantes a certa disposição em cooperar tacitamente com as rivais. Com o decorrer tempo, estabelece-se um padrão de comportamento, fruto de observação mútua, que é adotado pelas empresas integrantes desse mercado, mediante estratégias comuns de formação de preços. Esse padrão, uma vez estabelecido, tende a se repetir, com forte resistência a mudanças.

4- Um desses padrões de comportamento é a liderança de preço, que exige para sua ocorrência algumas condições: a coexistência de um número reduzido de pequenas empresas com uma ou mais grandes empresas; produto geralmente homogêneo e existência de uma empresa capaz de fazer prevalecer seu preço, seja em função de menor custo ou por dominar fatia considerável do mercado. A pátria reflete certa conduta de respeito pela parcela de mercado da rival e pela continuidade dos padrões de preços e de concorrência existentes.

A liderança de preços não importa, necessariamente, em preços idênticos, o que ocorre apenas em oligopólios cujos preços são transparentes e os produtos homogêneos, caso em que o preço de venda tende a se tornar idêntico ao da líder. Havendo alguma diferenciação de produto, o preço poderá variar entre os concorrentes. Neste caso, o percentual de reajuste tende a ser o mesmo, mantendo-se os preços alinhados com o da líder. A transparência dos preços oligopólio constitui fator imprescindível para que a liderança se estabeleça.

5- A líder de preços pode ser a empresa de menor custo que, por tolerar preços menores, tem condições de fazer prevalecer o seu, o qual é seguido pelas demais concorrentes. A estas resta a opção de aderir ao preço da

líder ou correr o risco de perder sua fatia no mercado. A aceitação do preço da líder constitui, pois, estratégia de mercado para as empresas que conseguem produzir àquele preço.

Pode também a liderança de preços ser exercida pela empresa dominante no mercado, caso em que seu preço será compatível com a maximização de seu lucro. As empresas menores o seguirão, em parte, porque satisfeitas com o lucro decorrente e, em parte, pelo receio de ser praticado pela líder preço ainda menor do que o seu. Por outro lado, seria inviável a prática de preços superiores aos da líder, o que importaria queda imediata nas vendas. A liderança de preço nesse caso previne a guerra de preço. A propósito, observa Robert Awh, baseados em estudos realizados nos Estados Unidos na década de cinquenta, que "a liderança de preço em indústria de larga escala desenvolveu-se a partir da experiência anterior de guerra de preços e das flutuações violentas de preços e lucros dela decorrentes".

A literatura cita, ainda, a líder de preço barométrica, aquela que toma a iniciativa de alteração de preços quando ocorrem mudanças que afetam substancialmente as condições de oferta e demanda no mercado. As demais empresas seguem seus preços porque acreditam que a empresa barômetro é capaz de interpretar mais corretamente as variações do mercado e indicar os preços adequados à nova conjuntura.

6- A liderança de preço é uma conduta típica do mercado oligopolizado. O comportamento da líder é observado pelas demais empresas do setor e por elas deliberadamente seguido. Não se estabelece por intimidações ou mediante combinação, mas sim pela busca espontânea de um padrão de comportamento que conduza à estabilidade no mercado.

Pode-se, pois, afirmar que a identidade de preços em um mercado oligopolizado decorre, com frequência, de prática comercial normal e, muitas vezes, previne concorrência predatória que conduz à eliminação de concorrentes, aumentando a concentração.

7- A liderança de preço é bastante comum na indústria, sendo observada em todos os tipos de oligopólios. Desde que não se verifique a existência de conluio, a prática é tida como legal nos Estados Unidos. Entre nós, a inexistência de combinação prévia também afastaria a ilicitude da conduta.

Observe-se que não é o poder econômico que se pune, mas sim sua expressão abusiva.

1- O mercado dos fabricantes de tampas de borracha e lacres de alumínio para medicamentos tem as características de um oligopólio. O número de concorrentes é pequeno e o grau de concentração expressivo.

De acordo com a tabela constante do parecer da Secretaria Nacional de Economia - SNE, que leva em consideração o volume de vendas do produto no ano de 1989 (fls. 801, vol. 075, 2º), o mercado de lacres de alumínio era composto das cinco empresas indiciadas neste processo administrativo: West do Brasil Comércio e Indústria Ltda., com participação de 34,39%; Soares Indústria e Comércio Ltda., com 24,45% do mercado; Metalúrgica Marcatto Ltda., com participação de 20,26%; Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., cuja participação é de 18,87%; e Farmacap Indústria e Comércio Ltda., com a menor participação, ou seja, 2,04%.

Não há informações nos autos sobre a composição do segmento de fechamentos de borracha.

A West, a Soares e a Farmacap produzem tanto as tampas quanto os lacres, enquanto que as demais empresas produzem apenas lacres de alumínio.

2- A West é uma empresa associada à The West Company Inc., multinacional com sede nos Estados Unidos, que detém 99,9% do controle acionário da subsidiária brasileira. Sediada no município de Diadema, São Paulo, a West é a maior empresa do setor, com um faturamento mensal de Cr\$ 140 milhões de cruzeiros, em outubro de 1990, correspondentes a quase US\$ 1,5 milhão de dólares. A produção de tampas de borracha é o segmento mais importante da empresa, responsável por 75% a 80% do faturamento, enquanto que a produção de lacres de alumínio participa com apenas 10% a 15% do valor das vendas (fls. 023, vol. 075, 1º). Possuía, em 30/06/90, 384 empregados, número que caiu para 361, em 31/12/90 (fls. 808, vol. 075, 2º).

A empresa detém a maior fatia do mercado, participando com 34,4% das vendas para o mercado interno do segmento de lacres de alumínio e 60% do mercado de tampas de borracha (fls.801, vol. 075, 2º e fls 23, vol. 075, 1º).

Os principais compradores da West são, em sua maioria, empresas multinacionais do setor farmacêutico (fls. 805, vol. 075, 2º).

A West comercializa diretamente seus produtos com os clientes e conta com um representante no Rio de Janeiro. A empresa vende seus produtos em todo o País, de forma mais concentrada no Rio de Janeiro e em São Paulo, onde estão sediados os maiores laboratórios (fls. 023, vol. 075, 1º).

3- A Soares tem sede no Rio de Janeiro, possuindo filial em São Paulo. Pertence a três acionistas, com igual participação. Segunda empresa no setor em número de empregados, informou, em outubro de 1990, um faturamento de, aproximadamente, Cr\$ 40 milhões de cruzeiros por mês,

equivalentes a US\$ 425 mil dólares, que representa cerca de 30% do faturamento da maior empresa - a West (fls. 26, vol. 073).

Emprega a Soares cerca de 210 pessoas e tem capacidade produtiva para 12 milhões de selos de alumínio e igual volume de fechamento de borracha. Sua produção, em outubro de 1990, indica que operava à plena capacidade no segmento de fechamentos de borracha, mas com capacidade ociosa de 50% no segmento de lacres de alumínio (fls. 26, vol. 073).

Sua clientela inclui os grandes laboratórios farmacêuticos multinacionais bem como os laboratórios estatais, sendo seus produtos comercializados em todo o território nacional, sem intermediação de terceiros. Suas atividades se concentram no Rio de Janeiro e em São Paulo.

4- A Marcatto, com sede em Guarulhos, São Paulo, fabrica selos de alumínio e tampas plásticas para as indústrias química e farmacêutica. O capital da empresa está dividido entre três sócios com participações distintas (fls. 25, vol. 072).

De acordo com a informação prestada pela Empresa, em 16/10/90, seu faturamento médio era de Cr\$ 17 milhões de cruzeiro mensais, equivalentes a US\$ 180 mil dólares e que correspondem a cerca de 12% do faturamento da West. Trata-se de empresa de pequeno porte, com 60 empregados e uma produção de 20 milhões de lacres de alumínio ao mês (fls.25, vol. 072).

A exemplo das demais empresas, comercializa seus produtos em todo o País, notadamente em São Paulo. Sua clientela inclui tanto os laboratórios privados como entidades públicas.

5- A Rajj, empresa sediada em São Paulo, fabrica apenas selos de alumínio. É uma empresa pequena, com 31 empregados e, de acordo com as informações prestadas em outubro de 1990, seu faturamento era de, aproximadamente, Cr\$ 15 milhões de cruzeiros mensais (fls. 31, vol. 099), equivalentes a US\$ 161 mil dólares, valor que representa cerca de 11% do faturamento de West.

Fornecem matéria prima para a Rajj a ALCOA e, em menor escala a CBA, ambas fabricantes de alumínio.

Devido a concentração de sua linha de produção em um só produto, a Rajj tem procurado participar de licitações públicas de forma associada à empresa AP Borracha, recém-ingressa no mercado de fabricação de fechamentos de borracha para medicamentos (fls. 31, vol. 099).

6- A Farmacap, com sede em Itapeverica da Serra, São Paulo, pertence a três sócios com participações diferenciadas, dois dos quais foram gerentes da West. É a mais nova empresa no mercado, tendo iniciado suas atividades em julho de 1989 (fls. 24A, vol. 074). Produz tanto fechamentos de

borracha quanto lacres de alumínio. Seu faturamento mensal, conforme informações prestadas em outubro de 1990, era de Cr\$ 46 milhões de cruzeiros, equivalentes a US\$ 489 mil dólares, que correspondem a 30% do faturamento da West. As vendas de tampas de borracha representam 88% da receita bruta da empresa (fls. 24A, vol. 074). Possui cem empregados e comercializa sua produção em todo o País.

Sua produção média em 1990 era de sete milhões de selos ao mês e de oito milhões de fechamentos de borracha, apresentando ociosidade de 15% e 5%, respectivamente (fls. 31, vol. 074).

7- Os dados representados indicam comporem as empresas indiciadas oligopólio formado por uma empresa grande e quatro pequenas. A produção do setor é constituída de produtos homogêneos, característica que conduz à prática de aquisição do produto basicamente em função do preço, possibilitado ao comprador a total substituição de fornecedores.

Sendo os lacres de alumínio e os fechamentos de borracha componentes de pouca importância para o processo produtivo do medicamento, seu custo constitui parcela insignificante do custo total do produto final fabricado pelos laboratórios (fls. vol. 075, 2º).

De acordo com o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, o setor é competitivo. Lê-se: "O mercado, hoje, é concorrente entre si, tendo os clientes flexibilidade nas negociações, e alternância das empresas de quem vão comprar" (fls. 804, vol. 075, 2º).

Não há indícios de distribuição do mercado entre as partícipes, sendo que todas elas atuam em todo o território nacional, concentrando suas atividades no Rio de Janeiro e em São Paulo, disputando, assim, o mercado. Todas as empresas participam de licitações e de vendas ao setor privado. O mercado não é totalmente fechado, tendo a Farmacap nele se estabelecido recentemente e, apesar das dificuldades alegadas (fls. 440. vol. 074), alcançado, em 1990, o segundo lugar no faturamento do setor.

A análise do mercado e dos dados relativos às empresas que o compõem permite a conclusão de que existem as necessárias condições para que a West faça prevalecer seu preço, afirmando-se como líder.

VII

1- A acusação que pesa sobre as indiciadas é a de terem praticado preços idênticos em licitação pública, mediante combinação prévia. A alegação de que os preços da West, na condição de líder, eram seguidos pelas demais empresas foi desconsiderada pelo DNPDE. O argumento central do Departamento é o de que as defendentes mantinham política própria de preço,

tendo praticado preços diferenciados nos três primeiros, esses de 1990. Somente a partir de junho do mesmo ano, segundo o DNPDE, é que as indiciadas teriam mudado esse comportamento, passando a adotar preços idênticos (fls. 854, vol. 075, 2º).

Essa argumentação se baseia na comparação que o DNPDE efetuou, tomando em conta as tabelas de preços fornecidas pelas empresas, relativas aos períodos anterior e posterior à data da licitação da FURP. Ocorre que as tabelas contêm os códigos e especificações próprias de cada uma das empresas, não se sabendo qual a sistemática adotada pelo Departamento ao comparar preços de produtos que poderiam até ser distintos. O próprio relatório reconhece a imperfeição do método adotado. Por outro lado, contrastam com a argumentação do DNPDE, as afirmações contidas no parecer da Secretaria Nacional de Economia, no sentido de que, no período em questão, as indiciadas já praticavam preços idêntico (fls. 803, vol. 075, 2º). Também o SINDIFARMA- Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos do Estado de São Paulo, que congrega os compradores dos produtos fabricados pelas defendentes, dá conta de que os preços por elas praticados eram sempre iguais, ocorrendo reajustes na mesma época e em percentuais idênticos. Informa, ainda, o Sindicato, que problemas de abastecimento dos produtos só ocorriam excepcionalmente, como por exemplo, em época de fornecimentos decorrentes de compras governamentais, ocasião em que os fabricantes solicitam maior prazo para entrega (fls. 028, vol. 075, 1º).

Acresce, ainda, o fato de terem as indiciadas cotado preços idênticos em licitações realizadas pela Fundação Oswaldo Cruz em 1987 e 1988, de que participaram a West e a Soares e, em 1989 e 1990, com participação da Soares e da Rajj, conforme demonstram os documentos de fls. 28, vol. 073.

A identidade dos preços não era, pois, como pretende o DNPDE, prática adotada pelas indiciadas apenas nos meses próximos aos das licitações que ensejaram a instauração deste processo.

2- Segundo as indiciadas, seus preços idênticos nas licitações em questão decorrem da liderança de preços exercida pela West. Por isso, seus preços de venda tanto para o setor público quanto para o privado são os mesmos, inexistindo qualquer combinação nesse sentido.

Afirmam as defendentes que tinham conhecimento dos preços da empresa líder através dos compradores (fls. 764/767, vol. 075, 2º e fls. 258/259, vol. 073), argumento esse confirmado pela própria West, segundo a qual seus clientes detinham a lista de preços por ela praticados, mesmo em época posterior à liberação dos preços (fls. 768, vol. 075, 2º).

Merece crédito esse argumento por serem homogêneos os produtos fabricados pelas indiciadas e oferecidos nas licitações em questão. E a Soares quem declara, às fls. 764, vol. 075, 2º, que as pequenas diferenças poderiam

ser detectadas em testes laboratoriais. Também o parecer da SNE (fls. 804, vol. 075, 2º) afirma que os preços dos produtos variavam apenas em função da aquisição de grandes quantidades, podendo-se, assim, concluir não haver diferença significativa de qualidade, o quanto basta para caracterizar a homogeneidade. Pode-se, por outro lado, verificar a existência dessa característica no edital de licitação da FURP, às fls. 907/917, vol. 075, 2º, que exaure as especificações do produto, não deixando às licitantes qualquer escolha quanto às suas características ou qualidade.

3- Tratando-se, portanto, de mercado transparente, onde atua reduzido número de empresas que fabricam produto homogêneo, não se pode descartar tão singelamente como fez o DNPDE a hipótese de liderança de preço. Necessário seria demonstrar que as empresas não incorreram em prática normal de mercado, mas sim em conduta ilegal, abusiva do poder econômico.

Para tanto, o DNPDE aponta para outro indício em favor da tese que sustenta de combinação de preços, qual seja a cobrança de idêntica taxa de juros. Esclareça-se que a taxa de juros em tela refere-se a encargos financeiros sobre o faturamento em trinta dias. Verifica-se do documento de fls. 806, vol. 075, 2º, que a West, mesmo após o término do controle de preços realizado pelo CIP, em maio de 1990, continuava a encaminhar ao Departamento de Abastecimento e Preços-DAP, do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento, na forma da Portaria MEFP nº 322, de 05/06/90, informações sobre seus preços e taxas financeiras cobradas nas vendas faturadas a prazo. Ora, as taxas como os demais elementos constantes das tabela que a West encaminhava ao DAP eram de conhecimento público, porquanto informados periodicamente pela própria Empresa e seus computadores, conforme se depreende dos documentos de fls. 189/191, 224/226, 236/238, vol. 075, 1º, que dão conta, inclusive, de que os encargos financeiros acompanhavam, rigorosamente, a média daqueles cobrados por seus fornecedores de matéria prima.

Assim, a taxa de 12% cobrada pelas indiciadas na licitação da FURP era justamente aquela que a West, empresa líder, cobrava de seus compradores, sendo razoável que as seguidoras também adotassem o padrão de comportamento da líder em relação aos juros cobrados nas vendas a prazo.

4- Argumenta, ainda o DNPDE que não só os preços e as taxas de juros eram idênticos, como o resto, os prazos de entrega e as quantidades ofertadas. Ora, os prazos e as quantidades eram previamente estabelecidos pelo órgão licitante, cabendo às proponentes cotar somente o preço, preenchendo os campos de uma proposta padrão, anexa ao edital (item 4. 3. 1, fls. 908, vol. 075, 2º). Algumas propostas até contêm, no rodapé, a expressão "entregas conforme programação de V.Sas."(fls. 12/16, vol. 075, 1º).

Sendo, pois, as quantidades e os prazos de entrega estabelecidos pelo próprio edital, não há falar em combinação das licitantes também nesse particular.

5- Os fatos analisados pelo DNPDE e a documentação trazida aos autos não orientam para a existência de prática conclusiva direcionada a licitação pública. Ao contrário, tudo indica que as indiciadas se conduziam dentro dos padrões normais de um mercado oligopolizado, em que uma das empresas, na condição de líder, determinava o padrão de comportamento que era seguido pelas concorrentes.

O DNPDE rejeita a ocorrência dessa prática, ao fundamento de que a West, sendo a empresa líder, deveria apresentar preços mais baixos, ao invés dos mais altos, conforme apurado pelo Departamento nas tabelas fornecidas pelas indiciadas (fls. 859, vol. 075, 2º). Esse argumento não se sustenta tecnicamente, porquanto a liderança de preço pode ser exercida não apenas pela empresa de menor custo como também por aquela que detém posição dominante no mercado, caso da West.

O relatório do DNPDE não considera informação relevante dos autos de que os preços da West eram informados pelos diversos compradores tão logo as cotações das concorrentes suplantavam as da líder (fls. 258 e 259, vol. 073). Observe-se que durante o período de controle da CIP, a tabela da West era utilizada para balizar os reajustes de preços do setor de lacres de alumínio, razão porque era obrigada a encaminhar ao órgão, periodicamente, seus preços. Os índices de reajuste máximos aprovados pelo CIP eram iguais e obrigatórios para todo o setor (fls. 804, vol. 075, 2º). Muito embora fosse obrigatória a observância do índice máximo, a cultura do mercado na era CIP era marcada pela falta de estímulo à concorrência, pois as empresas, qualquer que fosse o setor, seguiam exatamente o índice máximo, sem se preocuparem com o desempenho de suas concorrentes.

6- Os preços resultantes do controle governamental eram certamente mais elevados do que aqueles que prevaleceriam a partir da concorrência de pequenas empresas entre si. A propósito, o DNPDE constatou que os preços da West tendiam a ser mais elevados (fls. 860, vol. 075, 2º). As pequenas empresas certamente se beneficiaram com a sistemática adotada pelo CIP e isto, sem dúvida, explica certo acomodamento das mesmas diante da situação. Aliás, esse acomodamento da área comercial foi alegado pela Soares, em sua defesa prévia às fls. 258, vol. 073.

Foi, portanto, no contexto de um mercado alheio às regras da concorrência que ocorreu o fato que o DNPDE quis caracterizar como abuso do poder econômico. Os efeitos maléficos da cultura do CIP ainda integravam o mercado, a despeito da extinção do órgão, ocorrida poucos meses antes, sendo certo que a falta de controle não era total, porquanto imposto à líder

West a obrigação de encaminhar ao DAP, mensalmente, informações sobre seus preços e vendas (fls. 806, vol. 075, 2º).

7- As empresas indiciadas alegam que, após a extinção do controle de preços, sentiram-se pressionadas pelo mercado a seguir os preços da West, empresa líder (fls. 258, vol. 073 e fls. 764, vol. 075, 2º). Na verdade, a liderança da West era reconhecida pelo próprio CIP que, como já se viu, utilizava suas tabelas para balizar os reajustes do setor.

Sendo as demais empresas relativamente pequenas e menos estruturadas para avaliar os mecanismos de preços, só com muita dificuldade poderiam praticá-los diferenciadamente, principalmente num mercado onde as aquisições são preponderantemente realizadas em função daquele fator. Aliás, essa foi a experiência da Farmacap, que alegou, em sua defesa prévia, dificuldades em praticar preços próprios (fls. 329, vol. 074). Essa alegação da defendente, no entanto, foi erroneamente entendida pelo DNPDE como indício de combinação de preço. Ora, a dificuldade encontrada pela Farmacap em estabelecer política própria de preços demonstra, ao contrário do que afirma o Departamento, não a concorrência de prévia conclusão, mas sim a existência de um padrão comum de comportamento entre as partícipes do segmento, em relação ao preço, ditado pela líder, padrão este rompido em virtude da atuação da SNDE.

Na verdade, diante das profundas mudanças nas condições do mercado, pequenas empresas que, no passado, sobreviviam às custas dos preços constantes da tabela da West, não teriam porquê adotar, de imediato, política própria de preços e, em especial, diante das incertezas de um mercado em reestruturação.

8- Se indagar, então, o porquê da mudança de comportamento levada a efeito pelas defendentes logo após a instauração do processo administrativo. A resposta é singela: não se pode esperar de quem esteja sob pressão de um processo de apuração de suposto ilícito continue a praticar a conduta investigada. É da natureza do ser humano buscar adaptar-se a situações incomuns, ainda que com sacrifício. Não se descarte, porém, que a própria mudança poderia ser combinada, causando a impressão de normalidade do mercado.

O fato é de que esse tipo de conduta é comum no mercado oligopolizado e só o tempo dirá se essa mudança se perpetuará.

9- Como bem realçado pelo Procurador do CADE, "a falta de causa razoável para explicar a identidade de conduta das empresas induz à suspeito concreta sobre a existência de acordo ilegal". Diz o Procurador que a coincidência pode ser fruto de causa não repudiada pelo legislador e traduz Cabanellas: "O paralelismo próprio desta categoria pode resultar de condições totalmente alheia à existência de uma prática conclusória 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".

Continua a citação, indicando outra circunstância explicativa da conduta paralela, qual seja, a presença de um fato com impacto similar sobre a totalidade dos ofertantes. Na hipótese dos autos, a extinção do controle de preços, que vigorou por quase um quarto do século, afetou sobremaneira as empresas que se encontravam sob a tutela do CIP, causando grande impacto no mercado, alterando-lhe substancialmente a estrutura. Tanto assim que resultou queda dos preços, cujos reajustes evoluíram bem abaixo dos níveis inflacionários, como se pode concluir a partir dos dados constantes do parecer da SNE a fls. 806, vol. 075, 2º. Confirma esse entendimento a afirmação da West de que, após a liberação dos preços, a margem de lucro da Empresa decresceu em relação ao período do CIP (fls. 768, vol. 075, 2º), bem como a assertiva da Soares de que os índices de reajuste dos preços por ela praticados, no período compreendido entre a liberação dos preços e a licitação da FURP, ficaram bem baixo de qualquer medida da inflação e abaixo da evolução dos custos da Empresa (fls. 259, vol. 073).

10- In casu, não vejo como entender a prática de preços idênticos fora do referencial teórico do oligopólio. Apenas a existência de provas do concluído poderia afastar a hipótese da liderança de preço.

É bem verdade que não é fácil a prova do conluio. Não se pode esperar, todavia, que venha documentalmente comprovado o acordo ilícito, informal, pactuando à margem da lei. Mas, como bem realçado pelo Procurador do CADE, é indispensável que para o fato não haja outra explicação. E essa explicação pode ser buscada não apenas no campo jurídico, como também na teoria econômica, disciplina ancilar do direito da concorrência. Portanto, de extrema relevância a avaliação dos fatos caracterizados de condutas tidas como ilegais, sob seu aspeto econômico, para ser a certeza de se tratar de prática abusiva, reprimível pelo direito, ou de fenômeno meramente econômico e, como tal, não passível de repressão.

Na espécie, tem-se um oligopólio constituído de um número reduzido de empresas fabricantes de produtos homogêneos, que durante vários anos se submeteram ao controle de preços, repentinamente rompido num contexto maior de um projeto de modernização da economia nacional. Seria desrazoável supor que pudessem essas empresas, em apenas três meses, adaptar-se às novas regras do mercado desregulamentado que se buscava

implantar no País. As leis do mercado não são como as do ordenamento jurídico, elaboradas pelo legislador e impostas coercitivamente, com início de vigência determinado. Ao contrário, são vagas e cambiantes. Por isso que as forças produtivas que atuam no mercado vão abrindo seus próprios caminhos para se adaptarem às novas conjunturas. Extinto o controle de preços por determinação legal, era de se esperar a acomodação do mercado segundo suas próprias regras. Não se justifica a atuação repressiva do Estado, em defesa do mercado, quando inexistente prática restritiva da concorrência ou abuso do poder econômico.

No caso dos autos, a conduta paralela das indiciadas explica-se por causa econômica. Da sucessão dos fatos narrados no processo e da observação dos acontecimentos no mercado, no período que antecedeu as licitações em questão, não há como inferir que as indiciadas tenham praticado conduta abusiva do poder econômico

11- Observe-se, ademais, que a Administração Pública tem o dever de adotar critérios que assegurem o caráter competitivo da licitação. O sorteio, critério desempatados amplamente difundido, constitui, sem dúvida, verdadeiro desestímulo para os concorrentes, pois elege a sorte, em lugar da eficiência e da competitividade, o valor supremo para efeito de seleção da melhor proposta. Ora, os órgãos públicos têm a seu dispor estatuto próprio que lhes assegura a realização de compras e a contratação de serviços a preços de mercado e de acordo com suas conveniências. Não estão obrigados a adquirir coisa alguma quando os preços ou as condições não lhes convenham, porquanto o interesse público sobrepõe-se sempre aos interesses particulares. Ademais, tem o agente público obrigação legal de comunicar à autoridade competente qualquer ato ou fato de que tenha conhecimento, cujo objetivo seja fraudar concorrência pública, para que seja instaurada a ação penal e punidos os responsáveis.

12- A competência da SNDE, nos termos da Lei nº 8.158/91, restringe-se à repressão de práticas restritivas da concorrência e abusivas do poder econômico, não tendo a lei lhe conferido poderes para apurar delitos ou falcaturas em processo licitatório, matéria estranha à defesa da concorrência, afeta à polícia judiciária. Cabe, sim, à Secretaria propor as medidas cabíveis para corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, capazes de afetar os mecanismos de formação de preços. Esse tipo de atuação do órgão é extrema relevância no atual estágio de desenvolvimento da economia brasileira e de transformação estrutural do mercado doméstico e, certamente, previnirá a ocorrência de casos como o dos autos, além de conscientizar o setor empresarial para o novo papel que deverá desempenhar no mercado de livre concorrência, inserido no contexto de uma economia global, realidade irrefutável do mundo de hoje.

Ante o exposto, tenho como improcedente o presente processo administrativo instaurado contra a West do Brasil S.A., Soares Indústria e Comércio Ltda., Metalúrgica Marcatto Ltda., Farmacap Indústria e Comércio Ltda. e Rajj Comércio e Indústria de Tampas Metálicas Ltda., pelo que determino seu arquivamento, dando-se ciência ao Ministério Público da decisão deste Conselho.

É o meu voto.

Neide Terezinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

A coincidência dos preços ofertados pelas Representadas no procedimento licitatório realizado pelo FURP - Fundação para o Remédio Popular, em meados de 1990, faz, à primeira vista, presumir a existência de conluio, de uma ação concertada entre as mesmas, prevista no artigo 2º, V, ^a da lei nº 4.137/62, como conduta instrumental para tipificação de uma modalidade de concorrência desleal.

Todavia, dos elementos colhidos nestes autos, surge uma explicação plausível, de natureza econômica, para tal coincidência: a liderança de preços exercida pela sociedade West do Brasil sobre as demais Representadas. Tal liderança faria com que o comportamento da empresa líder viesse a ser seguido espontaneamente pelas demais empresas do setor, não como resultado de uma combinação prévia de preços. mas de mecanismos de um mercado que apresenta condições peculiares: a homogeneidade do produto, a interdependência das empresas, a facilidade com que as empresas poderiam acompanhar os preços da líder face à transparência do mercado, o controle governamental de preços exercido até época próxima à da realização da licitação, tudo isso em um setor caracterizável como oligopolizado.

Em um tal contexto - e tão bem o ressaltou o ilustre Procurador do CADE, PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - não se pode presumir a combinação prévia, como meio para tipificar a prática anticompetitiva. Efetivamente, destaca o ilustre Procurador, os fatores antes referidos, que fazem admitir, na hipótese, a mera coincidência de preço, "não permitem ter como provada a concorrência desleal exercida por combinação de preços em concorrência pública", faltando, no particular, outros elementos de convicção, nestes autos.

Por tal fundamento, manifesto minha concordância com a conclusão do VOTO da ilustre Conselheira NEIDE TERESINHA MALARD, e, em consequência, voto pelo arquivamento da Representação.

Não posso deixar de enfatizar, ao final, a rigorosa coerência doutrinária guardada pela ilustre Conselheira Relatora, quando da emissão do seu VOTO. Um VOTO em que a sua Autora enfrentou, com brilho e competência, em todos os seus aspectos, matéria tão complexa, quanto polêmica.

É o meu VOTO.

Brasília-DF, 09 de setembro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

1. As indiciadas, com base nos autos, são acusadas de terem praticado a conduta abusiva prevista no art. 2º, inciso V, alínea b, da Lei nº 4.137/62. Teriam, então, as indiciadas exercido concorrência desleal, mediante prévia combinação de preços em concorrência pública. No Processo em julgamento a combinação prévia de preços constitui o instrumento a ser utilizado pelo agente na prática desleal.

2. No seu bem fundamentado voto, entende a I. Relatora, que a inexistência de concorrência desleal vis a vis concorrentes, não há como enquadrar a suposta combinação de preços praticadas pela indiciadas no referido artigo da Lei nº 4.137/62, conduta que não constitui forma de abuso do poder econômico.

Tenho entendimento diferente da tese adotada pela I. Relatora, no que se refere a questão da concorrência desleal. A minha convicção sobre o assunto tem uma amplitude maior do que a manifestada pela Relatora no seu voto. O campo de atuação do CADE reveste-se de certos aspectos especiais que convém destacar. Refiro-me a situações monopolísticas ou oligopolistas (como é o caso do setor em julgamento), geradas pelo próprio estágio do nosso processo de desenvolvimento. A fiscalização da concorrência nesse estágio carece de maior atenção, visto que, nele, costuma ocorrer uma maior incidência de abusos do poder econômico. O papel do CADE é, no caso, extremamente sensível. Ele não pode, de um lado, criar obstáculo a tais situações, porque isso poderia impedir a consolidação ou a implantação de importantes setores econômicos, nem, de outro, aceitar que elas sejam aproveitadas para manobras espúrias. A regra para o caso será a de não

combater, indiscriminadamente, o oligopólio ou o monopólio, mas de coibir seu abuso.

Com base nesses princípios, defendo a necessidade da interferência do Estado, para regular, sempre que necessários, os desvios decorrentes de práticas comerciais restritivas, entre elas o acordo colusório, em que as empresas, muitas vezes, recorrem por ocasião da celebração de mercados públicos, lesando diretamente o Estado e indiretamente o contribuinte. Deve-se registrar que o acordo colusório, tem duas grandes características, a saber, a fixação de preços combinada e a divisão de mercados, e são, em geral, difíceis de serem detectados.

Após essas observações, e respaldado pelas informações contidas nos autos, que fornecem indicações sobre a conduta adotada pelas indiciadas que apontam para a presença de indícios de concorrência desleal, através da combinação prévia de preços em concorrência pública, o que demonstra a intenção de dominar o mercado em que atuam, distorcendo deliberadamente a livre concorrência, prejudicando em última instância o mercado e os seus consumidores.

3. Por não estar convencido de que a prática comercial descrita não se trata de ilícito previsto no inciso V, alínea b, do art. 2º da Lei nº 4.137/62, surge o questionamento: ficou comprovado nos autos o acordo colusório (de combinação de preços), ou teria ocorrido o fenômeno econômico conhecido como liderança de preço, reiteradamente alegado pelas defendentes.

Em relação a esta questão, deve-se registrar a manifestação contida no voto da I. Relatora, que analisando o assunto, registrou que a liderança de preço é uma conduta típica do mercado oligopolizado. O comportamento da líder é observado pelas demais empresas do setor e por elas deliberadamente seguido. Esse comportamento visa manter a estabilidade no mercado. Era esta a prática que vinha sendo adotada pelos fabricantes de tampas de borracha e lacres de alumínio para medicamentos no Brasil, conforme retrata os autos.

Deve ser destacado que o fato ocorreu num período em que ainda existiam resquícios da atuação do extinto Conselho Interministerial de Preços - CIP, que administrava os preços na economia. Em relação a empresa líder, no caso West, tinha, até poucos meses antes do fato, a obrigação de enviar ao DAP/MEFP, mensalmente, informações sobre seus preços e vendas. Baseado nessa realidade, pode-se concluir que o setor encontrava-se em fase de ajustamento, visando adotar uma política própria de preços, num mercado em reestruturação.

Com fundamento nesses princípios e constatações, e considerando a inexistência de provas, nos autos, de acordo colusório, acompanho a posição da I. Relatora, em relação a tese de liderança de preços. Ressaltando que sou levado a aceitar, apesar das reservas manifestadas, a hipótese da liderança de

preço, visto ser a explicação da causa econômica plausível para a conduta paralela das indiciadas. Dessa forma VOTO pelo arquivamento do Processo Administrativo ora em julgamento, dando-se ciência ao Ministério Público da decisão deste Conselho.

Brasília-DF, 09 de setembro de 1992

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Cumpra observar que por vários anos os preços dos produtos em tela (lacre de alumínio e tampas de borracha) estiveram sob o controle do Conselho Interministerial de Preços - CIP, sendo que este órgão adotava como referencial para efetuar os reajustes as planilhas de preços apresentadas pela Empresa West do Brasil.

Desta forma, entende-se como aceitável a ocorrência de uniformidade de preços praticados por essa Empresa e pelas demais, nos meses imediatamente posteriores ao término do controle de preços, visto que o mercado encontrava-se em uma fase de transição, evoluindo de uma economia protegida e regulada para um modelo concorrencial.

Assim, entende-se que essa prática - a homogeneidade de preços - imediatamente após o período de flexibilização pelo governo - representava muito mais à falta de criatividade e de experiência na formação de preços em uma economia de mercado, podendo perfeitamente ser creditado o ocorrido à liderança de preços exercida pela Empresa West do Brasil, como bem observou a ilustre Conselheira NEIDE TERESINHA MALARD.

Acolho, portanto, em sua íntegra, a tese da liderança de preços defendida pela Conselheira Relatora. Permito-me divergir apenas quanto a expressão "concorrência desleal", visto que embora não fique caracterizado o conluio entre as empresas, estas adotaram o denominado paralelismo consciente, que se deu pela observância da liderança de preços da West do Brasil, como manifesta perda da independência de cada empresa, resultando em restrição à concorrência.

Acompanho, assim, o Voto proferido pela ilustre Conselheira quanto a improcedência do presente processo administrativo em pauta e pelo seu arquivamento.

Brasília-DF, 09 de setembro de 1992

Marcelo Monteiro Soares

ANEXO

Quesitos a serem respondidos, com base em diligências, requisições de informações ou análises de documentos do Representado ou de terceiros envolvidos no processo de fabricação do medicamento ou de fornecimento das respectivas matérias-primas.

1. Qual o processo produtivo do VINCAGIL e do IRIDUX, incluindo todas as matérias-primas envolvidas, respectivos fornecedores e reações químicas.

2. Qual o estoque de ampolas normalmente mantido pelo Representado?

3. Qual o prazo normalmente requerido pelo fornecedor para entrega de ampolas?

4. Porque houve alteração da ampola 2 para a ampola 5, bem como o aumento da quantidade a ser fornecida, quando o fornecedor estava inadimplente na entrega das partidas solicitadas?

5. Quais os fornecedores de ampolas existentes no mercado nacional?

6. Quais as provas existentes sobre a recusa do metanol por excesso de água, conforme alegado nos itens a, b e c, às fls. 112, porquanto os documentos juntados para esse efeito foram produzidos pelo próprio Representado?

7. Tendo em vista a entrega do metanol com excesso de água, por três vezes consecutivas, quais as razões que levaram o Representado a manter o fornecedor, quando existem outros no mercado, conforme se pode verificar de fls. 51 e 52, do Caderno de produtores da Indústria Química Brasileira, publicado em setembro de 1988.

8. Quais as providências tomadas pelo Representado, entre outubro de 1990 e abril de 1991 (datas consignadas nos certificados de análise), no sentido de regularizar o fornecimento do metanol puro, em condições de ser utilizado na fabricação do VINCAGIL?

9. Quando e quais providências foram tomadas pela PROSINT-APOLO para regularizar o fornecimento do metanol puro ao Representado?

10. Qual o estoque de metanol puro mantido pelo Representado durante o período compreendido entre o início do quarto trimestre de 1990 e o final do terceiro trimestre de 1991?

11. Qual o estoque de Oxalato de Naftidrofuril, em julho de 1991?

12. Qual a quantidade necessária de Oxalato de Naftidrofuril para a produção de 20.000 cápsulas de 100mg do IRIDUX?

13. Qual a quantidade necessária de Oxalato de Naftidrofuril para a produção de 20.000 cápsulas de 200mg do IRIDUX?

14. Quando o IRIDUX injetável passou a ser produzido em 1991?

15. Quais foram os hospitais que solicitaram e receberam o IRIDUX injetável?

16. Por que o Representado deu prioridade à fabricação do IRIDUX injetável, em detrimento da produção do medicamento em cápsulas, quando não havia fornecimento de matéria-prima?

17. Por que não se buscou outro fornecedor do Oxalato de Naftidrofuril, quer no mercado interno quer no externo, quando o fornecedor estrangeiro alegou problema de ordem administrativa, qual seja, a troca de controle acionário que, em princípio, não deveria interferir num simples contrato de fornecimento?

18. Houve problemas na produção do IRIDUX injetável?

Além dos quesitos supra formulados, deverão ser trazidos ao processo cópia do contrato celebrado entre o Representado e a Hoechst do Brasil, para beneficiamento da Vicamina, e o quadro de produção do IRIDUX injetável, durante o último trimestre de 1990 e nos três primeiros trimestres de 1991.

Os técnicos e peritos deverão informar quaisquer outros fatos e atos relacionados às práticas imputadas ao Representado, neste processo.

Brasília-DF, 13 de maio de 1992.