MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 140/93****Representante: Panflor Indústria Alimentícia Ltda.****Representada: Sanóli Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.****Relator: Conselheiro Mércio Felsky**

EMENTA.Processo Administrativo. Lei 8.158/91. Inexistência de conduta prejudicial à livre concorrência. Recurso de ofício ao CADE nos termos do artigo 39 da Lei nº 8.884/94. Pelo conhecimento do recurso. Provimento negado. Arquivamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, conhecer do recurso para negar-lhe provimento, determinado o arquivamento do feito. Participaram do julgamento o Presidente Gesner de Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky, Ruy Afonso de Santacruz Lima e Marcelo Procópio Calliari. Presente a Procuradoria-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 12 agosto de 1998(data do julgamento).

MÉRCIO FELSKY
Conselheiro-Relator

GESNER OLIVEIRA
Presidente do Conselho

RELATÓRIO**DAS EMPRESAS**

A Representante Panflor Indústria Alimentícia Ltda. ("PANFLOR"), com sede à Rua Salinas, 515, em Belo Horizonte, Minas Gerais, é uma empresa fundada em 1980 que atua na indústria e comércio de alimentos, fornecimento de lanches e "buffet" e alimentação coletiva.

A Representada Sanóli Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. ("SANOLI"), com sede no SCS Q.02, Bloco C, 22, em Brasília, Distrito Federal, é uma empresa fundada em 1955 que atua na prestação de serviços de fornecimento de alimentação hospitalar.

DA REPRESENTAÇÃO

A PANFLOR denunciou a SANOLI, em 27 de maio de 1993, alegando que esta empresa vinha praticando condutas anticoncorrenciais ao criar obstáculos à participação da PANFLOR em processos licitatórios para o fornecimento de refeições em hospitais.

Segundo a PANFLOR, a SANOLI impugnou a sua participação em Concorrências Públicas realizadas no Rio de Janeiro e em Brasília, mediante apresentação de certidões que comprovavam a existência de títulos protestados em nome da PANFLOR e débito fiscal oriundo de autuação realizada pela Secretaria da Fazenda e Planejamento do Distrito Federal. A SANOLI teria, ainda, publicado artigos difamadores e caluniosos contra a PANFLOR nos jornais O Globo e no Jornal do Brasil, bem como, supostamente, obtido certidão positiva de tributos municipais na Prefeitura de Belo Horizonte de forma ilegal.

A PANFLOR sustenta sua denuncia com argumento de que a SANOLI, mediante estes atos, estaria tumultuando os processos licitatorios, com vistas a permanecer sozinha no mercado de fornecimento de alimentação hospitalar, comprometendo a seleção da melhor proposta e levando a Administração pública a contratar por preços mais elevados. Desta forma, a SANOLI estaria praticando, segundo a Representante, conduta anticoncorrencial (fls. 01-07).

DA DEFESA

A Representada SANOLI apresentou defesa (fls. 221/233) na qual alega que a obtenção de certidões em nome da Representante e a impugnação de processos licitatórios constituem um direito da SANOLI no resguardo de seus interesses e foram realizados nos termos do Decreto-Lei nº 2.300/86, que regulamentava as licitações à época.

A SANOLI observa, ainda, que não detém o monopólio do mercado nacional de alimentação hospitalar, sendo este bastante pulverizado. Desta forma, procura afastar, tendo por base o art. 22 da Lei nº 8.158/91, a existência de efeitos econômicos negativos produzidos no mercado. A Representada conclui sua defesa pedindo o arquivamento do processo por não se tratar, no seu entendimento, de infração às regras estabelecidas na Lei nº 8.158/91.

DOS PARECERES

Quanto as características do mercado de alimentação hospitalar, a SEAE, em seu parecer, observa que este é extremamente regionalizado e pulverizado, constituído principalmente por pequenas e médias empresas e algumas multinacionais.

Quanto ao mérito, a SEAE entende que cabe às comissões permanentes de licitação dos hospitais receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento dos licitantes. Por fim, procura ressaltar o fato da PANFLOR ter obtido êxito em alguns casos de impugnações realizadas pela SANOLI, ganhando licitações públicas onde a Representada era fornecedora por muitos anos (fls. 1617-1621).

A SDE, por sua vez, concluiu que constitui exercício legal de direito a obtenção, por parte da SANOLI, de certidões em repartições públicas, bem como a realização de impugnações e interposição de recursos em processos licitatórios. Assim sendo, observa que não existe nenhum indício que demonstre que a Representada tumultuava os processos licitatórios, prejudicando a livre concorrência, devendo o procedimento ser, no seu entendimento, arquivado com base nos arts. 39 da Lei nº 8.884/94. (fls. 1758-1762 e 1767-1770).

Assim sendo, o Secretário de Direito Econômico determinou o arquivamento do Processo Administrativo, recorrendo de ofício ao CADE (fls. 1773).

Cabe, ainda, observar que a SDE fez menção em seu parecer técnico à conclusão do Inquérito Policial realizado pela Delegacia Especializada de Ordem Econômica da Secretaria de Estado de Segurança Pública de Minas Gerais, o qual apurou denuncia da PANFLOR quanto a obtenção de certidão de forma ilícita por parte de funcionário contratado pela SANOLI. Concluídas as investigações, o Inquérito foi arquivado por inexistência de ilícito penal.

Por fim, a Procuradoria do CADE, opinando pelo conhecimento do recurso de ofício ao CADE, entende, quanto ao mérito, que os atos praticados pela SANOLI não se tratam de condutas prejudiciais a livre concorrência. Adota o entendimento da SEAE quanto ao mercado de alimentação hospitalar, confirmando ser este pulverizado, e observa que não há que se falar em monopólio no caso. Desta forma, conclui que as práticas de impugnação de processos licitatórios dos quais a PANFLOR fazia parte constituem atos respaldados em lei específica, estando afastados vícios ou ilegalidades. Assim sendo, propõe que seja negado provimento ao recurso de ofício, devendo o processo ser arquivado.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processo Administrativo nº 140/93. Lei nº 8.158/91. Inexistência de conduta prejudicial à livre concorrência. Recurso de ofício ao CADE nos termos do art. 39 da Lei 8.884/94. Pelo conhecimento do recurso. Provimento negado. Arquivamento.

O Processo Administrativo nº 140/93 foi instaurado pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico com base no art. 3º, caput e inciso XVI, da Lei nº 8.158/91. A fundamentação legal para instauração deste processo administrativo partiu da possibilidade de ter ocorrido obtenção de certidão positiva de forma ilegal por parte da Sanóli Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. ("SANOLI"), com o objetivo de prejudicar a Panflor Indústria Alimentícia Ltda. ("PANFLOR") em processos licitatórios para fornecimento de alimentação em hospitais. Desta forma, a possibilidade de prejuízo à livre concorrência existiria na medida em que a SANOLI estaria supostamente criando dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento da PANFLOR no mercado de alimentação hospitalar, tendo em vista os dispositivos legais acima mencionados.

A obtenção de certidão positiva de forma ilegal para sustentar impugnações aos processos licitatórios dos quais as partes participavam, foi uma das denúncias feitas pela PANFLOR à SANOLI. As demais denúncias partem da premissa de que a simples obtenção de certidões e a própria impugnação constituiriam um tumulto nos processos licitatórios com vistas a excluir a PANFLOR do mercado de fornecimento de alimentação hospitalar. Estas práticas seriam, no entendimento da Requerente, condutas anti-concorrenciais.

Isto posto, cabe observar, em primeiro lugar, que a denúncia de obtenção de certidão de forma ilegal por parte da SANOLI foi apurada pela Delegacia Especializada de Ordem Econômica da Secretaria de Segurança Pública de Minas Gerais, concluindo-se pelo arquivamento do inquérito policial por inexistência de ilícito penal. Merece destaque o despacho do Delegado titular do DEOE, responsável pelas investigações, ao observar que "não procedem as informações prestadas pelo Representante Legal da empresa PANFLOR", inexistindo, assim, provas que sustentem a denúncia.

Afastada esta denúncia, resta apenas o argumento de que impugnação de processos licitatórios e obtenção de certidões em nome de terceiros constituiriam, por si só, condutas prejudiciais à livre concorrência, uma vez que estariam criando dificuldades à permanência da PANFLOR no mercado de alimentação hospitalar.

Diante deste quadro, devemos analisar dois aspectos fundamentais. O primeiro diz respeito à clara possibilidade legal de se realizar impugnações em processos licitatórios, devendo ser utilizados todos os meios de prova possíveis. Assim, entendo que ao apresentar certidões positivas em nome da PANFLOR como prova destinada a sustentar os argumentos para impugnação, a SANOLI o fez dentro dos limites do Decreto-Lei nº 2.300/86 que regulamentava as licitações à época. Só desta forma as impugnações puderam ser acatadas pelo poder público. Portanto, ao verificar a procedência ou não dos argumentos que sustentaram cada uma das impugnações, a própria administração pública reconheceu o exercício legal de direito da SANOLI na realização das impugnações. Não há que se falar, então, em tumulto, uma vez que as comissões de licitação de cada um dos hospitais aceitaram as certidões como meio de prova e, em alguns casos, decidiram favoravelmente à impugnação.

O segundo aspecto a ser observado diz respeito à inexistência de infração à ordem econômica nos termos da Lei nº 8.158/91, vigente à época da suposta infração. Não há como se admitir infração, tendo em vista que a prática de impugnação de processos licitatórios é um direito das empresas participantes de qualquer concorrência pública. Assim, não existe conduta anticoncorrencial, mas mero exercício de direito a ser apurado, quanto ao mérito, pelas comissões de licitação responsáveis pela realização da concorrência pública. Não se aplicam, portanto, os dispositivos da Lei nº 8.158/91 ao caso em tela.

Neste contexto, levando em consideração o entendimento da SEAE, da SDE e da Procuradoria do CADE, conheço do recurso de ofício e, quanto ao mérito, lhe nego provimento, mantendo a decisão do Secretário da SDE/MJ.

É o voto.

Brasília, 12 de agosto de 1998
MÉRCIO FELSKY
Conselheiro Relator