

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO
volume 2 nº 2

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

*JULGADOS DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE
DEFESA ECONÔMICA - CADE
1993 - 2a. PARTE*

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 872 2609 / 263 6748

Fax.: (011) 872 2609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, , Tércio Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria.

A REVISTA DO IBRAC está aberta a colaborações tanto acadêmicas como não acadêmicas , que sejam de interesse para o desenvolvimento das relações de concorrência e consumo. Textos em língua estrangeira ou traduções poderão se aceitos, a critério da Redação.

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

CDU 339.19 / 343.53

ÍNDICE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 32

INSTAURADO DE OFÍCIO PELA SECRETARIA NACIONAL DE DIREITO
ECONÔMICO - SDE

INDICIADAS: VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. E ASSOCIAÇÃO
CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS.....5

Data 22 de abril de 1993

CONSULTA Nº 01/93

CONSULENTE: ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE
VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS.....29

Data 28 de junho de 1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 53/92

REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

REPRESENTADA: ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES
.....39

Data 30 de junho de 1993

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

CONSULTA Nº 03/93

CONSULENTE: ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E
DROGARIAS.....71

Data 25 de agosto de 1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 34/92

REPRESENTANTE: COSMOQUÍMICA S/A - Indústrias e Comércio79

REPRESENTADA: CARBOCLORO S/A - Indústrias Químicas.....79

Data 08 de novembro de 1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 32

*INSTAURADO DE OFÍCIO PELA SECRETARIA NACIONAL DE DIREITO
ECONÔMICO - SDE*

*INDICIADAS: VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. E
ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS*

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho decidiu pelo arquivamento do Processo, com base nas razões expostas nos votos da Conselheira Relatora e dos demais Conselheiros, e pela ciência ao Ministério Público da decisão do Colegiado. Nada mais havendo a tratar, o Presidente deu por encerrada a Sessão.

Plenário do CADE, 22 de abril de 1993.

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

Este processo teve início com o conhecimento pela Secretaria de Direito Econômico de contrato de autorização para o credenciamento firmado pelas duas representadas. O contrato, de 19 de setembro de 1991, tinha por objetivo:

"Autorizar a ACATS a indicar à Valer as empresas e estabelecimentos que lhe são filiados para fins de implantação do sistema 'Vale Valer', destinado ao fornecimento de refeições e/ou mercadorias mediante a apresentação dos documentos denominados Vale Valer" (cláusula primeira do instrumento).

Chamou a atenção da Secretaria de Direito Econômico a cláusula terceira do ajuste que dispunha:

"Os indicados obrigam-se a aceitar os Vales Valer que lhe forem apresentados por clientes, em caráter de exclusividade, sem admissão de qualquer outro sistema do gênero, para os fins a que se refere a Cláusula Primeira".

Vendo na cláusula uma restrição indevida à liberdade de mercado, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica notificou a empresa de vales e a associação de supermercados para apresentarem defesas. Estas alegam, basicamente, que a denúncia não pode prosperar por inadequação do enquadramento legal da conduta analisada. Dizem que jamais as associadas da ACATS foram compelidas a aderir ao contrato e que nada obstaría a que os supermercados trabalhassem com apenas uma empresa de vales. Ajuntam que o contrato de exclusividade não é proibido por lei e que não haveria prova de que teria havido rompimento de relação comercial dos supermercados com outras empresas de vales. Referem ainda a que o contrato com a cláusula de exclusividade teria durado apenas de 1º de novembro de 1991 a 20 de novembro do mesmo ano, quando cláusula aditiva suprimiu a regra da exclusividade.

Cumpridas as fases habituais do processo, o relatório final do DPDE tem por demonstrados fatos que se enquadrariam no art. 3º, IX, XVI e XVIII, da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, I, "a", da Lei nº 4.137/62.

DISCUSSÃO

Os contratos que estabelecem cláusula de exclusividade devem ser analisados com redobrada cautela, uma vez que, como é de entendimento intuitivo, "a função econômico-social do pacto de exclusividade acha-se na limitação da concorrência" (Werter Faria - Direito de Concorrência e Contrato de Distribuição. Porto Alegre, Fabris Editor, 1992, p. 71).

Essas cláusulas, para que possam legitimar-se, devem corresponder a necessidades imperiosas, não apenas ligadas à conveniência de um agente econômico, mas à própria ordem pública. Afinal, como assinala Cabanellas, "a oportunidade de acesso ao mercado constitui um dos elementos essenciais da livre concorrência". Acrescenta o autos que o "obstáculo ao movimentos de fatores produtivos e de empresas de um a outro mercado constitui um dos

casos mais graves de conduta anticompetitiva, pois a possibilidade de ingresso de novas unidades competitivas configura o principal elemento regulador de possíveis abusos e concertos que ocorram naquele" (*Derecho Antiminopólico y Defensa de la Competencia*. Buenos Aires, Heliasta, p. 470 - traduzi).

O mesmo autor dá notícia da praxe, no direito comparado, da punição de atos que propendem a dificultar a entrada de novos concorrentes no mercado. Apontou a Suprema Corte norte-americana, v.g., no caso *United States vs. United Shoes Machinery Corp.*, que são reprováveis os atos que criam "barreiras artificiais que excluem desnecessariamente a competição atual e potencial e que constituem uma restrição ao livre mercado" (id., p. 472).

Não surpreende, pois, que o nosso sistema jurídico haja também se ocupado desse tipo de cláusula.

O art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação emprestada pela Lei nº 8.158/91, estabelece que qualquer ajuste que possa limitar ou reduzir a concorrência somente se valida com o assentimento da Secretaria de Direito Econômico. A aprovação da Secretaria, de seu turno, subordina-se à verificação de alguns requisitos enumerados no dispositivo legal referido. Preocupa-se o legislador com que a restrição à concorrência expressa na cláusula de exclusividade se justifique enquanto imposição do bem comum. Quer, por exemplo, a lei que os "benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus [do ajuste] participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro" (letra "b" do citado art. 74).

Deduz-se, portanto, ao contrário do que insinuam as defendentes, que os contratos que criam exclusividade em atividade econômica não gozam de presunção de validade. Antes, devem ser submetidos aos órgãos governamentais competentes para se validarem.

Está claro que não é qualquer contrato com cláusula de exclusividade que atrairá a atuação preventiva e repressiva deste Ministério. Para tanto, cumpre que o ajuste crie, efetiva ou potencialmente, um dano à concorrência no âmbito de um dado mercado relevante. Para que o ato venha a ter interesse jurídico, no ângulo da concorrência, é mister que, por sua magnitude em certo contexto geográfico e de atividade econômica, ostente, ao menos, potencialidade nociva. Isto se extrai diretamente da leitura do caput do art. 74 da Lei nº 4.137/62.

A ESPÉCIE À LUZ DO DIREITO ECONÔMICO

Analisando os fatos descritos nos autos sob o prisma dessas ponderações, entendo que há, aqui, matéria de interesse do sistema de proteção da liberdade econômica.

O contrato sob exame visava a fazer com que a ACATS obtivesse adesões a um pacto de exclusividade no sistema de pagamento de mercadorias com vales nos supermercados catarinenses. O mercado relevante considerado é constituído por tais estabelecimentos e parece estar fora de dúvida que, a prevalecer o contrato, as demais empresas do ramo de vales estariam alijadas deste setor. Na área dos vales-refeição, sobretudo, em que a sorte da empresa que os fornece se liga à conquista de um maior número de usuários e de um maior número estabelecimentos, de conveniados - ambos esses fatores refluindo um no outro -, a criação de dificuldades para atuar em supermercados virtualmente causa abalo econômico.

Está vista a eficácia, quando menos potencial, desse acordo para influir sobre setor de atividade econômica expressivo.

As defendentes alegam que o curto lapso de tempo em que a cláusula de exclusividade teve vigência anula o interesse sobre o caso.

O argumento não desfaz a aplicabilidade da legislação de proteção econômica. A mera existência de um acordo com a cláusula, nas circunstâncias do mercado considerado, já torna o assunto relevante do ponto de vista jurídico.

A punição de práticas abusivas não queda na dependência dos consectários concretos pela advindos. Se o acordo em tela, não importando o lapso cronológico da sua vigência, voltava-se de modo em tese hábil para criar obstáculo a concorrentes, está reunido o pressuposto para a análise do caso sob o enfoque do direito econômico. Abona essa inteligência o caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91, que cogita de atos "tendo por objeto ou produzindo o efeito de (...) prejudicar a livre concorrência (...), ainda que os fins visados não sejam alcançados".

Cumpra mencionar que o contrato chegou a produzir efeitos, conforme faz exemplo a declaração de fls. 85 e seg.

Não aproveita à defesa, tampouco, o raciocínio de que o contrato é juridicamente indiferente por não gerar imposição aos mercados de a ele aderirem ou por deixar ao alvedrio destes estabelecimentos, caso assinem o ajuste com a VALER, a possibilidade de rescindi-lo. Irrelevante, ainda, que a adesão não tenha sido feita, conforme se argumenta a fls.109. Essas teses se enfraquecem à consideração de que a cláusula impugnada possuía a virtude de excluir agentes econômicos do mercado. Ainda que os ajustes não fossem por tempo determinado, é certo que criaram obstáculo à atuação de concorrentes

no ramo. Lembre-se que o art. 3º, IX, da Lei nº 8.158/91 cogita não só de ação que acarrete pleno domínio de mercado, mas também as que são predispostas a "causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa".

Justa, a propósito, também para o nosso direito, a lição de Cabanellas:

"Em consequência, não é necessário que os acordos (...) tendam a tornar impossível a participação de certas empresas em determinado setor econômico, senão que bastará que façam tal participação mais difícil" (ob. cit., p. 483).

Resta, agora, verificar se a cláusula em apreço tem por si o abono excepcional da lei. Esse exame se faz necessário uma vez que a cláusula teve vigência de menos de 30 dias, não se esgotando o prazo previsto na lei para que fosse submetida à SDE para fins de validação.

As defendentes não trazem qualquer elemento de convicção acerca do atendimento dos requisitos legais de legitimação de exclusividade, nem os autos estampam evidências nesse sentido (Art. 74, letras e § 1º, da Lei nº 4.137/62, com a redação do art. 13 da Lei nº 8.158/91). Permanece a impressão de que o acordo entre a ACATS e a VALER tinha motivação meramente estratégica, vinculado ao afã de ampliar os mercados desta última.

CONCLUSÃO

Tais os dados do processo, cumpre reconhecer que as defendentes praticaram ato que se amolda à descrição do caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91 e, de modo mais específico, ao inciso IX do mesmo artigo. O contrato tinha o escopo de dificultar, sem dúvida, a continuidade de relações comerciais de outras firmas dedicadas ao setor de fornecimento de vales, sobretudo no que tange ao seu uso em supermercados.

Ainda que esta figura não fosse invocada, porém, o caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91 seria bastante para englobar a ação das defendentes. Destaque-se que os incisos do artigo são apenas exemplos de condutas descritas no caput. Este, por seu turno, abre margem à sanção de "acordo (...) tendo por objeto (...) prejudicar a livre concorrência (...) ainda que os fins visados não sejam alcançados". A conduta das defendentes, conforme visto, calha perfeitamente a esse enunciado.

Recorde-se que é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o acusado - quer no processo crime, quer no administrativo - defende-se de fatos e não de sua capitulação legal, o que permite que a instância julgadora condene o acusado em tipo diferente daquele em que a sua conduta foi enquadrada no início do processo - a propósito o RHC 68.777 - 6 - RJ, DJ 28.8.92, p. 13452.

O parecer, portanto, é pela condenação das defendentes.

Brasília, 26 de novembro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

EMENTA: *DEFESA DA CONCORRÊNCIA - CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE* Inexistente o objetivo de dominar o mercado ou prejudicar a concorrência, não há como condenar empresa de pequeno porte que rompe padrão de comportamento de mercado, adotado por empresas com posição dominante, mediante cláusula de exclusividade que se constitui em contrapartida de vantagem operacional. Ademais, não se comprovou qualquer efeito anticoncorrencial no mercado.

Trata-se de processo administrativo instaurado de ofício por determinação do Sr. Secretário de Direito Econômico para apurar conduta restritiva de concorrência que teria sido praticada por VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., empresa estabelecida na cidade de Florianópolis. à rua Felipe Schmidt, nº 21, conjunto 705, inscrita no CGC sob o nº 83.565.531/0001-59, e pela ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS, com sede em Florianópolis, à rua João Pinto nº 6, sala 1003, inscrita no CGC sob o nº 82.611. 008/0001-42, consubstanciada no acordo que firmaram em 19 de setembro de 1991, para implantação do sistema "Vale Valer", destinado ao fornecimento de refeições e mercadorias, de cujo instrumento consta cláusula de exclusividade em favor do sistema referenciado.

Os documentos constantes dos autos às fls 01/30 - contrato celebrado entre as indiciadas, notícias de jornais e cartas remetidas por supermercados diversos e empresas concorrentes da VALER - serviram de elementos informadores ao parecer do DPDE, às fls. 31/36, que, por entender possível o enquadramento da conduta investigada no art. 3º, incisos IX, XVI e

XVIII da Lei nº 8.158, de 18 de janeiro de 1991 e no art. 2º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, sugeriu a notificação das partes contratantes para esclarecer a prática, bem como fossem oficiados o Serviço Social da Indústria, o Departamento Regional de Santa Catarina e o Supermercado Vitória Ltda., para esclarecer sua adesão ao sistema em questão. Sugeriu, ainda, o aludido parecer que fossem oficiadas as diversas associações de funcionários que repudiaram o acordo, bem assim os supermercados Ideal e Luciano que dele não quiseram participar.

Acatado o parecer técnico de fls. 31/36 pelo Diretor do DPDE (fls. 36), foram expedidos o Ofício nº 682/91 (fls. 37), o Ofício Circular DNPDE nº 690/91 (fls. 39 e 40), os Ofícios nºs 691, 692 e 693 (fls. 41/46), todos de 26 de dezembro de 1991.

As respostas a esses expedientes encontram-se às fls. 47/91.

Em 31 de janeiro de 1992, foi expedido pelo DPDE o Ofício Circular nº 93 a várias associações de servidores públicos sediadas em Santa Catarina, indagando-se-lhe sobre as possíveis dificuldades causadas pelo acordo sob investigação (fls. 91 e 92), vindo aos autos, a fls. 94, o Ofício nº 45/92 da Associação dos Servidores da CASAN, afirmando que o acordo em questão causou-lhe sérias dificuldades administrativas além de problemas e transtornos aos associados.

Em 29 de abril de 1992, elaborou-se a nota de fls. 96 que, fundamentada nas informações vindas aos autos com as respostas aos ofícios expedidos, concluiu pela ocorrência de prática abusiva, sugerindo a instauração do competente processo contra a Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados - ACATS, o que foi feito pelo Diretor do DPDE, conforme se verifica do despacho de fls. 98, publicado no Diário Oficial de 07 de maio de 1992 (fls. 104).

As representadas foram notificadas para oferecer defesa prévia (fls. 100/103).

Em 13 de maio de 1992, o DPDE oficiou à Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, solicitando parecer técnico, na forma do Decreto nº 36/91 (fls. 105).

Às fls. 106/109 está a defesa da Associação Catarinense de Supermercados. Diz a Entidade que os supermercados da Grande Florianópolis costumavam negociar, individualmente, com as empresas de refeição e que os prazos para recebimento dos valores correspondentes aos vales eram semelhantes àqueles que os fornecedores concediam aos supermercados para pagamento de mercadorias. Com a diminuição dos prazos concedidos pelos fornecedores e o aumento das taxas de juros e patamares

sufocantes, a ACATS foi solicitada por seus associados para que gestionasse junto às empresas de valores no sentido de diminuir seus prazos para pagamento aos supermercados. Feita esta gestão, somente a VALER se mostrou interessada na proposta da ACATS, resultando, em decorrência, o contrato objeto de investigação.

Diz, ainda, a Associação que a cláusula de exclusividade foi retirado vinte dias depois da entrada em vigor do contrato, pois contra ela se insurgiram empregadores e associações. O próprio contrato, alega, vigorou por apenas 90 dias, com a adesão de somente sete supermercados.

Argumenta a ACATS que seria um exagero entender que o contrato ofendeu a livre concorrência e que, em nenhum momento, causou ele dificuldades à constituição, funcionamento, continuidade ou desenvolvimento de empresa, sendo seu único objetivo diminuir o prazo de recebimento das vendas pelos supermercados.

Juntou a defendente cópias do termo aditivo que retirou a cláusula de exclusividade e de carta de rescisão do contrato.

Às fls. 120/126 encontra-se a defesa de Valer Alimentação e Serviços Ltda. Alega a defendente que, à época em que ocorreu a conduta investigada, o País vivia dificuldades econômicas, com repercussões na produção e consumo nacionais, dentre elas a redução dos prazos para pagamento que os fornecedores concediam aos supermercados. Estes, por esse motivo, viram-se obrigados a, também, diminuir o prazo de recebimento dos valores que lhes eram devidos pelas empresas do ramo de vales-refeição. Outras conseqüências deste período, afirma a defendente, foram quebras, concordatas e a retirada do mercado de várias empresas de setor de vales-refeição, tendo, ainda, uma rede de supermercados da região de Florianópolis pedido concordata.

Esse, segundo a VALER, o panorama que se delineava na ocasião em que foi procurada por representantes da ACATS, graças à boa reputação de que a empresa e seus administradores gozavam no mercado, e consultada sobre a possibilidade de firmar convênio pela intermediação de vales-refeição. Depois de analisar as condições oferecidas pela ACATS, resolveu assinar, em 19 de setembro de 1991, o contrato objeto deste processo. Argumenta, outrossim, que a cláusula terceira, relativa à exclusividade de aceitação de vales da indiciada, e a cláusula oitava, pertinente à remuneração da ACATS, só vigorariam a partir de 1º de novembro do mesmo ano.

Afirma, também, que o sistema aventado jamais chegou a ser implementado por inteiro, dado a dificuldades operacionais e reações contrárias por parte de associações de empregados beneficiários dos vales-

refeição, o que levou as partes a eliminarem contratualmente a tal exclusividade antes mesmo que tivesse sido colocada em prática.

Irresignado-se, ainda, a defendente contra o enquadramento dos fatos nos incisos IX e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 4.137/62, à alegação de que não teria ocorrido qualquer ação ou omissão que importasse em dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, posto que inexistia entre a ACATS e a VALER, ou entre esta e qualquer supermercado, relação deste tipo, e nem praticado qualquer conduta suscetível de criar dificuldades à criação, ao funcionamento ou desenvolvimento de empresa, pois a adesão ao sistema a que se refere ao contrato afirmado com a ACATS ficava a exclusivo critério e conveniência dos supermercados. Ademais, poderiam os supermercados conveniarem-se com a VALER independentemente daquele contrato, de conformidade com outras regras operacionais, sem caráter de exclusividade. Inexistiu, pois, dominação de mercado ou eliminação de concorrência.

Argumenta, por outro lado, que os supermercados não estão legalmente impedidos de aceitar apenas vales de determinada empresa ou de oferecer vantagens, sob forma de descontos, a certas associações e não às demais ou, ainda, de operar com apenas determinado cartão de crédito. Nenhuma destas práticas, afirma, importa cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes no mercado ou controle regionalizado deste, já que mantém-se íntegra a liberdade de contratar entre partes.

Pede, afinal, alegando falta de comprovação de qualquer prejuízo a quem quer que seja, o arquivamento do processo.

A fls. 127 despachou o Diretor do DPDE, dispensando o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, por entender situar-se a matéria dos autos na esfera jurídica, dando como comprovados os efeitos negativos da conduta investigada sobre o mercado.

Às fls. 128/137 encontra-se o relatório do DPDE, considerando insubsistentes os argumentos apresentados pelas defendentes - ACATS e VALER - na defesa prévia. Afirma que a cláusula de exclusividade vigorou no mercado durante vinte dias, provocando conturbações, de sorte a permitir o enquadramento da conduta na Lei nº 8.158/91, estando, ainda, caracterizada a eliminação de qualquer outro concorrente da VALER, já que o supermercado que se dispusesse a aderir às condições do acordo não poderia aceitar vales-refeição de outras empresas, apenas os da VALER. Entende o relatório também configurada a formação do grupo econômico com o fim de eliminar a concorrência, sugerindo a notificação dos indiciados, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.158/91, para oferecimento de defesa, no prazo de quinze dias.

Notificadas as indiciadas (fls. 138/141), defenderam-se às fls. 142/148 e fls. 152/155.

Sustenta a VALER que nem ela nem a ACATS impuseram, em momento algum, qualquer exclusividade, pois os supermercados eram livres para contratar com ou sem exclusividade, a seu único e exclusivo critério. Assim, não se poderia interpretar o acordo como imposição para eliminar a concorrência.

Dizendo-se empresa modesta e de pouca influência no mercado, insurge-se, ainda, a VALER contra o enquadramento de sua conduta no art. 2º, inciso I, alínea "a" da Lei nº 4.137/62, posteriormente à sua defesa prévia e afirma inexistir nos autos prova da materialidade do fato apontado como infração.

Nega, também, que tenha se associado a qualquer empresa concorrente para praticar a conduta prevista no art. 3º, inciso XVIII da Lei nº 8.158/91, ou que contenha adentrado qualquer ajuste para limitar ou reduzir a concorrência de sorte e transgredir o art. 13 da Lei nº 4.137/62.

Argüi, por derradeiro, a preclusão dos enquadramentos originais ao fundamento de que foram desconstituídos no relatório final, reiterando, as razões expedidas na defesa prévia.

Pede, por fim, o arquivamento do processo.

A ACATS, reiterando os termos da defesa prévia, aduz ser normal a exclusividade nas relações comerciais e que, no contrato celebrado com a VALER, tinha apenas o encargo de indicar associados seus, os quais poderiam ou não aderir ao ajuste. Jamais houve adesão significativa ao tal acordo ou conluio para criar dificuldade a empresas ou dominar mercados. Afirma que os supermercados não estão obrigados a aceitar vales, podendo, caso resolvam fazê-lo, escolher os que lhes convém e nega a possibilidade de ocorrência de monopólio, ao argumento de que o mercado é composto substancialmente por restaurantes e não supermercados.

Aduz que o contrato dependeria ainda de outros a serem celebrados com as entidades concedentes dos vales, o que, na verdade, jamais ocorreu, nem mesmo depois de retirada a cláusula de exclusividade.

Requer, afinal, o arquivamento do processo.

ÀS fls. 156/179 encontra-se o relatório final do DPDE e às fls. 177/179, a decisão do Diretor pela procedência do processo administrativo, ao fundamento de que o contrato em tela teve por objetivo o domínio do mercado de vales na região de Florianópolis, eliminando concorrentes da VALER ou criando-lhes dificuldades, além de ter causado prejuízo aos destinatários do benefício do vale-alimentação e causado efeitos negativos no mercado.

Encaminhado o processo ao CADE, a mim foi distribuído, tendo eu solicitado o parecer do ilustre Procurador do Conselho que se manifestou às fls. 185/193, pela condenação das indiciadas.

Entende o Procurador que, prevalecesse o contrato, as empresas do ramo de vales estariam alijadas do setor de supermercados e que a criação de dificuldades para a atuação de outras empresas neste setor causaria abalo econômico. Pondera que a mera existência da cláusula de exclusividade, nas circunstâncias do mercado de vales, independentemente de seu prazo de vigência, atrai a aplicabilidade da legislação de defesa econômica. Visando o acordo em questão criar obstáculo a concorrentes, reunidos estariam os pressupostos presentes na legislação que cogita de atos que tenham por objeto prejudicar a livre concorrência ou que sobre a concorrência produzam efeitos, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

Afirma, ainda, o Procurador do CADE ser indiferente ao fato da exclusividade não ter sido imposta aos supermercados, que poderiam contratar com a VALER de modo diverso, sendo também irrelevante a pequena adesão ao acordo, posto que a cláusula impugnada "possuía a virtude de excluir agentes econômicos do mercado".

Para o Procurador, o acordo também não abriga a excepcionalidade legal contida no art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91, concluindo pela condenação das defendentes.

É o relatório

Neide Terezinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

I

1. O processo foi instaurado de ofício pelo Secretário de Direito Econômico à vista de notícias de jornais do Estado de Santa Catarina dando conta de um convênio celebrado entre a Associação Catarinense de Supermercados - ACATS e a empresa Valer Alimentação e Serviços Ltda, contendo cláusula de exclusividade para aceitação de vales-refeição emitidos pela VALER, em supermercados que se dispusessem a operar com o referido vale.

O enquadramento legal da conduta praticada pelas indiciadas não foi feito pelo Diretor do DPDE, no despacho que concluiu pela ocorrência de conduta abusiva, tendo, contudo, o Sr. Secretário de Direito Econômico

entendido (fls. 182) terem a VALER e a ACATS cometido a prática abusiva prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991, verbis:

VIII- subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou a aquisição de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

As manifestações anteriores do DPDE, no entanto, acusam as indiciadas de terem praticado as condutas previstas no incisos IX, XVI e XVIII do art. 3º e no art. 13, todos da Lei nº 8.158/91, verbis:

Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo 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, tais como:

IX- dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa;

XVI- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;

XVIII- agir ou omitir-se, em conluio com concorrentes, mediante condutas paralelas cuja finalidade ou efeitos tipifiquem qualquer das práticas indicadas nesta Lei.

2. Pelo convênio em questão, a ACATS se comprometia a indicar à VALER, dentre seus filiados, as empresas que fossem participar de um sistema destinado ao fornecimento de refeições ou mercadorias. Consta do contrato que as empresas indicadas deveriam aderir aos termos ali pactuados e aceitar os vales da indiciada, com exclusão de qualquer outro. Pela intermediação, mediante indicação da clientela, a ACATS faria jus à taxa de 1,33% da TRD do mês aplicada sobre o total dos resgates relativos às vendas conveniadas, valor este a ser pago pela VALER. Os supermercados indicados, por sua vez, pagariam à ACATS uma outra taxa de administração, que seria calculada sobre o valor total dos resgates, e que, no início do contrato, seria igual a zero.

O contrato foi assinado em 19 de setembro de 1991, com entrada em vigor à data da assinatura, com exceção das cláusulas relativas à utilização

exclusiva dos vales da VALER e daquela pertinente à remuneração, que só vigorariam a partir de 1º de novembro do mesmo ano.

A vigência das cláusulas terceira e quinta, que tratavam da exclusividade, durou apenas 20 dias, alteradas que foram em 21 de novembro, mediante termo aditivo.

3. Instaurado o processo de ofício, o Sr. Diretor do DPDE, ao invés de, na forma do art. 5º da Lei nº 8.158/91, notificar as partes do contrato investigado para prestarem esclarecimentos, conforme sugerido pelo Chefe de Divisão do Próprio Departamento, a fls. 35, promoveu diligências, solicitou documentos e informações de empresas e associações que, de alguma forma, estivessem envolvidas com o tal acordo. Precluiu-se, com isso, a oportunidade que teriam as indiciadas de explicar o acordo e as razões que as levaram a por termo à cláusula questionada, frustrando-se, assim, um dos principais objetivos da lei que é o de corrigir as anomalias de um comportamento de setores econômicos, empresas e estabelecimentos, capazes de trazer perturbações à livre concorrência.

O acordo que, inegavelmente, existiu de direito, foi considerado ilegal pelo DPDE, com suporte em meras alegações de empresas e associações consultadas pelo Departamento, notificadas as indiciadas para fornecer defesa e dispensado o parecer técnico sobre o mercado em que atua os agentes sob investigação, solicitado à Secretaria Nacional de Economia, ao fundamento de que "as anomalias e os efeitos negativos estão cristalinamente registrados nos expedientes de fls 52/53 e 94/95".

II

4. Não consta do processo qualquer informação sobre o mercado relevante que a VALER pretendesse dominar e no qual teria ocorrido qualquer prejuízo ou eliminação de concorrência.

A composição do mercado de fornecedores de vale-alimentação foi, no entanto, abordada no relatório do Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, quando o julgamento do Processo Administrativo nº 07/91.

Extraí-se do Relatório (fls. 1224/1225 do P.A. 7/91) que cerca de 49 empresas integram o setor de fornecedores de vale-alimentação, sendo que apenas seis delas detêm 95% do mercado, de acordo com a seguinte participação relativa:

TICKET REFEIÇÃO	45,0%
-----------------	-------

VALE REFEIÇÃO	5,5%
CHEQUE CARDÁPIO	11,0%
BRASILIAN FOOD	10,0%
APETIK	9,0%
BLUE CARDS	5,0%

As empresas restantes, em número de 43, entre as quais a VALER, dividem entre si a parcela residual do mercado, que representa 5% do total.

Citando parecer da Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, o ilustre Conselheiro registra ainda que, apesar da concentração existente no mercado, não parece haver barreiras ao ingressos de nova empresas, de vez que a atividade não requer volume expressivo de investimento inicial.

Prosseguindo, informa que o mercado movimenta um valor estimado em 1,8 bilhões de dólares anuais.

5. Encontram-se no Processo Administrativo nº 07/91 outras informações sobre o sistema de vale-refeição.

A implantação e o desenvolvimento no Brasil das empresas fornecedoras de vale-alimentação foram propiciados pelo Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, criado pela Lei nº 6.321 de 14/04/76.

Dentre as modalidades de assistência ao trabalhador, no âmbito do Programa, foi adotado o sistema do convênio para fornecimento de alimentação, considerado adequado para os empregados dos setores de comércio e serviços, que poderiam facilmente deslocar-se para fazer suas refeições em restaurantes próximos ao trabalho, utilizando-se, para tanto, de vales refeição fornecidos pela empresa.

Outras modalidades previstas no PAT eram o serviço próprio - refeições servidas na cozinha e refeitório da própria empresa, e o serviço de fornecedor - refeições fornecidas por cozinhas industriais e transportadas para a empresa.

A partir de janeiro de 1991, foi adotada nova modalidade, a cesta básica, fornecida no próprio local de trabalho ou em supermercados, através de vales-alimentação.

Em 1990, cerca de 53% dos quase 10 milhões de trabalhadores abrangidos pelo PAT eram beneficiados com os vales-refeição.

O benefício, inicialmente concedido por empresas participantes do PAT, nos termos da lei, generalizou-se na década de 80, passando a ser

adotado, espontaneamente, por entidades não enquadráveis no Programa, como é o caso dos órgãos públicos.

Com essa generalização, abriu-se um amplo mercado para as empresas fornecedoras de vales, estabelecendo-se uma grande rede credenciada de restaurantes, lanchonetes e supermercados que operaram com os vales por elas distribuídos.

O sistema funciona mediante a distribuição mensal de vales, pelas administradoras às empresas, que os pagam, pelo valor de face, em prazo pré-estabelecido. Os empregados, no decorrer do mês, utilizam os vales para pagamento de despesas junto à rede conveniada, composta de supermercados, mercearias, lanchonetes e restaurantes. Os vales recebidos pela rede conveniada são resgatados junto às administradoras no prazo por elas acordado com os estabelecimentos. A título de remuneração, as administradoras costumavam, ainda, cobrar dos empregadores uma taxa calculada sobre o valor total dos vales.

O prazo de resgate dos vales constitui uma das principais vantagens para as administradoras, porquanto se remuneram basicamente de aplicações financeiras efetuadas com as importâncias recebidas dos trabalhadores durante o período compreendido entre seu recebimento e o resgate que ocorre, em geral, entre quinze e trinta dias contados da utilização dos vales.

III

6. A acusação que pesa sobre as indiciadas tem suporte na mera existência de acordo que celebraram entre si, do qual consta cláusula de exclusividade, entendida pelo DPDE restritiva da concorrência.

Quando se fala em cláusula ou contrato de exclusividade, duas hipóteses podem ocorrer: ou a exclusividade se refere diretamente ao bem ou serviço, caso em que o fabricante ou prestador exige do distribuidor ou do vendedor que apenas seu bem ou serviço seja vendido ou prestado; ou a exclusividade diz respeito ao vendedor ou prestador do serviço, situação em que o fabricante ou prestador do serviço assegura apenas uma empresa o direito de distribuir ou vender seus produtos ou prestar seus serviços.

Os acordos de exclusividade têm, sem dúvida, caráter restritivo e, potencialmente, são aptos a causar prejuízos à concorrência. Não se deve, contudo, considerá-los, só por isto, como conduta anticoncorrencial, ilícita per se. Faz-se necessário investigar se a exclusividade importa em relação desnecessária da concorrência para que se possa tê-la como ilegal. Desrazoável é aquela conduta que tenha por objeto ou produza o efeito de

dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. E, somente o exame do caso concreto, mediante análise criteriosa das circunstâncias em que operou a exclusividade, as características do mercado relevante e o poder das partes contratantes neste mercado constituem fatores indispensáveis à avaliação de exclusividade para se concluir se ela ou não prática restritiva da concorrência ou abusiva do poder econômico. Trata-se, enfim, de aplicar ao caso concreto a regra de razão, já tantas vezes utilizada por este egrégio Conselho.

7. No caso dos autos tem-se um acordo que prevê uma mera possibilidade de exclusividade na utilização dos vales da indiciada. A exclusividade se materializaria com a assinatura de outro contrato que seria celebrado entre a VALER e o supermercado interessado nas condições do acordo. A exclusividade, no entanto, não era imperativa, já que o supermercado poderia, também, operar com outros vales se assim o desejasse, caso em que o prazo de resgate seria o mesmo das outras administradoras.

Nos termos da Lei 8.158/91, a conduta do agente, para ser abusiva do poder econômico, deverá ter o objetivo ou produzir o efeito de dominar mercados, prejudicar a concorrência ou obter lucro arbitrário. Quis, pois, o legislador, que as infrações contra a ordem econômica, previstas naquele diploma, fossem de mera natureza formal, inexistindo-lhes resultado. Por outro lado, dispensou a lei a intenção do agente quando os efeitos anticoncorrenciais de sua conduta se fizessem presentes.

A questão, assim, deve ser analisada sob esses dois únicos aspectos: intenção ou resultado.

8. Quanto ao aspecto da intervenção, verifica-se dos autos que o objetivo principal que conduziu ao malsinado acordo foi o de contornar as consequências advindas da redução do prazo que os fornecedores concediam aos supermercados para pagarem suas faturas. A ACATS pretendia uma solução para este problema: o recebimento dos valores relativos aos vales aceitos pelos supermercados de forma compatível com o pagamento das faturas aos fornecedores. A solução almejada, no entanto, poderia fazer com que outro problema emergisse, qual seja, o do cancelamento das compras com vales nos supermercados, já que os comerciantes poderiam não mais se dispor a financiar os consumidores até o prazo do resgate, exatamente aquele que decorreria entre o pagamento das faturas e o recebimento dos valores relativos aos vales.

A intenção, pois, da ACATS não era a de prejudicar a concorrência, mas a de resolver um problema de ordem meramente comercial que afetava

seus filiados, buscando alternativas operacionais para a utilização de vales-refeição aos supermercados.

Com esse propósito, procurou a ACATS as empresas de vales, que não acolheram sua proposta no sentido de reduzir seus prazos. Na verdade, operando elas em condições semelhantes às do oligopólio, dado o grau de concentração, a tendência é exatamente a de lhe impor condições, e não a de negociar a parcela de suas conquistas.

A VALER, no entanto, aceitou a proposta da ACATS, na certa porque viu descotinar-se diante de si a oportunidade de conquistar uma pequena parcela do mercado de vales já dominado por suas concorrentes, empresas de grande porte. A aceitação de redução dos prazos, obviamente, para não se tornar uma operação suicida para a indiciada, em razão de sua pequena escala operacional, haveria de ter uma contrapartida, qual seja, a exclusividade. Assim, o supermercado que quisesse utilizar-se de prazos reduzidos para recebimento dos valores dos vales deveriam operar apenas com aqueles da VALER.

É incontestável a racionalidade desse proceder. A remuneração substancial das administradoras está precisamente no prazo de que dispõem para girar com as importâncias que recebem das empresas conveniadas até o resgate dos vales. Viu-se, neste egrégio Conselho, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 07/91, instaurado contra várias empresas de vales-refeição, que a lucratividade deste segmento advém, principalmente, daquele prazo que, reduzido, diminuiria consideravelmente o lucro da VALER, podendo até levá-la à insolvência, se tivesse, ainda, de disputar com suas concorrentes o volume de vendas. A fórmula encontrada pela indiciada para compensar a redução do aludido prazo foi a exclusividade das vendas mediante vale.

A cláusula de exclusividade, portanto, não se constituía apenas num benefício para a VALER. Era, ao contrário, a contrapartida, legítima a meu ver, que o supermercado oferecia à Administradora para reduzir o prazo de resgate dos vales. Na verdade, esta exclusividade poderia emergir naturalmente, sem qualquer pactuação, posto que se consubstanciava em verdadeira vantagem operacional, conforme se pode verificar das informações prestadas pelos supermercados que aderiram ao acordo.

Ao informar sobre as razões de sua adesão, disse o supermercado Angeloni que a redução do prazo de resgate dos vales era significativa, não incidindo, ainda, quaisquer taxas. Outra vantagem buscada pelo supermercado foi a recuperação de vendas a crédito que, em virtude do elevado custo

financeiro, vinham reduzindo gradativamente. Ademais, mais alto era o custo da mão-de-obra para operacionalizar cinco tipos diferentes de vales (fls 47).

Santa Mônica supermercados, também, discorreu sobre as vantagens operacionais propiciadas pelo acordo com a VALER: o longo prazo para resgate junto às outras administradoras impunha-lhe grande ônus nas vendas a crédito, tornando-as praticamente inviáveis. A redução daquele prazo e a não incidência de taxas, no difícil momento por que atravessava o segmento supermercadista, foram os fatores preponderantes para sua adesão.

Outro fator a ser considerado na avaliação do elemento subjetivo que orientou a conduta investigada, é o de que a VALER não se negou a negociar com os estabelecimentos que não aceitaram a exclusividade. A carta do supermercado Expresso, a fls 49, dá conta de que adotou o vale da indiciada e manteve os que já tinha, à exceção de apenas um, que foi substituído por um outro.

Ainda no campo subjetivo da conduta, favorável às indiciadas é o fato do acordo ter sido calculado em matéria experimental (gls 47), e que fortalece o argumento de que o objetivo a ser alcançado pela ACATS e pela VALER não era o prejuízo à concorrência, mas sim a solução para problemas conjunturais por que atravessavam os supermercados, dentre eles a queda nas vendas a prazo, dado o elevado custo do dinheiro.

Não vejo no acordo em exame qualquer intenção de prejudicar a concorrência ou de dominar mercado. Inexistiu, ainda, inibição ou cerceamento do direito de contratar de quaisquer das partes, tendo sido preservada a autonomia de ambas para pactuarem, livremente o que lhes aprouvesse. Ademais, inexistiu qualquer pressão sobre os supermercados para aceitação do acordo, conforme afirmado às fls. 50/51, pelo supermercado Luciano, um dos muitos que não aderiram ao pacto. Ressalte-se, ainda, que o descumprimento da exclusividade só teria o efeito prático de se adotar o prazo de resgate praticado pelas demais administradoras.

9. Se anticompetitiva fosse a intenção das indiciadas, nenhuma outra discussão se faria necessária. Isto bastaria à condenação. Afigura-se-me, no entanto, ausente o elemento subjetivo, impondo-se assim, discorrer sobre os efeitos da conduta a avaliar a exata dimensão da prática para não se correr o risco de tomar como anticoncorrenciais esquemas operacionais que, ao quebrarem os padrões vigentes no mercado, não restringem a concorrência, propiciando, ao contrário, a adoção de novas condutas que favorecem maior competição entre os agentes econômicos.

Nesse aspecto, o DPDE considera evidenciados nos autos os efeitos da cláusula acordada entre as indiciadas sem, contudo, oferecer qualquer

apreciação sobre o impacto da exclusividade no processo competitivo. Os efeitos considerados pelo Departamento foram apenas aqueles indicados nos documentos de fls. 52/53 e fls 94/95, tidos como prova "cristalina" de restrição à concorrência. No primeiro, a Blue Cards dá notícia de que teria sido vencida em licitação, por conta do tal acordo, muito embora tenha oferecido aos órgãos licitantes prazo superior ao da VALER para pagamento dos vales. As informações da Blue Cards não foram investigadas pelo Departamento, se sabendo quais foram os demais critérios estabelecidos no edital para a escolha da proposta mais vantajosa.

Conforme já visto por este Conselho no julgamento do Processo nº 07/91, os editais elaborados por alguns órgãos públicos, estabelecendo praticamente todas as condições do contrato, propiciavam o oferecimento de propostas idênticas que conduziam fatalmente ao sorteio. O que se pode concluir da informação prestada pela Blue Cards, uma das maiores empresas do ramo, é que, pelo menos naquelas licitações em que concorreu com a VALER, os prazos oferecidos pelas concorrentes foram diversos, possibilitando ao órgão licitante a melhor escolha, não tendo que se valer do sorteio que, obviamente, privilegia a sorte e não a eficiência.

Verifica-se, ainda, no mesmo documento, que a VALER, em duas ocasiões, cotou prazos diversos, dentro do espírito da concorrência, sendo que a BLUE CARDS cotou sempre o mesmo prazo - trinta dias - aquele, normalmente, utilizado pelas administradoras. O que a Blue Cards não informou e nem o DPDE investigou foram as outras vantagens que a VALER ofereceu para ter-lhe adjudicados os contratos licitados. Louvável ainda ver sob o aspecto concorrencial, a existência de outros critérios que propiciam o rompimento de praxe de mercado e estimularam a concorrência.

A outra informação fornecida pela BLUE CARDS diz respeito a uma empresa particular que, segundo a informação, não mais se interessou pelos seus serviços. As causas do desinteresse não foram informadas e nada mais lhe foi perguntado pelo DPDE.

Já o documento de fls. 94/95 - carta da Presidência da Associação dos Servidores da CASAN - informa que a exclusividade na aceitação dos vales da indiciada causou sérias dificuldades administrativas para a associação, tem como problemas e contratemplos aos associados. Por mais solidário que se queira ser com a CASAN e seus filiados, não se pode atribuir aos problemas que tiveram com o malsinado acordo, importância fundamental para se imputar às indiciadas prática restritiva da concorrência. A lesão a eventuais direitos da CASAN, enquanto contratante dos serviços das administradoras de vales, só interessa aos fins repressivos da lei de defesa da

concorrência na medida em que decorra de prática restritiva, caracterizada por dominação do mercado, prejuízo à concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Assim, o dano alegado, fora do contexto específico do prejuízo à concorrência, não tem qualquer importância para o desate da controvérsia.

Irrelevante, assim, para a determinação de qualquer efeito sobre o mercado, e documentação em que se louvou o Departamento.

10. Todavia, se os elementos trazidos aos autos não são suficientes à avaliação do impacto da exclusividade no processo competitivo, torna-se necessário analisar os outros fatores que permitam concluir ser ou não restritiva a conduta imputada às indiciadas.

Conforme se verifica das informações colhidas no Processo nº 07/91, trata-se de mercado bastante concentrado aquele em que atuam as administradoras de vales. Segundo a teoria econômica, na estrutura concentrada, a contração ou a expansão dos negócios das empresas de grande porte influencia as condutas de suas concorrentes e a parcela de poder que detêm o mercado pode ser, eventualmente, utilizada em restrição à concorrência. Por outro lado, as empresas de pequeno porte, que atuam na parcela residual deste mercado, tem uma participação tão diminuta, envolvendo um volume tão pequeno de negócios que, ao contrário de suas concorrentes de grande porte, não são capazes de afetar o mercado com o seu comportamento ou de deslocar a participação relativa de qualquer outra, ainda que possuísse esta intenção. O poder de mercado é, pois, condição necessária para que a conduta de uma empresa possa resultar em benefício ou prejuízo à concorrência.

No caso dos autos, a suposta prática lesiva da concorrência decorre de exclusividade pactuada em um convênio global que dependeria, para sua efetividade, da assinatura de outros contratos. A grande maioria das empresas da rede conveniada não aderiu. A empresa acusada de prática detém pequena parcela do mercado onde inexistem barreiras à entrada de novos agentes econômicos. A conjuminância deste dois fatores torna remota a possibilidade de dano à concorrência.

Acreça-se, ainda, a questão do prazo de vigência, neste caso de fundamental importância, porquanto os efeitos anticoncorrenciais imediatos teriam de ser sentidos enquanto durasse o acordo. Tendo este vigorado por apenas vinte dias, tornou praticamente inviável qualquer avaliação em período tão exíguo.

Não consta dos autos o número exato de estabelecimentos que teriam aderido à exclusividade na cidade de Florianópolis, faltando dados relativos aos supermercados Imperatriz, Angeloni e Vitória. A ACATS,

todavia, informou que apenas sete aderiram. Os autos também não dão notícia sobre o total de supermercados conveniados com as administradoras.

Sem a definição do mercado relevante não se pode inferir que a exclusividade pactuada entre as indiciadas tenha causado efeitos sobre a concorrência, mormente quando o mercado não apresenta barreiras para a entrada de novas concorrentes e a indiciada nele atua em parcela ínfima. Aliás, a Brazilian Foods, ao ser inquirida sobre danos eventualmente sofridos, respondeu que não houve prejuízo que pudesse ser mensurado e informado ao DPDE (fls. 60).

11. Cabe, finalmente, analisar a possibilidade da ocorrência de efeito potencial sobre o mercado.

Do ponto de vista econômico, pode-se afirmar que o contrato de exclusividade só tende a causar prejuízo à concorrência, quando a empresa que o celebra detém poder de mercado, caso em que o pacto envolveria parcela considerável daquele mercado, nela impedindo a detentora de posição dominante o acesso de concorrentes existentes ou potenciais.

Sendo a VALER empresa de pequeno porte, que atua em parcela residual de um mercado grandemente concentrado, remota seria a possibilidade de sua conduta nele causar quaisquer efeitos potenciais.

IV

12. Não vislumbro neste processo qualquer intenção das indiciadas de prejudicar a livre concorrência. Ao contrário, vejo na conduta impugnada pelo DPDE uma tentativa de se romper com padrões vigentes no mercado, estabelecidos pelas grandes empresas que o dominam e cujo resultados para os beneficiários dos vales devem ser questionados.

Na oportunidade que teve este Conselho de apreciar a conduta das administradoras de vales em licitações públicas (Processo Administrativo nº 07/91), verificou-se que os editais dos órgãos licitantes as induziam a cotações idênticas. Criticou-se, na ocasião, aquelas normas editalícias por anticoncorrenciais os seus efeitos.

No caso dos autos, no entanto, a situação é diversa. A Associação de Supermercados de Santa Catarina se insurge contra conduta paralela de administradoras de vales, que impõem a seus filiados prazos idênticos para resgate, com reflexos imediatos sobre o custo financeiro das vendas com vales e, como consequência inevitável, o aumento de preço dos alimentos para o trabalhador, suposto beneficiário do sistema. É esta, a meu ver, a conduta que

deveria ter sido investigada pela Secretaria de Direito Econômico, porquanto veementes os indícios de paralelismo conveniente, e não tentativa de uma pequena empresa, de forma isolada e, até ingênua, de aumentar sua ínfima participação em mercado dominado por concorrentes de grande porte que, por isto, têm a capacidade de impor suas condições.

Ausente, pois, o objetivo de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou obter lucro arbitrário e, à mais absoluta falta de comprovação de qualquer efeito anticoncorrencial tenha sido produzido no mercado, pelo arquivamento deste processo.

Neide Terezinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Do exame dos autos, pode-se constatar não haver comprovação de que o contrato celebrado, entre as Indiciadas, teve por objeto ou produziu o efeito de dominar o mercado, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Efetivamente, considerados os aspectos singulares deste processo e a prova colhida na fase de instrução, não se pode assegurar a existência de prática econômica abusiva, por parte das indiciadas, ou de efeito anticoncorrencial produzido no mercado, em decorrência da sua conduta, como exige a legislação de regência, mais especificamente, no caso, o caput do artigo 3º da Lei nº 8.158, de 08.01.91 e seus inciso IX e XVI.

Por tais razões, e não sem ressaltar o habitual brilho com que se houve o Procurador deste Conselho, Paulo Gustavo Gonet Branco, ao emitir o seu parecer, manifesto minha concordância com a conclusão do VOTO da ilustre e culta Conselheira-Relatora Neide Terezinha Malard.

O meu VOTO é, assim, pelo arquivamento deste processo.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

O presente processo administrativo foi instaurado de ofício pelo Sr. Secretário de Direito Econômico para apurar conduta restritiva da concorrência que teria sido praticada por Valer Alimentação e Serviços Ltda e

pela Associação Catarinense de Supermercados, ambas com sede em Florianópolis-SC, consubstanciada no acordo que firmaram em 19 de setembro de 1991, para implantação do sistema "Vale Valer", destinado ao fornecimento de refeições e mercadorias, de cujo instrumento consta cláusula de exclusividade em favor do sistema mencionado.

Dadas as peculiaridades do caso, concordo com a conclusão do Voto do ilustre Conselheira-Relatora, por não vislumbrar no processo a intenção das Representadas de prejudicar a concorrência. Ausente portanto, o objetivo de dominar mercado, prejudicar a concorrência ou obter lucro arbitrário e, à falta de comprovação de qualquer efeito anticoncorrencial tenha sido produzido no mercado, conforme tipificado no "caput" do art. 3º da Lei nº 8.158/91, e nos seus inciso IX e XVI.

Apesar de discordar, desejo ressaltar, nesta oportunidade, a consistência do bem fundado parecer do ilustre Procurador, Dr Paulo Gustavo Gonet Branco, que concluiu, no presente processo administrativo, pela condenação das Representadas.

Em síntese, a falta de prova é bastante para o meu Voto em relação ao caso ora em julgamento, que é pelo arquivamento do processo.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Os autos não contêm elementos que assegurem que a VALER objetivava dominar o mercado; prejudicar a livre concorrência; ou obter lucro arbitrário; aliado ao fato de não ter produzido efeitos danosos no mercado, até porque o acordo firmado com a ACATS se deu em caráter experimental e vigorou por apenas 20 (vinte) dias.

Entendo, à vista da inexistência de prova nos autos, que o contrato celebrado entre a ACATS e a VALER não criava barreiras ao ingresso de novas empresas ao mercado; a exclusividade não era imperativa, podendo o supermercado operar com outros vales; bem como não dispunha de cláusula penal para a empresa que resolvesse rompê-lo.

Isto posto, VOTO com a conclusão da ilustre Conselheira-Relatora, NEIDE TEREZINHA MALARD, pelo arquivamento do Processo.

Marcelo Monteiro Soares

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

CONSULTA Nº 01/93

CONSULENTE: ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS.

DECISÃO

A unanimidade, o Conselho decidiu, em tese, que a ocorrência da conduta descrita no inciso XIII, do artigo 3º da Lei nº 8.158/91, de 08 de janeiro de 1991, na Consulta formulada pela ANCOR, não basta à configuração do ilícito, que requer, para sua materialização, a presença do elemento subjetivo, traduzido na intenção do agente de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou auferir lucro arbitrário, ou a demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da prática sobre o mercado. Decidiu, ainda, dar ciência desta decisão à Consulente, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e à Bolsa de Mercadorias e à Bolsa de Mercadorias & Futuros.

Plenário , 28 de julho de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUSA - Procuradora "ad hoc"

EMENTA: *Consulta. Art. 10 da Lei nº 8.158/91. Cobrança de taxa de corretagem irrisória ou nula por sociedades corretoras. Prática de preço predatório. Manifestação em tese.*

A Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias, entidade representativa das Sociedades Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias, nos termos do art. 10 da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, submete consulta ao CADE, com base nos seguintes fatos:

As associadas da Consulente têm como objetivo social precípua a intermediação de operações nos segmentos de valores mobiliários, títulos, câmbio e ativos financeiros;

O preço pela intermediação nas operações de câmbio era estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional que, ao editar a Resolução nº 1.679, de 31.01.90, deixou de regular a cobrança de corretagem praticada neste segmento (fls. 03);

No tocante às operações relativas a valores mobiliários, a corretagem pela intermediação é estabelecida, periodicamente, em tabela editada pela CVM, por delegação do Conselho Monetário Nacional. Pela Resolução CMN nº 1.794, de 27 de fevereiro de 1991, a negociação das taxas fixadas nas tabelas passou a ser permitida em percentuais de até 100% para mais ou para menos (fls. 04);

Quanto as operações com mercadorias, a taxa de corretagem era fixada em tabela, de natureza obrigatória, elaborada pela Bolsa de Mercadorias & Futuros, que, por intermédio do Ofício Circular nº 075, de 18.06.91, aboliu seu caráter impositivo, tornando-a meramente referencial (fls. 04).

Pelo fato da corretagem não ser mais objeto de tutela das autoridades competentes, algumas sociedades corretoras passaram a cobrar taxas irrisórias de corretagem, chegando mesmo a dispensá-las de determinados clientes, o que, no entendimento da ANCOR, constituiria infração à Lei nº 8.158/91 (fls. 06).

Indaga a Consulente sobre a legalidade da conduta que estaria sendo praticada pelas sociedades corretoras.

Com a finalidade de obter maiores esclarecimentos, foram encaminhadas correspondências ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e à Bolsa de Mercadorias & Futuros (fls. 33/35), não tendo o Banco Central se manifestado.

A consulta submetida pela ANCOR tem por objeto a manifestação do CADE quanto à prática adotada por algumas sociedades corretoras que estariam se abstendo de cobrar corretagem ou cobrando taxas irrisórias. A Consulente atribui este comportamento à desregulamentação operada no mercado.

Inicialmente, deve-se ressaltar que a edição da Resolução CMN nº 1.794/91 teve a intenção de sanear prática, muito utilizada pelas sociedades corretoras, de devolução de uma parcela da corretagem e alguns clientes, mediante comum acordo, burlando, assim, regulamento que obrigava a

cobrança de um valor fixo, conforme declaração da CVM, em resposta ao pedido de informações formulado pelo CADE (fls. 49).

Verifica-se, pois, que a regulamentação do segmento de valores mobiliários não guardava relação com as efetivas práticas do mercado, levando o Conselho Monetário Nacional a desregulamentá-lo.

Aliás, essa atitude do Conselho Monetário está em consonância com a política de ampla desregulamentação implementada pelo Governo a partir de 1990, que teve por objetivo excluir a atuação do Estado, enquanto regulador e normatizador de mercados, para que as forças destes mercados, que antes se encontravam neutralizadas, passassem a se manifestar livremente, viabilizando a concorrência.

Na verdade, tabelas têm efeitos anticoncorrenciais, na medida em que impedem que os preços sejam determinados pelas forças da oferta e da procura, ou seja, pelas regras do mercado.

Como bem afirmado pela Consulente, as despesas para operacionalização dos negócios no mercado financeiro envolvem, dentre outras, aquelas relativas a telefones, computadores, sistemas específicos, pessoal altamente especializado (fls. 05). Não há como uma tabela de preços espelhar os custos reais de todos os participantes de um mercado, que diferem entre si no tocante à qualidade, à eficiência e à escala dos serviços que prestam. Certamente seus custos serão diferentes, resultando preços também distintos.

E não foi outro o objetivo do Conselho Monetário que não o de incentivar a concorrência, quando deixou, através da Resolução nº 1.679/91, de regular a cobrança de corretagem nas operações de câmbio, e ao autorizar, através da Resolução nº 1.794/91, a negociação do preço de corretagem nas operações de valores mobiliários, para mais ou para menos, em até 100% dos valores fixados pela CVM. Propicia-se, assim, às sociedades corretoras a livre negociação de suas taxas com os clientes, em conformidade com os seus custos, sua estrutura administrativa e qualidade de seus serviços.

No mesmo sentido foi direcionada a conduta da Bolsa de Mercadorias & Futuros, ao eliminar o caráter obrigatório das tabelas que elabora, conforme se verifica da leitura de sua resposta ao ofício do CADE:

"Esta Bolsa, em conformidade com o poder de autoregulação que detém, e atenta à evolução legislativa e aos anseios da classe que congrega, deliberou, através de seu Conselho de Administração, editar o Ofício Circular nº 75/91. Referido ofício fixou a tabela básica de corretagens,

dando às Corretoras de Mercadorias, a par do que já ocorria com as Corretoras de Valores, liberdade para que elas definam a corretagem que cobrarão de seus clientes" (fls. 46).

Quanto à conduta adotada por algumas sociedades corretoras que estariam se abstendo de cobrar corretagem ou cobrando-a em valores irrisórios, esta, segundo a Consulente, se enquadraria no art. 3º, inciso XIII da Lei nº 8.158/91, que dispõe, verbis:

"Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática, tendo por objeto ou produzindo 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, tais como:

.....

XIII- vender mercadoria ou prestar serviços sem margens de lucro, visando à dominação do mercado".

A questão que se coloca, pois, é se a cobrança de taxas de corretagem nulas ou irrisórias infringe a lei de defesa da concorrência.

De acordo com o disposto no art. 3º, caput, da Lei nº 8.158/91, para que uma conduta possa constituir infração à ordem econômica, deverá ter por objeto ou produzir o efeito de dominar mercados, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Exige-se, assim, para a caracterização da conduta abusiva, a intenção do agente de alcançar algum destes fins, ou, simplesmente, os efeitos sobre o mercado, caso em que será irrelevante a presença do elemento subjetivo.

A prática de cobrança de preços predatórios se enquadra no inciso XIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Todavia, para que a prática que estaria sendo adotada pelas sociedades corretoras fosse caracterizada como abusiva, indispensável se torna verificar a real importância da taxa de corretagem no total da receita auferida por aqueles serviços. Demonstrada a relevância da taxa na composição da receita, sua cobrança a níveis irrisórios constituiria indícios de

conduta restritiva da concorrência apurável pela Secretaria de Direito Econômico, nos termos da Lei nº 8.158/91.

A mera ocorrência da conduta descrita no inciso XIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91, contudo, não basta à configuração do ilícito que requer, para sua materialização, a presença do elemento subjetivo, traduzido na intenção do agente de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou auferir lucro arbitrário, ou a demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da prática sobre o mercado.

É o parecer.

Brasília, 05 de julho de 1993.

CARLA BARROSO

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

Trata-se de consulta feita ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, pela ANCOR - Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias, com fulcro no artigo 10 da Lei nº 8.158/91.

A Consulente tem como afiliadas as Sociedades Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias e possui como objetivo "defender os interesses das mesmas e colaborar com as autoridades para incremento do mercado de capitais brasileiro". (fls. 05).

Relata a Consulente que os três tipos de sociedades corretoras possuem sua própria regulamentação, assim como formas diversas de cobrança pelos seus serviços.

A Consulente afirma ainda que a regulamentação do valor da corretagem foi alterada, de tal modo que possibilitou a algumas sociedades corretoras não cobrarem taxas de corretagem de determinados clientes ou estabelecerem um custo tão baixo "que estariam prejudicando a concorrência saudável". (fls. 04).

Entretanto, assegura a Consulente que a corretagem cobrada do cliente constitui-se na principal receita de todas as sociedades corretoras.

A Consulente ressalta que os custos para operacionalizar os negócios no mercado financeiro são altos e que a sociedade corretora que não repassá-los aos clientes estará praticando preços aviltados, distintos daqueles praticados pelo mercado, prejudicando, principalmente, as empresas de

pequeno porte, que não têm condições de oferecer seus serviços gratuitamente.

Desta forma, com base no artigo 3º, inciso XIII da Lei nº 8.158/91, a Consulente considera que a não cobrança de corretagem constitui infração à mencionada Lei, pois privilegia as sociedades corretoras que possuem outros rendimentos não incluídos na prestação de serviços.

Requer, pois, um posicionamento do CADE sobre a matéria.

Foram oficiados para se manifestar sobre o assunto a Bolsa de Mercadorias & Futuros, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e o Banco Central do Brasil.

A Bolsa de Mercadorias & Futuros respondeu que o Ofício Circular nº 75/91 fixou a tabela básica de corretagem, permitindo às Corretoras de Mercadorias total liberdade para definir o valor da corretagem que cobrarão de seus clientes.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) informou que a Resolução nº 1.794/91, ao permitir que o preço da corretagem fosse negociado para mais ou menos, em 100% (cem por cento), foi discutida por todo o mercado de valores mobiliários e inteiramente aprovada pelo Ministério da Fazenda.

Considerou a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) que as afirmações apresentadas pela ANCOR não foram fundamentadas e que a prática da não cobrança da taxa de corretagem não constitui uma ameaça à concorrência saudável.

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ainda afirmou que está fazendo um levantamento minucioso dos balancetes das sociedades corretoras para identificar qualquer irregularidade na cobrança da corretagem e, caso se constate alguma, não relutará em alterar a regulamentação por ela mesma baixada.

O Banco Central do Brasil não respondeu ao Ofício do CADE.

Com base no Parágrafo único do art. 28 e no art. 29 do Regimento Interno deste Conselho solicitei a manifestação da i1. Procuradora do CADE sobre a consulta formulada pela ANCOR. O Parecer, às fls. 52/55 dos autos, com cujo teor estou de pleno acordo, resume-se em que, a princípio, a prática aduzida na presente consulta enquadra-se no inciso XIII do art 3º da Lei nº 8.158/91, mas que para a caracterização do ilícito seria necessário estar configurada a intenção do agente em dominar o mercado, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ou a demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da prática sobre o mercado.

Este é o relatório.

Brasília, 28 de julho de 1993.

JOSÉ MATIAS PEREIRA

Conselheiro do CADE

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: *Consulta. Defesa da Concorrência. Lei nº 8.158/91. Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias. Prática de Cobrança de taxa de corretagem nula ou irrisória. Formação de preços em mercado concorrencial. Ocorrência da conduta descrita no art. XIII da Lei nº 8.158/91 não basta à configuração do ilícito. Requer para sua materialização, a presença do elemento subjetivo (intenção do agente de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou auferir lucro arbitrário, ou a demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da prática sobre o mercado).*

A Consulente questiona se a prática de cobrança de taxas de corretagem nulas ou irrisórias por algumas sociedades estaria infringindo o inciso XIII do art. 3º da Lei prevê:

Art. 3º: "Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresa, ato, conduta ou prática, tendo por objeto ou produzindo 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, tais como:

III - vender mercadorias ou prestar serviços sem margens de lucro, visando à dominação do mercado."

A fixação da taxa de corretagem está prevista na regulamentação baixada pelos órgãos competentes e permite a flexibilidade nos preços adotados pelas corretoras. Como bem expôs a Ilustre Procuradora do CADE, o Conselho Monetário Nacional buscou desregulamentar o setor de valores mobiliários ao editar a Resolução 1.794/91, seguindo a política de desregulamentação adotada pelo governo, de 1990.

O setor intermediário de câmbio, por sua vez, orienta-se pela Resolução nº 1.679/90 que também permitiu total liberdade na cobrança da corretagem praticada por este segmento.

Já a Bolsa de Mercadorias & Futuros, com base no Ofício circular 75/91, fixou tabela básica de corretagem, que é utilizada como referencial para cobrança dos serviços prestados aos seus clientes .

Desta forma, as sociedades corretoras de valores mobiliários e as de mercadorias orientam-se por tabelas de preços, que mesmo consideradas flexíveis ou utilizadas apenas como referencial representam, na realidade, instrumentos pré-fixadores de preços.

Assim, esta consulta apresenta uma questão relevante para a defesa da concorrência que é a formação de preços em um mercado concorrencial.

3. Inicialmente, cabe observar que as transações em bolsas de valores e de mercadorias são consideradas pelos economistas como as que mais se aproximam da concorrência perfeita. Entendem esses estudiosos que tais transações atendem, em princípio, algumas condições básicas, destacando-se:

a) todo comprador ou vendedor deve ser pequeno em relação ao mercado onde opera, de forma que não possa influenciar nos preços;

b) deve existir mobilidade à entrada e saída de empresas, bens, serviços e recursos financeiros;

c) não devem existir restrições artificiais à procura, oferta e preços dos bens e recursos;

d) os agentes econômicos devem possuir completo conhecimento do mercado (transparência das informações). ("Sistema de Preços e a Alocação de Recursos". Richard H. Leftwich. Livraria Pioneira Editora. São Paulo-SP. 1972. Pág. 24 a 26).

4. Isto posto, entendo que as tabelas de preços, a princípio, são prejudiciais à concorrência, pois, na maioria das vezes, acabam por estabelecer limites ou restrições à natural formação dos preços. Assim, induzem à prática de preços uniformes ou obstam a atuação dos mecanismos de mercado, restringindo a concorrência.

5. No caso em tela, em que há grande número de empresas prestadoras de determinado serviço, onde não ocorre maior diferenciação desses serviços, existem formas distintas de determinação dos preços. Uma delas seria, fixando-os, através de regulamentação oficial ou mediante utilização de tabelas referenciais estabelecidas pelos sindicatos, entidades representativas de classe ou outras instituições de comum acordo com seus

associados. Nestes casos, não estaria ocorrendo o livre jogo das forças de mercado, mas, sim, uma intervenção indevida ou artificial no mercado.

A outra situação se daria pela própria formação dos preços, via negociação entre ofertantes e demandantes, em uma economia livre e desregulamentada, caracterizando, desta forma, o livre jogo das forças de mercado.

6. Este Egrégio Conselho também tem o entendimento de que as tabelas de preços são, a princípio, anticoncorrenciais, conforme manifestado por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 53/92, julgado em 30.06.93.

Deve, portanto, ser transcrita esta parte do voto do ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho no processo referido:

" Ademais, pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que preços máximos podem acabar se tornando mínimos, tendência normalmente decorrente da adoção de preços uniformes.

A relevância da tabela para a defesa da concorrência está em que a fixação de preços exerce sobre as estruturas competitivas efeitos anticoncorrenciais, vez que impede que os preços sejam determinados pelas regras de mercado, um dos principais objetivos da concorrência. O aspecto crítico da tabela de preços é que ela confere àqueles que a elaboram a capacidade de controlar os preços do mercado, podendo em consequência, fixá-los acima dos níveis de concorrência. Quando o preço é formado em regime de concorrência, o agente econômico não consegue influir nos preços de mercado, de forma que, para manter ou elevar seus lucros, é estimulado a aumentar a eficiência na prestação de seus serviços, e a buscar, permanentemente, a redução de seus custos."

7. Por todo o exposto, concluo:

Conforme dispõe o art. 3º, caput, da Lei nº 8.158/91, para que uma conduta possa se constituir em infração à ordem econômica, deverá ter por objeto ou produzir o efeito de dominar mercados, prejudicar a livre

concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Para a caracterização da conduta abusiva é necessário que fique demonstrada a intenção do agente de alcançar algum destes fins, ou, simplesmente, os efeitos sobre o mercado, caso em que será irrelevante a presença do elemento subjetivo.

Na consulta em questão nada se considerou sobre a preponderância da taxa de corretagem na composição total da receita auferida por aqueles serviços. Caso a Consulente venha a demonstrar a relevância da taxa de corretagem para a viabilização econômica das suas afiliadas, a dispensa da sua cobrança ou a cobrança a níveis irrisórios constituiria indícios de conduta restritiva da concorrência, cuja competência de apuração, nos termos da Lei nº 8.158/91, é da Secretaria de Direito Econômico.

O meu entendimento, em tese, é que a ocorrência da conduta descrita no inciso XIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91 na Consulta formulada pela ANCOR não basta à configuração do ilícito que requer, para sua materialização, a presença do elemento subjetivo, traduzido na intenção do agente de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou auferir lucro arbitrário, ou a demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da prática sobre o mercado.

Por outro lado, salvo naqueles casos em que, de alguma forma, possa ser justificável por motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, qual seja a manutenção da livre concorrência, reafirmo o meu entendimento de que a existência de tabelas referenciais, embora flexíveis e não impositivas, indicam, por sua vez, que a ocorrência de restrições artificiais estaria interferindo na natural formação dos preços e criando dificuldades para a atuação dos mecanismos de mercado.

Acolhido este entendimento pelo Colegiado, deve-se dele dar ciência à Consulente, ao Banco Central do Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários e à Bolsa de Mercadorias & Futuros.

É o meu voto.

Brasília, 28 de julho de 1993

JOSÉ MATIAS PEREIRA

Conselheiro do CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 53/92

REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

REPRESENTADA: ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho decidiu pela procedência da Representação, por fato capitulado no art. 3º, inciso XV, da Lei nº 8.158/91 de 08 de janeiro de 1991, condenada a Representada ao Pagamento da multa, no valor de Cr\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo mínimo de 10 (dez) dias contados da publicação desta decisão. Foram ainda determinadas providências a serem tomadas pela Representada, recomendando-se também que a Secretaria de Direito Econômico propusesse aos prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar do Estado de Sergipe, associados à representada, as medidas necessárias para corrigir anomalias relativas aos mecanismos de formação de preços que estejam ocorrendo naquele mercado.

Plenário do CADE, 30 de junho de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora "ad hoc"

PARECER DO PROCURADOR

Ementa: *Tabela de preços de serviços e produtos. Hospitais. Indução à fixação de preços danosa à livre concorrência. Ilegitimidade per se.*

Em 10 de abril de 1992, o Ministério Público de Estado de Sergipe representou à Secretaria de Direito Econômico, dando conta de que os preços

dos hospitais de Sergipe são uniformemente fixados pela Associação dos Hospitais daquele Estado, sem se considerar o porte e o padrão de qualidade dos estabelecimentos (fls.1 e 2).

Foram anexadas tabelas (fls. 3 e segs.), de 1.12.91, abrangendo preços de hotelaria, exames e materiais, como algodão, coletores e compressas, além de taxas por uso de equipamentos especiais e por outros serviços.

As tabelas com os preços vigentes em janeiro, fevereiro e março de 1992 encontram-se reproduzidas nas fls. 14 e seguintes.

Na Nota que iniciou o processo administrativo, assinada pelo Dr. Agostinho Portela, está repetido o que a própria Associação já dissera, i.é, que esta estabelece cinco tabelas, quatro para convênios diversos e uma para os particulares. Acrescenta a Nota:

“A representada realmente edita TABELA DE PREÇOS de serviços médico-assistenciais; materiais; diárias hospitalares; hemoterapia; gasoterapia; taxas de sala, além de outros procedimentos especiais”. (fl.116)

E, duas páginas adiante:

“Como se vê, é óbvio que existe uma tabela de preços editada pela Associação, e que edita tabela é aplicada por todos os estabelecimentos associados. Está claro, também, que a referida tabela serve de base para elaboração das tabelas de convênio”.

Conclui que a prática encontra capitulação no art. 3º, I, IV, XV e XVII, da Lei nº 8.158/91.

A defesa prévia fala em legitimidade do Ministério Público sergipano para provocar a instauração deste processo (fl. 131).

Afirma que a Associação orienta os associados, sem nada impor, e que as tabelas são negociadas com as entidades conveniadas. Reitera que “o hospital está livre para cobrar os preços que lhe convierem. Apenas não deve cobrar acima dos previstos” (fl. 132).

Quanto à denúncia de uniformidade de preços entre hospitais de diferentes padrões de qualidade, aduz:

“A diária hospitalar, por sua vez, é classificada pelo tipo de acomodação, existindo as categorias de apartamentos A, B e C e enfermarias, e nem todos os hospitais têm todos os tipos de acomodações e, inclusive, nem todos têm todos os tipos de enfermarias com dois leitos, quatro leitos, seis leitos e oito leitos” (fl.132).

Com referência aos preços de materiais, diz que as tabelas “são editadas para servir de referencial apenas, a fim de auxiliar os associados na atualização de preços de produtos e serviços. Referentemente aos materiais os preços praticados são os do D.O.U. e do BRASÍNDICE e as tabelas se limitam àqueles não abrangidos por estes instrumentos oficiais” (fl. 133). Repete que esses preços não são imperativos.

A respeito da formação dos preços dos materiais tabelados explica:

“Os materiais utilizados não constantes do BRASÍNDICE e D.O.U. são utilizados e recebem um acréscimo de 35% porque os hospitais não podem repassá-los aos consumidores pelo preço de custo e ainda desatualizado. Estariam pagando para trabalhar quando o normal é o reverso. Ora, a operação que se efetua é aritmética: constata-se o preço atual de custo do material e sobre ele se atribui uma margem de lucro de 35% como procede qualquer farmacêutico” (fl. 135).

O relatório subsequente do Departamento de Proteção e Defesa Econômica realça contradições da defesa, como a que cita:

“Sobre a questão dos preços tabelados assim se expressa a representada, página 4 final e 5: ‘Frise-se que tais preços são apenas referenciais que podem ser elevados ou diminuídos pelos filiados. Não são imperativos e impeditivos da concorrência’. A respeito vê-se à página 3 o seguinte: ‘O hospital está livre para cobrar os preços que lhe convier. Apenas não deve cobrar acima dos previstos’” (fl. 271).

A defesa final reafirma o caráter meramente sugestivo das tabelas. Busca explicar a contradição acima anotada desta forma:

“Teleologicamente consideradas as afirmações tem um desiderato único. Afirmam a existência de um acordo de cavalheiros que não devem cobrar preços acima dos previstos. Mas não significa que não possam fazê-lo pois há a liberdade plena para os que assim queiram se conduzir” (fl. 282).

O processo foi enviado ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, entendendo-se configurado o ilícito econômico descrito no art. 3º, *caput*, e XV, da Lei nº 8.158/91.

PRELIMINAR

A preliminar que a defesa prévia suscita de ilegitimidade do Ministério Público de Sergipe não procede. O Ministério Público estadual não é parte neste feito administrativo; apenas leva ao conhecimento da SDE fato, a seu ver, capitulável na legislação repressora do abuso do poder econômico. Quem atua no processo é a SDE, conforme, aliás, se lê do art. 4º da Lei nº 8.158/91. Irrelevante, portanto, nesta sede, saber se a il. Promotora de Justiça que enviou expediente a este Ministério atuou dentro da sua competência funcional.

O DIREITO COMPARADO

O processo lida com tema da maior relevância no direito repressivo de práticas econômicas abusivas - o que pertine à formação de preços. O assunto é central em todas as legislações que se ocupam de proteção da concorrência. A propósito, Guillermo Cabanellas comenta:

“As condutas que afetam a formação dos preços constituem um dos dados de maior importância contemplados pelas normas reguladoras da concorrência. O funcionamento adequado do sistema de preços é um dos fins fundamentais da legislação aqui analisada (...) Dado que a determinação dos preços por ofertantes e

demandantes constitui um dos elementos fundamentais das estruturas competitivas, a tutela dos mecanismos correspondentes a essa determinação é um dos elementos centrais da legislação antitruste”.

(*“Las conductas que afectan a la formación de los precios constituyen uno de los supuestos de mayor importancia contemplados por las normas regulatorias de la competencia. El funcionamiento adecuado del sistema de precios es uno de los fines fundamentales de la legislación aquí analizada (...) Dado que la determinación de los precios por oferentes y demandantes constituye uno de los elementos fundamentales de las estructuras competitivas, la tutela de los mecanismos correspondientes a esa determinación es uno de los elementos centrales de la legislación antimonopólica.”*) (Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia, Buenos Aires, Editorial Helista, 1983. p. 322).

O mesmo autor é categórico, na página seguinte, ao afirmar:

“Toda a conduta que afete a concorrência em relação à determinação de preços constitui um ato anticompetitivo”.
(*“Toda conducta que afete la competencia en relación con la determinación de los precios constituye un acto anticompetitivo.”*)

Nos Estados Unidos - fonte inspiradora do nosso direito antitruste - a fixação de preços, por qualquer meio, é considerada ilegal, dispensando-se mesmo a perquirição da influência da conduta sobre o mercado. A conduta é ilegítima .

Informa Cabanellas:

“A fixação concertada de preços é uma típica infração *per se* na legislação antitruste dos Estados Unidos. A proibição abarca não somente aqueles atos em que os preços a serem cobrados pelas partes resultam explicitamente determinados por acordo, senão, também, os casos em que se atua concertadamente com o propósito ou efeito de afetar os preços”. (*“La fijación concertada de precios es*

una típica infracción per se bajo la legislación antitrust de los Estado Unidos. La prohibición abarca no solamente aquellos actos en que los precios a ser cobrados por las partes resultan explícitamente determinados por el acuerdo correspondiente, sino, también los supuestos en que se actúa concertadamente con el propósito o efecto de afectar los precios”) (ob. cit. pp. 323-324).

Cita ainda a Suprema Corte americana, que já ensinou:

“Qualquer combinação que jogue com as estruturas de preços importa atividade ilegal” (“Cualquier combinación que juegue con las estructuras de precios está incurso en una actividad ilegal”) (id., p. 324)

É irrelevante, para a repulsa do comportamento em tela, que o preço a ser fixado seja mínimo ou máximo ou ainda que se trate de uma mera forma de reajuste. Essa posição, de inegável bom senso, já foi objeto de afirmação inequívoca da Suprema Corte americana, em 1982, no caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society* (102 S.Ct. 2466). O caso então submetido a escrutínio cuidava de uma associação de médicos, que, desejando competir com o sistema existente de seguro de saúde, resolveu estabelecer uma tabela de honorários máximos que os médicos participantes concordariam em aceitar como pagamento total dos seus serviços. O ato foi considerado ilegal, valendo colher da decisão quanto disse o Juiz Stevens:

“Esta Corte tem consistentemente e sem discrepância aderido ao princípio de que acordos para fixar preços são ilegais per se (...) e é indiferente que eles sejam de ordem horizontal ou que sejam combinações para fixar preços máximos, ao invés de mínimos” (“This Court has consistently and without deviation adhered to the principle that price-fixing agreements are unlawful per se (...) and it is of no consequence whether they are horizontal in nature or that they are agreements to fix maximum, rather than minimum, prices”). Lê-se, ainda, da decisão: “O potencial anticompetitivo inerente a todos os ajustes de fixação de preços justifica a sua invalidez de plano, mesmo que justificativas pró-competitivas sejam às vezes

apresentadas”. (*“The fixing agreements justifies their facial invalidation even if pro-competitive justifications are offered for some”*) (in Norman Goldenberg et alli. Casenote Legal Briefs - Antitrust. Los Angeles, Casenotes Publishing Co., 1990, p. 15).

É compreensível que tabelas de preços máximos também sejam repudiadas. Não é difícil crer que tais manobras se disponham meramente a escamotear uma real fixação de preços uniformes. Além disso, por esse meio, desestimula-se a diversificação de produtos e serviços , bem como o avanço na sua qualidade, na medida em que é neutralizado o estímulo da remuneração mais adequada por serviço melhor. Não se despreze, tampouco, o efeito de cercear a concorrência potencial que acordos de preços máximos podem conter. De fato, outros agentes poderiam sentir-se atraído pelo mercado de outro modo - o que debilitaria a posição das empresas já instaladas.

Nem mesmo o argumento de que a tabela de preços possa ser meramente indicativa de preços a salva da pecha da ilegalidade nos países regidos por legislação protetiva da liberdade econômica. Na Argentina, constitui delito comunicar a empresas competidoras os preços praticados, com o fim de regulamentá-los (Cabanellas, ob. cit., p. 563). O autor portenho acrescenta que, na legislação norte-americana, é punível a direção de condutas mediante indicações dadas por terceiro, sendo irrelevante que se trate de meras sugestões (ob. cit., pp. 563-564).

A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, neste particular, tem por si a solidez do tempo. Já em 1921, o Juiz Clarke ensinava:

“Onde o óbvio propósito e efeito de um esquema de disseminação de informações é o de permitir aos membros fixar preços, por força do conhecimento íntimo das atividades dos competidores, esse esquema é tido como infrigente da Lei antitruste”. (*Where the obvious purpose and effect of an information dissemination plan is to allow members to fix prices because of their intimate knowledge of the activities of competitors, the plan is violative of anti-trust law*) (in Goldenberg et alli, ob. cit., p. 17).

Vale destacar que também o Tratado de Roma, que rege a Comunidade Econômica Européia, tem por proibidos os sistemas de preços

recomendados por uma organização de empresários (cf. Cabanellas, ob. cit., pp. 328-329).

Observa-se, portanto, do direito comparado, que a fixação de preços ou a sua indução não é tolerada, pouco importando que se concretize por meio de tabelas meramente sugestivas ou que a tabela cuide de preços máximos. O comportamento é ilegítimo, uma vez que, em si mesmo, é prejudicial ao princípio da livre concorrência, afetando mecanismo básico da vida do mercado - a formação dos preços.

A ESPÉCIE

É certa a adequação do entendimento do direito comparado às peculiaridades da espécie.

O dispositivo em que a defendente se viu enquadrada pelo Relatório Final da Secretaria de Direito Econômico se refere a obter ou influenciar a uniformidade ou o concerto de condutas, economicamente relevantes, de concorrentes.

A elaboração de tabela com o transparente objetivo de estabelecer preços preenche os supostos de condenação. O comportamento dispõe-se a perturbar a livre concorrência entre os hospitais, não sendo irrelevante ter presente que constitui fator de desestímulo à melhoria dos serviços de saúde.

A elaboração da tabela pela AHES - ainda que se conceda à defesa que os preços não eram obrigatórios - permite ver o designo de influir sobre a conduta dos hospitais, no tocante a quantias a serem cobradas, com potencial decisivo para gerar condutas uniformes quanto à fixação inicial e a reajustes posteriores de valores.

A só leitura dos serviços e produtos tabelados, de modo geral e abrangente, a desprezar peculiaridades próprias de cada nosocômio, reforça a convicção de que a conduta assumida atrai a censura legal.

O parecer sugere, assim, a procedência da representação, dando-se por incurso a representada no *caput* e no inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Brasília, 11 de fevereiro de 1993.

Paulo Gustavo Gonet Branco

Procurador

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

O Ministério Público do Estado de Sergipe, em representação dirigida ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, datada de 10 de abril de 1992, deu conta de que os preços dos serviços hospitalares no Estado de Sergipe são uniformemente fixados pela Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, impedindo que as empresas que mantêm convênios com os hospitais possam negociar menores preços. Informa, ainda, o Ministério Público, que os aumentos impostos pela AHES são muito acima da inflação.

Aduz o Representante que os hospitais, liderados pela Associação, haviam suspenso, unilateralmente, o atendimento aos beneficiários de um certo plano de saúde, cujos preços eram inferiores aos da tabela da AHES. Suspensões, como esta, teriam também ocorrido em outras ocasiões, mantendo-se as empresas silentes, receosas das represálias que poderiam advir por parte dos hospitais, que agiriam sempre em conjunto (fls. 01/02).

Foram anexadas à representação tabelas de preços editadas pela Associação, vigentes em 01.12.91 (fls. 03/10-A) e em vigor em 01.01.92 (fls. 11/18), compreendendo preços dos serviços de hotelaria, exames e materiais, bem como as tabelas de preços praticados pelo hospital São Lucas Médico Hospitalar Ltda., referentes ao período de janeiro a março de 1992 (fls. 19/44).

Em 16 de abril de 1992, o DPDE encaminhou cópia da representação à Associação, solicitando esclarecimentos (fls. 45), vindo aos autos as informações de fls. 50/52. A Representada informou, em síntese: que, na qualidade de representante dos hospitais, discute com o CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde - Regional de Sergipe, que representa os conveniados, as condições de reajustes dos preços dos serviços, após o que elaboram, de comum acordo, a tabelas dos hospitais, não havendo, conseqüentemente, imposição de preço ou de tabela; que existem cinco tabelas em vigor - a que fixa os preços do convênio com o INPS, que é negociada com a Federação Brasileira de Hospitais; a do Convênio com a PATRONAL, negociada a nível nacional; a do convênio com o IPES (Instituto de Previdência do Estado de Sergipe); aquela negociada com o CIEFAS para os demais conveniados, e a tabela de preços cobrados a particulares; que os serviços são classificados de acordo com a capacidade de cada hospital, não havendo, por conseguinte, uniformidade de preços; que a diária hospitalar é classificada pelo tipo de acomodação, existindo três

categorias de apartamentos, além das enfermarias; que os preços das tabelas não são fixados por ela, unilateralmente, e sim através de negociação com a entidade representativa das partes conveniadas; que existe um protocolo de entendimento que serviu de base para a elaboração das tabelas e, na verdade, existem cinco, o que comprova a negociação.

Os documentos de fls. 53/112 acompanham os esclarecimentos prestados pela AHES.

Às fls. 46/49, consta cópia do ofício em que o Ministério Público do Estado de Sergipe comunica ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor haver sido encaminhada representação ao DPDE.

Às fls. 113/121, encontra-se Nota Técnica do DPDE concluindo que existem tabelas da Associação "influenciando os estabelecimentos associados a adotarem uma conduta comercial concertada e artificiosa, possivelmente até, em conluio com esses mesmos estabelecimentos". Tal prática, segundo a Nota, estaria capitulada no art. 3º, incisos I, IV, XV e XVII da Lei nº 8.158/91, podendo resultar em domínio de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário de lucros.

Com base na referida Nota Técnica, o Sr. Diretor do DPDE, em 16 de julho de 1992, determinou a instauração de processo administrativo e a notificação da Representada para, no prazo de quinze dias, apresentar defesa prévia e requerer as provas que pretendesse produzir, bem como prestar esclarecimentos e enviar documentos (fls. 122 e 124/125).

O processo foi instaurado em 20 de julho de 1992 (fls. 129).

A fls. 125 verso, tem-se o comprovante de notificação da Representada.

Em 17 de julho de 1992, o DPDE solicitou à Secretaria Nacional de Economia parecer técnico, ex vi do disposto no art. 6º do Regulamento da Lei nº 8.158/91, aprovado pelo Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991 (fls. 128).

A Representada, em defesa prévia que se encontra às fls. 130/138, argumentou, em síntese: que o Representante não tem legitimidade para provocar a instauração deste processo; que sob a sua coordenação são elaboradas as tabelas do Instituto de Previdência do Estado de Sergipe - IPES e das demais entidades conveniadas, entre elas a Golden Cross e a Life Star, assim como a tabela de preços cobrados a particulares, todas resultantes de ampla discussão, debate e consenso final; que os associados não estão obrigados a cobrar estritamente os preços das tabelas, limitada a sua obrigação à não cobrança de preços superiores aos tabelados; que inexistente uniformidade de preços entre hospitais de grande porte, com bom padrão de qualidade, e

estabelecimentos de nível inferior, porque, na verdade, há uma classificação de serviços, havendo, conseqüentemente, variação de preços; que as tabelas de preços são editadas apenas para servir de referencial, com a finalidade de auxiliar os associados na atualização de preços de produtos e serviços; que descabe a acusação de cobrança abusiva de preços, pelo fato de os materiais serem cobrados pelo valor do dia da alta do paciente; que tais materiais são cobrados atualizadamente e com acréscimo de 35%, porque este é o índice de lucro atribuído ao vendedor final de produtos médico-farmacêuticos; que, na elaboração das tabelas de diárias, os reajustes são efetuados tomando-se como base índices oficiais, previamente concertados com as entidades conveniadas ou órgão representativo.

Requeru, ao final, o depoimento pessoal do seu Presidente.

As fls. 139/263, estão os documentos anexados à defesa prévia.

A fls. 264, encontra-se ofício do Departamento de Abastecimento e Preços - DAP, da Secretaria Nacional de Economia, solicitando ao DPDE cópias de documentos, as quais foram enviadas através do ofício de fls. 265.

Em 25 de setembro de 1992, concluiu o DPDE em Nota Técnica (fls. 266/272) que os esclarecimentos iniciais e a defesa prévia da Representada não foram suficientes para afastar a caracterização de prática abusiva, porquanto as tabelas são instrumentos de uniformização de preços e inibidores da livre concorrência. Assim, inexistem razões para que se declarasse a insubsistência ou improcedência da Representação.

A fls. 273, encontra-se o parecer da Coordenadoria Técnica do DPDE, datado de 25 de setembro de 1992, no qual dá por encerrada a fase instrutória, independentemente do Parecer Técnico da SNE/MF, concluindo, também, pela ocorrência de prática abusiva, uma vez que se demonstrou existirem tabelas elaboradas pela Representada, capazes de levar à uniformização de preços.

Manifestando-se de acordo com esse entendimento, o Diretor do DPDE enfatiza que o tabelamento de preços de produtos e serviços de importante segmento econômico, tal como evidenciado nos autos, conduz à uniformização de preços, inibe a concorrência e distorce as margens de lucros. Acrescenta não ser função da Representada editar, a qualquer título, tabelas de preços, quando estes devem ser determinados pela competição do mercado. Considera subsistentes os fatos que originaram a instauração do processo, encaminhando os autos ao Secretário de Direito Econômico (fls. 274).

O Secretário de Direito Econômico, termos do art. 6º, alínea "b" da Lei nº 8.158/91, determinou a notificação da Representada para, no prazo de quinze dias, oferecer defesa (fls. 275).

A fls. 277 verso, tem-se o comprovante de notificação da Representada, constando de fls. 278/283 suas alegações finais, onde, aos argumentos anteriormente apresentados, acrescenta os seguintes: que as tabelas, por si só, não constituem prova suficiente das acusações, não dispondo o acusador de outro meio de prova, tendo-se investido o ônus probandi; que a representação não provou nenhuma das acusações feitas contra a Representada; que não ficaram comprovados reajustes acima da inflação; que suas razões não foram consideradas, havendo uma predisposição para a condenação; que nunca negou a existência de tabelas; que a existência de um acordo de cavalheiros, no sentido de não se cobrarem preços acima dos previstos, não quer significar que o associado não possa fazê-lo; que as tabelas são elaboradas em consenso, considerando-se os custos e a inflação, ficando os reajustes sempre abaixo daquela; que as tabelas servem como instrumento orientador, objetivando evitar prejuízos; que existem critérios diferenciados para a apreciação das tabelas do setor público e do setor privado, sem qualquer punição para o primeiro, que sua atuação jamais foi questionada judicialmente. Insiste, finalmente, no depoimento pessoal de seu Presidente.

As fls. 288/304, encontra-se parecer do DPDE sobre a defesa final da Representada, concluindo pela procedência da representação, com base no caput e inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158/91, com o qual concordou a Coordenadoria do DPDE, sugerindo o encaminhamento dos autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.158/91 (fls. 305).

O Diretor do DPDE, em 20 de novembro de 1992, encaminhou o processo ao Secretário de Direito Econômico para apreciação e adoção das providências cabíveis (fls. 306/307).

A fls. 309, encontra-se a publicação do despacho do Secretário de Direito Econômico determinando o encaminhamento do processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e cópia do mesmo ao Ministério Público Federal (fls. 310/311).

Neste Conselho, o processo veio a mim distribuído, tendo eu solicitado, nos termos do art. 18 do Regimento Interno do CADE, o parecer do Procurador (fls. 313), que se manifestou às fls. 314/324 pela procedência da representação, por incursa a Representada no caput e no inciso XV do art. 3º da Lei 8.158/91.

É o relatório.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: *Defesa da concorrência. Lei nº 8.158/91. Tabela de preços de bens e serviços. Prática que influencia a adoção de conduta uniforme entre concorrentes, interferindo na formação dos preços, em prejuízo à livre concorrência. Objetivo anticoncorrencial da conduta, manifestado pela influência exercida pela Representada sobre seus associados. Procedência da representação, determinando-se a cessação da prática.*

1. A Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES - é acusada de, mediante elaboração de tabelas, nos quais fixa preços de diárias hospitalares, exames, materiais e taxas para uso de equipamentos especiais e outros serviços, estar induzindo seus associados à adoção de conduta comercial uniforme, em detrimento da livre concorrência. A Representada foi incurso no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, verbis:

"Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo 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, tais como:

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes."

2. A Representada, Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES, dentre suas finalidades estatutárias, tem a de representar e defender os estabelecimentos hospitalares e congêneres, do Estado de Sergipe, perante a Federação Brasileira de Associação de Hospitais, os governos federal, estadual e municipal, os órgãos de classe e as empresas de natureza privada, "quando, de qualquer forma, houver problemas referentes ao funcionamento e à assistência hospitalar". Inclui-se, ainda, entre as finalidades da AHES, colaborar com os organismos citados, prestando-lhes assessoria técnica "para uma avaliação justa do custo operacional e conseqüente estabelecimento de valores razoáveis de retribuição pelos serviços hospitalares prestados"(fls. 102/102v).

Na qualidade de representante de seus estabelecimentos associados, a AHES negociou, elaborou e aprovou tabelas de preços de serviços e materiais médico-hospitalares a serem adotadas no mercado de prestação daqueles serviços no Estado de Sergipe.

Correta, portanto, a instauração do processo contra a AHES, agente apontado como responsável pela prática da conduta investigada, tal como dispõe o art. 5º da Lei nº 8.158/91.

3. Preliminarmente, a Representada sucinta, em sua defesa, a ilegitimidade do Ministério Público do Estado de Sergipe para formular a representação (fls. 131). Ocorre, porém, que o Ministério Público Estadual, como bem salientado a fls. 318 pelo ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, não é parte no feito, tendo apenas levado ao conhecimento da Secretaria de Direito Econômico - SDE fato, a seu ver, capitulável na legislação repressora do abuso do poder econômico. Quem atua no processo é a SDE, conforme, aliás, se lê do art. 4º da Lei nº 8.158/91.

Ademais, a Constituição Federal assegura a todos o direito de representar aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso do poder (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a").

O direito público de representação é, assim, um direito incondicionado, não se exigindo qualquer interesse do representante para exercitá-lo. O representante não se vincula ao processo a que deu causa, e o contencioso se instaura entre o Poder Público e o representado. Rejeito, pois a preliminar.

Ainda em sede de preliminar está a prova requerida pela Representada (fls. 138 e 283), no sentido de se ouvir seu Presidente. O DPDE entendeu que, à luz dos documentos examinados e das provas constantes dos autos, não havia razão de oitiva, de vez que a Representada não demonstrou a necessidade da produção daquela prova (fls. 303).

De fato, não esclarecida a necessidade da produção da prova, à vista dos elementos já colhidos nos autos, afigura-se-me inútil a diligência requerida, pelo que rejeito, também, esta preliminar.

De se ressaltar, que, durante a fase de apuração, foram assegurados à Representada o contraditório e a ampla defesa, tendo-se, assim, cumprido o disposto no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

4. Antes de passar ao exame do mérito, necessário se faz definir alguns termos que serão usados neste voto:

- Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES entidade representativa da rede privada dos prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar no Estado de Sergipe, a Representada;

- entidades prestadoras de serviços - hospitais, casas de saúde, clínicas e congêneres que prestam serviços médico-hospitalares;

- entidades contratantes dos serviços hospitalares, ou simplesmente, entidades contratantes - órgão e entidades públicas ou privadas que contratam os serviços de assistência médico-hospitalar, que são representados pelo CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência e Saúde - Regional de Sergipe;

- Instituto de Previdência do Estado de Sergipe - IPES - entidade pública contratante que negocia diretamente com a Associação;

- usuários - os pacientes que se utilizam dos serviços médico-hospitalares, diretamente ou através de entidades contratantes.

5. No mercado dos serviços hospitalares no Estado de Sergipe figuram, como demandantes, os usuários, e, como ofertantes, os hospitais e congêneres que celebram com as entidades contratantes convênios, objetivando a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar. Os custos e demais condições em que esses serviços serão prestados são previamente negociados entre a Representada, o CIEFAS, o IPES e outros particulares não representados pelo CIEFAS, dando origem a tabelas diversas.

A questão que se coloca de plano e que a adoção dessas tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, porquanto elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado, de acordo com as regras da oferta e da procura.

A Representada argumenta, em sua defesa, que as condições e preços dos serviços bem como a forma de seus reajustes são consentidas após ampla e democrática discussão, não havendo, conseqüentemente, imposição de tabelas. Argüi, ainda, que a diversidade de tabelas comprova que estas são negociadas e não impostas (fls. 50/51, 131, 136, 283).

Ocorre, porém, que, ao contratarem com as entidades prestadoras de serviços, as contratantes não negociam as condições nem os preços de seus contratos, eis que estes já foram previamente estabelecidos e definidos pela Representada juntamente com o CIEFAS ou IPES, em tabelas.

Trata-se, sem dúvida, de ação coordenada cujo objetivo é impor um determinado preço ao mercado, eliminando-se qualquer possibilidade de concorrência entre as prestadoras de serviços.

Improcede o argumento da Representada de que a existência de mais de uma tabela tiraria o caráter impositivo e, portanto, anticoncorrencial da conduta. Na verdade, apesar da existência de mais de uma tabela, conforme admitido pela própria Representada, aquela que fixa os maiores valores, propiciando aos hospitais maiores vantagens, é a que serve de referencial para

as demais, como se pode verificar da leitura do Aditivo de fls. 70, cuja cláusula B dispõe expressamente:

"1 - Para os meses de janeiro e fevereiro vigorarão as seguintes diárias:

Enfermaria - Cr\$ 15.346,00

Berçário - Cr\$ 9.207,00

UTI - Cr\$ 53.711,00

Essas diárias correspondem a 50% (cinquenta por cento) das diárias dos convênios existentes com a AHES, para o mês de março.

2 - Para o mês de março, as diárias serão revistas, tomando como base o percentual referido no item anterior.

.....

4 - Gases Especiais e Material Hospitalar - Tabela da AHES".

6. Alega, ainda, a Representada que seus associados não estão obrigados a cobrar estritamente os valores das tabelas, sendo livres para praticar os preços que lhes convierem (fls. 132). A Representada, no entanto, se contradiz ao afirmar que as entidades prestadoras de serviços apenas não devem cobrar os preços acima dos previstos (fls. 132), e ao admitir a existência de um acordo de cavalheiros neste sentido (fls. 282).

Ademais, pouco importa se a tabela é facultativa ou obrigatória, ou que os preços nela fixados sejam máximos, médios ou mínimos. Preços mínimos podem ser utilizados com o objetivo de desencorajar o ingresso no mercado de novos concorrentes, enquanto que preços máximos podem acabar se tornando mínimos, tendência normalmente decorrente da adoção de preços uniformes, conforme observado em decisão da Suprema Corte Americana no caso U.S. V. Trenton Potteries Co. [273 U.S. 392 (127)]:

"O poder de fixar preço, exercido de forma razoável ou não, implica o poder de controlar o mercado e de fixar preços arbitrários e não-razoáveis. O preço razoável fixado hoje pode, através de mudanças econômicas e empresariais, tornar-se o preço não-razoável de amanhã".

7. A relevância da tabela para a defesa da concorrência está em que a fixação de preços exerce sobre as estruturas competitivas efeitos anticoncorrenciais, vez que impede que os preços sejam determinados pelas regras de mercado, um dos principais objetivos da concorrência. O aspecto crítico da tabela de preços é que ela confere àqueles que a elaboram a

capacidade de controlar os preços do mercado, podendo, em consequência, fixá-los acima dos níveis de concorrência. Quando o preço é formado em regime de concorrência, o agente econômico não consegue influir nos preços de mercado, de forma que, para manter ou elevar seus lucros, é estimulado a aumentar a eficiência na prestação de seus serviços, e a buscar, permanentemente, a redução de seus custos.

Na verdade, a Representada, ao fixar preços dos serviços e dos materiais, bem como a forma de seus reajustes, elimina a necessária incerteza que deve prevalecer no mercado, em relação aos preços. É certo que, na economia de mercado, cada agente econômico deve ser livre para fixar seus preços, sendo, para tanto, legítimo considerar a conduta presente ou futura de seus concorrentes, principalmente quando estes são em número reduzido. Todavia, a adoção de ação coordenada entre concorrentes para a fixação dos preços de bens ou serviços que produzem afronta as leis de mercado, constituindo conduta anticoncorrencial que deve ser de pronto reprimida.

No caso dos autos, a abrangente atuação da Associação no mercado relevante, como se constata no documento de fls. 145/146, influenciando a adoção de comportamento uniforme das prestadoras de serviços médico-hospitalares integrantes da rede privada no Estado de Sergipe, provoca, sem dúvida, efeito indesejável e danoso naquele mercado, na medida em que as tabelas não permitem a concorrência relativa a preços.

8. Outro argumento da Representada é o de que a sua existência jurídica é assegurada pela Constituição Federal, desde que lícitas suas finalidades. Dentre estas, afirma, está a de colaborar com seus associados para mantê-los atualizados quanto aos custos de suas atividades e de seus produtos, visto que qualquer desatenção, face aos índices mensais de inflação, pode acarretar prejuízos demasiadamente pesados (fls. 137). Acrescenta ser sua função a de servir de intermediária para a discussão dos acordos com as entidades contratantes dos serviços médico-hospitalares (fls. 136).

Não é, todavia, a existência constitucional da Representada que se discute nestes autos, e sim sua atuação como intermediária de seus afiliados na discussão, negociação e fixação de condições, preços e reajustes a serem por eles adotados, incluindo a fixação de preços de diárias hospitalares, exames, materiais, taxas para uso de equipamentos especiais e outros serviços. Não se nega à Associação o direito de manter seus associados informados ou de prestar serviços de interesse de seus afiliados. Não pode, porém, estabelecer, em detrimento do mercado, valores a serem cobrados por seus associados pelos serviços que prestam.

Por outro lado, é de se observar que o prejuízo que possa advir para qualquer agente econômico, em decorrência de um processo inflacionário ou de outro fenômeno econômico adverso, constitui risco intrínseco da atividade empresarial, que deve ser assumido por todo e qualquer participante do mercado. O aperfeiçoamento da capacidade concorrencial do agente econômico deve ser o seu objetivo primacial para enfrentar este tipo de adversidade e não o conluio com o objetivo de se manter no mercado, pois esse comportamento é vedado por lei.

9. Estando demonstrando que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, cabe, ainda, indagar se a conduta da Representada, ao elaborar essas tabelas e influenciar o comportamento de seus associados, seria, de alguma forma, justificável por motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, qual seja a manutenção da livre concorrência. Trariam as tabelas benefícios para o consumidor, traduzidos em menores preços ou qualidade superior dos serviços?

Quanto ao primeiro aspecto, é de se ressaltar que preços tabelados não correspondem aos custos reais de cada hospital, individualmente considerado. De se esperar, mesmo, que existam acentuadas diferenças de custos na prestação de serviços hospitalares. Primeiro, porque os hospitais, casas de saúde e clínicas diferem no tamanho das instalações, na qualidade e diversidade de equipamentos, bem como no número de leitos, operando com distintas escalas de prestação de serviços. Segundo, porque a estrutura administrativa e a capacidade gerencial devem variar entre as unidades hospitalares, com conseqüentes reflexos na eficiência e nos custos dos serviços. Portanto, no mercado competitivo, serviços idênticos podem ser produzidos a custos diferentes, sendo que, em tese, as empresas mais eficientes podem suportar preços menores. Em consequência, os usuários terão acesso a serviços diversificados a preços diferenciados, podendo exercer livremente sua escolha, situação que não se configura no mercado não competitivo, em que os preços são artificialmente idênticos e uniformemente fixados para os concorrentes, em prejuízo dos usuários.

Por outro lado, na fixação de preços de materiais e medicamentos, a Representada adota os preços de tabela dos fabricantes, vigentes à data da alta do paciente, acrescidos de um percentual de 35%, margem de lucro atribuída ao vendedor final daqueles produtos, ou seja, farmácias e drogarias (fls. 134).

Ora, o preço unitário do medicamento depende de uma série de variáveis, tais como a quantidade adquirida, a forma de pagamento, o volume de estoque, sugerindo que, para cada hospital, exista um custo diferenciado,

não se podendo, pois, estabelecer margens e preços idênticos. Trata-se, sem dúvida, de mais um ônus arbitrado sem qualquer critério concorrencial, a ser arcado pela contratante ou usuário dos serviços.

Preços tabelados tampouco beneficiam as entidades contratantes dos serviços, na medida em que estas não conseguem negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento, até porque não possuem acesso direto aos prestadores de serviços, para trato desta questão.

No tocante à qualidade dos serviços no sistema de tabelas, correto o entendimento do ilustre Procurador do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, quando diz que, por meio de tabelas "desestimula-se a diversificação de produtos e serviços, bem como o avanço na sua qualidade, na medida em que é neutralizado o estímulo da remuneração mais adequada por um serviço melhor" (fls. 321).

Na verdade, o usuário, quando tabelados os preços, não pagará em função da qualidade do serviço prestado os diversos hospitais existentes no mercado. Isto porque, o preço preestabelecido não leva este fator em consideração, partindo, ao contrário, do princípio de que todos os estabelecimentos que prestam certo serviço, o fazem de maneira igual. Afasta-se, com isto, a competição em termos de qualidade, com evidente prejuízo para o usuário.

Quanto a possíveis benefícios a concorrentes, vale mencionar que a ação coordenada dos hospitais no mercado de Sergipe traz, de imediato, vantagens para os seus participantes. A fixação de preços induz, todavia, a outros comportamentos concertados, por parte dos concorrentes, tendendo estes a agir de forma solidária em situações diversas, permanecendo na cômoda situação de não concorrerem entre si, sem buscar eficiência técnica e econômica. Reside, exatamente aí, o maior mal para as empresas concorrentes e para o mercado como um todo.

De se concluir, pois, que as tabelas foram elaboradas apenas para beneficiar os hospitais afiliados à Representada. Aliás, é a própria Associação que declara que as tabelas se destinam a servir de referencial e instrumento orientador para seus associados, de sorte a evitar-lhes prejuízos (fls. 283).

Ao contrário, se prevalecessem as regras da concorrência, haveria benefícios para todos os participantes do mercado, conforme ensina Benjamin Shjeber, verbis:

"Os benefícios econômicos que se esperam da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor,

que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, tanto as potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos, sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades das empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação inteira no desenvolvimento econômico do país que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que o fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram sua vida quotidiana" (in "Abusos do Poder Econômico", São Paulo, RT, in ed., p.64).

10. Conforme já demonstrado, as tabelas de preços, como aquelas de que trata este processo, são instrumentos indutores de conduta uniforme ou concertada entre concorrentes, porquanto influenciam os prestadores de serviços a praticarem preços que não guardam relação com seus custos efetivos, e traduzem o objetivo pretendido pela Representada, qual seja, o de controlar os preços de mercado, em prejuízo à livre concorrência. Tal conduta constitui infração à ordem econômica, estando expressamente prevista no inciso XV, do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Improcede, portanto, o argumento da Representada de que se inverteu o ônus da prova, impondo-se-lhe a obrigação de comprovar que não praticara a infração (fls. 280). Ocorre que, em matéria de concorrência, a própria existência de tabelas de preços constitui prova suficiente de ação coordenada e, para quem a organiza ou elabora, caracteriza conduta anticoncorrencial, que tem por objetivo o domínio de mercado e o prejuízo à concorrência, mediante intervenção indevida no processo de formação de preços, conduta esta que se imputa à Associação. está, notificada para esclarecer a prática, nos termos do art. 5º, da Lei nº 8.158/91 (fls. 45), admite sua responsabilidade na elaboração de tabelas de preços dos serviços médico-hospitalares, objeto da investigação, e justifica sua conduta ao argumento de que estas tabelas não são fixadas unilateralmente, inexistindo qualquer imposição para sua utilização (fls. 50/52).

Não era o caso, pois, de comprovar materialmente a conduta investigada, até porque admitida pela própria AHES, cumprindo à

Representada, em seus esclarecimentos ou na sua defesa, afastar a ilicitude de sua prática, demonstrando que não objetivava, através de conduta uniforme por ela influenciada, qualquer prejuízo à concorrência. Nisto não logrou êxito a Representada nas diversas ocasiões em que se manifestou nestes autos.

A legislação estrangeira e os doutrinadores dos diversos países não descrepam do entendimento de que as tabelas de preços são, por si só, indutoras de comportamentos anticoncorrenciais. Neste sentido, vale a pena transcrever trecho do parecer do ilustre Procurador do CADE, Dr. Paulo Augusto Gonet Branco:

"Nos estados Unidos - fonte inspiradora do nosso direito antitruste - a fixação de preços, por qualquer meio, é considerada ilegal, dispensando-se mesmo a perquirição da influência da conduta sobre o mercado. A conduta é ilegítima por se.

Informa Cabanellas:

"A fixação concertada de preços é uma típica infração per se na legislação antitruste dos Estados Unidos. A proibição abarca não somente aqueles atos em que os preços a serem cobrados pelas partes resultam explicitamente determinados por acordo, senão, também, os casos em que se atua concertadamente com o propósito ou o efeito de afetar os preços." ["La fijación concertada de precios es una típica infracción per se bajo la legislación antitrust de los Estados Unidos. La prohibición abarca no solamente aquellos actos en que los precios a ser cobrados por las partes resultan explicitamente determinados por el acuerdo correspondiente, sino, también los supuestos em que se actúa concertadamente con el propósito o efecto de afectar los precios"] (ob. cit. pp. 323-324).

O mesmo entendimento foi consagrado pela Suprema Corte americana que, em caso julgado no ano de 1982, trazido à colação no referido parecer do Procurador do CADE (fls. 314/324), decidiu aquela Corte ser ilegal a tabela de honorários máximos que seriam cobrados pelos médicos participantes de associação que visava competir com o sistema vigente de seguro de saúde. O ilustre Procurador assim traduziu a parte do voto do Juiz Stevens, na questão específica:

"Esta Corte tem consistentemente e sem discrepância aderido ao princípio de que acordos para fixar preços são ilegais per se (...) e é

indiferente que eles sejam de ordem horizontal ou que sejam combinações para fixar preços máximos ao invés de mínimos."

Lê-se adiante:

"O potencial anticompetitivo inerente a todos os ajustes de fixação de preços justifica a sua invalidez de plano, mesmo que justificativas pró-competitivas sejam às vezes apresentadas" (Arizona v. Maricopa County Medical Society (102 S.Ct. 2466, in Norman Goldenberg et alli Casenote Legal Briefs - Antitrust. Los Angeles. Casenotes Publishing CO. 1990. P.15).

11. Improcede, também, o argumento da Representada de que a conduta anticoncorrencial não estaria configurada, de vez que dos autos não consta qualquer prova em relação à adesão dos hospitais às tabelas (fls. 280). A representação, no entanto, se fez acompanhar das tabelas da empresa São Lucas Médico Hospitalar Ltda. (fls. 19/44), o que afasta de plano o argumento da Representada. Ademais, pouco importaria o fato de terem os hospitais aderido ou não, pois o objetivo anticoncorrencial da conduta se manifestaria pela mera influência exercida pela Representada sobre suas associadas. É o que se lê no inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158/91, verbis:

"XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes."

12. Outro argumento invocado pela Representada em sua defesa é o de que existem critérios diferenciados para o tratamento das tabelas vigentes nos setores públicos e privado, inexistindo para o primeiro qualquer punição (fls. 282).

Ora, as tabelas elaboradas para o setor público não se enquadram nas leis de defesa da concorrência por dizerem respeito a preços de prestação de serviço público, que não é realizada em regime de mercado. Trata-se de atividade típica do Estado, consubstanciada em dever, conforme expressamente disposto no art. 196 da Constituição Federal.

Assim, na execução direta ou indireta dos serviços de saúde, o Poder Público fixará seus preços que, não necessariamente, terão de guardar relação com os custos, tratando-se mesmo de atividade subsidiada pelo Estado, à qual são destinados vultuosos recursos.

13. A representada, por derradeiro, requer lhe seja deferido tratamento especial por não ter agido com dolo (fls. 283). Ainda que para argumentar se admita a inexistência da conduta dolosa por parte da

Associação é de se observar que as condutas passíveis de repressão pela lei de defesa da concorrência não requerem, para sua configuração, a presença necessárias de elemento subjetivo. esta a leitura que se deve fazer do caput do art. 3º e do art. 22 da Lei nº 8.158/91.

14. Estando configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, julgo procedente a representação e, com base no art. 43 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 08 de janeiro de 1990 e na Resolução CADE nº 02, de 21 de outubro de 1992, condeno a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe a pagar multa no valor de Cr\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de cruzeiros), no prazo máximo de dez dias contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União.

Na fixação da multa, cujo valor se acomoda entre os limites estabelecidos nos dispositivos citados, levo em conta a natureza dos serviços objeto das tabelas de preços, os quais dizem respeito diretamente à saúde da população; considero, ainda, o amplo âmbito de atuação da Representada no Estado de Sergipe, no mercado relevante de serviços médico-hospitalares da rede privada. Não deixo de levar em conta, todavia, como atenuante, a inexistência de prova, nos autos, de que o descumprimento das tabelas implicasse em sanção para os associados da Representada.

Outrossim, determino, nos termos dos arts. 43 e 44 da Lei nº 4.137/62, a imediata cessação da prática abusiva, pelo que deverá a representada abster-se, a partir da publicação desta decisão, do elaborar tabelas de preços e promover os reajustes das já existentes, bem assim, no prazo de quinze dias contados da publicação da decisão, comunicá-la a seus associados. Comunicará, ainda, a seus afiliados, que os novos preços deverão ser negociados direta e individualmente entre as prestadoras de serviço médico-hospitalares, seus associados, e as entidades contratantes ou usuários finais, levando-se em conta todos os elementos que compõem os custos dos serviços respectivos, bem como prazos e demais condições de pagamento, tudo em observância às regras da concorrência.

Deverá, também, a Representada, no prazo de trinta dias contados da publicação desta decisão, demonstrar ao CADE que cumpriu as determinações deste Conselho.

Fica, também, notificada a Representada para, no prazo de dez dias contados da publicação deste julgado, manifestar, nos termos do art. 45 da lei nº 4.137/62, sua disposição de realizar as providências determinadas por este Conselho.

Deverá a Secretaria do Direito Econômico, conforme disposto no art. 1º da Lei nº 8.158/91, propor aos prestadores de serviços de assistência médico-hospitalar no Estado de Sergipe, associados à Representada, as necessárias medidas para corrigir as anomalias relativas aos mecanismos de formação de preços que estejam ocorrendo naquele mercado, de sorte a compatibilizar o comportamento daqueles estabelecimentos com os termos desta decisão.

Dê-se ciência desta decisão ao egrégio Ministério Público do Estado de Sergipe.

É o meu voto.

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

A Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES é acusada, neste processo administrativo (pelo Ministério Público do estado de Sergipe, em representação enviada ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, da Secretaria de Direito Econômico - SDE, datado de 10.04.92), de mediante elaboração de tabelas, nas quais fixa preços dos serviços hospitalares naquele Estado, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, estar induzindo seus associados à adoção de conduta comercial uniforme, em detrimento da livre concorrência. A Representada foi incurso no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, verbis:

"Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo 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, tais como:

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes."

Cumpra assinalar, desde logo, com base nos documentos constantes nos autos, fielmente descritos pelo ilustre Conselheiro-Relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, que, em todas as fases, neste processo administrativo, foram sempre assegurados à Representada, o contraditório e ampla defesa,

com os meios e recursos a ela inerentes, cumprindo-se assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

A questão que se coloca de plano no caso em julgamento, e exposta de forma brilhante pelo Conselheiro-Relator no seu Voto, e com o qual estou de pleno acordo, é a atuação da AHES como intermediária de seus afiliados, na discussão, negociação e fixação de condições, preços e reajustes a serem por eles adotados, incluindo a fixação de preços de diárias hospitalares, exames, materiais, taxas para uso de equipamentos especiais e outros serviços. Não se nega à Representada o direito de manter seus associados informados ou de prestar serviços de interesse de seus afiliados. Não pode, porém, estabelecer, em detrimento do mercado, valores a serem cobrados por seus associados pelos serviços que prestam.

Concordo ainda com a posição do ilustre Conselheiro-Relator ao levantar a indagação se a conduta da Representada, ao elaborar essas tabelas e influenciar o comportamento de seus associados, seria, de alguma forma, justificável por motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, qual seja a manutenção da livre concorrência. Está claro nos autos que não. Os preços tabelados não correspondem aos custos reais de cada hospital, individualmente considerados. Por outro lado, o usuário, quando tabelados os preços, não pagará em função da qualidade do serviço prestado nos diversos hospitais existentes no mercado. Isto porque, o preço preestabelecido não leva esse fator em consideração, partindo, ao contrário, do princípio de que todos os estabelecimentos que prestam certo serviço, o fazem de maneira igual. Afasta-se, com isto, os benefícios econômicos que se espera da concorrência, que é traduzida pela oferta de serviços de melhor qualidade e menor preço.

A ação coordenada dos hospitais no mercado do Estado de Sergipe traz, sem dúvidas, de imediato, vantagens para os seus participantes, que deixam de concorrerem entre si, neutralizando o estímulo da competitividade, com evidente prejuízo para o usuário. Claro está que as tabelas foram elaboradas apenas para beneficiar os hospitais afiliados à Representada.

É oportuno registrar que a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES, notificada para esclarecer a prática, nos termos do art. 5º da Lei nº 8.158/91 (fls. 45), admite sua responsabilidade na elaboração das tabelas de preços dos serviços médico-hospitalares, objeto da investigação, e justifica sua conduta ao argumento de que essas tabelas não são fixadas unilateralmente, inexistindo qualquer imposição para a sua utilização (fls. 50/52).

Admitida pela própria AHES, não era o caso, pois, de comprovar materialmente a conduta investigada, cumprindo à Representada, em seus esclarecimentos ou na sua defesa, afastar a ilicitude de sua prática, demonstrando que não tinha o objetivo, através da conduta uniforme por ela influenciada, qualquer prejuízo à concorrência. Nisto não logrou êxito a Representada nas diversas ocasiões em que se manifestou nos autos.

Necessária também destacar a consistência do parecer do ilustre Procurador do CADE, Dr. Paulo Augusto Gonet Branco, em: especial quando destaca que a legislação estrangeira e os doutrinadores dos diversos países discrepam do entendimento de que as tabelas de preços são , por si só, indutoras de comportamentos anticoncorrenciais.

Estou convencido portanto que está configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3, inciso XV da Lei nº 8.158/91.

Por assim entender e acompanhando em todos os seus termos o voto do ilustre Conselheiro-Relator, o meu Voto é pela procedência da representação, com a condenação da Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 7.000 000 000,00 (sete bilhões de cruzeiros), além do cumprimento das determinações mencionadas na parte final do referido Voto.

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

As informações e os elementos de prova constantes dos autos tornam patente que a Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - AHES coordenou ação com o objetivo de estabelecer preços uniformes a serem praticados no mercado de prestação de serviços hospitalares naquele Estado. Referida ação efetivou-se mediante a adoção de tabelas de preços e de parâmetros de reajustes igualmente uniformes.

Embora admita a existência das tabelas de preços, a Associação enfatiza o caráter sugestivo dessas tabelas, ressaltando que as mesmas não são imperativas ou impeditivas da concorrência.

Conforme devidamente considerado pelo ilustre Conselheiro Relator, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, nenhuma importância tem se a tabela é facultativa ou obrigatória. Observou, ainda, que a importância da tabela reside no fato de a mesma constituir-se em instrumento indutor à uniformização de preços, inibindo a formação dos mesmos em uma estrutura de mercado que deve ser regulado pela concorrência.

A essas corretas e bem fundadas considerações, cabe aduzir o fato de que a fixação de preços uniformes frustra as empresas mais eficientes, visto

desestimular a melhoria da produtividade, a redução de custos, a incorporação de novas tecnologias e modernos métodos de gestão, na medida em que neutraliza os estímulos à prestação de serviços de melhor qualidade.

Cabe observar, também, que existem fortes indícios de que a Associação, ao coordenar a elaboração das tabelas desempenhou, na prática, o papel de coordenador de acordos coalizantes, dando-lhes a estabilidade indispensável ao seu funcionamento. Lastimo que esses indícios de uma prática concertada não tenham sido apercebidos da apuração dos fatos pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Ao finalizar, e diante da comprovação dos fatos contidos no feito, manifesto-me de pleno acordo com todos os termos constantes do VOTO do ilustre Conselheiro-Relator.

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

A tabela de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência não só porque afeta o poder de decisão individual que cada empresa deve exercer para estabelecer seus próprios preços, mas também porque a alocação ou a realocação de recursos numa economia de mercado só pode ocorrer se mantido o processo competitivo, em que os agentes econômicos levarão em conta os preços de seus competidores. Não raro a tabela de preços se torna fator de inibição de melhoria na qualidade dos serviços, pois esta, quase sempre importa aumento de preços.

O bom funcionamento do sistema de preços requer que o setor responda livremente às forças do mercado.

Não há dúvida de que a elaboração de tabelas de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de uma associação. A assertiva de que a tabela é meramente referencial é o argumento mais banal utilizado por esse tipo de cartel e não se sustenta por sua própria inconsistência. Referencial a que, é de se indagar. Aos custos da empresa média, da pequena ou da grande? A qualidade dos serviços de quem melhor os presta ou o contrário?

O fato inegável é que a adoção de tabelas de preços por concorrentes faz com que os prestadores de serviços escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência.

Na espécie, tem-se a Associação que discute com os representantes dos contratantes de serviços preços uniformes. Não são, porém, as contratantes dos serviços os usuários finais da assistência médica que sofrem as consequências desse comportamento iníquo, e sim o associado que vê descontado em seu contra-cheque no final do mês a parcela que lhe cabe pela utilização dos serviços médico-hospitalares contratados por seu patrão ou pela entidade de classe que, supostamente, deveria também defender seus interesses. É este usuário que, na condição de consumidor, está impedido de exercer sua escolha racional, pois onde quer que se dirija encontrará a malsinada tabela representando preços pretensamente justos e compatíveis com a qualidade do atendimento.

A situação não deixa de ser cômoda para os afiliados da Associação, dispensados que ficam da competição. Os contratantes, por sua vez, acham que estão fazendo um bom negócio, uniformizando os preços de atendimento no mercado. Aliás, é o vexo da intervenção estatal na economia que leva o público em geral a crer que preços iguais equivalem a preços razoáveis. Não cogitam da possibilidade do cartel e não sabem que o preço razoável é obtido através do processo competitivo.

Adam Smith, em sua obra "A Riqueza das Nações" já dizia, em 1776, que as pessoas que se dedicam a um mesmo negócio às vezes se encontram, até mesmo para se divertirem, mas a conversa, em geral, termina num acordo para lesar o público ou num plano para aumentar os preços, sendo impossível à lei evitar, de forma consistente com a justiça e a liberdade, que esses encontros se realizem. Se a lei, no entanto, não pode proibir o encontro de pessoas que se dedicam à mesma atividade, nada também deve fazer para facilitar esses encontros e, muito menos, torná-los necessários.

O pensamento econômico evoluiu desde Smith, e hoje, as leis de defesa da concorrência não só tornam mais difíceis esses encontros, como, na realidade, reprime atos e condutas que deles decorram e impedem a atuação livre das forças de mercado. Na verdade, o objetivo primacial das leis de defesa da concorrência é a manutenção da liberdade de atuação dessas forças na formação dos preços.

Qualquer ato, conduta individual ou concertada que inibe a formação de preços de conformidade com as forças do mercado não pode ter outro objetivo que não o de prejudicar a concorrência.

Não deixa de ser mais cômodo para a Associação e seus afiliados não concorrerem. O mercado se mantém como está, os serviços não requerem aprimoramento e o consumidor se serve do que lhe é oferecido e nas condições que lhe são impostas.

Ademais, tratando-se de uma Associação que detém considerável poder no mercado relevante, a ação por ela coordenada visa, certamente, criar uma situação monopolística, consubstanciada no poder de fixar os preços, traduzindo, assim, seu objetivo de dominar o mercado onde atua juntamente com suas afiliadas

Por essas razões, considero irrepreensíveis a fundamentação e a conclusão do voto do ilustre Relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, que acompanho.

Neide Teresinha Malard

PARECER DO PROCURADOR-SUBSTITUTO

EMENTA: *Decisão do CADE que condena empresa ao pagamento de multa e impôs obrigações. Processo que assegurou o contraditório e a ampla defesa. Recurso interposto ao Ministério da Justiça com base na Lei nº 8.158/91. Revogação. Vigência imediata da Lei nº 8.884/94. Extinção da competência ministerial para apreciar recursos em processo administrativo de defesa da concorrência. Irrecorribilidade das decisões do CADE, no âmbito do Poder Executivo. Argumentos recursais já analisados no processo. Não conhecimento do recurso voluntário, porque incabível na espécie.*

Distribuído, por prevenção, ao Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, Relator do Processo Administrativo nº 53/93, vem a exame desta Procuradoria o recurso interposto pela Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe - HOSPITASE ao Ministro da Justiça da decisão deste Colegiado que, julgado procedente a representação, por fato capitulado no art. 3º, inciso XV, da Lei nº 8.158/91, condenou-a ao pagamento da multa de CR\$ 7.000.000.000,00 (sete bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo máximo de 10 (dez) dias. Por ocasião do julgamento, determinou ainda o Conselho à representada: a) a imediata cessação da prática abusiva, abstendo-se de elaborar tabelas de preços; b) promover os reajustes das já existentes, no prazo de 15 dias, contados da publicação da decisão, e comunicá-la a seus associados; c) comunicar também a seus afiliados que os novos preços deverão ser negociados direta e individualmente entre prestadores de serviços médico-hospitalares, seus associados, e as entidades contratantes ou usuários finais; e d) demonstrar ao CADE, no prazo de trinta dias contados da publicação da decisão, que cumpriu as providências determinadas.

Alega a recorrente que sua conduta é atípica, porque em países com depreciação crônica da moeda, como o Brasil, ou se utiliza mecanismos de correção ou se patenteia um desequilíbrio nas obrigações assumidas. "Os compradores de planos de saúde têm suas prestações reajustadas mensalmente, sabe-se lá por que critérios. É natural que os hospitais, laboratórios e médicos também reajustem os preços de seus serviços". Assim não seria conduta punível a suspensão de atendimento a beneficiários de determinado plano de saúde, por divergência de preços. O fato de os valores da Associação serem superiores aos da empresa (de saúde privada) é, em seu entender, caso típico de negociação, ou, fracassada esta, de rompimento de contrato.

Relativamente à fixação, mediante tabelas, de preços uniformes para todos os hospitais do Estado, bem assim a imposição de preços em níveis superiores aos índices inflacionários, todas prejudiciais à concorrência, diz a recorrente que são também condutas atípicas. A Associação questiona o conceito de mercado, utilizado no processo porquanto, no caso, há uma pluralidade de hospitais e, cada um tem total liberdade de iniciativa econômica. "Se há uma negociação livre e prévia entre a recorrente, o CIEFAS, o IPES e outras empresas particulares, parece claro que não se tentou dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, como descrito no caput do artigo 3º da Lei nº 8.158/91". A recorrente diz, à fl. 367, que adere a três tabelas: a do INSS, a Patronal e a do IPES, e negocia os demais valores, formalizando as negociações em tabelas, de uso facultativo de seus associados, sem que o descumprimento dos valores tabelados implique sanção.

Interposto com fundamento no art. 21 da Lei nº 8.158/91, o recurso foi recebido pelo Ministro da Justiça, nos efeitos devolutivo e suspensivo. Entretanto, face ao advento da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, ficou o Titular da Pasta da Justiça incompetente para a apreciação de recursos tirados contra decisões do CADE. Em realidade, a nova Lei, em seu art. 92, revoga a Lei nº 4.137/62 e a Lei nº 8.158/91, introduzindo nova sistemática na parte relativa aos recursos: o voluntário foi extinto e o de ofício só é cabível das decisões da Secretaria de Direito Econômico que concluírem pelo arquivamento de averiguação preliminar ou de processo administrativo. No âmbito do Poder Executivo, não mais existe recurso contra decisões do CADE.

De qualquer sorte, o recurso não traz questionamento ao due process of law. Da leitura dos autos do processo, observa-se ter sido assegurado o contraditório e a ampla defesa. Quanto ao mérito, exposto nas razões recursais, mesmo que fosse possível analisa-lo sob esse enfoque, melhor sorte

não teria. É que são totalmente infundados os argumentos nele contido, não passando de reiterações de questões levantadas no curso do processo administrativo e que foram totalmente refutadas no voto do Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, acatado pelos demais Conselheiros.

Face ao exposto, esta Procuradoria opina pelo não conhecimento do presente recurso, por falta de amparo legal.

Jorge Gomes de Souza

Procurador-Geral Substituto

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

CONSULTA Nº 03/93

CONSULENTE: ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho se pronunciou, no sentido de que o Município, ao legislar sobre a delimitação de área geográfica para instalação de farmácias e drogarias, o faz no exercício de sua competência constitucional (art. 30 inciso I, da Constituição Federal). A posição dominante que pudesse advir dessa autorização para localização há de ser analisada, tomando-se em conta seus efeitos existentes ou prováveis. Em um tal contexto, decidiu que havendo indícios da existência de práticas anticoncorrenciais tem a Secretaria de Direito Econômico SDE/MJ a obrigação de instaurar o competente processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91.

Plenário , 25 de agosto de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUSA - Procuradora "ad hoc"

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ATA DA 17ª SESSÃO ORDINÁRIA, DE 25 DE AGOSTO DE 1993

Aos vinte e cinco dias do mês de agosto de um mil novecentos e noventa e três, às quatorze horas, no Edifício Anexo II do Ministério da Justiça, 2º andar, reuniu-se, em Sessão Pública de Julgamento, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, presidido pelo Senhor Presidente Dr. RUY COUTINHO DO NASCIMENTO, presentes os Conselheiros CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO, NEIDE

TERESINHA MALARD, MARCELO MONTEIRO SOARES, JOSÉ MATIAS PEREIRA e a Procuradora "ad hoc", CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUSA. O Presidente submeteu ao Conselho, a ata da sessão anterior, que foi aprovada. Prosseguindo, deu início ao julgamento da Consulta nº 003/93, em que é Consulente: ABRAFARMA - Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias. O Conselheiro Relator JOSÉ MATIAS PEREIRA procedeu à leitura do Relatório. Em seguida, de acordo com o Regimento Interno, o Presidente deu a palavra à Procuradora "ad hoc". O Conselheiro Relator proferiu, então, o seu voto. Os demais Conselheiros e o Presidente acompanharam o Voto do Relator. Nada mais havendo a tratar, o Senhor Presidente deu por encerrada a sessão.

DECISÃO: À unanimidade, o Conselho se pronunciou no sentido de que o Município ao legislar sobre a delimitação de área geográfica para a instalação de farmácias e drogarias, o faz no exercício de sua competência constitucional (art. 30 inciso I, da Constituição Federal). A posição dominante que pudesse advir dessa autorização para localização há de ser analisada, tomando-se em conta seus efeitos existentes ou prováveis. Em um tal contexto, decidiu que havendo indícios da existência de práticas anticoncorrenciais tem a Secretaria de Direito Econômico SDE/MJ a obrigação de instaurar o competente processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91, visando corrigir as anomalias de comportamento do segmento econômico representado por farmácias e drogarias. Voto do Relator, sem divergência. Nada mais havendo a tratar, o Senhor Presidente deu por encerrada a Sessão.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

Presidente

(Of. nº 165/93)

Seção I, pág. 12.953

PARECER DA PROCURADORA

EMENTA: Consulta. Art. 10 da Lei nº 8.158/91. Delimitação geográfica de mercado de natureza essencial. Incentivo à criação ou manutenção de monopólios ou oligopólios. Possibilidade de adoção de práticas restritivas da concorrência. Manifestação em tese.

1. A Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias - ABRAFARMA, com base no art. 10 da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, submete consulta ao CADE, sobre a natureza da Lei Municipal nº 847, de 06 de abril de 1993, face à legislação de defesa da concorrência e os princípios que a orientam.

2. Segundo a Consulente, o comércio farmacêutico reveste-se, por sua própria natureza, de caráter essencial, na medida em que oferece à população bens de evidente utilidade social, devendo, assim, ser ampla a oferta de produtos e, maior possível o número de estabelecimentos (fls. 01).

Todavia, o Legislativo Municipal de Barueri-SP, através da Lei nº 847/93, e a exemplo do que vem sendo feito por várias Câmaras Municipais, veda a concessão de licença de funcionamento de nova farmácia ou drogaria no Município em prédios localizados a menos de 300m (trezentos metros) de outra já existente, criando, com isso, uma reserva de mercado para os estabelecimentos já existentes, sem se considerar se estão prestando serviços adequados aos consumidores quanto à qualidade e ao preço (fls.02).

Esse tipo de legislação, de acordo com a Consulente, impede a livre concorrência, porquanto privilegia a reserva de mercado, afetando diretamente os mecanismos de formação de preços, a liberdade de iniciativa e os princípios constitucionais da ordem econômica (fls. 03).

3. A questão posta na consulta é a de saber se a Lei Municipal nº 847/93 está em consonância com a legislação de defesa da concorrência e com os princípios constitucionais que a orientam e fundamentam.

4. Preliminarmente, é de se observar que não compete ao Poder Executivo, e sim ao Poder Judiciário, examinar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, não podendo, pois, o CADE apreciar lei municipal face a princípios erigidos na Constituição Federal.

Ressalte-se, ainda, que o Município, ao legislar sobre assuntos de interesse local, exerce a competência que lhe é conferida pela Constituição (art. 3º, inciso I da C.R.F.B.). A atividade legislativa que desempenha não constitui, certamente, atividade econômica, não podendo, por conseguinte, ser visto como agente econômico, passível de controle pelos órgãos federais encarregados da defesa da concorrência.

Outra seria a situação se estivesse o Município a exercer atividade econômica, atuando como uma das forças do mercado.

5. A questão, todavia, pode ser apreciada quanto aos possíveis efeitos que uma postura municipal possa causar no mercado.

Na verdade, a estipulação de uma distância mínima a ser mantida entre as farmácias ou drogarias, aliada ao fato de que as licenças para

funcionamento destes estabelecimentos podem ser concedidas independentemente da requerente já ser proprietária ou sócia de mais de uma farmácia ou drogaria na região, pode constituir-se em fator de incentivo à criação ou manutenção de oligopólios ou monopólios.

Os monopólios e os oligopólios, por deterem parcela expressiva do mercado, possuem a capacidade de influenciá-lo, em razão da posição dominante que detêm.

Quando o mercado é composto de vários agentes e nenhum deles detém parcela significativa desse mercado, a atuação dos agentes econômicos se dá em regime de concorrência.

A delimitação do mercado sem a preocupação de alocação de seus participantes facilita a adoção de práticas restritivas, em detrimento da concorrência num mercado de natureza essencial.

Neste caso, porém, havendo indícios de que conduta anticoncorrencial esteja ocorrendo por parte das farmácias ou drogarias que virem a se beneficiar da postura municipal em questão, a Secretaria de Direito Econômico, no exercício da competência que lhe confere a Lei nº 8.158/91, instaurará o devido processo administrativo.

É o parecer.

Brasília(DF), 21 de julho de 1993.

CARLA BARROSO

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

Trata-se de consulta formulada com base no artigo 10 da Lei nº 8.158/91, pela Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias - ABRAFARMA, sobre a matéria regulada pelas Leis nº 847, de 06 .04.93 e nº 852 de 28.04.93 do Município de Barueri-SP., face à legislação de defesa da concorrência.

Relata a Consulente que muitos municípios brasileiros, principalmente no Estado de São Paulo, possuem leis que estabelecem restrições geográficas à instalação de novas farmácias. Trouxe o exemplo do Município de Barueri, Estado de São Paulo, onde há, inclusive, restrições para a instalação de bares, lanchonetes e restaurantes.

No caso do referido Município, diz a Consulente que a Lei nº 847/93, no seu artigo 1º, veda a concessão de licença para funcionamento de

nova farmácia ou drogaria em prédios localizados a menos de 300m (trezentos metros) de outra já existente (fls. 02).

Afirma a Consulente que estas leis criam reserva de mercado para os estabelecimentos já existentes, sem nem mesmo se considerar se estão prestando serviços adequados aos consumidores na qualidade e no preço (fls. 02).

Além disso, segundo afirma a Consulente, estas leis criam um zoneamento que impede a livre concorrência, tendo se tornado comum nos diversos estados brasileiros (fls. 017 e ss.).

Requer a Consulente, a manifestação deste Conselho sobre esse tipo de legislação "vis a vis" as leis de defesa da concorrência e os princípios constitucionais da ordem econômica.

Com base no Parágrafo único do art. 28 e no art. 29 do Regimento Interno deste Conselho, solicitei a manifestação da Ilustre Procuradora do CADE, que apresentou o Parecer de fls. 73/75, argüindo em preliminar, que o CADE não é órgão competente para apreciar a inconstitucionalidade de lei, tarefa que compete ao Poder Judiciário. Quanto aos efeitos que a determinação de uma distância mínima entre as farmácias poderia ocasionar no mercado, a il. Procuradora esclarece que a prática poderia constituir fator estimulante à criação de oligopólios ou monopólios, prejudicando a livre concorrência. No entanto, somente diante de indícios de abuso do poder econômico que viesse ocorrer em razão dessa postura municipal, a Secretaria de Direito Econômico, no exercício da competência que lhe confere a Lei nº 8.158/91, poderia instaurar o devido processo administrativo contra a farmácia ou drogaria envolvida na conduta.

Junto à Consulta, veio aos autos cópia de Justificativa da Lei nº 856 de 11.05.93, que revogou as Leis nº 847 de 06.04.93 e nº 852 de 28.04.93 (fls. 77/80).

Depois de formulada a Consulta, a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA informou que a Câmara Municipal de São Paulo aprovou, por unanimidade, lei que estipula distância mínima de 200 metros entre as farmácias. Segundo a Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ABCFARMA, a nova lei, editada com base no artigo 30, inciso I da Constituição Federal, teve por objetivos principais evitar a concentração de farmácias em algumas áreas da cidade comercialmente mais atrativas e preservar um jogo saudável de mercado, garantindo a livre iniciativa e a livre concorrência.

Este é o relatório.

Brasília, 25 de agosto de 1993.

JOSÉ MATIAS PEREIRA

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: *Consulta. Defesa da Concorrência. Lei Municipal que delimita área geográfica para instalação de farmácias e drogarias. Atribuição de poder de mercado, facilitando adoção de práticas restritivas da concorrência. Inibição da concorrência ao criar empecilhos à entrada de novas farmácias no mercado. Possibilidade de surgimento de oligopólios ou monopólios. Competência da Secretaria de Direito Econômico (Lei nº 8.158/91) para apurar eventual abuso de posição dominante.*

1. Trata-se da lei municipal editada com a finalidade de organizar legitimamente o espaço geográfico do Município.

2. Ao legislar sobre matéria de interesse local (art. 30, inciso I, da Constituição Federal), o Município está no exercício de sua competência constitucional.

3. Se a lei contraria princípio consagrado na Constituição Federal, in casu, o princípio da livre concorrência, é ao Poder Judiciário que compete, exclusivamente, julgar da constitucionalidade e/ou da validade da referida lei.

Como bem destacado por Hely Lopes Meirelles.

“Qualquer que seja a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito à apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei, e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade” (in "Direito Administrativo Brasileiro", Ed. Revista dos Tribunais, 12ª ed., 1986, pág. 168).

5. Na presente Consulta, o Município, ao legislar sobre matéria de sua competência, está desempenhando função pública, não atuando, portanto, como agente econômico, sujeito à lei da concorrência.

6. Contudo, a lei municipal ao delimitar a área geográfica para instalação de farmácias e drogarias, poderia, em princípio, estar atribuindo poder de mercado aos estabelecimentos que viessem a se beneficiar da autorização ou licença para localização, facilitando, com isso, a adoção de práticas restritivas da concorrência, em detrimento dos consumidores de produto essencial, como é o caso dos medicamentos.

7. Ademais, esse tipo de regulação poderia inibir a concorrência, criando empecilhos à entrada de novas farmácias no mercado.

8. Outro aspecto inibidor dessa delimitação geográfica estaria na concessão de licença ou autorização de localização das farmácias. Esta concessão independe da requerente já ser proprietária ou sócia de mais de uma farmácia ou drogaria na região. Desta forma, estar-se-ia criando um ambiente propício ao surgimento ou à manutenção de oligopólios ou monopólios que, por sua própria natureza, possuem a capacidade de influenciar o mercado em função do poder que detêm.

9. Neste segmento econômico, é sempre desejável que ocorra uma pulverização do mercado, pois com a existência de várias empresas, sem que nenhuma delas detenha dele parcela significativa, o torna concorrencial.

10. Benjamin Shieber esclarece sobre a matéria:

“A competição é a arma do consumidor. Baixa o preço e melhora a qualidade, pois a lei da inércia e da cobiça implica os monopólios a serem indiferentes a esta, pois dela não dependem para o escoamento de seus produtos, uma vez que o comprador não tem opção. Concorrência é melhor qualidade e menor preço. É porta aberta a novo sangue e novas idéias. Monopólio, maior preço e pior qualidade. Quando a produção e o comércio pertencem a muitos ou vários, não a um só, a concorrência é o meio natural de proteger o consumidor como o economicamente mais fraco. A lei necessariamente há de assegurar a competição, para que não seja compelida a criar mecanismos artificiais contra preços exclusivos ou únicos. pela interpretação finalística ou teleológica, decisiva na elaboração e na aplicação das leis, eis a meta dos preceitos jurídicos contra o abuso do poder econômico - garantir o primado da economia popular. Garantir a competição, para proteger o consumidor”.

“Os benefícios econômicos que se espera da concorrência podem ser encarados sob vários aspectos. Primeiro, o aspecto que visa os interesses do consumidor, que goza, sob um regime em que prevalece a concorrência, de melhor qualidade, menor preço, e um grande número de produtos entre os quais possa escolher. Segundo, o aspecto que visa os interesses das empresas concorrentes, tanto os

potenciais como as atuais. Estas gozam, num regime de concorrência, da liberdade de dedicar-se a um ramo de negócios e de crescer pelo mérito de seus atributos sem sofrer entraves pelas ações conjuntas das empresas que já fazem parte do mercado ou pelas atividades de empresas dominantes. Finalmente, o aspecto que visa ao interesse da nação inteira no desenvolvimento econômico do país, que, sob um regime de concorrência, goza de um parque industrial moderno que fortalece e assegura ao povo os produtos que melhoram uma vida cotidiana" (in "Abusos do poder econômico", Editora "Revista dos Tribunais Ltda", 2ª ed., 1966, fls. 63 e 64).

11. A posição dominante que pudesse advir dessas autorizações para localização há de ser analisada, tomando-se em conta seus efeitos existentes ou prováveis. Em um tal contexto, havendo indícios da existência de práticas anti-concorrenciais tem a Secretaria de Direito Econômico a obrigação de instaurar o competente processo administrativo, com base na Lei nº 8.158/91, visando corrigir as anomalias de comportamento do segmento econômico representado por farmácias e drogarias.

Acolhido este entendimento pelo Colegiado, deve-se dele dar ciência à Consulente, à Associação Brasileira do Comércio Farmacêutico - ACBFARMA e à Associação Brasileira de Municípios.

Este é o meu voto.

Brasília, 25 de agosto de 1993.

JOSÉ MATIAS PEREIRA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 34/92

REPRESENTANTE: COSMOQUÍMICA S/A - Indústrias e Comércio

REPRESENTADA: CARBOCLORO S/A - Indústrias Químicas

DECISÃO

Por unanimidade, o Conselho decidiu pelo retorno do processo à Secretaria de Direito Econômico - SDE, para adoção das providências determinadas no voto do Conselheiro Relator.

Plenário do CADE, 08 de novembro de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro-Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora "ad hoc"
do CADE

PARECER DO PROCURADOR DO CADE

EMENTA: *Prova produzida em processo administrativo de apuração de infração à ordem econômica. Obrigatoriedade de sua apreciação pela Secretaria de Direito Econômico para a elaboração do relatório a ser encaminhado ao agente para que este se defenda dos fatos que lhe são imputados (art. 6º da Lei nº 8.158/91). Cerceamento do direito de defesa.*

1. Em representação dirigida à Secretaria de Direito Econômico-SDE, COSMOQUÍMICA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO denuncia CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS de recusar-lhe a venda de produto de que é fabricante, e de romper, injustificadamente, as relações comerciais existentes entre ambas (fls. 02/05).

2. O processo administrativo foi encaminhado ao CADE por entender a Secretaria de Direito Econômico ser procedente a representação, posto que a conduta da Representada se subsume ao art. 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 (fls. 570).

3. A Representada, às fls. 448/449, requereu a produção de prova pericial, o que lhe foi deferido pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Realizada a perícia, o DPDE entendeu não ter competência para sobre ela se manifestar, valendo-se, para tal entendimento, da decisão do CADE no Processo nº 13/78, na qual, segundo o DPDE, teria ficado claro que o laudo pericial é prova a ser considerada pelos julgadores, a quem cabe dizer se o abuso do poder econômico está comprovado (fls. 564).

4. À época do julgamento do processo mencionado, encontrava-se em vigor apenas a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que conferia ao CADE competência para instruir e julgar os processos de abuso do poder econômico. Cabia, de fato, exclusivamente, aos conselheiros analisar as provas produzidas nos autos e manifestar-se quanto à existência de abuso do poder econômico.

Entretanto, com o advento da Lei nº 8.158/91, as práticas abusivas passaram a ser apuradas pela SDE, competindo ao CADE apenas o julgamento desses processos.

A competência da SDE para a apuração das práticas abusivas não se restringe, porém, à coleta de elementos de prova, devendo, ainda, analisar o material coligido (art. 6º da Lei nº 8.158/91) e, após a defesa prévia do indiciado, emitir seu juízo. Tem-se o juízo positivo quando a SDE concluir pela procedência da representação, conclusão que a lei exige seja fundamentada, motivada (art. 7º da Lei nº 8.158/91), ou o juízo negativo, caso a Secretaria conclua pela improcedência da representação (art. 9º). Nesse último caso, é a própria SDE que procederá o arquivamento do processo.

É de se concluir, portanto, que a Secretaria tem o dever de analisar todas as provas produzidas no processo e considerá-las na fundamentação de seu juízo, sob pena de cercear o direito de defesa do indicado (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal).

Por tudo que foi exposto, entendo que os autos devam retornar à Secretaria de Direito Econômico para que ali se proceda à realização da fase processual suprimida, ou seja, à análise do laudo pericial, que deverá ser considerado na manifestação final do Órgão.

É o parecer.

CARLA BARROSO

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO

A empresa COSMOQUÍMICA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (Representante) formulou à Secretaria de Direito Econômico - SDE, em 07-01-92, representação contra a CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS (Representada), sob a alegação de práticas caracterizadoras de abuso de poder econômico, tipificadas nos artigos 2º, alínea e e 3º, incisos I, II, III e VII, da Lei nº 8.158, de 08-01-91 (fls. 02/05).

Na peça inicial, a Representante esclarece que se dedica ao comércio atacadista de produtos químicos básicos, adquirindo-os das empresas nacionais ou importando-os, enquanto que a Representada é uma empresa nacional fabricante de tais produtos, em especial da soda cáustica, do cloro e de seus derivados.

Assim, desde longo tempo, vem adquirindo produtos de fabricação da Representada, mais especificamente a soda cáustica em escamas, para distribuição no mercado interno; necessitando, todavia, lhe fosse fornecido pela Representada, com a mesma regularidade, outro produto de sua fabricação - a soda cáustica líquida - não veio a ser atendida (no documento de fls. 36, lê-se que a Representante encaminhou à Representada, a 08-08-91, um pedido de 80 toneladas de soda cáustica líquida). Acrescenta que, em outubro de 1991, a Representada deixou-lhe também de fornecer a soda cáustica em escamas, vindo a alegar, posteriormente, falta de disponibilidade do produto.

Afirma a Representante ser inverídica tal alegação, de vez que a Representada continuou fornecendo a outras atacadistas os produtos pedidos; e, mais, que chegou ao seu conhecimento que a Representada só tem interesse em realizar vendas de soda cáustica líquida, através de uma empresa pertencente aos seus acionistas majoritários, a Unipar Comercial Distribuidora S/A. À representação, foram anexados os documentos de fls. 11/46, os quais, em boa medida, tratam de pedidos de fornecimento de produtos químicos à Representada, sendo que, em alguns deles, a Representante estranha o não atendimento a suas solicitações.

Instada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, órgão que integra a estrutura da SDE, a prestar esclarecimentos sobre o assunto, a Representada se manifestou, em 25-02-92, através do ofício de fls. 49/56, juntando, ainda, os documentos de fls. 57/289.

Disse, em síntese, naquela oportunidade:

- que a Representante foi, efetivamente, sua cliente, pois costumava adquirir-lhe soda cáustica em escamas, em uma média mensal variável e decrescente, chegando a 10 toneladas, em 1990;

- que não dispõe de sistema de distribuição próprio, vendendo seus produtos tanto diretamente a indústrias, quanto a revendedores;

- que, no segundo semestre de 1991, os preços estavam controlados pelo Departamento de Administração de Preços - DAP, e embora, à época, o mercado estivesse praticamente normalizado, registrava-se a falta de alguns produtos, especialmente a soda cáustica líquida, em virtude dos Planos Econômicos implementados a partir de 1986;

- assim, para que pudesse vir a atender o pedido extraordinário de 80 toneladas de soda cáustica líquida, formulado pela Representante, teria que, ou aumentar a produção, ou reduzir a entrega de produtos a compradores habituais;

- que o aumento da produção traria resultados desastrosos, de vez que existe uma relação estequiométrica entre a produção da soda e do cloro, e o mercado do cloro, no período, estava perfeitamente atendido, devendo-se considerar que o cloro não é destrutível, nem descartável.

- de outra parte, a redução da entrega do produto a clientes tradicionais revelaria prática comercial não recomendável;

- que, embora evidenciada a impossibilidade de atendimento ao pedido, a Representada passou a adotar práticas pouco comuns no comércio, ameaçando levar o assunto às autoridades competentes, e chegando mesmo a procurar um representante de uma das acionistas da Representada, a Ocidental Química do Brasil Ltda., denunciando a prática de comportamento comercial danoso, que consistia na venda, pela Carbocloro, de produtos, tais como a soda cáustica, à empresa Unipar Comercial S.A. - controlada pela Unipar S.A., outra acionista da Carbocloro - que os revendia no mercado, do que resultava prejuízos à Ocidental (documento de fls. 67);

- que, em vista de tal procedimento, a Representada veio a ser considerada "cliente inidônea", daí resultando a cessação completa de fornecimento à mesma, por parte da Representante;

- que a Representante dispõe, todavia, de outras fontes de suprimento ao mercado, como é o caso da Salgema Indústrias Químicas, que produz a soda cáustica líquida e da qual a Representante é cliente, ou, ainda, a Doe Química, a Solvay, a Companhia Eletroquímica Farmacêutica, a Hoechst, sendo que algumas dessas empresas produzem, também, a soda cáustica em escamas;

- que, por outro lado, o mercado externo achava-se, aberto a importações, uma vez que as tarifas foram trazidas a 0% (zero por cento);

- que a assertiva da Representante de que ela, Representada, somente tem interesse em vender seus produtos por intermédio da Unipar Comercial e Distribuidora S.A., é "leviana", o que se comprova pelo exame da listagem de seus clientes, que está em anexo.

Através de documento recebido pelo DPDE, a 09-04-92, a Representada encaminhou novos esclarecimentos e informações, trazendo quadros-resumo das quantidades totais de soda cáustica líquidas produzidas, vendidas e em estoque, mês a Mês, nos anos de 1989, 1990 e 1991; esclarece que os estoques apontados representam, em média, menos do que dois dias de produção, o que, para a indústria química, significa uma quantidade baixíssima, eis que a produção ocorre vinte e quatro horas por dia e, normalmente, o produto só é expedido de segunda a sexta-feira. Disse mais, que as informações à Representante, quanto ao não atendimento a seu pedido, foram transmitidas pelo telefone, e em reunião específica, face ao dinamismo que caracteriza tais negociações, dispensando o envio de documento (fls. 299/300).

Em manifestação, ocorrida em 30-04-92, ressalta o DPDE que, segundo o quadro-resumo encaminhado pela Representada, constata-se que a empresa iniciara o ano de 1989 com um estoque de 1.126 toneladas de soda cáustica líquida e encerrara dezembro de 1991 com um total de 1.958 toneladas; destaca, ainda, que, no mês de agosto de 1991, a Representada dispunha de um estoque de 682 toneladas do produto, estoque este que aumentou nos meses subseqüentes; registra, por fim, que, do total destinado a 50 empresas revendedoras, 3 delas absorveram 58,44% das vendas, sendo que a Unipar foi responsável pela aquisição de 24,11% do total comercializado.

Conclui, então, haver ficado caracterizado, no caso, a recusa injustificada de vendas, a par de rompimento unilateral de relações comerciais entre as empresas interessadas, do que resultou prejuízo para a Representante, e, de forma mais geral, para a livre concorrência entre as revendedoras, com possibilidade de exercício de controle de distribuição e imposição de preços de revenda, pela Representada, considerando-se existirem poucas empresas atuando naquele segmento. Entende, então, configuradas as infrações à ordem econômica capituladas no artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158/91 (fls. 301/306).

Em despacho de 30-04-92, o Diretor do DPDE determinou a instauração do processo administrativo (fls. 307).

Notificada (fls. 311), a Representada apresentou, a 01-06-92, defesa prévia (fls. 314/326), juntando os documentos de fls. 327/375.

Ao ensejo, ratificou argumentos antes invocados, acrescentando, ainda, que não foi adequadamente considerada, pelo DPDE, a questão referente aos estoques e vendas da Representada. Registra, no particular, que o volume médio de entregas diárias correspondentes a 800 toneladas, havendo que se considerar que os estoques são mantidos em três tanques que precisam ter sempre em armazenamento 50 toneladas, caso contrário, há o afloramento do resíduo, fato que prejudica a qualidade do produto; assim dos estoques estatisticamente registrados, há que se abater um total de, aproximadamente, 150 toneladas.

Além disso - acrescenta - parte do volume considerado na rubrica "estoque" corresponde a um líquido de célula matéria, a ser transformado em produto final; portanto, haverá também de ser deduzido dos estoques o total de tais volumes de líquido, os quais, em 1991, correspondiam aos seguintes valores: agosto 313 toneladas; setembro - 722 toneladas; outubro - 622 toneladas; novembro - 405 toneladas; dezembro - 321 toneladas.

Portanto - prossegue a Representada - feitas as exclusões indicadas, no mês de agosto de 1991 não havia praticamente estoque disponível do produto, enquanto que, em novembro do mesmo ano, o estoque estatístico de 1.140 toneladas correspondia a um estoque efetivo de 585 toneladas, ou seja, o equivalente a menos do que um dia de entregas; anota, a Representada, que, ainda que se desconsiderassem tais dados técnicos, afigura-se evidente que o volume de estoque apresentado ao cabo de cada dia não pode ser tomado como uma constante que se repete a cada dia do mês.

Esclarece que as dificuldades enfrentadas para o atendimento cabal a seus clientes estão evidenciadas nos documentos anexados, sendo que, nos meses de agosto a novembro de 1991, o volume dos "comprometimentos" que apresenta muito superior ao das "alocações"; anota, por fim, que a grande demanda do produto devia-se, naquela época, ao fato de os seus preços haverem sido fixados, pelo DAP, em valor 30% abaixo do preço do produto de suas concorrentes de outras regiões.

E conclui: o fornecimento da soda cáustica líquida, pretendido pela Representante, não pode assim ser efetuado, em virtude de uma clara e objetiva situação de mercado, a que a Representada não podia fugir.

Com o ofício de fls. 376-A, A Secretaria Nacional de Economia, órgão do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, encaminhou, a 19-09-92, parecer técnico sobre a matéria, no qual tece amplas considerações sobre o mercado de produção de soda cáustica no Brasil. Assim, dentre outros

aspectos, esclarece que a estrutura concentrada da oferta, aliada a outros traços marcantes (homogeneidade do produto, utilização de equipamentos pesados e a descontinuidade tecnológica), definem o setor como um oligopólio puro ou concentrado e que, nesse tipo de mercado, a capacidade de mobilizar recursos e o acesso à tecnologia são fatores decisivos à entrada de grupos concorrentes e determinam a divisão do mercado entre as empresas representadas pela ABICLOR - Associação Brasileira da Indústria de Álcalis e Cloro e Derivados; registra, por outro lado, que a Representada, Carbocloro, cuja unidade industrial se situa em Cubatão-SP e a CQR, localizada em Camaçari-BA, desenvolveram um processo industrial que permite a transformação da soda líquida, em soda em escamas; destaca que, no Brasil, existem 13 empresas produtoras de soda/cloro, sendo que, 4 delas, em 1991, detinham 87% da produção global e o mesmo percentual da capacidade produtiva instalada (Carbocloro: 19%; Dow: 22%; Salgema: 39%; Solvay: 7%); referindo-se ao quadro de fls. 383, registra que a Carbocloro teve, no ano de 1991, uma participação relativa de 54% ao total de vendas de soda cáustica em escamas, de 100% no total de vendas de soda fundida e de 21% no total de vendas de soda cáustica líquida, no País; assinala que a Carbocloro é, praticamente, a única fornecedora de soda cáustica em escamas na região Sudeste e que, no tocante à soda cáustica líquida, aquela empresa responde por 30% das quantidades vendidas; quanto à estrutura de comercialização da Carbocloro, ressalta que, considerado o balanço da empresa, em 1990, 25% do total de suas vendas foram dirigidas aos revendedores, sendo o restante vendido diretamente aos setores industriais demandantes; mas registra que a substancial participação das revendedoras está bastante concentrada na comercialização da soda cáustica líquida, cujas vendas foram feitas, em sua maior parte (92%), diretamente às indústrias; enfatiza que a Carbocloro se utiliza de uma rede de 90 revendedoras, mas que apenas duas (Unipar Santos e B. Letter JVE) são responsáveis por, aproximadamente, 50% das revendas de soda em escamas e somente três (Unipar Santos, Dasher e Halogen) respondem pelo mesmo percentual de revendas de soda líquida; ressalta que, embora experimentando uma drástica queda nas vendas de soda cáustica em escamas, a Unipar Santos compensou tais perdas, ampliando em cerca de 60%, no exercício de 1991, suas revendas de soda cáustica líquida; esclarece que, em agosto de 1991, o preço da soda em escamas era 62,87% superior ao da soda líquida. Faz referência a que a Carbocloro efetuou exportações de soda cáustica em escamas, durante todo o exercício de 1991, e enfatiza que a empresa dispunha, nos meses de agosto, setembro e outubro de 1991, de estoques suficientes para o atendimento à Cosmoquímica. Ressalta, por fim, que as alternativas de fornecimento, apontadas pela Representada, eram

discutíveis, face ao custo proibitivo do transporte internacional e aos riscos e custos adicionais que representaria a procura de outro fornecedor no mercado interno. Aduz que se tornou evidente que, ao mesmo tempo em que a Carbocloro se recusava a remeter soda cáustica líquida à Representante, reforçava a Unipar Santos de quantidade cada vez maiores do produto. Conclui no sentido de que a presença acentuada da Carbocloro nas vendas diretas da soda líquida (92%), inclusive através da Unipar Santos, sinaliza a intenção de manter um controle estrito sobre tal segmento de alta rentabilidade, e que o desatendimento injustificado ao pedido da Cosmoquímica, ao qual se seguiu o corte total de fornecimento, configuram práticas de mercado unilaterais e lesivas à concorrência.

Em nova manifestação técnica (fls. 393/410), o DPDE ressalta estar evidenciado, no caso, o desrespeito às normas de defesa da concorrência, destacando a sua Coordenadoria Técnica que tais procedimentos se enquadram no artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158/91 (fls. 393/416).

Concordando com tal entendimento, o Diretor do DPDE proferiu o despacho de fls. 417/418, submetendo-o à consideração do Secretário de Direito Econômico, que determinou, então, a notificação da Representada, para deduzir a sua defesa final (fls. 419/421).

Encaminhou, então, a Representada, o documento de fls. 423/444, recebido pelo DPDE em 27-10-92, no qual reporta-se às razões anteriormente expedidas, que a não realização da prova testemunhal, anteriormente requerida, na qual a Representada evidenciaria as razões que levaram à caracterização da inidoneidade da Representante, bem assim, da prova pericial, que corroboraria a sua assertiva de indisponibilidade de soda cáustica líquida, em agosto de 1991 e meses subseqüentes, significara supressão de importante fase processual. Ressalta, ainda, que, ao contrário de que assegurou o DPDE, não é ela a única fornecedora de soda cáustica da região Sudeste, mas sim a única produtora, eis que fornecedoras de outras regiões também ali atuam, como é o caso do Grupo Salgema, Igarassu, do Grupo Votorantim, além de fornecedores habituais do Uruguai e de países da Europa (Bélgica, Polônia, Itália).

Afirma, também, ser inexata a assertiva de que os fornecedores do Nordeste não concorrem com a Representada, face aos elevados custos dos transportes; isto porque - esclarece - os caminhões sobem do Sudeste para o Nordeste com carga, e, de ordinário, não têm frete de retorno, daí o preço de tal frete ser muito barato, abaixo mesmo de US\$ 40,00/tonelada, reitera que a alternativa do mercado internacional também existia para a Representante, eis que, segundo o relatório da ABICLOR - Associação Brasileira da Indústria de

Álcalis e Cloro e Derivados, no ano de 1991 foram importadas 32.500 toneladas de soda cáustica líquida, sendo que o valor do frete de produtos vindos, por exemplo, da Argentina (US\$ 40,00/tonelada), é, aproximadamente, o mesmo pago pela Salgema, para trazer a sua produção de soda, por navio, de Maceió para Santos (US\$ 40,00/tonelada), valor que não difere muito daquele referente a países da Europa Ocidental e do Golfo.

Às fls. 448/449, a Representada reiterou pedido de produção de provas pericial e documental. A primeira, com o objetivo de corroborar a indisponibilidade de soda cáustica líquida, no período de agosto de 1991, e meses subseqüentes, que se evidenciava - segundo afirma - em decorrência do fluxo normal de produção, estocagem e entrega do produto, bem como dos comprometimentos a que estava sujeita, a segunda, a prova testemunhal, com o objetivo de caracterizar a inidoneidade da Representante.

Deferida a prova pericial, o DPDE designou seu Inspetor-Chefe para funcionar como perito e acolheu a indicação de técnico pela Representada, para atuar como perito-assistente (fls. 463).

A perícia realizada, com resposta a parte dos quesitos formulados pela Representada - aqueles acolhidos pelo DPDE - e aos quesitos elaborados pelo citado Departamento, cuidou, basicamente, da questão da produção da soda cáustica, pelo Representante, no período referente aos fatos relevantes, dos estoques então disponíveis, das importações realizadas, da participação da UNIPAR nas revendas da soda cáustica líquida e em escamas, dos procedimentos comerciais da Representada.

Em seqüência, novamente se pronunciou o DPDE, através do seu Assessor, ratificando conclusões anteriores, no sentido da existência de indícios caracterizadores das práticas atribuídas à Representada; destacando a importância da prova da existência do estoque tido por recusado ao Representante e enfatizando que o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, "foi por demais esclarecedor sobre todos os aspectos inerentes aos fatos que geraram a representação, bem assim sobre o mercado em que atua a Representada" (fls. 559/568).

Quanto à prova pericial realizada, afirma, a fls. 564, não ser da competência daquele Departamento "julgar o conteúdo da perícia, nem sua área de ação", e reporta-se ao voto proferido pelo Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE, no Processo nº 13/78, "no qual ficou claro que o laudo pericial é prova a ser considerada pelos julgadores, cabendo tão só a estes dizer se está comprovado, ou não o abuso do poder econômico....". Não deixa de observar, todavia, que se tratando de perícia cujo objetivo principal era o de identificar o estoque da empresa, deveria ser realizada na unidade

produtora da Representada, localizada em Cubatão, SP, e não em sua sede administrativa, situada na cidade de São Paulo.

A Coordenadora Geral Técnica (fls. 566/569) e o Diretor do DPDE (fls. 569) também se manifestaram pela procedência da representação.

Por seu turno, o Secretário de Direito Econômico, em despacho de 19-04-93 (fls. 570), concluiu que os autos do processo demonstram a recusa de vendas por parte da Representada e o rompimento de relações comerciais com a Representante - cliente considerada tradicional - e invoca o parecer do Ministério da Fazenda, no qual se ressalta que "a presença acentuada da CARBOCLORO nas vendas diretas da soda líquida (92% das vendas), sinaliza a intenção de manter um controle estrito sobre este segmento de alta rentabilidade." Destaca, então, que "referido controle se viabilizaria para além da elevada participação da UNIPAR SANTOS nas revendas, que evoluiu de 14% em 1990, para 24%, em 1991." Tem, assim, como procedente, a imputação e configuradas as infrações tipificadas no art. 3º, inciso VII e IX da Lei nº 8.158/91, "eis que constitui violação à ordem econômica recusar, injustificadamente, a venda de bens e romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa". Recomenda: por fim, à Representada, "que restabeleça em 10 (dez) dias a venda de seus produtos à Representante, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais, sob as penas do artigo 7º, § 1º, letras a, b e c da Lei nº 8.158/91, e determina a remessa dos autos ao CADE.

Interpôs, então, a Representada, recurso ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, conforme se lê às fls. 581/592, no qual pleiteia, liminarmente, a suspensão dos efeitos da recomendação do Secretário de Direito Econômico, que impôs o restabelecimento do fornecimento de produtos da Representada à Representante, por falta de amparo legal, face à inexistência de justificativa, "e também por representar medida de constrição à liberdade da recorrente, com base em Processo Administrativo concluído com vícios formais e materiais, inclusive cerceamento de defesa ..." (fls. 591).

Destaca, no particular, que, das duas provas requeridas, a testemunhal foi indeferida, e a pericial, embora deferida e realizada, foi desconsiderada, "justamente quando do seu exame comprovar-se-ia a justificativa para o não atendimento do pedido da Representante" (fls. 590).

Quanto à prova pericial, critica, ainda, o critério adotado pelo DPDE de não examinar os laudos periciais, uma vez que o indício da prática abusiva decorria da dúvida quanto a existir ou não estoque adequado do produto e a perícia destinava-se, precipuamente, a dirimir tal dúvida. Contesta, então, o

argumento utilizado pelo DPDE, no sentido de que a competência para tal exame seria do CADE, conforme precedente havido no Processo Administrativo nº 13/78, uma vez que "o precedente argüido refere-se a um processo de 1978, quando inteiramente diferentes a estrutura e as funções do CADE, então o próprio órgão encarregado das chamadas averiguações preliminares, além de órgão julgador" (fls. 590).

Requeru, ainda, a Representada, o reenvio dos autos ao DPDE, "a fim de que, reaberta a instrução, se acolha a prova testemunhal e se proceda a uma revisão da Nota Técnica à luz de todos os elementos constantes dos mesmos autos, sobretudo das perícias, a fim de que, ou receba arquivamento, ou seja enviado ao CADE devidamente instruído" (fls. 592).

Ouvida a ilustrada Consultoria do Ministério da Justiça, opinou esta pela manutenção da decisão recorrida, de vez que "confessa a recusa da venda da soda líquida e a ruptura do fornecimento de soda em escamas pela Representada; atendidos os pressupostos formais do Processo Administrativo na SDE; não julgados suficientes os argumentos apresentados pela Representada, para, de plano, constatar-se a improcedência das acusações constantes da Representação e não apresentando o recurso matéria nova, ensejadora de reapreciação" (fls. 593-597). Tal parecer foi devidamente aprovado pelo Consultor Jurídico (fls. 599).

O Exmo. Sr. Ministro da Justiça, em despacho publicado a 27-05-93, negou provimento ao recurso, e determinou a remessa dos autos ao CADE, para julgamento (fls. 599).

Neste Conselho, foi-me então distribuído o processo (fls. 600 e 614).

A 30-06-93, a Representada remeteu ofício e documentos (fls. 601 e 602/622), relatando que a Representante, aparentemente, não estava interessada no restabelecimento de relações comerciais.

A 23-07-92, o Secretário de Direito Econômico, através do ofício nº 353/93/SDE/GAB, encaminhou ao CADE, para providências, documentação tratando, especificamente, da questão do cumprimento, pela Representada, de determinação daquela Secretaria no sentido de restabelecer, no prazo de 10 (dez) dias, a venda de seus produtos à Representante, sob as penas do artigo 7º, § 1º, alíneas a, b e c da Lei nº 8.156/91 (fls. 620/637).

Em despacho que proferi a 02-08-93, destaquei que as mensagens trocadas entre as empresas retratavam desencontros entre consultas e respostas quanto ao fornecimento de produtos químicos por parte da Representada, sem o registro da obtenção de resultados concretos; em face disso, e invocando o artigo 7º, § 1º da Lei nº 8.158/91, remeti citada documentação àquela

Secretaria, para manifestação, após acompanhamento da conduta da Representada, como legalmente lhe competia (fls. 638/640), realizando-se o encaminhamento por despacho do Presidente do CADE (fls. 640).

A 01-10-93, solicitei, nos termos regimentais, o parecer da ilustre Procuradora "ad-hoc" do CADE, Dra. Carla Barroso, que se pronunciou pelo retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico, para que proceda à realização de fase processual suprimida, qual seja, a análise do laudo pericial, a ser devidamente considerada na manifestação final daquele órgão, após a defesa prévia da indiciada (fls. 644/645).

É o relatório.

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR

EMENTA: *Instrução processual incompleta. Uma vez realizada prova pericial, envolvendo aspectos relevantes dos fatos investigados, indispensável se faz a manifestação de ordem técnica, por parte da secretaria de Direito Econômico, (art. 6º, caput, da Lei nº 8.158/91), abrindo-se, após, vista à Representada. Assim não ocorrendo, no caso em exame, os princípios da ampla defesa e da verdade material impõem o retorno dos autos àquela Secretaria, como órgão legalmente encarregado da instrução. Quesitos suplementares que se formulam.*

1. A empresa CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS é acusada, neste processo, de se haver recusado, injustificadamente, a vender produto de sua fabricação à Representante, COSMOQUÍMICA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, bem assim, de romper a continuidade de relações comerciais com esta empresa, com o objetivo de causar dificuldades ao seu funcionamento ou de dominar mercado. Ressalta, mesmo, o Secretário de Direito Econômico, em seu despacho de fls. 570, que o parecer do Ministério da Fazenda assevera que "a presença acentuada da CARBOCLORO nas vendas diretas de soda líquida (92% das vendas) sinaliza a intenção de manter um controle estrito sobre este segmento de alta rentabilidade. Referido controle se viabilizaria para além da elevada participação da UNIPAR SANTOS, nas revendas, que evoluiu de 14% em 1990, para 24% em 1991". Foi assim, a Representada, incursa no artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158m de 10 de janeiro de 1991, verbis:

"Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresa, ato, conduta ou prática, tendo por objeto ou produzindo 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, tais como:

VII - recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais;

IX - dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa."

2. Uma análise da argumentação de defesa apresentada pela CARBOCLORO, nas diversas oportunidades em que se manifestou neste processo, põe em destaque os seguintes aspectos:

- em agosto de 1991, quando a Representante, uma empresa distribuidora, solicitou um fornecimento de 80 toneladas de soda cáustica líquida - produto do qual não era cliente habitual - inexistia disponibilidade desse produto para venda, a menos que fosse reduzida a entrega a clientes habituais;

- de outra parte, um aumento da produção de soda cáustica líquida exigiria, tecnicamente, um correspondente aumento da produção de cloro, o que traria resultados danosos, uma vez que o mercado de cloro estava, então, perfeitamente atendido, e este produto não é descartável, nem destrutível;

- posteriormente, veio também a interromper o fornecimento de soda cáustica em escamas, à Representante, não por lhe pretender causar qualquer dificuldade, mas em decorrência de ela se haver tornado inidônea para qualquer relação comercial, mercê - ressalta a Representada - de suas insólitas e anti-éticas atitudes;

- a cessação de fornecimento, pelas razões expostas, não poderia, todavia, ter causado dificuldades à Representada, eis que esta dispunha de fontes alternativas de fornecimento, tanto no mercado internacional, aberto às importações, quanto no mercado interno, anotando-se, no particular, que a Representada fazia compras mensais à Salgema Indústrias Químicas;

- a Representada não exerce domínio do setor, sendo responsável por, aproximadamente, 20% da quantidade de soda cáustica líquida vendida no País e por 30% da quantidade vendida na região Sudeste, dados estes que

constam de parecer do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, órgão que integra a estrutura da Secretaria de Direito Econômico - SDE;

- o fato de a Representada vender, diretamente às indústrias, a maior parte da sua produção de soda cáustica líquida (92%), não é indicativo de intenção de manter um controle estrito sobre esse segmento de alta rentabilidade, mas se explica em razão de a maioria de seus clientes se constitui de grandes indústrias, o que não ocorre com a soda cáustica em escamas, cujos clientes são diversificados e, assim, a revenda participa com mais intensidade;

- a participação das revendedoras de soda cáustica líquida, em apenas 8% do total comercializado, descaracteriza a importância atribuída, no processo, a posição da UNIPAR COMERCIAL E DISTRIBUIDORA S.A. (UNIPAR SANTOS ou, simplesmente, UNIPAR), empresa sob controle de uma acionista da Representada. A tal propósito - conclui - o fornecimento à UNIPAR, pela Carbocloro, englobando soda cáustica líquida e em escamas, caiu de um total de 5.600 toneladas, em 1990, para 4.100 toneladas, em 1991, o que afasta a conclusão de que essa empresa estaria sendo beneficiada, em detrimento das demais, mais especificamente da Representante.

4. O DPDE vislumbrou no caso, todavia, indícios de infrações à ordem econômica, caracterizadas pela recusa injustificada de vendas e rompimento da continuidade de relações comerciais (artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158/91), do que teriam resultado prejuízos para a Representante, e, ainda, para a livre concorrência entre as revendedoras (fls. 301/304).

5. Assim, entendendo, agiu, acertadamente, aquele Departamento, ao instaurar o processo administrativo contra a Representada (fls. 307), exerceu, então, uma competência que lhe é exclusiva, qual seja, a apuração de condutas capazes de perturbar ou afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica (artigo 1º, caput, da Lei nº 8.158/91, citada).

6. Nesse sentido, lê-se no relatório que precede este voto, que o DPDE colheu informações, ouviu a Representada, examinou documentos, procedeu a análises técnicas, deferiu prova pericial e participou de sua realização.

7. Verifico, entretanto, que os procedimentos adotados pelo DPDE, após a realização da prova pericial, configuram supressão de fase processual e são de molde a caracterizar cerceamento de defesa da Representada. Com

efeito: a Representada, conforme se lê a fls. 448/449, requereu prova pericial, deferida pelo DPDE a fls. 463, objetivando, basicamente, corroborar a indisponibilidade de soda cáustica líquida no mês de agosto de 1991 e subseqüentes, além de abordar alguns outros aspectos relevantes da questão; todavia, os elementos colhidos com a realização de tal prova (fls. 470/554 e 546/554) deixaram de ser analisados por aquele Departamento, sob a alegação de não ser de sua competência "julgar o conteúdo da perícia, nem sua área de ação", e reportando-se a voto proferido pelo CADE, no Processo Administrativo nº 13/78, "no qual ficou claro que o laudo pericial é prova a ser considerada pelos julgadores, cabendo só a estes dizer se está comprovado ou não o abuso do poder econômico"(fls. 564).

8. Divirjo, todavia, de tal entendimento do DPDE, e do conseqüente tratamento conferido à matéria, cujas consequências jurídicas foram antes realçadas.

9. Em primeiro lugar, porque o precedente indicado refere-se ao ano de 1978, quando a competência para a apuração de práticas abusivas do poder econômico era, também, do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (artigo 8º da Lei nº 4.137, de 10-09-62). Todavia, tal sistemática veio a ser alterada pela Lei nº 8.158, de 08-10-91, que definiu ser da SDE a competência para a apuração dos fatos (artigo 1º, caput), cumprindo ao CADE a função estritamente judicante (artigo 14, caput).

De outra parte, porque a norma dispõe, de forma clara, que a SDE procede à análise do material coligido, encaminhando, após, relatório ao agente, a fim de que este deduza a sua defesa, e, só então, caso conclua pela procedência da Representação, envie o processo ao CADE, para julgamento (artigos 6º e 7º da Lei nº 8.158/91).

10. Assiste, pois, inteira razão à ilustre Procuradora do CADE, Dra. Carla Barroso, quando, em seu bem elaborado parecer, conclui no sentido de que aquela Secretaria "tem o dever de analisar todas as provas produzidas no processo e considerá-las na fundamentação do seu juízo, sob pena de cercear o direito de defesa do indiciado". E, assim, propõe o retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico, para qual ali se proceda à realização da fase processual suprimida (fls. 644/645).

11. Constato, ainda, a necessidade de complementação da prova pericial realizada, a fim de que o processo possa receber adequado julgamento, por parte deste Conselho.

12. Assim sendo, e invocando o princípio da verdade material, que autoriza a autoridade julgadora a conhecer de novos elementos de prova, até o julgamento final, elaborei a anexa relação de quesitos suplementares,

cumprindo ao DPDE realizar as necessárias diligências no sentido de dar resposta aos mesmos, emitindo, após, parecer técnico, assegurada a defesa à Representada.

13. Destaco, por fim, em atendimento ao princípio da ampla defesa, a necessidade de se realizar a prova testemunhal requerida pela Representada, às fls. 448/449 e 450/452, com o objetivo de caracterizar a inidoneidade comercial da Representada, e que não veio a ser deferida pelo DPDE (fls. 564). Justifica-se a realização dessa prova, pois que a Representada adotou critérios subjetivos para romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com a Representante.

14. De todo o exposto, e por estar convencido de que o processo ainda não reúne, nesta oportunidade, condições de julgamento, voto pelo retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico - SDE, para adoção das seguintes providências:

- análise da prova pericial realizada (fls. 470/544 e 546/554) e efetivação de diligências no sentido de dar resposta aos quesitos suplementares formulados em anexo, bem como a outras questões que forem consideradas de interesse para o esclarecimento dos fatos, elaborando parecer técnico a respeito;

- realização da prova testemunhal requerida pela Representada às fls. 448/449 e 450/452, procedendo à devida avaliação;

- notificação à Representada, para, nos termos do artigo 6º, b, da Lei nº 8.158/91, manifestar-se, querendo, sobre o parecer técnico e a avaliação, acima referidos, cumprindo-se, assim, em sua plenitude, o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura a ampla defesa aos acusados;

- por fim, verificada a procedência da Representação, elaboração de circunstanciado relatório final e encaminhamento do processo ao CADE, para julgamento, em conformidade com o artigo 7º, caput, da Lei nº 8.158/91.

É o meu voto.

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

QUESITOS

1. Quais as empresas produtoras e distribuidoras de soda cáustica líquida que abastecem a região sudeste e qual a participação relativa de cada uma na produção e na distribuição naquela região, considerado o período 1989/1993?

2. Qual a capacidade de produção da Carbocloro e qual a utilização de capacidade instalada nos anos de 1989 a 1991? Responder em relação à soda (todos os tipos) e ao cloro (todos os tipos).

3. Em que Unidades da Federação estão instaladas as plantas industriais das empresas que adquiriram diretamente da Carbocloro, no período compreendido entre 1989 e 1993, soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas?

4. A quais empresas distribuidoras e revendedoras (atacadistas e varejistas) a Carbocloro forneceu soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas no período compreendido entre 1991/93 e em que quantidades? Informar em que Unidades da Federação estão localizadas as empresas revendedoras (atacadistas e varejistas).

5. Qual comprometimento (fornecimentos regulares e previsões de novas vendas) tinha a Representada para sua produção de soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas, em relação aos clientes regulares, durante o ano de 1991?

6. Para cada fabricante de soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas no mercado interno especificar, em relação aos meses de julho, agosto e setembro de 1991: os principais mercados consumidores nas diversas Unidades da Federação; o preço FOB-fábrica; o valor do frete; o preço no destino.

7. Por que razão houve queda de produção de soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas da Carbocloro em 1990/1991?

8. Qual o faturamento anual da Carbocloro com a venda de cada um dos produtos que fabrica, em especial o cloro (todos os tipos) e a soda cáustica (todos os tipos), nos anos de 1991/1993?

9. Quais as matérias primas utilizadas na produção da soda cáustica líquida e da soda cáustica em escamas, a proporção de sua utilização, os fornecedores e respectiva localização?

10. Quais as quantidades de matéria prima mantidas em estoque pela Carbocloro e qual a sua capacidade de armazenagem, em 1991?

11. Como se encontrava o mercado comprador de soda cáustica em escamas, nos anos de 1990/1992?

12. Quais as diligências promovidas pela Cosmoquímica no sentido de obter fonte alternativa de fornecimento de soda cáustica líquida no mercado interno, à época em que teve o seu pedido recusado por Carbocloro?

13. Informar se a Cosmoquímica adquiria soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas de outras empresas, que não a Carbocloro, quando e em que quantidades?

14. Informar se a Cosmoquímica realizou importações dos dois produtos, especificando as quantidades, a procedência e o preço, nos anos de 1990 e 1991.

15. Informar se a Carbocloro costumava negar os pedidos feitos por Cosmoquímica.

16. Informar se a Cosmoquímica adquiria outros produtos da Carbocloro.

17. Por que a Cosmoquímica resolveu adquirir em agosto de 1991 uma quantidade elevada de soda cáustica líquida, em relação às suas compras habituais de soda cáustica em escamas, e qual o destino que pretendia dar ao produto?

18. Por que razão a UNIPAR reduziu a aquisição à Carbocloro de soda cáustica em escamas e aumentou a de soda cáustica líquida, em 1991?

19. Informar se à época dos fatos houve importação no País de soda cáustica líquida, qual a alíquota do imposto de importação, as despesas de internação e o valor do frete para o produto destinado à região sudeste.

20. Tendo havido essas importações, informar a diferença de preço porventura existente entre o produto importado e o nacional, na região sudeste.

21. Por que razão houve redução significativa das vendas de soda cáustica líquida, entre 1988 e 1991, a diversas distribuidoras tradicionais de Carbocloro, entre as quais B. Lepper Aube, Colombina SP, Halogen e Magos?

22. Por que razão houve redução significativa das vendas de soda cáustica em escamas, entre 1988 e 1991, a diversas distribuidoras de Carbocloro, entre as quais B. Lepper JVE, Dasher, Dinapar, Halogen, Hidromar, Policlean, Proquisa, Sudehlor, Sulatlântica, Worldimex, além da UNIPAR?

23. Quais os preços fixados pelo DAP, nos meses de janeiro a agosto de 1991, para a soda cáustica líquida e para a soda cáustica em escamas nas regiões produtoras do País e de quanto seria o percentual relativo ao frete, a impostos e outras despesas, a ser acrescido ao preço até a colocação dos produtos nas principais regiões consumidoras?

24. Até quando vigoraram os preços do DAP?

25. Esclarecer qual o papel desempenhado pela Associação Brasileira da Indústria de Álcalis, Cloro e Derivados - ABICLOR em relação

à organização do mercado, à divisão geográfica das vendas, aos preços de venda, reajustes de preços e localização das plantas industriais.

