

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO
volume 2 nº 1

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

**JULGADOS DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE
DEFESA ECONÔMICA - CADE
1993 - 1a. 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) 8722609/2636748

Fax.: (011) 8722609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Carlos Francisco de Magalhães

Editor Assistente: José Carlos Busto

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

A REVISTADO 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 30	5
REPRESENTANTE: SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA	5
REPRESENTADA: ICI BRASIL S/A.	5
DECISÃO	5
PARECER DO PROCURADOR	5
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	11
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	19
VOTO DO CONSELHEIRO.....	27
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO	27
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD	28
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES.....	32
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23/91	33
REPRESENTANTE: REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS	33
REPRESENTADA: XEROX DO BRASIL LTDA.....	33
DECISÃO	33
RELATÓRIO DO PROCURADOR.....	33
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	41
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	64
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD	89
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA.....	91
VOTO DO CONSELHEIRO.....	93
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO	93
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 01/91	95
REPRESENTANTE: INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. 95	
REPRESENTADA: SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.....	95
DECISÃO	95
PARECER DO PROCURADOR	95
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	99
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	103
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA.....	110
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO DE BARROS	112
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 31	115
Representante: TRANSAUTO transportes especializados de automóveis S/A....	115
Representada: FIAT Automóveis S/A	115

DECISÃO	115
PARECER DA PROCURADORA "AD HOC"	115
RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA	122
VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA	129
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES	151
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA	155
VOTO DO PRESIDENTE DO CADE	159
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91	162
REPRESENTANTE: FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA.....	162
REPRESENTADA: LUMIX QUÍMICA LTDA	162
DECISÃO	162
PARECER DA PROCURADORA	162
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	166
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	170
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA.....	176
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91	178
Representante: Fogarex - Artefatos de Camping Ltda.....	178
Representada: Lumix Química Ltda.	178
VOTO DO CONSELHEIRO.....	179
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO	179

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 30

REPRESENTANTE: SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA

REPRESENTADA: ICI BRASIL S/A.

DECISÃO

Por maioria, os membros do Conselho decidiram pela incompetência do CADE, para julgar as infrações prescritas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990, determinando o retorno dos autos à SDE, para as providências oportunas. À unanimidade o Conselho decidiu, ainda, pela improcedência da representação, ao que se refere à conduta prevista no art. 2º, V, "a", da Lei nº 4137, de 10 de setembro de 1969.

Plenário do CADE, 1º de março de 1993

RUI COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

***Ementa:** Recusa de venda que não se enquadra no tipo da Lei nº 8.158/91, art. 3º, VII. Incompetência do CADE para o exame de conduta alegadamente compreendida em tipo da Lei nº 8.002/90. Formação de grupo econômico por discriminação de preços com finalidades nocivas à liberdade do mercado - descaracterização.*

A empresa Seara Agrícola Comercial e Industrial LTDA representou contra a ICI Brasil S/A por abuso de poder econômico, inconformada com a perda da condição de revendedora de produtos da representada.

Realizadas diversas pesquisas preliminares, a Secretaria de Direito Econômico notificou a ICI para que se defendesse das acusações contidas na

Nota Técnica a ela encaminhada, dando início, assim, ao processo administrativo (fls. 551 e seg.).

A Nota Técnica realizou detalhado estudo da participação da ICI no mercado nacional de defensivos agrícolas, concluindo não haver, no mercado relevante, sinais de formação de oligopólio. Afirmou, outrossim, não ter pertinência cogitar, no caso, de pretensão ao domínio do mercado nacional. Assegurou, ainda, que o rompimento do contrato verbal mantido entre a representante e a representada não permitiria entrever manobra destinada à eliminação da concorrência. A peça, assinada pelo il. Coordenador, Dr. Cláudio João José, apenas imputou à empresa representada o tipo descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8002/90, que diz com a recusa de venda de mercadoria a quem se dispõe a adquiri-la mediante pronto pagamento. O trabalho do il. Coordenador do Departamento de Proteção e Defesa Econômica foi complementado, neste ponto, pela peça, também integrante do expediente encaminhado à ICI, subscrita pelo il. Chefe de Divisão, Dr. Edson Raimundo Machado. Entende-se dessas peças que a ICI teria respondido a pedido de compra de material com a sugestão de que a Seara entrasse em contato com sua distribuidora local. A segunda peça do expediente acusatório afirmou:

"A imposição da Representada de que os seus produtos só poderão ser vendidos à Representante via do distribuidor de Londrina caracteriza infração à Lei nº 8.002/90"(fls. 570).

Na página seguinte, apontou-se que a ICI instituiu categorias de clientes com preços diferenciados. Para o DPDE, "esta prática se enquadra na alínea a, inciso IV, art. 2º da Lei nº 4.137/62"(fls. 572). Argumentou:

"Poderia a Representante alegar que não formou qualquer agregação para tal fim [detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores]. Todavia, extrai-se dos contratos de distribuição, por ela absorvidos quando da incorporação pela ICI, em 1988, da empresa Stauffer S/A, que os referidos contratos, pelo que se apresentam, não alterados, detém cláusulas de exclusividade claras dos produtos da sua marca. Assim, mesmo não aparentes, as agregações se confirmam, de vez que limitam a concorrência"(fl. 572).

NEGATIVA DE VENDA

No tocante à recusa de venda, da forma como descrita no expediente enviado à representada para elaborar a sua defesa, entendo que a matéria escapa à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A Secretaria de Direito Econômico tem por atribuição, paralela à da defesa da livre concorrência, do repúdio ao aumento abusivo de preços e à dominação de mercado, "adotar as providências necessária à repressão das infrações previstas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990" - conforme específica, em parágrafo único, o art. 1º da Lei nº 8.158/91.

Ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, entretanto, não foi estendida tal competência. Persiste na órbita das atribuições do Conselho a perseguição dos tipos de infração elencados na Lei nº 4.137/62, complementados pelo art. 3º da Lei nº 8.158/91, e que dizem com a prática de abuso do poder econômico e proteção da livre concorrência.

De fato, a negativa de venda que interessa à atuação do CADE é a que está descrita no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.158/91. O inciso, por certo, não pode deixar de ser compreendido sem o caput do artigo, que aponta como objetivo ou finalidade da conduta reprimida a dominação de mercados de bens ou serviços, o prejuízo livre concorrência ou o aumento arbitrário de lucros.

Esta orientação legal pátria está em consonância com o direito comparado, quando cuida de institutos de que tratam órgãos com características e finalidades semelhante às do CADE. Guillermo Cabanellas, a propósito, informa:

"A negativa em satisfazer pedidos de bens ou serviços (...) pode ser utilizada para dar efeito a certas manobras dirigidas a lesar a competência, particularmente quando responde à ação conjunta de várias empresas ou ao exercício do poder de mercado derivado de uma posição dominante. Por este motivo, as principais legislações antimonopolísticas introduziram regras destinadas a impedir as negativas de satisfazer pedidos, que se originam de ações concertadas ou de posições dominantes, e têm efeitos perniciosos sobre o desenvolvimento dos mercados". ("La negativa a satisfazer pedidos de bienes o servicios (...) puede ser utilizada para dar efecto a ciertas maniobras dirigidas a lesionar la competencia, particularmente cuando responde a la acción conjunta de varias empresas o al ejercicio del poder de mercado derivado de una posición dominante. Por este motivo, las principales legislaciones antimonopólicas han introducido reglas destinadas a impedir las negativas de satisfazer pedidos, cuando se originan en acciones concertadas o en posiciones dominantes, y tienen efectos perniciosos sobre el

desenvolvimiento de los mercados"). (Derecho antimonopólico y de la competencia. Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 516).

Na espécie, está claro que não se apurou que o comportamento atribuído de recusa de venda tenha-se prendido a uma estratégia de dominação de mercados ou de eliminação de concorrência. Na realidade, o DPDE nega que tais tenham sido os motivos da conduta que imputa à defendente - até por isso não enquadra a ação da ICI na Lei nº 8.158/91, mas na Lei nº 8.002/90, que não tem por objetivo a defesa da concorrência.

Acredito, dessa forma, que a aplicação das sanções da Lei nº 8.002/90 refogem à competência do CADE.

FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO POR DISCRIMINAÇÃO DE PREÇOS

Outro tema que os autos ensejam é o da pertinência ao caso do art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. O dispositivo guarda esta redação:

"Consideram-se formas de abuso do poder econômico: IV- Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço".

Para que o tipo se realize, pois, cumpre que haja, efetivamente, discriminação ilegítima de preços atrelada ao propósito de formar grupo econômico, evidentemente com danos à estrutura do mercado.

No caso, não vejo comprovada a realidade desses elementos.

Não está demonstrado que a existência de preços diferenciados praticados pela ICI atenta a intuito de formar grupo econômico.

A Nota Técnica, a fls. 572-573, credita à existência de alguns contratos de venda exclusiva de produtos da ICI e de prêmios à opção de outros fornecedores pela venda apenas de produtos da defendente a força de prova da formação de grupo econômico. Esses fatores, porém, não me parecem suficientes para autorizar uma condenação. Um juízo de reprovação requereria a colocação de outros elementos, que indicassem a intimidade de interesses e de ação própria de um grupo econômico. A só existência de contratos com cláusula de exclusividade não é bastante para inferir a figura mencionada da Lei nº 4.137/62.

É útil lembrar que a cláusula de exclusividade, que expressa, na terminologia do direito econômico, um acordo vertical, pode ser irrelevante do ponto de vista do direito repressivo.

A propósito da cláusula de exclusividade, ensina Werter Faria:

"O pacto (ou cláusula) vem a ser, na definição de Bonase-Benucci, a obrigação assumida por uma das partes de contratar exclusivamente com a outra, no tocante a determinado bem ou serviço. A obrigação pode ser assumida por ambos os contratantes, a favor de um e outro". E continua: "para transgredir a lei, o acordo entre empresas tem de visar à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição. Porto Alegre, Fabris Editor, 1992,p. 71).

O autor dá conta, ainda, de que, nos EUA e na França, essas cláusulas são toleradas se dirigidas a preservar a integridade e a uniformidade dos produtos do fabricante (cf. ob. cit., p. 74).

Tais causas justificativas da cláusula se repetem na espécie, segundo se lê de documentos anexados pela defendente e do parecer do Ministério da Fazenda.

A representada assinala que os seus distribuidores devem ser especializados, pois os produtos com que lidam são perigosos e devem ser manejados e armazenados com destacado cuidado, sendo objeto mesmo de normas próprias. Noticia que a FAO recomenda que os "defensivos agrícolas sejam comercializados por e adquiridos de comerciantes de boa reputação que sejam, previamente, membros de uma organização comercial reconhecida" (fl.723).

O Ministério da Fazenda, por sua vez, referindo-se ao sistema de distribuição vinculada em causa, afirma:

"No setor de defensivos agrícolas, o controle sobre a rede de distribuição justifica-se, ainda, pela alta toxicidade dos produtos vendidos, cuja manipulação inadequada pode causar danos tanto aos agricultores quanto aos consumidores finais, através da contaminação dos alimentos" (fl. 660).

Não vejo, assim, que da existência de contratos com cláusulas de exclusividade, na espécie, possa ser extraído que se está armando um grupo econômico orientado para ações nefastas ao mercado.

A Secretaria de Direito Econômico parece também haver chegado a esta conclusão. O relatório final não se ocupa do tema(fl. 727-740). O despacho do Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, que estima procedente a representação no que diz com a recusa de venda tipificada na Lei nº 8.002/90, tampouco faz referência ao assunto do art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62 (fl. 741).

CONCLUSÃO

Em face dos argumentos expendidos neste parecer, sugiro que a representação seja tida por improcedente, no que refere à conduta alegadamente capitulada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. No que diz com a matéria compreendida na Lei nº 8.002/90, proponho o simples retorno dos autos à SDE, para providências consideradas oportunas.

Brasília, 05 de fevereiro de 1993.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

1. INTRODUÇÃO

1. Através de expediente datado de 28 de agosto de 1991 (fls. 1/2) a Empresa Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda., representou junto à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, sobre o rompimento do contrato de exclusividade que tinha com a Representada ICI Brasil S.A. para a revenda de seus produtos. Alega a Representante que a atitude da Representada se apresenta como um atentado à liberdade de comércio, impondo condições de monopólio. Por fim pede o enquadramento da Representada nos termos e forma da Lei nº 8.158/91.

1.1. Promovida a citada representação, e após diversas averiguações preliminares, foi instaurado este processo administrativo contra a ICI Brasil S.A., por despacho do Sr. Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, publicado no Diário Oficial da União, de 27/03/92 (fls.579).

1.2. Imputa-se a Representada, a prática de recusa de venda dos seus produtos à Representante (fls. 584), enquadrada no inciso I, art. 1º da Lei nº 8.002/90, que assim diz:

Art. 1º Fica sujeito à multa, variável de 500 (quinhentos) a 200.000 (duzentos mil) Bônus do Tesouro Nacional - BTN, sem prejuízo das sanções penais que couberem na forma da lei, aquele que:

I - recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.

1.3. Notificada da instauração do processo administrativo, a Representada prestou esclarecimentos, ofereceu defesa e juntou documentos, conforme se verifica às fls. 693/701. Nega a procedências das acusações, registrando em relação ao rompimento do contrato com a Representante, que no setor de defensivos agrícolas, o controle sobre a rede de distribuidores, justifica-se, ainda, pela alta toxicidade dos produtos vendidos, cuja manipulação inadequada pode causar danos tanto aos agricultores quanto aos consumidores finais, através da contaminação dos alimentos. Pede ao final que a denúncia seja julgada improcedente, arquivando-se, por conseguinte, o processo subexame, por estar convicta de que a Lei nº 8.002/90 só se aplica às relações com consumidores finais, embora se tenha comprometido a vender para a Representante nos termos da citada Lei.

1.4. Os argumentos oferecidos na defesa prévia como os esclarecimentos prestados pela Representada foram considerados insuficientes pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica-DPDE, conforme consta do Relatório de fls. 668/676, que concluiu afirmando estar comprovado que a Representada, a partir do cancelamento das relações comerciais com a Representante, ocorrido em novembro de 1990, recusou-se a vender seus produtos a esta, como sobressai da correspondência da ICI Brasil S.A. acostada às fls. 584, bem assim das comunicações de fls. 03/06, em que impõe a procura por distribuidor credenciado. Afirma ainda que, embora cessada a prática como se insere do "Compromisso de Cessação" retro mencionado, não se acha a Representada livre do alcance da Lei n  8.002/90, cuja penalidade nela prevista deve ser aplicada, obviamente, dentro dos limites de atenuantes que o caso admitir,   vista do comportamento adotado pela Representada no que se refere à cessação da prática. Seguem-se os despachos do Diretor do DPDE e do Secretário de Direito Econômico determinando a intimação da Representada para oferecimento de defesa, no prazo de quinze dias, na forma do art. 6 , "b", da Lei n  8.158/91

1.5. A defesa encontra-se às fls. 693/701. Os argumentos de fato oferecidos e as razões de direito aduzidas foram rebatidas no Relatório Final (fls. 727/741), no qual foi pedido o enquadramento da conduta da Representada nos dispositivos legais da Lei n  8.002/90, tipificada como "recusa de venda".

II. ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DA DEFESA FINAL DA REPRESENTADA E DO RELATÓRIO DO DPDE/SDE

2. A Representada inicia a sua defesa final reportando-se ao posicionamento daquele DPDE que,   luz dos documentos que foram as averiguações preliminares, concluiu inexistirem caracterizados o aumento arbitrário de lucros, o domínio de mercado e/ou a eliminação da concorrência. Todavia, restou configurada a recusa de venda vedada pela Lei n  8.002/90, a cujo enquadramento a defendente apresenta suas contraditas.

2.1. A Representada em sua defesa aduziu:

"O primeiro considerando conclui estar configurada a recusa de venda, vedada pela Lei 8.002/90, textualmente confirmada pela Representada nas peç as por ele examinadas. Não foi, porém, o que ocorreu. A Representada apenas solicitou   Representante que procurasse o distribuidor regional dos produtos da Representante para formalizar seus pedidos através daquele canal

de distribuição. Tal fato, importante para a análise deste caso, representa elemento factual diverso daquele em se baseou o citado parecerista.

O segundo considerando admite que a Representante, na condição de comerciante, não pode ter atividades paralisadas, somente por que deixou de ser a distribuidora escolhida pela Representada. Inobstante, o mesmo ilustre e douto parecerista jurídico, em seu relatório de fls. 678, afirma que consta da "memória da reunião" com os representantes da Seara, inclusive com a estranha e injustificada presença do Deputado Federal Marcelo Barbieri, "que a SEARA nunca acordou vender só os produtos da ICI"; Logo não é verdade que a Representante iria ter as suas atividades paralisadas pelo fato da ICI ter rompido seu contrato de distribuição com a mesma. Aqui, também, se verifica elemento factual diverso daquele que sustentou o considerado ora em análise, tornando sua afirmação insubsistente frente à conclusão a que chegou. Finalmente, o terceiro considerado também carece de suporte real, uma vez que, na condição de varejista, que segundo as práticas comerciais unanimemente aceita pelos doutrinadores e jurisprudência do País, significa aquele que compra dos fabricantes ou atacadistas e revende diretamente apenas aos consumidores finais, jamais a Representante teria o seu direito de operar no mercado cerceado pela Representada.

Alego ainda que a sugestão de instauração do processo administrativo, feito com base nos considerandos acima analisados, merece, pelo menos, uma análise mais de acordo com os fatos devidamente comprovados na processo, e que ensejarão, com certeza, em julgamento pela improcedência da denúncia e arquivamento do processo, uma vez que calçados em fatos que não encontram ressonância probatória nos elementos constantes do processo."

E mais:

"Como a instauração do presente processo deu-se pelo eventual descumprimento da Lei 8.002/90, não demonstrou, a Representante que seu eventual desejo de compra tenha sido formalizado nas condições previstas na citada legislação, ou seja, para pagamento a vista em dinheiro ou em cheque, com a entrega das mercadorias apenas após, neste último caso, a compensação do mesmo. De se recordar que prática anterior, ou seja a praxes das vendas da Representada para a Representante eram, rotineiramente, a prazo, daí a necessidade da expressa alteração dessas regras, já que, como se sabe, as práticas comerciais geram direito entre as partes contratantes. A falta expressa dessa determinação de alterar a praxe comercial anterior, impõe, necessariamente, que o eventual desejo de compra da Representante seria na forma de costume, ou seja, a prazo.

A partir do momento que a Representada expressamente formalizou essa condição, (venda a vista, alterando a praxe anterior) através do documento que essa Secretaria donominou de "compromisso de cessação", a Representante deixou de querer comprar os produtos da Representada, uma vez que não ultimou nenhum pedido de compra, limitando-se apenas a apresentar pedido de cotação de preços, no que foi imediatamente atendida, conforme reconhecido pelo essa própria Secretaria."

Acresce a Representada que não restou comprovado que anteriormente ao "compromisso de cessação", a Representante não manifestou qualquer interesse de compra nas condições impostas pela Lei nº 8.002/90, de modo a restar indubitoso que a citada legislação teria sido descumprida pela Representada: "Neste sentido entende que se faz necessário a prova de que pela citada legislação, tenha ocorrido tal fato, razão pela qual também entende que o processo não pode prosperar já que a acusação foi "feita exclusivamente com base neste fato".

A Representada em face do enquadramento da sua conduta na Lei nº 8.002/90, manifestou que algumas considerações jurídicas deviam ser feitas especificamente sobre o alcance da referida norma:

"Inicialmente deve ser posta atenção ao seu enunciado, que expressamente revela s objetivos pelos quais ela foi editada. Assim, transcrevemos o seu texto "Lei nº 8.002 - de 14 de março de 1990 - Dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor."(grifamos)

Vê-se, então, que tal legislação se destina a proteger direitos do consumidor, que juridicamente deve ser entendido como aquele que consome por si próprio o produto que pretende comprar."

Argumentou ainda a Representada:

"O raciocínio acima é devidamente corroborado pelo que contém o texto da Lei 8.158/91, quando elenca, em seu art. 3º, o inciso VII, que repele a recusa, injustificada, de venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições normais aos usos e praxes comerciais.

Ora, se o texto da Lei 8.158/91, trata da mesma recusa de venda constante da Lei 8.002/90, mas agrega a qualificação das condições normais aos usos e praxes comerciais, evidentemente quer regular atos praticados entre comerciante, restando, então, à Lei nº 8.002/90, regular atos entre comerciante-vendedor e consumidor-comprador pessoa física ou jurídica, mas

que irá utilizar os produtos comprados para seu próprio uso e não para revenda.

Se assim não entender o alcance da Lei 8.002/90 (regular apenas relações entre produtor/comerciante e consumidor final), há que se admitir que a Lei 8.002/90 está sobreposta e pois, revogada pelo inciso VII e VIII, do art. 3º da Lei 8.158/91, uma vez que é posterior àquela e dispõe diferentemente sobre a mesma matéria. Em direito não existem duas verdades, e a lógica jurídica ensina, de maneira muito simples, que uma coisa não pode ser e não ser ao mesmo tempo."

Aduziu também que considerando o fato de constar dos autos "compromisso de cessação" por ela firmado, bem como de haver concluído o Departamento inexistir configurado, na inicial, prática de abuso de poder econômico, em quaisquer das modalidades, segundo o seu entendimento, acredita a Defendente que não terá o que recomendar a SDE como medida corretiva, tampouco o CADE terá o que julgar, já que não houve prática de abuso do poder econômico. E encerra:

"Vê-se, assim, pela própria existência do art. 7º da Lei 8.158/91, que a Lei 8.002/90 só é aplicável aos casos em que o Representante esteja na qualidade de consumidor dos produtos tiverem a venda rejeitada.

Outra circunstância de extrema importância para o justo julgamento deste processo, está no fato de que a Representante foi por vários anos distribuidora da Representada, tendo, segundo ela mesma comprova, recebido prêmios por seu desempenho satisfatório.

Ora, não é difícil de se concluir que neste período a Representante obteve lucros razoáveis, utilizando-se, para tanto, do fato de ser uma distribuidora regional dos produtos da Representada e que, assim sendo, beneficiou-se do sistema de distribuição que lhe concedia prioridades. Logo, não tem ela condições éticas e jurídicas para tentar penalizar um sistema do qual desfrutou e obteve vantagens por vários anos."

Estas são as principais alegações da Representada em sua defesa. O que mais dela consta refere-se à participação da Representante no mercado dos produtos comercializados pela Representada, dos cuidados exigidos por norma específica quanto a comercialização, estocagem, manipulação, assistência técnica; a necessidade da rede de distribuição, etc.

Requer, ao final, que sejam julgadas improcedentes as acusações que lhe foram feitas, arquivando-se, por conseguinte, o processo subexame, por estar convicta de que a Lei nº 8.002/90 só se aplica às relações com consumidores finais, embora tenha se comprometido a vender para a Representante nos termos da citada Lei.

2.2. Sobre as alegações da Representada o DPDE/SDE, através do seu il. Chefe de Divisão, Dr. Edson Raimundo Machado (fls. 727/737), inicia ratificando os termos dos pronunciamentos emitidos no Relatório contido às fls. 668/676, que deu origem a Notificação nº 235, de 25/09/92, dirigida à ICI Brasil S.A., em face do despacho de fls. 678, do Secretario de Direito Econômico, que julgou subsistentes os fatos que geraram a instauração deste processo, passando a examinar a tempestiva defesa da empresa nominada.

Na conclusão da sua manifestação (fls. 735/737) o il. Chefe da Divisão do DPDE argumenta que a defesa da ICI Brasil S.A. prende-se a contestar o enquadramento da sua conduta na Lei nº 8.002/90, por julgar que a referida Lei está voltada para a relação produtor-comerciante e consumidor final o que não é a situação Denunciante e Defendente. Argüi, ainda, a Defendente, que a Lei nº 8.158/91 trata da mesma recusa de venda constante da Lei nº 8.002/90, ao elencar em seu art. 3º, inciso VII, "que repele a recusa, injustificada, de venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições normais aos usos e praxes comerciais", palavras da Defendente. Reafirma a Defendente que a Lei nº 8.158/91 "agrega a qualificação das condições normais aos usos e praxes comerciais, evidentemente quer regular atos praticados entre comerciante, restando, então, à Lei 8.002/90 regular atos comerciante-vendedor e consumidor-comprador pessoa física ou jurídica, mas que irá utilizar ou produtos comprados para seu próprio uso e não para revenda."

E sobre a questão continua:

Dois pontos exigem observações acerca do entendimento da Defendente:

PRIMEIRO - Quando a Lei nº 8.002/90, há que observar que a sua ementa está divorciada do seu corpo. O Congresso examina e acolhe, decreta o texto das normas no que se refere aos artigos que as compõem. Por sua vez, o Presidente da República, quando sanciona, aprova os artigos que as integram e, nos artigos da Lei nº 8.002/90, inexistente referência a consumidor e sim a quem se dispuser a adquirir produto por pronto pagamento.

Tanto assim é que ao lançar a ressalva prevista no inciso I do art. 1º da citada Lei nº 8.002/90 - "ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais" -, quer referir-se a compra por revendedor via da distribuição regulada, a exemplo da realizada pelo setor automobilístico e de combustíveis. Nos demais casos qualquer pessoa física ou jurídica poderá adquirir os produtos diretamente do fabricante/comerciante, ainda que não consumidor final.

SEGUNDO - No que concerne ao inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.158/91, copiada pela metade pela Defendente, há que se aclarar que o texto

expressa a forma de pagamento, ou seja as "condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais". Como trancreveu a Defendente ficou parecendo que as relações repelidas eram todas e não a específica como o texto quis, a de pagamento. A Defendente como atestam os autos vendia na forma a prazo e/ou com descontos.

Logo, não há que se falar em normas sobrepostas, tampouco está revogada a Lei nº 8.002/90 pela Lei 8.158/91. As Leis são independentes embora possam se combinar. A Lei nº8.158/91 jamais revogou a Lei nº 8.002/90, tanto que no parágrafo único do Artigo 1º daquela impôs-se ação da SDE tendentes a reprimir as infrações previstas nesta.

Isto posto, e por entender do il. Chefe de Divisão que a Representada não trouxe argumentos e/ou provas que contradigam o posicionamento deste órgão acerca da recusa de venda repelida opinou pela procedência da denúncia que originou este Processo.

2.3. O parecer acima foi submetido a il. Coordenadora Geral Técnica daquele Departamento de Proteção e Defesa Econômica -DPDE, Dra. Lázara Cotrim, que o acolheu, por entender que a manifestação da lavra do Dr. Edson Raimundo Machado, sustentou com toda pertinência a aplicação da Lei 8.002/90, de 14 de março de 1990, ao assunto em tela, haja vista o entrelaçamento dos objetivos da lei referida e da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, instituidora de normas para a defesa da concorrência. Consagrou este último diploma legal em seu art. 1º, parágrafo único, a competência da SDE/DPDE para "adotar providências necessárias à repressão das infrações previstas" naquela lei, atribuindo-lhe, com isso, a mesma natureza jurídica.

Destacou também que para consolidar tal entendimento é suficiente buscar na evolução histórica da Lei 8.002/90, em seu nascedouro e marco inicial o espírito e finalidade da Lei, a Exposição de Motivos que ao discorrer sobre as condutas de agentes econômicos vedada pela lei, ou seja, a chamada "venda casada" consistente na recusa de venda diretamente a quem dispuser a adquirir a mercadoria mediante pronto pagamento ou condicionamento da venda à utilização de transporte do vendedor ou de terceiros por ele indicado, ou à prestação de serviços acessórios não desejado pelo comprador, assevera que:

"3. Tais procedimentos caracterizam tentativas de eliminação de concorrência e de dominação de mercados, sempre com o objetivo de auferir lucro arbitrário.

4. Para reprimir esses abusos com base no que dispõe o § 4º do art. 173 da Constituição Federal, tenho a honra de propor a Vossa Excelência a adoção de medida Provisória, que pune, em sede administrativa,...com multa,

sem prejuízo de outras sanções cabíveis, as infrações caracterizadas por ambas as modalidades expostas".

Afirmou ainda que a lei referida está inserida na legislação antitruste, a Lei nº 8.158/91, cuja finalidade é proteger e amparar a concorrência no proveito dos consumidores, dos concorrentes atuais, potenciais e da nação, e esta entre os princípios gerais da atividade econômica, o da livre concorrência, assegurados pela Carta Magna, art. 170, inciso IV, "que tem por objetivo balizar as atividades de produção e comercialização nos limites do interesse do consumidor", (Antonio C. de Azevedo Sodré Filho e Lionel Zaclis, in Comentários à Legislação Antitruste, pag, 26).

E, calçado em princípios que regem a atividade econômica, a própria Constituição, art. 173, 4º, com vistas à repressão aos abusos do poder econômico, preceitua:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros", preceito balizador da Exposição de motivos."

Diante disso e por entender a il. Coordenadora do DPDE que a lei tem aplicação geral e abstrata e que em seu destinatário atinge a todos igualmente, nos parâmetros por ela disciplinados, e que é inarredável o alcance da Lei 8.002/90 aos fatos nestes autos questionados, propôs que estes fossem encaminhados à Secretaria de Direito Econômico para as medidas cabíveis.

2.4. Em seu despacho à fl.741, o il. Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica-DPDE/SDE, entendeu procedente a Representação, encaminhando ao Secretário de Direito Econômico para providências ínsitas nos demais artigos da Lei nº 8.002/90.

III MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR DO CADE

Ouvido o il. procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, afirmou este, no seu fundado Parecer de fls. 749/756, datado de 05/02/93, que a aplicação das sanções da Lei nº 8.002/90 refogem à competência do CADE, alertando que a negativa de venda que interessa à atuação deste Conselho é a que está descrita no inciso VII do art. 3º da Lei nº

8.158/91. Registra ainda que o inciso, por certo, não pode deixar de ser compreendido sem o "caput" do artigo, que aponta como o objeto ou finalidade da conduta reprimida a dominação de mercados de bens e serviços, o prejuízo à livre concorrência ou o aumento arbitrário de lucros. Sugere ao final que em face dos argumentos expedidos naquele parecer, que a representação seja tida por improcedente, no que refere à conduta alegadamente capitulada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. No que diz com a matéria compreendida na Lei nº 8.002/90, propõe simples retorno dos autos à SDE, para providências consideradas oportunas.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: Recusa de venda não capitulável no tipo da Lei nº 8.158/91, art. 3º, VII. Incompetência do CADE para o exame de conduta alegadamente compreendida em tipo da Lei nº 8.002/90. Pela improcedência da representação, no que se refere à conduta tipificada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62. quanto à matéria compreendida na Lei nº 8.002/90, pelo retorno dos autos à SDE, para as providências consideradas oportunas.

1. INTRODUÇÃO

A empresa Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. propôs, com base na Lei nº 8.158/91, a abertura de representação contra a ICI Brasil S.A. por abuso de poder econômico, inconformada com a perda da condição de revendedora de produtos da Representada.

A Representada ICI Brasil S.A., é uma empresa cuja composição acionária é 100% estrangeira, é subsidiária da Imperial Chemical Industries - ICI, empresa inglesa que ocupa, segundo os dados disponíveis, a quarta posição no ramo químico no mundo, ficando apenas das empresas químicas da Alemanha. Atua em diversos setores como química de base, vestuário, plásticos e agropecuária. Está entre as vinte maiores empresas da área química em operação no mercado brasileiro. No setor de defensivos agrícolas detém cerca de 7% do mercado nacional.

Com base na citada apresentação, e após a realização de diversas averiguações preliminares, a Secretaria de Direito Econômico - SDE notificou a Representada para que se defendesse das acusações contidas na Nota

Técnica a ela encaminhada (fls.551 e seg.), dando início, assim, ao processo administrativo.

A referida Nota Técnica assinada pelo il. Coordenador do DPDE, Dr. Cláudio João José, entendeu não haver pertinência de se cogitar, no caso, de pretensão ao domínio do mercado nacional de defensivos agrícolas. Assegurou, ainda, que o rompimento do contrato verbal mantido entre a Representante e a Representada não permitiria entrever manobra destinada à eliminação da concorrência. Apenas imputou à empresa representada o tipo descrito no art. 1º, I, da Lei nº 8.002/90, que diz com a recusa de venda de mercadoria a quem se dispõe a adquiri-la, mediante pronto pagamento. O trabalho do il. Coordenador do Departamento de Proteção e Defesa Econômica foi complementado, neste ponto, pela Nota Técnica subscrita pelo il. Chefe de Divisão daquele Departamento, Dr. Edson Raimundo Machado, que concluiu no seu expediente acusatório:

"A imposição da Representada de que os seus produtos só poderão ser vendidos à Representante via do distribuidor de Londrina caracteriza infração à Lei nº 8.002/90, já que a Representada vende os seus produtos a outras categorias de comerciantes, inclusive por vendas diretas, como afirma textualmente no processo (fls. 570)". Prossegue às 571/172 "Esta prática em uso, como transcrevemos caracteriza infração à Lei nº 4.137/62, pois a tabela de preços mínimos utilizada para categorias de compradores desrespeita a norma citada".

Conclui afirmando que esta prática se enquadra na alínea "a", inciso IV, art, 2º, da Lei nº 4.137/62, que dispõe, _verbis_:

"IV- Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores, ou dos vendedores, por meio de:

a) discriminação de preços entre compradores ou fixação discriminatória de prestação de serviços."

Respaldou sua afirmativa no seguinte argumento (fls. 572):

"Poderia a representada alegar que não formou qualquer agregação para tal fim. Todavia, extrai-se dos contratos de

distribuição, por ela absorvidos quando da incorporação pela ICI, em 1988, da empresa Stauffer S.A., que os referidos contratos, pelo que se apresentam, não alterados, detém cláusulas de exclusividade claras dos produtos da sua marca. Assim, mesmo não aparentes, as agregações se confirmam, de vez que limitam a concorrência".

2. COMPETÊNCIA DO CADE QUANTO À RECUSA DE VENDA

Tal como descrita no expediente enviado à Representada, para elaborar a sua defesa, no que diz respeito à recusa de venda, entendo que a matéria escapa à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Isto porque, cabe à Secretaria de Direito Econômico, conforme especifica, em parágrafo único, o art. 1º da Lei nº 8.158/91, a atribuição, paralela a defesa da livre concorrência, no repúdio ao aumento abusivo de preços e à dominação de mercado, de "adotar as providências necessárias à repressão das infrações previstas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990".

Não foi estendida tal competência, entretanto, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Persiste na esfera das atribuições do CADE a perseguição dos tipos de infração elencadas na Lei nº 4.137/62, complementados pelo art. 3º da Lei nº 8.158/91, e que dizem com prática de abuso do poder econômico e proteção da livre concorrência.

Não tenho dúvidas de que a negativa de venda que interessa à atuação deste Conselho é a que está descrita no inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.158/91. O inciso, por sua vez, não pode deixar de ser compreendido sem o "caput" do artigo, que aponta, como objeto ou finalidade da conduta reprimida a dominação de mercados de bens ou serviços, o prejuízo à livre concorrência ou o aumento arbitrário de lucros.

Vale observar que esta orientação legal da nossa legislação está em consonância com o direito comparado, quando cuida de institutos de que tratam órgãos com características e finalidades semelhantes às do CADE. Guilherme Cabanellas, a este respeito, se manifestou:

"A negativa em satisfazer pedidos de bens e serviços constitui uma faceta normal das atividades econômicas, (...) pode ser utilizada para dar efeito a certas manobras dirigidas a lesar competência, particularmente quando responde à ação conjunta de várias empresas ao exercício

de poder de mercado derivado de uma posição dominante. Por este motivo as principais legislações antimonopolísticas introduziram regras destinadas a impedir as negativas de satisfazer pedidos, que se originam de ações concertadas ou de posições dominantes, e tem efeitos perniciosos sobre o desenvolvimento dos mercados". (Derecho antimonopólico y de la competencia. Buenos Aires, Heliasta, 1983, pag. 516).

Dessa forma, está nítido que não se apurou na espécie que o comportamento atribuído de recusa de venda se tenha prendido a uma estratégia de dominação de mercados ou de eliminação de concorrência. Deve-se ressaltar que o DPDE nega que tais tenham sido os motivos da conduta que imputa à defendente - até por isso não enquadra a ação da Representada na Lei nº 8.158/91, mas na Lei nº 8.002/90 que não tem por objetivo a defesa da concorrência. Neste sentido deve-se observar o disposto no art. 39, incisos I e II da Lei nº 8.078, de 11/09/90.

Em face do exposto, entendo que a aplicação das sanções da Lei nº 8.002/90 refogem à competência do CADE.

3. FORMAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO COM DANOS À ESTRUTURA DO MERCADO

Ao tratar da questão da formação de grupo econômico, creio oportuno observar que a liberdade de comércio e indústria não pode ser exercitada de modo a comprometer o regular funcionamento dos mercados. Neste sentido a ordem jurídica proíbe todas as formas de atuação que importem em danos à livre concorrência.

Nesse contexto é oportuno ressaltar que a ordem jurídica não visa à proteção dos agentes econômicos, unitariamente considerados, mas busca à preservação do mercado como instituição de coordenação das decisões econômicas, adequada ao modo de produção capitalista. Dessa forma, a liberdade de concorrência apresenta-se dotada de caráter positivo: é o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa aquele funcionamento regular, dos mercados.

Conforme registrei na fase introdutória deste VOTO, os autos tratam do tema relacionado à formação de grupo econômico, com vista a enquadrar a Representada na alínea "a", inciso IV, art. 2º, da lei nº 4.137/62 (fls. 572).

Sobre esta questão, transcrevo a pertinente manifestação do il. Procurador do CADE, Dr Paulo Gustavo Gonet Branco, a qual acolho:

"Para que tipo se realize, pois, cumpre que haja, efetivamente, discriminação ilegítima de preços atrelada ao propósito de formar grupo econômico, evidentemente com danos à estrutura do mercado. No caso, não vejo comprovada a realidade desses elementos".

Destaco, portanto que não está demonstrado nos autos que a existência de preços diferenciados praticados pela Representada ICI Brasil S.A. tenha como objetivo a formação de grupo econômico.

Reside na existência de alguns contratos de venda exclusiva de produtos da ICI Brasil S.A. e de prêmios à opção de fornecedores pela venda apenas de produtos da defendente, a força de prova da formação de grupo econômico, contida na Nota Técnica (fls. 572/573), de autoria do il. Chefe de Divisão do DPDE, Dr. Edson Raimundo Machado. Entendo que essas provas não são suficientes para autorizar uma condenação. Um juízo de reprovação requereria a colação de outros elementos, que indicassem a intimidade de interesses e de ação própria de um grupo econômico. Somente a existência de contratos com a cláusula de exclusividade não é bastante para inferir a figura mencionada da Lei nº 4.137/62. É oportuno lembrar que em matéria de concorrência, o que a ordem jurídica visa coibir é a conduta incorreta dos agentes econômicos, contrária aos usos honestos em matéria comercial e industrial e/ou que possa afetar, comprometendo-os em suas integridades, os mercados.

Deve-se observar que a cláusula de exclusividade, enquadrada no direito econômico com um acordo vertical, pode ser irrelevante do ponto de vista do direito repressivo. Essa cláusula tem como base a obrigação assumida por uma das partes de contratar exclusivamente com a outra, no tocante a determinado bem ou serviço. Como exemplo desse tipo de pacto discriminado legalmente, temos a cláusula de exclusividade em contratos de concessão de vendas, de franquia, cessão de uso de marca ou sinal de propaganda, prestação de serviços, dentre outros.

Faz-se necessário portanto examinar as razões que, muitas vezes, levam o aplicador de lei a repudiar estes pactos de pronto, alegando serem ilegais "per se", sem conduto atentar para as consequência e benefícios que o ato fim desses pactos pode acarretar ao mercado. Por exclusividade entende-se tudo que traga a qualidade de exclusivo, único, sem admissão de outra coisa. Na terminologia comercial, é entendido como privilégio outorgado ao

comerciante ou somente a certa pessoa para vender as mercadorias ou os produtos de um estabelecimento ou fábrica. Dessa forma, pode-se afirmar que a exclusividade possui semelhança com o monopólio; porém deve ser entendido como um monopólio de cunho privativo.

A partir da análise dos dispositivos legais mencionados, em especial a alínea "a", item IV, art. 2º, da Lei nº 4.137/62, poder-se-á chegar à conclusão de que qualquer cláusula de exclusividade é ilegal "per se", pois a exemplo do caso examinado nos autos, que se refere a exclusividade na concessão de venda, implica, de fato, a exigência para o concessionário de vender somente os produtos do concedente e, conseqüentemente, de adquiri-los unicamente deste último. A ilegalidade pareceria evidente, no sentido de restringir a concorrência e limitar o consumo.

É oportuna, entretanto, a posição manifestada por Fábio Konder Comparato quando afirma que "seria ridículo desconhecer que a franquia e a concessão de venda não foram criadas como manifestações modernas de um certo malthusianismo econômico, mas objetivaram e ainda objetivam outras finalidades bem diversas. Elas não surgiriam da necessidade ou interesse de restringir a concorrência e limitar o consumo, mas, bem ao contrário, como formas novas de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção". (in Fábio Konder Comparato, "Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial" - 1978 - cap. 5 pag. 384 - ed. Forense).

Partindo desse enfoque, entendo que a legalidade das cláusulas de exclusividade deve ser analisada e julgada sob o enfoque da razoabilidade ou regra da razão. Ou seja, a partir da utilização de critérios que indiquem que a necessidade da cláusula de exclusividade correspondente a um interesse legítimo do concedente ou franquiador e não prejudica o mercado consumidor. Dentro desse limite estabelecido, vejo este tipo de imposição ou restrição, como a fim, um benefício tanto para quem a impõe, quanto para quem a ela se submete e, conseqüentemente, para o consumidor.

Nos Estados Unidos da América, as Cortes estão seguindo a tendência de aplicar o critério de razoabilidade (rule of reason) em vez de regra do "ilegal per se" (per se rule), considerando que, a princípio, todo tipo de acordo é compatível com o princípio da liberdade das partes de contratar e com o princípio da livre concorrência. A cláusula de exclusividade não foge a esta idéia, entretanto, a investigação legal tem que ser feita pela Corte, pois o objetivo precípua de direito antitruste é a fiscalização e conservação de um mercado justo e competitivo, e a verificação de que qualquer ato fim investigado assim o mantenha.

Assim, entendo que a validade da aplicação do critério da razoabilidade é o de atender ao objetivo da Lei nº 4.137/62 de reprimir o

abuso de poder econômico e a provocação de condições monopolísticas. Vejo o sistema de comercialização pretendido através de cláusulas de exclusividade como um sistema de entrega ao consumo por intermédio de contribuidores ou revendedores organizados pelo franqueado. A cláusula de exclusividade não pode ser entendida como um instrumento que visa o monopólio, visto que ela procura harmonizar, num nível técnico-comercial elevado, o consumidor, o franqueador, o cedente e o franqueado ou concessionário.

Para o consumidor, a existência de uma atividade mercantil disciplinada, com um atendimento especializado de padrão superior e a certeza de estoque e a prestação de serviços garantidos considerando que o franqueado ou concessionário estará tranqüilo, sem se preocupar com competição interna, podendo se concentrar em melhores promoções e instalações e na satisfação dos clientes, é através dessa cláusula, a qual funciona muitas vezes para as ambas as partes, que o franqueado ou concedente, dono do privilégio, estará exercendo um controle de qualidade da marca que garante ao público a qualidade do produto ou serviço, e também o controle da forma de comercialização e, com isso, preservando a sua clientela.

Assim posto e atento ao disposto no art. 2º da Lei nº 4.137/62, entendo que à cláusula de exclusividade nos contratos contido nos autos, pode ser aplicado o critério da razoabilidade, visto que não indicam a existência de indícios de técnicas monopolísticas, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. O objetivo da Representada, ao recorrer à cláusula de exclusividade nos contratos com os seus revendedores, é o de racionalizar a organização da comercialização dos seus produtos e das mercadorias e/ou a prestação de serviços oferecidos aos consumidores. Isso se enquadra dentro de princípios éticos e transparentes da livre concorrência que deve existir entre as empresas concessionárias ou franqueadas e concedentes ou franqueadoras, sem prejuízo de um mercado justo e competitivo.

Em síntese, entendo que essas cláusulas devem ser toleradas se direcionadas a preservar a integridade e a uniformidade dos produtos do fabricante. As referidas causas justificativas da cláusula se repetem na espécie, conforme pode ser constatado nas leituras de documentos contidos nos autos anexados pela defendente e do parecer do Ministério da Fazenda.

Alerta a Representada que os seus distribuidores devem ser especializados, pois os produtos com que lidam são perigosos e devem ser manipulados com extremo cuidado, sendo objeto mesmo de normas próprias. Registre-se que a FAO (organismo das Nações Unidas voltado para as questões de produção de alimentos), recomenda, com base no Código Internacional de Conduta para a Distribuição e Uso de Defensivos Agrícolas, aprovado em 28/11/85, que os "defensivos agrícolas sejam comercializados

por e adquiridos de comerciantes de boa reputação que sejam, preferencialmente, membros de uma organização comercial reconhecida"(fls. 723). Recomenda ainda que "todas as nações membros da FAO promovam o uso do presente Código no interesse de uma utilização mais segura e eficiente de defensivos agrícolas e de uma maior produção de alimentos"(fls. 725).

Por sua vez, o Ministerio da Fazenda, através do parecer emitido pelo Núcleo de Defesa Econômica/DAP, da Secretaria de Economia, referindo-se ao sistema de distribuição vinculada em causa, afirma:

"A aplicação de elevadas magnitudes de capital, investimentos em tecnologia, novos processos e produtos, amplia exponencialmente os riscos trazidos pelas incertezas inerentes ao comportamento dos mercados. Torna-se necessário prever e garantir com razoável grau de certeza não somente a continuidade das condições de produção mas, também, e principalmente, a estrutura de distribuição e consumo das mercadorias produzidas. No setor de defensivos agrícolas, o controle sobre a rede de distribuição justifica-se, ainda, pela alta toxicidade dos produtos vendidos, cuja manipulação inadequada pode causar danos tanto aos agricultores quanto aos consumidores finais, através da contaminação dos alimentos"(fls. 660).

Dessa forma, não está perceptível que da existência de contratos com cláusulas de exclusividade, na espécie, possa ser extraído que se está organizando um grupo econômico direcionado à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

A Secretaria de Direito Econômico, no seu relatório final não se ocupa do tema (fls. 727-740). O Despacho do Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, que estima procedente a representação no que diz com a recusa de venda tipificada na Lei nº 8.002/90, tampouco faz referência ao assunto do art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62(fl. 741).

CONCLUSÃO

Por assim entender e acolhendo em todos os seus termos o fundamentado parecer do il. Procurador do CADE, o meu VOTO é pela improcedência da Representação, no que se refere à conduta alegadamente

capitulada no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137/62, uma vez que não ficou comprovada, nestes autos, a prática delituosa de que trata tal dispositivo. No que diz com a matéria compreendida na LEI nº 8.002/90, VOTO pelo simples retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico, para as providências consideradas oportunas

Brasília-DF, 26 de fevereiro de 1993.

José Matias Pereira

**VOTO DO CONSELHEIRO
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO**

Questão preliminar

Com relação à questão preliminar, ora em votação, manifesto minha concordância com o entendimento do ilustre Conselheiro-Relator, José Matias Pereira, que resulta, a meu ver, de adequada interpretação da legislação de regência.

Efetivamente, como bem destaca o Relator, em harmonia com o bem lançado parecer do eminente Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, a recusa de venda da Representada à Representante, tal como descrita, nestes autos, pela Secretaria de Direito Econômico -SDE, não configura hipótese de ilícito a ser julgada pelo CADE.

Cabe mesmo referir, no particular, que, no expediente encaminhado pela SDE à Representada, com vistas à apresentação de defesa, a ação da ICI foi enquadrada no inciso I do Art. 1º da Lei nº 8.002, de 14/03/90, eis que não se apurou que tal ação haja obedecido a uma estratégia de dominação de mercado, de prejudicar a livre concorrência ou mesmo de auferir aumento arbitrário de lucros (fls. 551 e seguintes).

Bem como afirma, a tal propósito, o eminente procurador do CADE, com base nos elementos colhidos nos autos, no que foi acompanhado pelo ilustre Conselheiro-Relator.

Enquadrando-se a ação da Representada na Lei nº 8.002/90 - a qual, segundo aquele ilustre Procurador, em interpretação que me parece adequada, não tem por objetivo específico da concorrência - a competência para a adoção das providências necessárias da SDE, pois assim o dispõe expressamente o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.158, de 08/01/91.

A vista de tais fundamentos, acompanho o voto do ilustre Conselheiro-Relator, por entender que a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.002/90 escapa à competência do CADE

No mérito

Igualmente acompanho o voto do ilustre Conselheiro-Relator, uma vez que considero não comprovada a conduta prevista no art. 2º, IV, "a", da Lei nº 4.137, de 10.09.62.

De fato, como enfatizou o eminente Procurador do CADE, a tipificação de tal figura exige que haja discriminação ilegítima de preços, com o propósito de formar grupo econômico, daí resultando danos à estrutura do mercado.

E, no caso, não restou demonstrado, nos autos, que a existência de preços diferenciados praticados pela ICI haja obedecido ao propósito de formar grupo econômico.

De outra parte, como muito bem situou o ilustre Conselheiro-Relator, e a existência de contratos com cláusula de exclusividade, na espécie, não permite, por si só, concluir-se que se está armado um grupo econômico orientado para ações nefastas ao mercado, de modo a se configurar a figura prevista na Lei nº 4.137/62.

Por tais razões, manifesto-me pela improcedência da Representação, adotando os fundamentos invocados pelo ilustre Conselheiro-Relator.

Brasília, 26 de fevereiro de 1993.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

PRELIMINARMENTE

A questão preliminar diz respeito à competência deste egrégio Conselho para julgar as infrações previstas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990. O argumento central do ilustre Conselheiro-Relator é o de que o citado diploma trata de relação de consumo, matéria também afeta à Secretaria de Direito Econômico, e não de abuso do poder econômico, campo de incidência da competência do CADE.

Essa, também, a tese do ilustre procurador do CADE, que afirma não ter a Lei nº 8.002/91, por objetivo, a defesa da concorrência.

Não vejo, porém, consistência nesse argumento, eis que as condutas tipificadas no referido texto legal não dizem respeito a mera relação de consumo entre fabricante e destinatário final. Constituem, ao contrário, práticas que atentam contra a ordem econômica, restringindo potencialmente a concorrência: a primeira porque discrimina compradores ou distribuidores e a segunda porque vincula a venda de mercadoria à prestação de um serviço, eliminando-se, assim, outras empresas que estejam aptas para comprar os produtos ou prestar os serviços e produzindo no mercado efeitos mediatos ou imediatos.

Foi esse, aliás, o entendimento do legislador ao trazer para o bojo da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, o diploma em questão. Argumento contrário pode apoiar-se tão só na ementa da Lei nº 8.002/90 que enuncia:

"Dispõe sobre a repressão de infrações atentatórias contra os direitos do consumidor."

Ora, a ementa é apenas um elemento informativo a ser considerado na interpretação da norma, assim como o são os trabalhos preparatórios de uma lei, dentre eles a respectiva Exposição de Motivos. E, no caso da Lei nº 8.002/90, confrontando a ementa com a Exposição de Motivos, encontro razões suficientes para prestigiar a tese de que as infrações ali tratados dizem respeito à ordem econômica e à defesa da concorrência, e não a mera relação de consumo.

A Exposição de Motivos, após explicitar as práticas que se pretende coibir, porque atentam contra os direitos do consumidor e burlam o controle de preços, assim fundamenta a necessidade de repressão:

"3- Tais procedimentos caracterizam tentativas de eliminação de concorrência e de dominação de mercador, sempre com o objetivo de auferir lucro arbitrário.

4- Para reprimir esses abusos e com base no que dispõe o § 4º do art. 173 da Constituição Federal, tenho a honra de propor a V. Exa. a adoção de Medida Provisória, que pune, em sede administrativa, com multa variável de 500 a 200.000 BTN, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, as infrações caracterizadas por ambas as modalidades expostas.

5- Trata-se de matéria urgente e relevante, pela necessidade de proteger a economia popular, o que justifica a utilização da via legislativa proposta."

Verifica-se, assim, que o fundamento constitucional para a medida provisória foi exatamente o § 4º do art. 173 da Lei Maior, que impõe a repressão ao abuso do poder econômico, e não o art. 5º, inciso XXXII, que determina ao Estado a promoção da defesa do consumidor, sendo certo, ainda, que a preocupação do legislador foi a proteção da economia popular, expressão que tradicionalmente se insere no contexto da ordem econômica. Ressalte-se, nesse tocante, que a Lei nº 8.158/91, em seu art. 20, faculta a SDE e ao CADE representar ao Ministério Público com vistas à aplicação da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que descreve as condutas abusivas do poder econômico passíveis de repressão na esfera penal, ali classificadas como infrações contra a economia popular, no art. 1º, que assim dispõe:

Art. 1º- Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.

Em abono doutrinário à tese de que se trata de espécie afeta à defesa da concorrência, destaco o elaborado artigo de autoria do Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., in Arquivos do Ministério da Justiça (N. 177, p. 31) - Venda Casada de Bens e Serviços, Contrato de Franquia e a Legislação de Defesa da Concorrência. Ao tratar da venda casada, o ilustre mestre os diversos diplomas legais que abordam a matéria no âmbito da defesa da concorrência, eles a Lei nº 8.002/90, cujo tipo, afirma o autor, é específico para os casos de serviço de transporte. Já o dispositivo expresso na Lei nº 8.078/91, o Código do Consumidor, precisamente o art. 39, inciso I, é citado pelo autor apenas para abranger o tema, deixando claro que o mesmo só se aplica às relações de consumo, isto é, "entre o fabricante e o destinatário final, aquele que "não" usa o produto adquirido para a elaboração de novo produto a ser comercializado, mas o utiliza para o consumo próprio e final."

Essas as razões porque as infrações contidas na Lei nº 8.002/90, juntamente com aquelas previstas na Lei nº 4.137/62 foram integradas à Lei nº 8.158/91, dando-se competência à SDE para adotar as providências necessárias à sua repressão. Quais providências seriam essas que não a instauração do devido legal para apuração dos fatos e imputação da conduta ao responsável, para posterior encaminhamento ao CADE para julgamento e conseqüente repressão?

Não dispõe a SDE de competência para reprimir. Compete-lhe tão só apurar os fatos. Nisto é clara e insofismável a lei, que criou um processo apuratório único, com fases bem definidas e que sempre inclui o CADE quando configurado o ilícito e necessária a repressão. E, pois, especialíssima a competência do Conselho para julgar os processos instaurados com base na Lei nº 8.158/91, dentre os quais se incluem aqueles destinados a reprimir as infrações previstas na Lei nº 8.002/90. A punição administrativa é ato vinculado em todos os seus termos e fases à forma prescrita em lei. Assim, o rompimento do rito processual previsto na lei, para se atribuir, por presunção, competência à Secretaria para impor penalidades configuraria supressão de instância e desrespeito ao princípio do devido processo legal.

Ainda numa interpretação lógica, a utilização do argumento ex absurdo pode demonstrar que a negativa de competência do CADE para julgar este processo, ao entendimento de que a conduta tipificada na Lei 8.002/90 diz respeito a relação de consumo e não à livre concorrência, conduziria ao impasse: o processo teria que retornar à SDE para, segundo o ilustre Relator, adotar as providências oportunas e ali não se pode vislumbrar qualquer providência que já não tenha sido tomada, até pela falta de competência para qualquer outra. Já houve manifestação da Secretaria quanto ao mérito da conduta imputada à Representada, no sentido da configuração do ilícito; não dispõe a SDE de competência para julgar o processo que instaurou na forma da Lei 8.158/91 e o arquivamento só pode ocorrer em virtude de inexistência da infração, o que, de acordo com a Secretaria, não é o caso. Seria, então, o caso da Secretaria se socorrer do Poder Judiciário para impor a sanção administrativa. Ocorre, porém, que a imposição da penalidade administrativa é da competência exclusiva da Administração, cabendo ao judiciário o controle da legalidade do ato administrativo. Não se requer a imposição de multa administrativa ao Judiciário, mas executa-se a multa imposta e não paga, ocasião em que o controle judicial se exerce plenamente.

Essas as razões por que aceito a competência do CADE para julgar este processo e, se vencedor o meu voto, peço desde já vista do processo para o exame do mérito.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

MÉRITO

Vencida mas não convencida quanto à questão preliminar da competência do CADE, passo ao exame do mérito à luz da Lei nº 4.137/62.

Estou com o ilustre Conselheiro-Relator em que inexistente, na espécie, conduta ilícita a ser reprimida com base na alínea a, inciso IV do art. 2º da lei referênciada.

A conduta tipificada na alínea em questão é meramente instrumental daquela descrita no inciso, inexistindo nos autos qualquer prova quanto à formação de grupo econômico, não se podendo inferir a ocorrência implícita de agregação da mera existência de contratos com cláusula de exclusividade.

Voto, pois, pela improcedência da representação no tocante à conduta na Lei nº 4.137/62, em seu art. 2º, inciso IV, alínea a.

Neide Terezinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Quanto a preliminar levantada, vale observar que o Processo Administrativo nº 30 diz respeito à questão que, conforme devidamente sustentada tanto pelo douto Procurador deste CADE, quanto pelo ilustre Conselheiro José Matias Pereira, foge à competência do CADE, visto tratar-se de conduta compreendida na Lei nº 8.002/90, que não tem por finalidade a defesa da concorrência e, sim, de proteger as relações de consumo.

De outra parte, é lícito afirmar que não está comprovada nos autos a discriminação ilegítima de preços vinculada ao objetivo de informar grupo econômico no que se refere à conduta capitulada no art. 2º, item IV, alínea "a" da Lei nº 4.137/62.

Isto posto acompanho o bem fundamentado Voto do Senhor Conselheiro Relator, pela improcedência da Representação.

Marcelo Monteiro Soares

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23/91

REPRESENTANTE: REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS

REPRESENTADA: XEROX DO BRASIL LTDA.

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho decidiu pela procedência da Representação, por fato capitulado no art. 2º, I, "g", da Lei nº 4.137/62 de 10 de setembro de 1962 e no art. 3º, incisos II, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91 de 08 de janeiro de 1991, condenada a Representada ao Pagamento da multa no valor de Cr\$ 25.000.000.000,00 (vinte e cinco bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo máximo de 10 (dez dias). Foram ainda determinadas providências a serem tomadas pela Representada, nos termos do voto do Relator. Nada mais havendo a tratar, o Presidente deu por encerrada a Sessão.

Plenário do CADE, 31 de março de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

RELATÓRIO DO PROCURADOR

***Ementa:** Xerox. Venda casada e criação ilegítima de dificuldade a concorrente. Fornecimento de `toners' e reveladores.*

Este feito resulta da fusão de sindicâncias, que tiveram curso no antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a partir de denúncias de empresas contra comportamento da Xerox do Brasil S/A. Em 8.11.91, a Secretaria de Direito Econômico notificou a empresa representada para apresentar a sua defesa, dando início ao processo (fl. 637).

Há notícia nos autos de que, desde 1989, a representada vinha pressionando os locatários de suas máquinas de reprodução por fotocópia a somente adquirir materiais de consumo, como toner, revelador e cilindros, que tivessem a marca Xerox. A fls. 193 do apenso (Sindicância 130), uma das representantes, Recomex - Representações e Comércio Exterior Ltda, dá conta de correspondência da Xerox para a Secretaria da Fazenda do Rio Grande do Sul, de 20.9.89, para a Secretaria do Trabalho e Ação Social e Comunitária do mesmo Estado, de 10.8.89, e para a Secretaria da Indústria e Comércio, também gaúcha, de 8.12.89, onde a representada, alegadamente de modo anticompetitivo, afirma:

"A utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela Xerox pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para a Assistência Técnica (...) A Xerox poderá passar a não responder pelo desempenho ideal desses equipamentos, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica gratuita que fornece a eles" - ver, também, fls. 268 e seg. do apenso referido.

Em 29.11.90, em reunião com o então Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, Dr. Salomão Rotemberg, a empresa concordou em, "a partir do dia 01 de janeiro de 1991, fazer constar cláusula específica nos contratos de prestação de serviços técnicos sobre a inexistência de outros fornecedores do material de consumo (toner, cilindro e revelador), no momento atual, com seus produtos devidamente qualificados. A qualificação poderá vir a ocorrer pela própria Xerox ou por órgão oficial reconhecido, como, por exemplo, o Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia ou Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo" (fls. 38).

A fls. 59 e seg., a Xerox apresenta cópia de carta padronizada que enviou aos seus clientes, a pretexto de cumprir o combinado na reunião com o então titular do DNPDE. Ali, notifica os clientes de nova cláusula contratual com este teor:

"§ 2º (...) Somente poderão ser utilizados nos equipamentos Xerox materiais de consumo devidamente qualificados pelos interessados junto ao INT - Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia da Presidência da República, ou pelo IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo, ou materiais de consumo da marca Xerox ou, ainda, materiais autorizados, por escrito, pela própria Xerox,

sempre que, em qualquer hipótese, identificados e qualificados para cada modelo de equipamento.

§ 3º. A falta de cautela do cliente, quanto à regra estabelecida no parágrafo 2º, acima, poderá até mesmo, após alerta por escrito da Xerox, resultar na cessação da execução dos serviços técnicos por esta prestados ao equipamento, até que se configure a obediência ao disposto nesta cláusula"(fl. 62)

A fl. 82, a SNDE recebeu denúncia da firma Copilândia, dando conta de diversas anomalias no seu relacionamento com a Xerox, entre elas a de "venda casada, ou seja, só recebemos assistência técnica nos equipamentos se os produtos forem comprados da Xerox do Brasil S/A."

Uma nova reunião com os interessados ocorreu em 22.1.91. Resultou do encontro:

"Ficou acordado que a SNDE disporá de 10 dias para comunicar às representantes que elas disporão de 30 dias para apresentar ao Instituto Nacional de Tecnologia seus produtos (toner, fotorreceptor e revelador) para qualificação no prazo de até 60 dias. Neste período de 100 dias as empresas concorrentes da Xerox, na linha de materiais de consumo, poderão atuar livremente no mercado" (fls. 125).

Isso não obstante, a Xerox fez publicar no Estado de São Paulo, de 25.1.91, esclarecimento aos clientes datado do dia anterior. Ali se lê:

"4- Na reunião do dia 22 de janeiro último, a SNDE acolheu sugestão da própria Xerox no sentido de que o Instituto Nacional de Tecnologia (INT), órgão da Secretaria da Ciência e Tecnologia, seja a única entidade autorizada a fornecer qualificação a materiais de consumo de qualquer procedência que se pretenda usar em copiadoras Xerox" (fl. 128).

A fl. 172, a representante RECOMEX afirma, em 14 de fevereiro de 1991, que a prática censurada persiste. Anexa carta da Xerox, de 4 de fevereiro de 1991, treze dias após a reunião na SNDE, em que se cogita da suspensão da assistência técnica feita a cliente do Rio Grande do Sul se não usados produtos da Xerox.

A fls. 215 e seg. há cópias de cartas da Xerox dirigidas a clientes, com respeito a eventual suspensão da assistência técnica.

A fl. 319 o Diretor do DNPDE, Dr. Marcos Vinícios de Campos, sugere ao Secretário da SNDE, em 9.5.91, que a exigência de qualificação do material de consumo dos concorrentes da Xerox deixe de prevalecer. Argumentou que o INT apenas avalia o desempenho do material e que o único laboratório credenciado para o serviço é da Xerox. Apontou que, "apesar das tentativas da empresa Aplivac em locar as instalações da Xerox - por

indicação do INT -, a Xerox não forneceu as informações necessárias para sua efetivação". Referiu também a documento do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, em que se consignou que "não existe regulamentação legal que dê atribuições ao INMETRO, para realizar Certificação Compulsória de produtos de consumo utilizáveis em máquinas fotocopadoras". No dia seguinte, o então Secretário da SNDE aprovou a medida proposta.

Em 15.5.91, a Xerox foi notificada da decisão (fls. 330-331).

Consta da fl. 411v. cláusula de contrato de locação com opção de compra de equipamento, assinado em 26.9.90. Este o seu teor:

"...A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou, devidamente e por escrito, licenciados pela Xerox pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência Técnica. Além disso, a vida útil destes materiais poderá ser menos se comparada aos da marca Xerox. Assim sendo, a locadora passará a não responder pelo desempenho ideal deste equipamento, podendo até suspender, a seu critério, Assistência Técnica gratuita que fornece a este".

A fls. 416-417 lê-se que, em 22.5.91, a Sanbra - Sociedade Algodoeira do Nordeste Brasileiro S.A., enviou telex à Xerox com este dizeres:

"Em 20.05.91, estive em nossa fábrica seu técnico para instalar um cilindro máquina 1045, adquirido no mercado paralelo, porém o mesmo recusou atender tal solicitação, alegando tratar-se de produto não adquirido de V. Sas. Necessitamos comprovação por escrito, justificando o não atendimento de tal solicitação"(fls 422).

Na resposta (fl. 423), de 28.5.91, a Xerox encarece a excelência do seu material de consumo e diz:

"Não há, até este momento, no Brasil, material de consumo para equipamentos da marca Xerox, que não aqueles fabricados por ela própria, que tenham sido devidamente testados e comprovados como adequados".

A partir da fl. 454, a Xerox anexa modelos de contrato em vigor. Cláusula que está sempre presente diz:

"A Xerox prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade. A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou devidamente e por escritos, autorizados pela Xerox pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para Assistência Técnica. Assim sendo, a Locadora, na qualidade de proprietária do equipamento, passará a não responder pelo desempenho ideal do mesmo, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica gratuita que fornece ao equipamento".

Do contrato-padrão de assistência técnica, lê-se que é obrigação do cliente:

"6.2: Somente promover a aquisição de materiais de consumo especificados pela Xerox, obedecendo os padrões de qualidade por ela indicados" (fls. 483).

DISCUSSÃO

A Xerox quando loca as suas máquinas, cede o seu uso. A aquisição do material necessário para a produção de cópias é encargo do locatário. A ele incumbe obter o material de consumo que lhe convenha. A sua escolha não pode ser tolhida de modo injustificado. Se o material eleito se provar danoso ao equipamento, quando este retornar à proprietária, o assunto será resolvido de acordo com as regras normais de responsabilidade civil. O que não é razoável é que a proprietária da fotocopadora possa determinar que apenas os produtos por ela autorizados ou que ela fabrica possam ser empregados nas máquinas que aluga. Quando muito, seria dado à locadora impugnar o uso de materiais de consumo, bem especificados, que comprovadamente sejam nocivos ao aparelho. É abusivo, porém, tolher, de modo apriorístico, o uso de materiais de consumo que não sejam demonstradamente perniciosos. O fato

de a locadora, como ela própria o afirma em cláusula contratual, primar "pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca" e de "tais materiais serem devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade" não é embaraço legítimo a que se usem nas copadoras outros materiais de consumo, a critério do locatário.

A essa conclusão de inegável bom senso chegaram o DNPDE, sob a titularidade do Dr. Marcos Vinícios de Campos, e o então Secretário Nacional de Direito Econômico, na decisão comunicada à Xerox em 15.5.91 (fls. 330/331). Afirmou-se, ali, desnecessária a aprovação compulsória de produtos de consumo a serem empregados nas fotocopiadoras. Deixou-se de exigir a qualificação do material de consumo dos concorrentes da Xerox.

Isso não obstante, os autos revelam que a Xerox não mudou o seu comportamento (cf. fls. 416-417 e 423).

Observo que não há demonstração de dano causado a máquina locada por uso de material de consumo de procedência distinta da Xerox. Num caso, porém, a comissão de licitação do tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acerca da utilização do cilindro fornecido pela Recomex, diz:

"Não obstante o desempenho normal do equipamento, observou-se um aumento da saturação da caixa do toner, exigindo maior frequência do técnico da Xerox"(fl. 692).

Resta saber se a eventualidade do incremento do número de chamadas de técnico da Xerox pode justificar que a empresa, no contrato de aluguel de suas máquinas fotocopiadoras, faça figurar cláusula do teor já referido.

Cumprir ter presente que a Xerox não cobra pela assistência técnica prestada às suas fotocopiadoras locadas. Esse custo, como salientou a SDE, está compreendido no próprio valor do aluguel. Dessa forma, a empresa, para fixar a quantia devida a tal título, decerto que toma em conta uma média aproximada do custo que cada máquina, em condições normais, acarreta.

Não me parece razoável, entretanto, que o emprego de material de consumo fabricado por concorrente, e que talvez esteja a exigir uma regulação diferente da máquina - conforme cogitado nos autos -, justifique a recusa pura e simples de realizar serviços técnicos. Muito menos se justifica a existência de cláusula contratual que enseje semelhante interpretação.

A cláusula impugnada no processo é apta para embaraçar, de modo ilegítimo, o desenvolvimento de outras empresas que fabricam ou importam

produtos de consumo para fotocopiadoras. Cria receio no usuário de vir a perder a assistência técnica, se não usar material de consumo da Xerox. Não é dado à representada se valer dessa espécie de cláusula de conteúdo assaz genérico e intimidativo da concorrência. A cláusula conduz o locatário da fotocopiadora a adquirir produto de consumo da mesma marca do aparelho, trazendo à balha a figura da venda casada.

As características do tipo da vinculação da venda de produtos ou serviços à compra de outros produtos ou serviços se acham presentes na espécie. Vale recordar os traços distintivos desse tipo de abuso do poder econômico, na lição de Benjamin Shieber:

"A vinculação de vendas foi definida e seus efeitos maléficos sobre a concorrência foram apontados pelo Juiz Black da Suprema Corte, no caso Northern Pacific Railway Co. vs. United States, 356 US 1 (1958). O juiz disse:

“Para a finalidade da interpretação da lei um arranjo de vinculação pode ser definido como um acordo em que o vendedor concorda em suprir um produto ao comprador, mas só sob a condição de que o comprador passe a comprar um outro produto, o produto vinculado; ou ao menos que o comprador prometa que não vai comprar este produto, o vinculado, de qualquer outro vendedor. Nos casos em que o vendedor consegue a concordância do comprador a esta exigência, a concorrência baseada no valor real do produto vinculado é inevitavelmente restringida. Realmente, acordos de vinculação de vendas não têm praticamente outra finalidade senão a supressão da concorrência. Tais acordos negam aos concorrentes do vendedor livre acesso ao mercado para o produto vinculado; não porque o vendedor que exige a vinculação de vendas disponha de um produto melhor ou ofereça o produto a um preço mais baixo que seus concorrentes, e sim por razão de seu poder com respeito a um outro produto, o produto vinculante. Ao mesmo tempo, os compradores são compelidos a ceder seu poder de livre deliberação entre produtos concorrentes. Por estas razões acordos de vinculação de vendas são severamente punidos na base das leis proibindo restrições da concorrência”.

Prossegue o professor Shieber anotando que, "na execução destes preceitos legais, a jurisprudência norte-americana considera acordos de vinculação de vendas, nos quais são incluídos acordos de vinculação de locação de bens, ilícito per se". (Abusos do Poder Econômico. São Paulo, RT, 1ª ed., pp. 144-145).

Entendo que a cláusula no que dispõe, sem maiores detalhes, sobre a possibilidade de a Xerox deixar de prestar serviços técnicos pelo não uso do seu material de consumo é ilegítima e inibidora da concorrência.

Acredito que a Xerox possa até mesmo indicar certos produtos como danosos ao seu equipamento, arcando com o ônus de demonstrar a sua inadequação técnica. Não pode, porém, de modo direto ou indireto, criar empecilho ao emprego de materiais de consumo fabricados por concorrentes, sem prova técnica séria da sua impropriedade.

Apenas à guisa de curiosidade, lembro que o Federal Trade Commission - o órgão norte-americano encarregado de enfrentar situações distorcidas do mercado -, analisando reclamação dirigida contra a Xerox americana, em caso com peculiaridades próximas às do autos, decidiu:

"...A Xerox deverá, além de instruir os seus empregados a não comentar a qualidade de toners e reveladores produzidos por competidores, afixar nota em lugar visível da máquina em cada copiadora vendida ou alugada por ela nos Estados Unidos dizendo: `A Xerox Corporation fabrica e distribui toner e revelador para esta máquina. Outros fornecedores também podem fornecer toner e revelador para este aparelho. Pode ser necessário ajustar a máquina para acomodar o toner ou o revelador produzido quer pela Xerox quer por qualquer outro fornecedor'(...Xerox shall, in addition to instructing its employees in the United States not to comment on the quality of competitive toner or developer, place a notice in a location conspicuous to the key operator on each office copier sold or leased by it in the United States stating the following: `Xerox Corporation manufactures and distributes toner and developer for use in this machine. Other suppliers may also provide toner and developer for this machine. It may be necessary to adjust the machine to accommodate toner or developer which is provided either either Xerox ny other supplier" (86 FTC 363, decisão de 29 de julho de 1975).

Percebe-se da decisão que não se tolera que se ataquem produtos de concorrentes - ao menos enquanto não demonstrada a sua imprestabilidade - e se exige que a Xerox aceite o emprego de materiais de consumo de outros fabricantes. Mais do que isso, informa-se o locatário da máquina da possibilidade de optar por outro produto de consumo - longe, portanto, de acua-lo com a perspectiva da suspensão de assistência técnica, caso se valha de produto que não seja produzido pela Xerox.

CONCLUSÃO

A cláusula contratual que induz ao consumo de produtos da marca Xerox não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores. Ela é apta para criar "dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao funcionamento de empresa" concorrente (art. 2º, I, "g", da Lei nº 4.137/62 e art. 3º, XVI, da Lei nº 8.158/91), bem assim induz à venda casada, que o legislador de 1991 repudiou no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Pela procedência da representação.
Brasília, 3 de fevereiro de 1993.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

Trata o presente Processo Administrativo de diversas Sindicâncias que foram instauradas pelo antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, além de representações dirigidas à SDE - Secretaria de Direito Econômico, nas quais pretendem demonstrar as Representantes, conforme noticiam os autos, que, desde 1989, a Representada vinha exercendo pressão sobre os locatários de suas máquinas de reprodução por fotocópia, no sentido de que somente adquirissem materiais de consumo a serem usados em tais equipamentos, que ostentassem a marca XEROX, vinculando, assim, a prestação de assistência técnica prevista em contrato à utilização de tais materiais ("venda casada").

Todos os processos originários do CADE foram apensados ao processo instaurado pelo DPDE, em razão de, também, lhe terem sido enviadas representações contra a XEROX.

Em 26.11.90, o DAP/MEFP encaminhou expediente contendo denúncia da empresa GRANLUMEN contra a Representada. Também a Secretaria de Imprensa da Presidência da República, através do OF/PR/SI/Nº 214/90, enviou carta-denúncia contra a XEROX, juntando certidão quanto à DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO nº 00362/90, onde dá conta da existência de quatro inscrições ativas de responsabilidade da Representada.

Dos autos consta cópia de correspondência da Representada à COPENE PETROQUÍMICA DO NORDESTE S/A na qual observou que: "A utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela XEROX, pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para Assistência Técnica... Além disso, a XEROX

poderá passar a não responder pelo desempenho ideal destes equipamentos podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica Gratuita que fornece a eles."

A COPENE, em correspondência à GRANLUMEN - Comércio e Representação Ltda, após a advertência da XEROX acima referida, disse: "Em função dos problemas apresentados e a fim de evitar-se as consequências apresentadas pela XEROX INDUSTRIAL E COMERCIAL (carta anexa), deixaremos de cotar com V. Sas. o cilindro utilizado no equipamento 1045" (fls. 21A).

Correspondência semelhante àquela enviada à COPENE foi, também remetida à empresa BASTOS ADMINISTRAÇÃO COMÉRCIO E EMPREENDIMENTOS LTDA., na qual a Representada relatou e comunicou àquela Empresa que

"Constatamos que no último atendimento técnico prestado a V. Sas. no equipamento acima referenciado, a causa da má qualidade da cópia resultou do uso de materiais de consumo que não levam a marca XEROX nem tão pouco foram aprovados por nossa empresa..."

Assim sendo, a caracterização de excesso de chamadas como acima registrado, obrigar-nos-á a suspender de imediato, os serviços de Assistência Técnica gratuita que vêm sendo prestados a V. Sas., por esta Empresa, bastando para isso mera comunicação por escrito."

Por sua vez, a Polícia Militar do Estado da Bahia, através do ofício de nº 71/89, do Presidente da Comissão de Licitação, comunicou à GRANLUMEN que não mais adquiriu material da mesma por imposição da própria XEROX.

Em 29/11/90, a Representada, em reunião na SDE/DPDE, comprometeu-se, conforme consta da MEMÓRIA DE REUNIÃO, dentre outras providências, a: "...fazer constar cláusula específica nos contratos de prestação de serviços técnicos sobre a inexistência de outros fornecedores de material de consumo (toner, cilindro e revelador), no momento atual, com seus produtos devidamente qualificados. A qualificação poderá vir a ocorrer pela própria XEROX ou órgão oficial reconhecido, como por exemplo, o Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia ou Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo." (fls. 38).

A SDE/DPDE, através do ofício/DNPDE/Nº 182/90, deu ciência à GRANLUMEN do acordado na reunião acima mencionada, tendo a mesma informada ao Departamento, pelo OF/GRANLUMEN/NR 009/90, que "A XEROX DO BRASIL S/A afronta os procedimentos que regem a livre concorrência e devido a esta prática estamos enviando a V. Sa. documento que atestam nossa denúncia, bem como o uso pela XEROX INDUSTRIAL E

COMERCIAL S/A. dos mesmos produtos por ela condenados e por nós fornecidos hoje no Estado da Bahia". Juntou laudo da aprovação pela XEROX dos referidos produtos, inclusive laudos de resultados de testes feitos pela Representada e, também, cópias de notas fiscais comprovando a aquisição pela XEROX dos produtos em questão.

A XEROX, em cumprimento ao acordado na reunião realizada em 29.11.90, procedeu à alteração de cláusula contratual, passando a mesma a ter a seguinte redação:

"Parágrafo 2º - Dessa forma, somente poderão ser utilizados nos equipamentos XEROX materiais de consumo devidamente qualificados pelos interessados junto ao INT - Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia da Presidência da República, ou pelo IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo, ou materiais de consumo da marca XEROX ou, ainda, materiais autorizados, por escrito, pela própria XEROX, sempre que, em qualquer hipótese, identificados e qualificados para cada modelo de equipamento.

Parágrafo 3º - A falta de cautela do Cliente, quanto a regra estabelecida no parágrafo 2º, acima, poderá até mesmo, após alerta por escrito da XEROX, resultar na cessação da execução dos serviços técnicos por esta prestado ao equipamento, até que se configure a obediência ao disposto nesta cláusula" (fl. 62).

Em reunião realizada, em 22.01.91, entre a Secretaria de Direito Econômico e a XEROX, dada a convocação que foi feita à empresa para prestar esclarecimentos, ficou acordado que a SDE disporia de 10 (dez) dias para comunicar às representantes que elas teriam um prazo de 30 (trinta) dias para apresentar ao Instituto Nacional de Tecnologia seus produtos (toner, fotorreceptor e revelador) para que fossem qualificados no prazo de até 60 (sessenta) dias. Neste período de 100 (cem) dias as empresas concorrentes da XEROX na linha de materiais de consumo, poderiam atuar livremente no mercado.

- Para o cálculo dos 100 (cem) dias retromencionados foi assumido que o INT levará até 60 (sessenta) dias para qualificação dos produtos, conforme contato telefônico mantido nesta data. Caso a confirmação escrita do prazo pelo INT à SNDE venha a ser superior a esses 60 (sessenta) dias um novo contacto entre a Secretaria e XEROX se fará." (fls. 124/126).

A Representada, após essa reunião, fez veicular nos grandes jornais do País a seguinte nota de esclarecimento:

"Considerando o extenso noticiário da imprensa que recentemente focalizou as reuniões havidas entre a XEROX DO BRASIL e a Secretária

Nacional de Direito Econômico, entendemos como necessário prestar os seguintes esclarecimentos:

1- A XEROX não faz nem nunca fez "vendas casadas".

2- Esta afirmação está plenamente suportada pelo entendimento firmado com a SNDE, registrado na Ata de Reunião, entre a XEROX e aquela Secretaria, do dia 22 de janeiro de 1991.

3- As denúncias de práticas monopolísticas, por parte da XEROX, são absolutamente infundadas e se originaram na preocupação que a XEROX manifesta e tem sempre exercido no sentido de evitar que MATERIAIS DE CONSUMO de procedência ignorada e/ou não qualificados tecnicamente sejam utilizados em equipamentos XEROX, com reflexo sobre a qualidade das cópias produzidas, riscos reais de danificação dos equipamentos, além da questão da segurança das instalações dos nossos clientes.

4- Na reunião do dia 22 de janeiro último, a SNDE acolheu sugestão da própria XEROX no sentido de que o Instituto Nacional de Tecnologia (INT), órgão da Secretaria da Ciência e Tecnologia, seja a única entidade autorizada a fornecer qualificação a MATERIAIS DE CONSUMO de qualquer procedência que se pretenda usar em copiadoras XEROX.

5- A XEROX torna público, portanto, a sua satisfação com essa decisão da SNDE que, de uma vez por todas, coloca nos devidos termos e na perspectiva correta a questão do uso de MATERIAIS DE CONSUMO em equipamentos da marca XEROX.

6- Essa decisão que, repetimos reflete exatamente a posição sustentada pela nossa Empresa, assegura aos nossos clientes a manutenção da qualidade XEROX" (fl. 128).

Em janeiro de 1991, a SDE encaminhou cópia da Memória de Reunião às diversas empresas e pessoas que apresentaram denúncias contra a Representada, que são em número de 44 (quarenta e quatro).

Em nota sobre os atos praticados pela XEROX DO BRASIL S/A, a Coordenadoria de Pesquisas Econômicas do DPDE se manifestou pela a irrefutabilidade dos documentos apresentados pelos Representantes, entendendo como verazes as alegações contra a XEROX, juntando, ainda, um elenco de representações contra esta empresa.

Em 06.02.91, através do Ofício/SDE/Nº 44/91, a SDE deu ciência à XEROX dos prazos que o INT necessitaria para qualificação dos produtos de terceiros (fls. 138).

Em resposta ao OF/Circ/SDE/Nº 033/91, a empresa RECOMEX encaminhou à SDE dossiê com denúncias de práticas comerciais abusivas

praticadas pela XEROX DO BRASIL S/A, após a reunião realizada em 22/01/91, solicitando que tais documentos tivessem cunho de representação.

Comunicou, ainda, que cópias foram enviadas ao Exmo. Sr. Presidente da República, ao Ministro da Justiça e, ainda, afirmou estar representando junto ao Ministério Público Federal (fls. 170).

Alegou, a RECOMEX, em síntese, que:

a) "Noticiou-se que a interpelada cessaria as práticas de abuso de poder econômico e que a SNDE estava vigilante."

b) "...em 25 de janeiro do corrente ano com anúncio publicado nos principais jornais do País, à guisa de esclarecimentos, em que a denunciada, além de negar fatos notórios como a prática de venda casada - torna a atentar contra a concorrência, assacando, mais uma vez, insinuações maliciosas sobre a qualidade dos materiais de consumo de outras marcas" ... "Inobstante a falsidade de tais informações, invoca o nome dessa Secretaria".

c) "Estamos apreensivos, porque a XEROX em suas manifestações à imprensa e na matéria paga a que já aludimos, tem afirmado que o Instituto Nacional de Tecnologia teria passado a ser a única entidade autorizada a fornecer qualificação a materiais de consumo que "se pretenda utilizar em máquinas XEROX", como se os produtos não testados estivessem banidos do mercado".

d) "Em ficando consignada a versão alardeada pela denunciada, tais produtos ficarão sempre sob suspeição, na medida em que não tenham sido testados pela XEROX. Criar-se-iam assim as bases de um cartório jamais imaginado, prejudicando a livre competição, favorecendo a perpetuação de um monopólio privado, sem nenhum proveito para a economia do País e para o consumidor, destinatário último da defesa de uma sadia ordem econômica".

e) "Por essas razões, não pode a SNDE tolerar sejam manipuladas informações de modo a causar apreensão entre os consumidores, em prejuízo das empresas concorrentes da denunciada".

Do dossiê enviado pela RECOMEX constam, ainda, os seguintes documentos: -

1) correspondências do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO recomendando a "observância do princípio da licitação de preços quando da aquisição de produtos a serem utilizados nas máquinas copadoras, XEROX, dada a existência de material de outras marcas de comprovada qualidade no mercado";

2) publicações em jornais e rádios sobre a matéria constante destes autos e sobre a defesa da XEROX às acusações que lhe foram feitas;

3) declaração da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul onde atesta "que estamos devolvendo um cilindro para máquina - XEROX 1035, que foi substituído por outro em condições, em virtude do mesmo ter sido danificado quando da sua reposição no equipamento instalado no INSTITUTO MÉDICO LEGAL, pelo pessoal da empresa XEROX DO BRASIL";

4) julgamento da Comissão de Licitação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que concluiu pelo acolhimento de recurso interposto pela RECOMEX, nos autos da Tomada de Preços nº 51/90-DM, contra a decisão que desclassificou a sua proposta quanto aos itens 11 a 14 do Edital (que tratavam de material de consumo), adjudicando o objeto da licitação à XEROX. Acolhendo o recurso e adjudicando-se à RECOMEX os itens 11 a 14 da Tomada de Preços em questão, determinou aquela Comissão que fosse observado o desempenho de uma das máquinas XEROX 1045 do Tribunal (com assistência de técnicos da RECOMEX e XEROX, e sob a supervisão do Chefe do Setor), que utilizaria somente material de consumo fornecido pela RECOMEX;

5) correspondências expedidas pela Representada a usuários de materiais fornecidos pela RECOMEX, advertindo que a utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela XEROX poderia vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência Técnica, diminuindo em consequência, a vida útil desses produtos e equipamentos, razão porque, a XEROX poderia passar a não se responsabilizar pelo desempenho ideal desses equipamentos, podendo até suspender, a seu critério, a assistência técnica gratuita que fornece a eles.

6) atestados de Idoneidade Técnica dos produtos da RECOMEX, fornecidos por usuários de materiais por ela comercializados;

7) certificado de garantia dos produtos PELIKAN - TONERS AND DEVELOPERS fabricados pela PELIKAN e comercializados pela RECOMEX, e

8) liminar concedida pelo Juiz da 14ª Vara Cível de Salvador contra a XEROX, no sentido de que ela se abstinhasse de correspondência de qualquer natureza aos consumidores de materiais e suprimentos para máquinas xerocopiadoras, em detrimento do conceito de sua concorrente comercial.

Em resposta ao Ofício/SNDE/Nº 044/91, a Representada apresentou tabela de prazos e datas-limite para a elaboração de testes de qualidade a serem executados pelo INT e, para tanto, solicitou o "de acordo" da referida Secretaria.

Em 24/04/91, através de carta dirigida ao DPDE, a empresa APLIVAC denunciou a Representada por não informar o custo para se

realizar os testes, objeto da reunião de 22/01/91, a serem feitos nos laboratórios da XEROX.

A APLIVAC solicitou ao DPDE, tendo em vista os graves prejuízos por ela sofridos com o comunicado veiculado pela XEROX, nos jornais de 24/01/91, pondo em risco sua sobrevivência como empresa, bem como a de seus representantes nos estados, documento onde pudesse comprovar junto a seus clientes:

"1) que a exigência dos testes do INT foi cancelada uma vez que a XEROX não cumpriu sua parte no compromisso assumido perante a SNDE, tanto no tocante à cessação de práticas desleais de comércio, impedindo seus concorrentes de atuar no mercado, quanto à cessão de seu laboratório para os testes de qualidade;

2) que a XEROX está proibida de obrigar seu clientes a usar material de consumo somente da marca XEROX;

3) que os consumidores de material de consumo tenham o privilégio da livre escolha segundo preceitua a ordem econômica vigente".

Dada a consulta formulada pelo DPDE ao INMETRO, este último informou "que não existe regulamentação legal que dê atribuição ao INMETRO para realizar certificação compulsória de produtos de consumo utilizáveis em máquinas fotocopadoras".

Prosseguiu, aquele Instituto, informando que "quando se tratar de um produto importado e este tiver um certificado de seu país de origem, o INMETRO poderá realizar atividade de reconhecimento desta certificação. "

Tendo em vista informações solicitadas pelo DPDE, através do Ofício/DNPDE/nº 74/91, esclareceu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 20.05.91, "que a máquina XEROX modelo 1045, série D52090064 encontra-se em testes, desde 17 de outubro de 1990 com produtos fornecidos por RECOMEX e vem desempenhando normalmente suas funções, não tendo apresentado problema algum, até o presente momento".

Pelo Of/DNPDE/Circ/nº 95/91, o DPDE informou às Representantes e à Representada que, através da nota de fls. 319/320, decidiu a SDE tornar sem efeito exigência de qualificação de material de consumo dos concorrentes da empresa XEROX.

Diversos expedientes foram remetidos pelo DPDE a inúmeras empresas, solicitando cópias das várias opções dos contratos praticados pela Representada.

Instadas pelas solicitações do DPDE, através dos telex e fax anteriormente mencionados, diversas empresas, inclusive a Representada, enviaram cópias de documentos (fls. 434 a 489).

Às fls. 491/506, a Representada prestou esclarecimentos quanto às denúncias contra ela apresentadas.

Protestou pelas decisões tomadas pela Secretaria, dizendo que as mesmas tinham sido baseadas em fatos, argumentos e provas unilateralmente apresentadas pelas RECLAMANTES, tendo, a XEROX, se limitado a fornecer prontamente os dados e informações solicitados, sem que lhe fosse dada inicialmente permissão de conhecimento do total e do real teor das denúncias formuladas, para que pudesse, com a abrangência necessária, apresentar contestação dos fatos e das provas, e exercer seu direito de defesa, constitucional, legítimo e obrigatório.

Protestou, outrossim, contra o fato de que decisões interlocutórias teriam sido levadas a seu conhecimento mediante publicações na Imprensa, sem qualquer chance de defesa prévia, insurgindo-se, também, pela não consideração - ou mesmo pela falta de mera leitura - das defesas já apresentadas nos processos de mesmo objeto e mesma partes que tramitavam no CADE, e que passaram, por força da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, a ser instruídos pela Secretaria de Direito Econômico.

Informou, também, a Representada, que das 9 (nove) empresas que fabricam e comercializam máquinas copiadoras, deteve ela, nos últimos 5 (cinco) anos, as seguintes participações no segmento do mercado brasileiro de máquinas copiadoras:

EMPRESAS\ANOS 1987 1988 1989 1990 1991

XEROX 78% 77% 77% 75% 74%

OUTRAS 22% 23% 23% 22% 25%

Ofereceu, ainda, dados técnicos e funcionais de peças que compõem os equipamentos e os insumos que são usados nas máquinas marca XEROX, procurando demonstrar a qualidade e a unicidade de seus componentes para melhor adequação aos equipamentos XEROX.

Disse que a garantia oferecida pelas Representantes é genérica e não específica para cada modelo de equipamento, como se faz necessário, e que em última análise, alcançaria tão somente o importador que, em nenhum momento, foi comprovadamente caracterizado nas Representações, seja porque o uso objetiva única e exclusivamente enganar os mais incautos quanto à PRETENSA LICENÇA que teria sido fornecida pela XEROX como se esta, até mesmo, se responsabilizasse pela performance do material. Pediu

que fossem desconsiderados como provas os atestados de clientes apresentados nos autos, por entender que os mesmos não poderiam ser considerados como atestados técnicos dos produtos.

Com relação à reunião levada a efeito pela SDE, em 22/01/91, afirmou: - "Considere-se, ainda, o fato de que, desde que essa Secretaria tornou sem efeito a decisão registrada em ata de 22.01.91., e que visava exatamente ordenar a questão, a XEROX está sendo ilegalmente pressionada a uma aceitação passiva destes produtos em equipamentos da sua propriedade, sem conhecimento da qualidade, adequabilidade e performance dos mesmos, em alguns casos, até da procedência".

Em 15 de julho de 1991, a procuradora da Representada, às fls. 424, requereu autorização para obter cópias do Processo, o que lhe foi concedido.

Ouvida a Coordenadoria Geral Técnica do DPDE, através de seu parecer de fls. 621/636, esta propôs a instauração de Processo Administrativo nos termos da Lei nº 8.158/91, notificando a Representada para apresentar defesa prévia no prazo legal, sugerindo, ainda, em face de indícios de lesão grave e de difícil reparação à livre concorrência, a adoção de medidas preventivas previstas no art. 12 da Lei nº 8.158/91.

Sugeriu, ainda, que fosse solicitado aos órgãos responsáveis esclarecimentos sobre a alegação da XEROX de que a licença 092675-4, citada no Termo de Garantia da Pelikan era, na verdade, acordo entre o governo americano e empresas daquele país visando tornar disponíveis, uma às outras, certas patentes, conforme informado pela XEROX às fls. 497/498.

Propôs, também, o Parecer, que fosse solicitado às Representantes importadoras de toner e revelador, comprovantes de importação do produto, nos anos de 1989 e 1990, por ter a XEROX afirmado que estas empresas nada compraram do exterior naquele período.

A Representada, em sua defesa prévia (fls. 667/731), acompanhada dos documentos de fls. 732/869, alegou, inicialmente, que:

- reportava-se a todas as suas defesas anteriores, vez que pelo teor dos pareceres técnicos emitidos pelo DPDE/SDE, pareciam não terem sido objeto de consideração;

- não constava dos autos a análise do enquadramento legal proposto pelo DPDE.

Declarou que determinado cilindro é denso e exclusivo para determinado tipo de equipamento, não podendo ser usado em outro diferente daquele, e que a Representante APLIVAC fornecia a ela apenas um tipo de cilindro.

Criticou a posição do DPDE pela falta de conhecimento técnico da matéria, e taxou de inverídicas as declarações e documentos apresentados pela Representante APLIVAC, solicitando que o DPDE determinasse a APLIVAC que comprovasse ter sido genérica a autorização dada pela XEROX.

Sobre a obrigação da assistência técnica, afirmou haver o Departamento cometido graves erros de interpretação, pois, era óbvio que qualquer tipo de garantia prestada tinha um custo inerente, não se podendo, ainda, desprezar a íntima e crucial interrelação entre custo e número de chamadas técnicas num período determinado. Comentou que o uso de materiais de qualidade inferior causa grandes prejuízos pela paralização do equipamento, o que eleva o custo para o cliente, dado o aumento de chamadas técnicas.

Rebateu a colocação contida na Nota Técnica do DPDE, onde a sistemática de atendimentos técnicos efetuados pela Representada caracterizaria a prática de monopólio de mercado.

Alegou que ao prestar manutenção e assistência técnica estaria dando cumprimento ao art. 1.189, inciso I, do Código Civil, que obriga o locador a manter, pelo tempo do contrato, a coisa locada em estado de servir ao uso a que se destina.

Afirmou, a representada, que ao sugerir a compra e o uso de materiais de sua fabricação cumpria com dever legal, pois, garantia, assim, o funcionamento, evitando danos que pudessem interferir no perfeito desempenho do equipamento objeto da locação.

Considerou a XEROX ter havido uma considerável ênfase "na Nota Técnica do DPDE quanto ao fato de não ter ela, XEROX, cumprido o acordado com a SDE na reunião realizada em 22.01.91. Tal descumprimento, prosseguiu, consistiria nas duas correspondências enviadas a duas de suas clientes: IMCOSUL S/A (emitida em 04 de janeiro de 1991 - "13 (treze) dias após a reunião da SNDE"), e SANBRA (dirigida em 28 de maio de 1991 - "13 (treze) dias após a SNDE declarar os testes do INT desnecessários)".

Para justificar a emissão das referidas correpondências, alegou, que:

"QUANTO a PRIMEIRA MISSIVA: em que pese ter sido apenas o livre direito de se comunicar com seus clientes; em que pese não ter obstado, absolutamente, a livre atuação de concorrente no mercado, em que pese ter sido uma carta de "ameaça" - tal como aludido na Nota Técnica - mas sim de alerta do proprietário do equipamento ao seu locatário (conforme relato específico e objetivo que mais adiante se fará); foi apenas uma e não dezenas de milhares de cartas" (fls. 675).

Quanto a segunda correspondência, disse, em síntese, que apesar do ofício do DPDE estar datado de 15.05.91, - através do qual a XEROX teria tido ciência da decisão tomada - referido ofício teria sido protocolizado na portaria do seu estabelecimento em 20.05.91, não sendo, conseqüentemente, 13 dias, como dito pelo DPDE e sim "08", prazo este, segundo a XEROX, pequeno demais para que pudesse a empresa ter dado conhecimento da decisão a "todos seus funcionários, em todos os recantos do País".

Prosseguiu, argumentando que, com a negociação havida com a SDE, teria a XEROX abdicado "temporariamente, do exercício de seu direito de propriedade dos equipamentos locados, mesmo vendo agravados e se acumulando os prejuízos advindos". "..., a partir do momento da suspensão dos efeitos do citado acordo que criara um mecanismo que, não fora pela omissão e/ou fuga das REPRESENTANTES, teria contribuído para a solução da controvérsia, de imediato a REPRESENTADA retomou o livre exercício de seu direito de propriedade, sobreguardando o patrimônio formado pelos seus equipamentos e zelando pelos seus clientes" (fls. 678).

Segundo a Representada, os protestos das empresas Representantes contra a publicações feitas pela XEROX, por não terem informado, claramente, os termos acordados na reunião de 22.01.91, com SDE, teriam, juntamente com essas mesmas publicações, servido para a construção dos considerados "convencimentos" da SDE.

Contestou a decisão da SDE que considerou serem desnecessários os testes de qualidade dos materiais de consumo para equipamentos XEROX, afirmando que:

"É medianamente fácil entender que testes e ensaios de qualidade em materiais de consumo somente deveriam ser entendidos desnecessários se a eles já tivessem sido submetidos. Evidentemente, apesar das oportunidades já oferecidas anteriormente, nenhum dos produtos de consumo direcionados aos equipamentos marca XEROX comercializados, fabricados ou ditos importados pelas REPRESENTANTES, foi submetido aos referidos testes. "

Fez a Representada um histórico cronológico dos testes realizados pela Comissão da Licitação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Tais testes foram realizados em equipamentos locados pela XEROX àquele Tribunal, com os produtos fornecidos pela RECOMEX.

Registrou-se, em 25.07.91, através de atestado emitido pelo Supervisor da Diretoria de Material daquele Tribunal, que o equipamento em testes com produtos RECOMEX "vem desempenhando normalmente suas funções, observando-se porém, um aumento de saturação da caixa coletora de toner, exigindo visitas mais frequentes do técnico responsável".

A XEROX, com a finalidade de comprovar que as empresas representantes não seriam os seus únicos concorrentes, juntou, às 773/784, lista com os nomes de outras empresas que lhe fazem concorrência.

Foi juntada, a fls. 745, cópia de declaração fornecida pela Polícia Militar da Bahia à XEROX, constando que "os processos licitatórios para adquirir material de consumo das máquinas XEROX locadas à Polícia Militar, são abertas a todas as firmas que desejarem concorrer, observando-se os critérios de menor preço, qualidade do produto cotados e prazos de entrega, o que não tem alterado o atendimento de manutenção das máquinas por parte da XEROX DO BRASIL LTDA".

Quanto às correspondências enviadas à IMCOSUL e à SANBRA, em 04.02.91 e em 28.05.91, respectivamente, disse a XEROX que não tiveram por fim ameaçar as empresas mas, sim, alertá-las.

Sobre o contrato firmado com Secretaria da Economia, Fazenda e Planejamento da Bahia, alegou a Representada que o Edital solicitava a locação de equipamentos reprográficos juntamente com o fornecimento dos respectivos materiais de consumo, razão pela qual o contrato foi celebrado nestes termos.

A Representante RECOMEX fez juntar aos autos (fls. 179/180) resposta do Tribunal de Contas da União à consulta por ela formulada, sobre a obrigatoriedade de licitação para aquisição de materiais de consumo para máquinas copiadoras marca XEROX. Arguiu a Representada estar prejudicada a utilização do referido parecer, "visto que o mesmo apenas abrange princípios gerais e de conhecimento amplo, sem abordagem a especificidade do cerne da questão."

Às fls. 705/707, a Representada fez a seguinte observação: - ".. as declarações feitas por clientes de respeitabilidade incontestes como os que figuram no rol das missivas que a esta se juntam, e que deveriam ser os destinatários das pretensas pressões e imposições que se querem imputar à REPRESENTADA, ATESTAM DEFINITIVAMENTE QUE JAMAIS EXISTIRAM TAIS IMPOSIÇÕES. NUNCA HOVE POR PARTE DA REPRESENTADA QUALQUER PRÁTICA QUE PUDESSE SER ENQUADRADA NA DENOMINADA "VENDA CASADA" (Destaque da Representada)

Quanto à carta encaminhada à Empresa Bastos Administração Com. Emp. Ltda, justificou a Representada que "foi enviada somente após a solução dos problemas, conforme relatório técnico do equipamento e que é juntado à presente, como alerta a eventuais reincidências e não suspendendo a assistência técnica como interpretou essa SNDE".

Quanto à garantia da Pelikan, questionou a XEROX, os seus termos, dizendo-a genérica.

".. com relação à patente numerada 092675-4, é importante ressaltar que esta se referia a uma tecnologia de toner que só se aplicava às máquinas do tipo XEROX, modelo X-2400, X-3600, X-9200, X-3100 e X-4000.

Sumarizando, eram 03 (três) patentes de "Know-how" de manufatura de toner e uma patente cedidas gratuitamente pela XEROX para terceiros, porém nunca garantindo os padrões e a qualidade XEROX, muito menos a comercialização.

Agora que se tentou explicar o assunto "GARANTIA", em adendo aos esclarecimentos anteriormente já fornecidos, é mais do que oportuno dizer-se que:

- a) as 3 (três) licenças de "Know-how" venceram em 1985.
- b) a licença de patente expirou em 12.11.91. Caducou"

A XEROX trouxe, anexada à defesa apresentada, cópia das cassações das liminares obtidas pelas Representantes junto aos Tribunais de Justiça da Bahia e Paraíba.

Finalmente, apresentou a Representada análise legal sobre matéria constante destes autos e, para subsidiar sua sustentação, trouxe parecer, em consulta por ela formulada, da lavra do advogado Dr. José Luiz Bulhões Pedreira, sendo as seguintes as conclusões de ordem legal:

"1) O aluguel das máquinas, nas condições descritas, não configura "venda casada", porque:

- a) a manutenção da máquina efetuada pela XEROX constitui prestação integrante do contrato de locação e não negócio jurídico distinto deste;
- b) a locação não é subordinada à compra do material de consumo da XEROX, pois o contrato reconhece

expressamente o direito do locatário de adquirir material de consumo de outros fabricantes;

c) o locatário tem obrigação contratual de somente aplicar nas máquinas materiais de consumo que satisfaçam aos padrões de qualidade definidos pela XEROX, a utilização de materiais de qualidade que não satisfaçam a esses padrões constitui inadimplemento contratual, do qual decorre o direito da XEROX de cobrar os consequentes custos adicionais de manutenção e/ou de danos às máquinas.

2) A venda de máquinas, nas condições descritas, não configura "venda casada" pois:

a) o comprador tem plena liberdade para contratar com terceiros a manutenção das máquinas e o fornecimento dos materiais de consumo;

b) nos contratos de manutenção de equipamentos vendidos, a XEROX tem o direito de cobrar os custos adicionais de manutenção que decorram da utilização de materiais de consumo que não assegurem o funcionamento com a eficiência admitida na determinação dos preços dos serviços de manutenção por ela prestados".

Através do Ofício/Circular/DNPDE/nº 577, de 08.11.91, o DPDE indagou das empresas representantes se elas eram importadoras de toner e revelador e, se positivo, solicitava informação quanto ao volume importado nos anos de 1989 e 1990, com os respectivos documentos comprobatórios.

Das fls. 941/950 constam RELATÓRIO elaborado pelo Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE. Dr. Eugênio de Oliveira Fraga, no qual ressaltou as alegações da Representada em sua defesa prévia.

O Diretor do DPDE, através do parecer de fls. 951/966, rebateu os argumentos utilizados pela XEROX em sua defesa, concluindo, em síntese, que:

"- a análise do enquadramento legal da instauração do P. A. 23 está suficientemente demonstrado nos autos;

- está também claro nos autos e na Nota Técnica de instauração do P.A. Nº 23 que a aprovação da XEROX foi para o cilindro 1R 70241 fornecido pela APLIVAC para as máquinas XEROX modelo 660. Por esse motivo deve ser considerada desnecessária a prova requerida;

- a assistência técnica dita gratuita pela XEROX, em verdade, tem seu custo inserido na rubrica aluguel que é pago pelo locatário. Assim, nada tem de gratuita;

- não sendo gratuita a assistência técnica, mas, sim, paga pelo cliente, não poderia a XEROX suspender tal serviço alegando excesso de chamadas para assistência técnica pelo uso de materiais de consumo que não levam a marca XEROX;

- agindo desse modo, estaria a Representada, vinculando a prestação de determinado serviço (assistência técnica) à compra de determinado bem (material de consumo - toner, revelador, cilindro) - caracterizando, portanto, venda casada passível de punição, conforme dispõe o art. 3º, VIII, da Lei nº 8.158/91;

- a Representada não cumpriu o acordado com a SDE em reunião havida em 22.01.91, uma vez que enviou carta à IMCOSUL e a SANBRA ameaçando (ou alertando) suspender a Assistência Técnica pelo uso de produtos que não levam a marca XEROX ou não sejam por ela aprovados, em época que o acordo prévia que os concorrentes poderiam atuar livremente no mercado;

- a carta da XEROX à SANBRA, além da infração demonstrada acima, recomendava que o cliente deveria exigir do fornecedor concorrente da XEROX toda a documentação que atestasse a aprovação de seus produtos junto ao INT em época que o DPDE já havia tornado sem efeito a exigência de qualificação dos materiais de consumo;

- as razões que levaram o DPDE a tornar sem efeito a exigência de qualificação dos materiais de consumo foram as informações do INT, do INMETRO e da APLIVAC, além da concordância do Sr. Secretário da SDE;

- O Tribunal de Justiça do RS, que realizou testes em máquina XEROX de produtos dos concorrentes, conclui, na última informação apresentada pela Representada, que o equipamento vinha desempenhando normalmente suas funções, observando-se, porém, um aumento de saturação da caixa coletora de toner, exigindo visitas mais frequentes do técnico responsável;

- as representantes não são as únicas concorrentes da XEROX;

- a XEROX suspendeu a assistência técnica prestada à empresa BASTOS, (fls. 23), alegando excesso de chamados e uso de material de consumo não fabricado ou aprovado pela XEROX;

- o FTC alegou impossibilidade de comentar a validade de qualquer situação específica.

- alguns dos Representantes - ASSISTEC e REMC - comprovaram importação de toner nos anos de 1989 a 1990, contrariando a afirmação da XEROX de que essas empresas nada compraram do exterior nesse período.

Pelos fatos e razões acima demonstrados, entendo subsistentes as ocorrências que motivaram a instauração do Processo Administrativo nº 23.

Tendo em vista o disposto no art. 6º da Lei nº 8.158/91, e ainda, o entendimento firmado pela Douta Consultoria Jurídica do MJ-Parecer nº 182/92 - encaminhando o presente processo ao Senhor Secretário Nacional de Direito Econômico para as medidas de sua competência".

A fls. 968, o Sr. Secretário-Nacional Substituto, adotando o entendimento do DPDE, determinou que o processo fosse restituído àquele Departamento para cumprimento da alínea b do art. 6º da Lei nº 8.158/91.

Uma vez notificada, a XEROX apresentou sua defesa final (fls. 975/994) trazendo, anexada a mesma, os documentos de fls. 995/1 012.

Valho-me, no momento, do Relatório de fls. 1.013/1.047, para transcrever as principais questões suscitadas pela Representada em sua razões finais, e tão bem condensadas pelo Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE:

- "1. ratifica os argumentos de sua defesa;
2. argumenta que o DNPDE não teceu comentário nem contestou o posicionamento jurídico da mesma;
3. que a XEROX provou somente o cilindro IR 70241 para máquina 660, recuperado pela APLIVAC;
4. que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul confirmou que os produtos fornecidos por RECOMEX provocaram problemas nos equipamentos;
5. que a resposta do Tribunal de Contas da União à consulta feita por RECOMEX abordou somente aspectos gerais e de conhecimento amplo;
6. que considera a pesquisa feita pelo DNPDE prejudicada somente quanto à pretensa vontade de confirmar ilícito à Representada;
7. concorda com o DNPDE que a resposta do FTC não contemplou a origem e validade de Licença nº 092675-4;
8. que a carta à IMCOSUL foi no sentido de alertar o cliente a respeito de produtos de terceiros;
9. que não suspendeu a assistência técnica prestada à BASTOS;

10. que a carta à SANBRA foi em resposta a um telex do cliente;
11. que o DNPDE não considerou os fatos constantes da Averiguação Preliminar nº 176 - CADE - apensada ao P. A. 23;
12. que o DNPDE omitiu interpelação judicial que a REPRESENTADA fez a dois dos denunciantes e considerou somente parte do fato que induzia à culpa da XEROX;
13. que as representantes não são as únicas concorrentes;
14. que inquérito policial do DEIC-SP, versando sobre adulteração de produtos XEROX, foi apenas citado pelo DNPDE. Entende que este fato seria óbvio o bastante para este Departamento aceitar que a Representada tem obrigação de alertar seus clientes;
15. que as declarações da Representante REPRO, não podem ser desconsideradas;
16. que as Representantes comprovaram importações inexpressivas de material de consumo;
17. que o DNPDE tenta o enquadramento legal por raciocínio dedutivo;
18. que a representada não descumpriu quaisquer acordo;
19. que não se sente como defendendo de um processo jurídico, mas sim de um processo de inquisição de triste memória".

O Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE, através de seu Relatório final, às fls. 1.013/1.047, expôs os seus argumentos, que podem, assim, serem resumidos:

- Quanto ao cilindro fotorreceptor 1R70241

Rebateu a colocação da Representada, vez que não entendeu o DPDE ser a aprovação da XEROX extensiva a todos os cilindros recuperados pela APLIVAC, tendo sido deixado claro, através do Despacho de fls. 951/966 e da Nota Técnica de instauração do Processo Administrativo (fls. 621/636), a singularidade da aprovação pela Representada do cilindro 1R 70241 para as máquinas modelo 660, fornecido pela APLIVAC.

- Com relação à cópia da Ata de Reunião de Julgamento das Propostas trazida pela XEROX, em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em uma outra licitação realizada, em 23/07/91, adjudicou à XEROX os produtos licitados, alegou o Sr. Coordenador Técnico que "a Representada não havia trazido aos autos cópia de seu inteiro teor, prejudicando assim o conhecimento das razões que levaram aquela Corte ao entendimento acima manifestado".

Discordou, ainda, da informação da Representada, no sentido de que as declarações posteriores do Tribunal não teriam invalidado a anterior, "vez que as declarações posteriores não contradiziam a primeira, quais sejam a máquina XEROX em testes com produtos fornecidos por RECOMEX vinha desempenhando normalmente suas funções, apresentando a quantia de 103.763 cópias extraídas.

- Quanto ao contrato com a Secretaria de Economia, Fazenda e Planejamento do Estado da Bahia, observou que o DPDE após as explicações apresentadas pela Representada e contidas na Nota Técnica de fls. 630, não mais teria comentado o fato, deixando implícito que não o havia considerado como peça de acusação.

- Quanto à consulta da RECOMEX ao T.C.U.

Esclareceu que a Representada, como já confessado, desconhecia o teor da consulta feita ao Tribunal de Contas da União e, mesmo assim, entendeu que a resposta à mencionada consulta teria abordado somente aspectos gerais e de conhecimento amplo, não sendo este o entendimento que se tem da leitura das decisões do T.C.U.

Prosseguiu, esclarecendo que o DNPDE não tinha competência para questionar os procedimentos licitatórios, salvo em atos decorrentes de licitação que pudessem ferir à livre concorrência.

- Quanto à pesquisa feita pela SNDE/DNPDE

Reafirmou que entendeu prejudicada a diligência, exclusivamente por falta de resposta em número adequado, o que comprometia a amostragem do universo. Prosseguiu, explicando que o objetivo do Departamento era verificar se a XEROX continuava a fazer referência à suspensão da assistência técnica pelo uso de materiais de consumo que não levassem a sua marca ou não fossem por ela aprovados após a vigência da Lei nº 8.158/91. Prosseguiu, dizendo que os contratos que obteve eram anteriores a janeiro de 1991.

Entretanto, disse o Sr. Coordenador, entendeu a Representada que referida constatação lhe era favorável, uma vez que alegou que nada se apurou dos contratos recebidos.

Com relação a esses contratos, argumentou aquele Técnico que, apesar de não os ter considerado como prova, a totalidade dos mesmos continham cláusulas dentre aquelas contidas no item "obrigações do cliente", que no fundo impunham a utilização de material de consumo da marca XEROX, e que com a remessa do modelos de contratos em vigor em 06 de agosto de 1991, encaminhados pela Representada, o DNPDE teria observado que essas cláusulas permaneciam em vigor.

- Quanto à Garantia Pelikan

Observou que em defesa prévia apresentada, a XEROX teria alegado que a licença 092.675-4, citada no Termo de Garantia da Pelikan seria, na verdade, acordo entre o governo norte-americano e empresas daquele País visando tornar disponíveis, umas às outras, certas patentes.

Com o objetivo de confrontar as informações prestadas pela Representada, o DPDE solicitou informações à Federal Trade Commission - FTC, tendo esta dito ser impossível comentar sobre a validade de qualquer situação específica que pudesse existir, embora, possam fornecer exemplos das linhas de análise, que o DNPDE poderia levar em consideração em casos de venda casada. Esclareceu, ainda, aquela Comissão, conforme consignado no Despacho de fls. 963 que:

"decisão do FTC proíbe a XEROX norte-americana de vincular a venda de toner ou revelador à venda ou aluguel de copiadoras depois dos primeiros seis meses de lançamento no mercado um novo modelo de copiadora.

Informou, também, que a XEROX foi representada pelo menos duas vezes por práticas anticoncorrenciais envolvendo alegações de venda casada.

Em um dos casos, Polytechnic Data Corporation v. XEROX Corporation, a Corte Distrital concluiu pela não caracterização da venda casada.

No outro caso, SCM Cororation v. XEROX Corporation, a Corte de Apelação confirmou a decisão da Corte anterior, que encontrou vinculação ilegal (venda casada) mas negou ressarcimento de perdas e danos por insuficiência de provas de perda de lucros.

No entanto, apesar das informações do FTC relatarem caso de venda casada praticada pela XEROX Corporation - USA, teria ficado pendente a solicitação do DNPDE a respeito da origem da Licença nº 092675-4 citada no termo de garantia da Pelikan.

Com relação à sugestão da XEROX de que fossem solicitadas maiores informações ao FTC, entendeu o Sr. Coordenador estar concluída a diligência.

- Quanto ao descumprimento pela Representada do acordado em reunião realizada em 22/01/91 com a SDE, esclareceu o Sr. Coordenador que o fato da XEROX ter enviado cartas a, apenas, 3 (três) de seus milhares de locatários, como foi por ela alegado em suas razões finais, não descaracterizaria o descumprimento do acordado na reunião de 22/01/91, e que o número de atos praticados em relação ao universo da clientela era secundário na questão. Bastaria 1 (um) entre milhões para se caracterizar uma prática ou ato.

Rebateu a colocação da Representada de que não teria a mesma tomado conhecimento da prorrogação do prazo de 100 (cem) dias deferido pelo DPDE, em 26/02/91, vez que teve a procuradora da Representada vista dos autos em 20/05/91, e que foi encaminhado à XEROX e às Representantes cópia de telex que fixava novos prazos para a realização dos testes.

Afirmou que, quando do envio da carta à SANBRA e à IMCOSUL, estava em pleno vigor o prazo de 100 (cem) dias acordado em 21.02.91, e dele tinha conhecimento a XEROX. Portanto, demonstrado estava seu descumprimento.

No que diz respeito à utilização de material de consumo de fabricação de terceiros, ressaltou que uma vez que os contratos de locação da Representada consignavam cláusula (6.5. g) que atribuía ao locatário a responsabilidade por qualquer dano, prejuízo ou inutilização do equipamento, poderia ela ter utilizado, integralmente de seu direito de resolver o contrato com perdas e danos, e não parcialmente, como vinha fazendo, com comunicação aos locatários, apenas levantando suspeitas sobre a qualidade do produto de terceiros.

- Quanto aos testes de Qualidade

Entendeu já terem sido suficientemente demonstrados na nota e no Despacho os motivos que levaram aquele técnico a ter considerado sem efeito a exigência de qualificação dos materiais de consumo das concorrentes XEROX.

Fez um relato sobre o procedimento adotado na Averiguação Preliminar nº 176, concluindo, primeiramente, que ao contrário do que afirmara a XEROX no P.A. nº 23, a REPRO, por fim, não teria se negado a submeter seus produtos à análise. Segundo, verificou-se que a momentânea recusa da REPRO deveu-se, à demora da XEROX (de abril a setembro de 1989) em efetivar o início dos testes. Prosseguiu, acrescentando que essa teria sido a mesma dificuldade relatada pela APLIVAC para submeter seus produtos a testes de qualificação no laboratório da XEROX.

Com relação ao questionamento feito pela Representada de não ter havido na Nota Técnica de abertura do P.A. menção à interpelação judicial

que fez a XEROX contra duas Representantes, esclareceu o Sr. Coordenador que, verbis.

"O DNPDE ratifica sua afirmação às fls. 956 que, usando do poder discricionário que lhe é atribuído, mormente por serem distintos os objetos demandados, e considerando que no âmbito deste processo administrativo será apreciada a conduta em função dos seus efeitos sobre a concorrência, não entendeu o fato relevante para elucidação da matéria aqui discutida, da mesma forma que não fez referência a tantos outros documentos constantes dos autos".

- Quanto à alegação da Representada de que os Representantes teriam reclamado que, da forma veiculada nos jornais, o leitor (cliente) era induzido a crer que o acordo vigoraria a partir da reunião havida em 22/01/91, com SDE, esclareceu o Sr. Coordenador que a SDE, ao fixar o prazo de cem dias, tinha por finalidade dar tempo às Representantes para submeterem seus produtos a testes. Prosseguindo, disse que, decorridos os cem dias e aprovados os produtos testados, as empresas estariam em condições de participar do mercado. Entretanto, enquanto não tivessem seus produtos testados e aprovados, precisariam as empresas Representantes "sobreviver", e vendendo seus produtos. Conclui, então, que "Se interpretada a NOTA da XEROX como entendida pelos Reclamantes, - que o certificado do INT deveria ser exigido a partir da Reunião com a SNDE, 22/01/91 - até a obtenção de tal certificado, os concorrentes já teriam falido".

- Quanto ao Relatório DEIC/SP

Com relação ao relatório da DEIC apresentado pela Representante, que versa sobre adulterações de produtos XEROX, entendeu que se trata de assunto a ser tratado na esfera policial.

- Quanto ao Pedido de Desistência da REPRO

Esclareceu que as declarações promovidas pela REPRO e a sua desistência dos processos que contendia com a XEROX no juízo do Estado da Paraíba não foram desconsideradas do presente processo, tanto que constam do relatório do DPDE, fls. 950, bem como do Relatório Final, item 8, fls. 1.030.

- Quanto às importações

Relatou o Sr. Coordenador que das repostas às informações solicitadas pelo DNPDE aos representantes, fls. 948/949 do Relatório, via-se que a REMC e a ASSISTEC importaram materiais reprográficos em 1989.

Entendeu que a XEROX não levou em conta a importação da REMC, somente considerando aquela da ASSISTEC, vez que concluiu que se

tratava de uma distribuidora para uma série de revendedoras, refletindo os dados, conseqüentemente, uma quantidade íntima de participação no mercado, o que não correspondia a realidade que a XEROX se defrontava no dia a dia, com a concorrência de produtos de terceiros, que vinha tendo crescimento e volume de distribuidores cada vez maior.

Finalizou, concluindo que a Representada partiu de premissa, que não comprovou, de que a ASSISTEC seria a única importadora de material de consumo de outra marca, que não XEROX, a abastecer o mercado.

- Quanto ao Enquadramento legal

No que diz respeito à alegação da Representada de que o Departamento tentou o enquadramento legal por raciocínio dedutivo, passou o Sr. Coordenador a contraditar os argumentos levantados pela XEROX e a enfatizar a conduta ensejadora da instauração do presente processo, seus contornos e apontando o enquadramento legal da mesma. Vale aqui ressaltar os principais aspectos salientados pelo Sr. Coordenador Geral Técnico do DPDE:

1) "A assistência técnica dita gratuita pela XEROX, em verdade, tem seu custo inserido na rubrica aluguel, que é pago pelo locatário."

2) "O que o órgão entende como ilícito é a imposição de vontade ao locador, utilizando-se de sua função dominante no mercado- com cerca de 70% do mercado nacional de fotocopiadoras".

3) "O argumento da Representada é de que, sendo o equipamento locado de sua propriedade, a ela cabe decidir que material usar. Para isso baseia-se no ponto de que seu material tem qualidade assegurada, enquanto o dos concorrentes tem "origem, qualidade, desempenho e adequabilidade absolutamente desconhecidos" (fls 687). Entretanto, as razões que fundamentaram suas conclusões não foram comprovadas nos autos."

4) Do fato de existir obrigação contratual estipulada pela XEROX, no sentido de que terceiros não podem efetuar consertos em seus equipamentos, decorre a exclusividade XEROX em prestar assistência técnica a seus equipamentos.

5) A XEROX "Estaria praticando venda casada por vincular a prestação de determinado serviço (assistência técnica) à compra de determinado bem (material de consumo)".

6) "Por fim, os fatos constantes dos autos, anteriores à alteração contratual, foram praticados e por eles a XEROX continua a responder".

O Sr. Diretor do DPDE, a fls. 1.048, em conformidade com o que dispõe o art. 7º da Lei nº 8.158, entendeu como procedente a representação,

encaminhando o presente processo ao Secretário Nacional de Direito Econômico.

O Secretário Nacional de Direito Econômico, a fls. 1054, acolhendo a manifestação do DPDE, determinou a remessa dos autos do CADE.

Em 01.10.92, o Processo Administrativo nº 23/91 foi distribuído a este Conselheiro.

A Representada, às fls. 1.105, requereu, em 22.11.92, cópias das fls. 1.078 a 1.102 deste processo.

Em 06.12.92, solicitou cópias das fls. 1.013 a 1.088, requerendo que lhe fosse concedida vista em 11.11.92. Novamente, a fls. 1.062, requereu cópia de partes do processo.

Em 25.11.91, o DPDE encaminhou ao CADE parecer técnico emitido pela Secretaria Nacional de Economia sobre o Processo Administrativo nº 46, instaurado contra a XEROX, por prática de aumento arbitrário de lucros, via reajuste unilateral do valor de locação das máquinas copiadoras.

A fls. 1071, o presente Conselheiro-Relator determinou a juntada do parecer supra aos autos e abriu vista ao Representado para, querendo, manifestar-se sobre o mesmo.

A Representada, a fls. 1.076, protestou quanto à juntada do parecer da Secretaria Nacional de Economia, por entender que o mesmo referia-se ao Processo Administrativo nº 46 A fls. 1.077, o DPDE encaminhou ao CADE parecer técnico da SNE referente ao Processo Administrativo nº 23/91.

A fls. 1.103, este Conselheiro-Relator determinou a juntada do parecer da SNE, bem como do fax enviado pela XEROX, e a publicação para ciência dos interessados.

Em 03.02.93, o ilustre Procurador do CADE, em seu parecer (fls. 1.106/1.118), concluiu, verbis:

"A cláusula contratual que induz ao consumo de produtos da marca XEROX não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores. Ela é apta para criar "dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa" concorrente (art. 2º, I, "g, da Lei nº 4.137/62 e art 3º, XVI, da Lei nº 8.158/91), bem assim conduz à venda casada, que o legislador de 1991 repudiou no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Pela procedência da representação."

Em 26 de fevereiro do corrente, foi juntada aos autos manifestação da XEROX (fls. 1.119/1.128), quanto ao parecer da SNE, onde, mais uma

vez, buscou a Representada defender-se, ratificando os termos da defesa por ela apresentada.

Este é o Relatório.

Brasília, 31 de março de 1993.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

***EMENTA:** Domínio do mercado. Criação de dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas. Subordinar a prestação de um serviço à aquisição de um bem ("venda casada"). Ampla defesa e clareza da denúncia. Infração ao art. 2º, item I, alínea "g", da Lei nº 4.137/62 e ao art. 3º, incisos II, VIII e XVI, da Lei nº 8.158/91.*

I - REPRESENTAÇÃO

A XEROX do Brasil Ltda. é acusada, neste processo, de dominar mercados, bem como de eliminar e prejudicar a livre concorrência, mediante a adoção de cláusula contratual que subordina a prestação de serviços de assistência técnica a máquinas locadas ou vendidas, à aquisição de materiais de consumo da marca XEROX a serem utilizados naqueles serviços. Recai, ainda, sobre a Representada a acusação de, através de correspondências, pressionar seus clientes a adquirirem somente materiais de sua própria fabricação. A XEROX foi incurso no art. 3º, inciso VIII 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 o fins visados não sejam alcançados, tais como:

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

A Representada, em sua defesa, alega que:

1- os atos que teria praticado objetivaram única e exclusivamente a proteção de sua propriedade, marca, conceito, reputação e qualidade de seus produtos e serviços;

2- os termos da correspondência enviada aos clientes objetivaram apenas orientá-los e alertá-los sobre o uso de materiais de má qualidade ou por ela não aprovados;

3- as Representantes almejavam o mercado da Representada, tendo se constituído para vender produtos para equipamentos de modelos e marca XEROX;

4- não teve por objetivo o cerceamento da concorrência ou o domínio de mercado;

5- não criou dificuldade ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa;

6- a manutenção das máquinas integra o negócio jurídico da locação, não se constituído contrato distinto de sorte a possibilitar a venda casada;

7- o contrato reconhece expressamente o direito do locatário de adquirir material de consumo de terceiros.

II- CONSIDERAÇÕES TÉCNICAS SOBRE MATERIAL DE CONSUMO PARA MÁQUINAS COPIADORAS.

Algumas considerações de ordem técnica sobre os materiais de consumo utilizados nas fotocopiadoras - cilindro, revelador e toner - são necessárias para um melhor entendimento da questão posta nos autos.

CILINDRO

Dentro de uma câmara escura, o FOTORRECEPTOR que é uma placa ou cilindro de alumínio revestido de selênio recebe uma carga eletrostática positiva, através de um dispositivo denominado corotron, ao qual se aplica uma corrente de alta tensão.

A imagem do documento original é projetada sobre a superfície do FOTORRECEPTOR através de um jogo de espelhos e lentes. A luz que incide sobre a superfície fotocondutiva retira a carga eletrostática positiva e forma a imagem latente do original sobre as partes que ficaram expostas à luz. As áreas brancas do original fazem incidir a luz sobre o FOTORRECEPTOR e este tem a sua resistência elétrica reduzida, perdendo as cargas nesses pontos. As áreas negras do original não refletem a luz e o FOTORRECEPTOR mantém as cargas positivas.

O FOTORRECEPTOR é então recoberto por um pó fino e preto, o TONER, cuja carga é negativa...

O FOTORRECEPTOR, ou seja, a película de selênio que reveste o CILINDRO, é considerado material de consumo de uma máquina copiadora, visto que se desgasta a sua duração é proporcional a determinado número de cópias produzidas pelo equipamento, fazendo necessário, pois, que o cilindro seja revestido de uma nova película de selênio.

Contudo, o CILINDRO ou FOTORRECEPTOR tem dimensões e características específicas para cada MARCA e MODELO de equipamento, não podendo ser utilizado em qualquer outro (fls. 494).

O cilindro tem a capacidade de reproduzir de 50.000 a 100.000 cópias, enquanto que o toner tem a capacidade de reproduzir, dependendo do modelo da copiadora, de 5.000 a 47.000 cópias (Parecer DAP a fls. 1092).

TONER E REVELADOR

O CILINDRO ou FOTORRECEPTOR necessita ser recoberto por um pó fino e preto, o TONER. O pó adere a imagem latente tornando-se visível. O TONER é conduzido de um compartimento próprio dentro do equipamento até a superfície do CILINDRO, por outra substância carregada eletrostaticamente denominada REVELADOR.

Uma folha de papel colocada sobre o CILINDRO, recebendo uma carga elétrica, faz com que o TONER abandone a superfície do CILINDRO e passe para o papel formando o contorno da imagem.

A folha de papel é exposta a uma temperatura suficientemente alta, atendida a regulamentação especificada pela fabricante do equipamento, para fundir o TONER, fazendo-o penetrar nas fibras do papel.

A cópia, vale frisar, é o resultado da transferência de uma imagem formada pelo TONER+REVELADOR na superfície de um CILINDRO (FOTORRECEPTOR) para as fibras de um papel (fls. 497)

O revelador tem a capacidade de reproduzir, dependendo do modelo da copiadora, de 40.000 a 300.000 cópias (Parecer DAP a fls. 1.092).

III- OS MERCADOS DE MÁQUINAS COPIADORAS, DE MATERIAL DE CONSUMO E DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA.

Na década de 70 a XEROX detinha o monopólio do mercado mundial de copiadoras, sendo que a XEROX Corporation desenvolvia projetos e produzia para o mercado norte-americano. A Rank Xerox, companhia com 51% do capital acionário pertencente a XEROX, executava

projetos para o mercado europeu, e a outra empresa, a Fuji Xerox, sociedade em partes iguais entre a Rank e a Fuji, produzia e comercializava máquinas em outros países.

Um cenário competitivo começou a se delinear no início dos anos 80, quando as principais concorrentes da XEROX, a Canon e a Ricoh, ingressaram nos mercados europeu e norte-americano, oferecendo equipamentos de boa qualidade a preços reduzidos. Assim, em 1985, a participação da XEROX no mercado mundial situava-se em torno de 52% (Revista Exame - junho de 1992, fls. A1 a A8, suplemento Programa de Qualidade).

O mercado brasileiro de copiadoras, ao final da década passada, encontrava-se em franca expansão, crescendo a uma taxa média de 8% ao ano. Assim, em 1991, este mercado possuía, aproximadamente, 300.000 máquinas copiadoras instaladas no País, e um movimento de vendas superior a US\$ 1 bilhão (Revista Exame, 27.05.92).

O então fechado mercado nacional de máquinas copiadoras e de material de consumo restringiu, sobremaneira, a concorrência, fazendo com que, em 1990, apenas uma empresa, a XEROX DO BRASIL S/A, detivesse 77,7% do movimento de vendas de copiadoras (fls. 1.082), e cerca de 91% do mercado de bens de consumo (fls. 1.070).

A partir da abertura da economia ocorrida em 1990, possibilitando o ingresso de novas empresas no mercado, desencadeou-se uma guerra de marketing entre as mesmas, que passaram a oferecer modelos compactos e inteligentes para pequenas empresas e profissionais liberais; equipamentos de última geração, inclusive, policromáticos; além do fato de passar a vender essas máquinas em lojas de eletrodomésticos.

Assim, mais recentemente, tais mercados têm dado mostra de grande agitação, em função do ingresso e da participação de novos concorrentes, alguns deles importando materiais de consumo e equipamentos, outros produzindo modernas máquinas no país, mas todos veiculando na mídia agressivas campanhas de promoção de vendas, locação e manutenção dos equipamentos.

O mercado brasileiro de locação e vendas de copiadoras é considerado o terceiro em importância para a XEROX, só sendo superado pelos do Japão (US\$ 4 bilhões/ano) e dos Estados Unidos (US\$ 6 bilhões/ano) - (entrevista do Diretor Superintendente da XEROX, Dr. Carlos Salles, ao Jornal do Brasil/92).

A Representada XEROX DO BRASIL LTDA, é a principal empresa do Grupo XEROX, no Brasil, fundada em 1965, sendo que em 1990, detinha uma participação no mercado global de fotocopiadoras (locação, venda,

assistência técnica) de 77,7%, dividindo este mercado com as empresas Nashua (7,2%), Triunfo (6,1%), Sharp (3,5%) e outras (5,5%).

No mercado de prestação de serviços (locação e manutenção de máquinas copadoras), detinha a XEROX, no ano de 1989, uma participação de 91%, sendo a parcela remanescente deste mercado disputada entre as empresas Nashua, Itaotec e Komatzu (fls 1.082).

Quanto ao mercado de material de consumo (toner, revelador e cilindro), a XEROX DO NORDESTE S/A, empresa do GRUPO XEROX, fabricante de produtos químicos, vende toda sua produção unicamente à XEROX DO BRASIL LTDA.. A participação do GRUPO XEROX nesse mercado varia de acordo com o modelo de máquina:

TONER: a menor participação é de 74,3%

e a maior, de 100,0%;

REVELADOR: a menor participação é de 85,7%

e a maior, de 100,0%;

CILINDRO: a menor participação é de 87,6%

e a maior, de 100,0%.

A revenda de material de consumo foi responsável, no ano de 1990, por 25,85% do faturamento da Representada, enquanto que a prestação de serviços respondeu por 64,46% do total faturado.

A XEROX brasileira é fornecedora exclusiva de materiais de consumo xerográfico para os países da América Latina e do Caribe, participando, ainda, do fornecimento destes materiais em outras partes do mundo, assim como também do fornecimento de máquinas copadoras completas aos mercados da América Latina e da América do Norte (PARECER/DAP às fls. 1.078/1.096).

Em 1991 a XEROX possuía 90.000 clientes no Brasil; dispunha de cerca de 180.000 máquinas instaladas; operava comercialmente em 2.390 municípios; executava um programa de investimentos da ordem de US\$ 142 milhões, possuía um patrimônio líquido de US\$ 360 milhões, tendo auferido uma receita operacional líquida (faturamento menos impostos incidentes sobre vendas e serviços) de US\$ 902 milhões (Revista - EXAME, 27 de maio, 05 de agosto e 30 de setembro de 1992; Revista BALANÇO ANUAL - GAZETA MERCANTIL - 1992, e Parecer técnico do DAP/MEFP).

Dentre as concorrentes da XEROX, nos mercados de prestação de assistência técnica e materiais de consumo, estão as Representantes:

- A APLIVAC - Aplicações a Vácuo é empresa Brasileira, constituída em 1984, com o objetivo de fabricar fotorreceptor de selênio com alternativa nacional para a reposição em máquinas copiadoras. O início de suas atividades foi dirigido, quase que exclusivamente, para fotorreceptores do tipo LTT (Liquid Toner Transfer) usados em copiadoras marca Ricoh e Nashua, tendo fornecido à XEROX fotorreceptores por ela fabricados (cilindro IR 70241, utilizável na máquina XEROX modelo 660). Desenvolveu, também, fotorreceptores para a 3M do Brasil, utilizados em copiadoras tipo 3M Secretary I e Secretary II.

Produziu fotorreceptores para algumas máquinas copiadoras marca U-B IX, existentes no Brasil, substituindo o fotorreceptor importado.

Após a experiência adquirida com a fabricação desses produtos, passou a comercializá-los no mercado externo, tendo desenvolvido, inclusive, fotorreceptores de tipos inexistentes no Brasil, tais como Sanyo, Mita e Xerox 1020.

Com a implantação das copiadoras Triunfo na Zona Franca de Manaus passou, ainda, a desenvolver fotorreceptores para os diversos modelos destas copiadoras (fls. 188/189).

- GRANLÚMEN - Indústria e Comércio Importação e Exportação Ltda, constituída em 1988, atuando nos Estados da Bahia e Sergipe, tem por atividade o comércio de suprimentos para máquinas fotocopiadoras, dentre outros, cilindros, reveladores, toners, como também impressos, papelaria e diversos materiais para escritório, sendo que parte destes produtos são comercializados com empresas que utilizam máquinas copiadoras da marca XEROX.

Segundo a XEROX, a fls. 493, a GRANLÚMEN é representante exclusiva da APLIVAC.

- REPRON (ou REPRO) Materiais e Equipamentos de Xerografia Ltda., registrada em João Pessoa/PB., em 1988, comercializa materiais xerográficos, impressos, artigos de papelaria, cilindro e toner para máquinas fotocopiadoras, equipamentos para escritório e de computação.

Partes desses produtos é vendido para empresas que utilizam máquinas copiadoras do tipo XEROX, tanto na praça de João Pessoa como em todo o Brasil (fls. 01/02 da Averiguação Preliminar nº 176, apenso).

Segundo informação prestada pela XEROX à fls. 493, a REPRO distribui os produtos fabricados pela APLIVAC e os importados da PELIKAN.

- RECOMEX - Representação e Comércio Exterior Ltda., com sede em Porto Alegre - RS, iniciou em 1988 suas atividades de comercialização de

materiais para máquinas fotocopiadoras e de prestação de serviços de manutenção, em especial para as marcas XEROX e NASHUA.

Distribui no Estado do Rio Grande do Sul cilindros, dispersantes, lâminas e rolos de limpeza, lâmpadas, papel, revelador em pó, tonalizador e outras peças de reposição. Até sua entrada no mercado, a distribuição destes produtos para máquinas XEROX era feita exclusivamente pela própria XEROX (fls. 190/191, Sindicância nº 136, apenso).

Pelas informações prestadas pela XEROX a fls. 493, a empresa distribui os produtos fabricados pela APLIVAC nos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, sendo ainda distribuidora de produtos importados da PELIKAN.

- A ASSISTEC - Indústria e Assistência Técnica em Máquinas, Importação e Exportação Ltda, foi constituída em 1981. Comercializa materiais de consumo de origem nacional e importada para utilização em fotocopiadoras (fls. 53, Procedimento/DPDE/nº 40, apenso).

A XEROX, a fls. 493, informa que a ASSISTEC vende toner importado da PELIKAN e cilindros importados da empresa argentina NICODRUM.

- A empresa SISTEM GRAF - Suprimentos para Escritório e Informática Ltda. comercializa suprimentos para máquinas XEROX, tendo se lançado no mercado, comercializando diretamente com empresas consumidoras e, também, através de representantes, estrategicamente distribuídos pelo território nacional (fls. 02 do Procedimento/DPDE/nº 40, apenso).

- A DATACOPY - Suprimentos para Escritórios e Informática Ltda comercializa materiais de consumo, dentre outros, toner, cilindros, reveladores, de origem nacional e importada, para a utilização em fotocopiadoras.

Essa empresa atua há algum tempo no mercado, e tem atendido, em todo território nacional, diretamente às empresas consumidoras, ou através de revendedores espalhados pelo Brasil (fls. 24 e 26 do Procedimento/DPDE/nº 40, apenso).

- A REMC - Indústria e Comércio Ltda, é uma empresa nacional, com sede na cidade de São Paulo, cujo objeto social é a indústria, comércio, representação, distribuição, importação e exportação de produtos químicos, suprimentos e peças de reposição destinadas a máquinas e equipamentos reprográficos, bem como os serviços de locação dessas máquinas, além da assistência técnica relativa à manutenção, conservação e reparos desses equipamentos, suas partes e componentes.

Dentre os diversos produtos que comercializa (toner e cilindros), estão aqueles destinados a máquinas copiadoras da marca XEROX (fls. 128/129 da Sindicância nº 135, apenso).

IV - POSIÇÃO DOMINANTE NO MERCADO

Quanto ao conceito de posição dominante no mercado, cabe observar que a doutrina e a jurisprudência sobre a defesa da concorrência têm analisado vários elementos dirigidos a determinar a existência de predomínio de uma empresa em determinado mercado.

O estudioso da defesa da concorrência OTAMENDI J. observa que, para caracterização da posição dominante, torna-se necessário recorrer a determinados aspectos objetivos, como por exemplo, a participação percentual da empresa no mercado relevante e as diferenças de preços entre as empresas supostamente concorrentes, observando, ainda, que não está exposto a uma concorrência substancial quem não leva em conta seus competidores quando toma suas decisões (OTAMENDI J. - *Pressupuestos Básicos para la Aplicación de la Lei de Defensa de la Competência*).

Este Conselho, ao manifestar-se sobre o assunto, por intermédio do ilustre Conselheiro Tristão da Cunha, em VOTO relativo ao Processo Administrativo nº 3, de 19.08.69, obsevou:

"o fato de existirem no Brasil outras fábricas de vidro plano não contradiz a existência de monopólio mantido pelas duas empresas agregadas, de vez que a produção destas últimas excede em muito as três quartas partes do vidro plano consumido no país, o que é bastante para conferir-lhes o domínio incontestado do mercado, e permitir-lhes exercer influência preponderante sobre os preços (art. 5º da Lei)."

O estudioso argentino da defesa da concorrência, Guillermo Cabanellas, observa, por sua vez, que:

"...sem prejuízo das dificuldades colocadas em toda comparação entre conceitos utilizados por sistemas jurídicos diferentes, articularmente quando se trata de noções jurídicas cuja precisão resulta em um sem número de casos jurisprudenciais e cujo emprego cumpre funções

distintas, pode observar-se que o conceito de posição dominante apresenta uma amplitude maior do que o do monopólio, pois compreende também os casos em que várias empresas adotam uma atitude não competitiva entre si, ou quando mantenha sua individualidade e independência operativa, quando não existem outras firmas capazes de estabelecer uma concorrência efetiva com as que em conjunto controlam o mercado correspondente." (DERECHO ANTIMONOPÓLIO Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA pág. 660).

Na realidade, a posição dominante diferencia-se, também, da estrutura de mercado oligopolizado, visto que, nesta, as atividades de cada empresa são importantes para os demais ofertantes, ou seja, o vendedor possui ciência desse fato e, ao alterar seu preço, volume de produção, promover campanhas promocionais ou a qualidade do produto, considera as reações dos demais concorrentes.

Tais considerações permitem inferir que para configurar o poder dominante e indispensável que a empresa detenha domínio incontestado do mercado, possua uma condição de individualidade e de independência em relação a seus competidores ao implementar suas decisões mercadológicas, sendo capaz, portanto, de estabelecer preços e controlar a produção, independentemente das reações de seus concorrentes e clientes. Outros elementos podem, subsidiariamente, auxiliar na determinação da condição dominante, como por exemplo, o tamanho absoluto da empresa, o número das empresas que atuam no mercado relevante, o poder de fixação de preços e custos, a elasticidade da demanda dentre outros.

De outra parte, entendem os estudiosos da defesa da concorrência que se verifica abuso da posição dominante quando o agente dela se utiliza para restringir a concorrência que ainda resta no mercado.

Conforme observa Mongiello, essa conduta abusiva tem lugar quando a empresa que ocupa uma posição de domínio a utiliza para auferir vantagens que não teria forma de obtê-las no caso de operar em condições de concorrência efetiva.

Complementa, ainda, dizendo que:

"as práticas abusivas de uma empresa em posição dominante podem se manifestar, seja, em relação aos seus

competidores atuais e potenciais, seja em relação a seus fornecedores e usuários"(g.n.)

Ensina Cabanellas que a configuração do abuso da posição dominante será o efeito que normalmente terá a imposição de condições discriminatórias, de preços abusivamente altos, de negativas em atender pedidos, e de operações suplementares, impedindo que uma parcela da demanda dirigida ao mercado eleja, livremente, seu fornecedor, obrigando aos interessados em adquirir esse produto das empresas que utilizam do seu poder de monopólio a comprar outros bens dela. Se existem cláusulas vinculadas se configurar-se-á a exploração abusiva, visto que os interessados perderão, ao menos parcialmente, a possibilidade de dirigir livremente seu poder de compra, o qual implica privá-los de um dos benefícios essenciais derivados de uma economia que opera em condições de concorrência efetiva.

Observa, ainda, Cabanellas, que são condutas compreendidas na categoria de abuso do poder econômico aquelas em que empresas utilizam seu poder de mercado, a respeito de um determinado produto, para obrigar a quem tem interesse em adquiri-lo a comprar outros produtos por ela fabricados ou serviços prestados (ob. cit. fl.09).

V- DA CONDUTA RESTRITIVA DA CONCORRÊNCIA

1. A XEROX é acusada de pressionar os locatários de suas máquinas fotocopadoras a somente adquirir materiais de consumo (TONER, REVELADOR e CILINDRO) que tenham a sua marca.

Diz a XEROX, em sua defesa, que em correspondências enviadas a seus clientes apenas "alerta" - expressão por ela usada quanto às consequências que poderiam advir do uso, nos equipamentos de sua marca, de materiais de consumo que não fossem de sua fabricação.

Assim, em carta dirigida à Secretaria da Fazenda, à Secretaria do Trabalho e Ação Social, à Secretaria da Indústria e Comércio e à empresa IMCOSUL S/A, todas do Rio Grande do Sul, a XEROX afirma:

A utilização de produtos de consumo que não sejam fabricados ou devidamente aprovados pela XEROX pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamadas para Assistência Técnica (...) A XEROX poderá passar a não responder pelo desempenho ideal desses equipamentos, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica gratuita que fornece a eles (fls. 216/219).

Na prática, porém, a represália pela utilização de material de consumo de terceiros não está na mera cobrança de chamadas adicionais, o que, inegavelmente, seria um direito da Representada, mas na negativa da própria assistência técnica por que se obrigou. É o que demonstra a correspondência da SANBRA para a XEROX a fls.422, verbis:

Em 20.05.91, esteve em nossa fábrica seu técnico para instalar um cilindro na máquina 1045, adquirido no mercado paralelo, porém o mesmo recusou atender tal solicitação, alegando tratar-se de produto não adquirido de V. Sas. Necessitamos comprovação por escrito justificando o não atendimento de tal solicitação

Em resposta à SANBRA, disse a XEROX:

Não há, até este momento, no Brasil, material de consumo para equipamentos da marca XEROX, que não aqueles fabricados por ela própria, que tenham sido devidamente testados e comprovados como adequados (fls. 423).

Verifica-se, pois, que, para a XEROX, o único material de consumo adequado ao seu equipamento é aquele que traz sua própria marca.

2. Quanto aos contratos, a acusação que pesa sobre a XEROX é a de inserir cláusula que elimina a possibilidade de sua clientela de utilizar materiais de consumo fornecidos por suas concorrentes. Lê-se nas cláusulas em questão:

6.1.2: A XEROX prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade. A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou, devidamente e por escrito, licenciados pela XEROX pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência Técnica. Além disso, a vida útil destes materiais poderá ser menor se comparada aos da marca XEROX. Assim sendo, a locadora passará a não responder pelo desempenho ideal deste equipamento, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica Gratuita que fornece a este (contrato de locação com opção de compra de equipamento, fls. 411 v.).

6.1.2: A XEROX prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade. A utilização de materiais de consumo que não sejam fabricados ou devidamente e por escrito, autorizados pela XEROX pode vir a causar inferior qualidade de cópias e excesso de chamados para Assistência

Técnica. Assim sendo, a locadora, na qualidade de proprietária do equipamento, passará a não responder pelo desempenho ideal do mesmo, podendo até suspender, a seu critério, a Assistência Técnica Gratuita que fornece ao equipamento (contrato de locação, fls. 455).

No contrato de assistência técnica de fls. 483, dentre as obrigações de locatária, consta a seguinte:

6.2: Somente promover a aquisição de materiais de consumo especificados pela XEROX, obedecendo os padrões de qualidade por ela indicados.

Outro contrato trazido aos autos com a cláusula impugnada é o de fls. 62, onde se lê:

A XEROX prima pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca. Tais materiais são devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade, tudo para garantir a sua mais perfeita adequação a cada modelo de equipamento XEROX.

1º O uso de materiais de consumo inadequados, inespecíficos, pode vir a causar a curto, médio e longo prazos, danos a máquina, a sua performance, má qualidade de cópias, com as conseqüentes agressões a própria vida útil do equipamento e a satisfação do cliente.

2º Dessa forma, somente poderão ser utilizados nos equipamentos XEROX materiais de consumo devidamente qualificados pelos interessados junto ao INT, Instituto Nacional de Tecnologia da Secretaria de Ciência e Tecnologia da Presidência da República, ou pelo IPT - Instituto de Pesquisas Tecnológicas da Universidade de São Paulo, ou materiais de consumo da marca XEROX ou, ainda, materiais autorizados, por escrito, pela própria XEROX, sempre que, em qualquer hipótese, identificados e qualificados para cada modelo de equipamento.

3º A falta de cautela do Cliente, quanto à regra estabelecida no parágrafo 2º, acima, poderá até mesmo, após alerta por escrito da XEROX, resultar na cessação da execução dos serviços técnicos por esta prestados no equipamento, até que se configure a obediência ao disposto nesta cláusula.

4º O fornecedor NÃO-XEROX será o único e exclusivo responsável pela adequação de seu(s) produto(s) de consumo, respondendo ao consumidor por quaisquer danos resultantes de seu uso, conforme dispõe o Artigo 18 da Lei nº 8.078 (Código de Proteção do Consumidor).

Da leitura dessas cláusulas pode-se verificar que as conseqüências que poderiam advir para os clientes, segundo a XEROX, seriam de ordem operacional e contratual. No campo operacional, o uso de material de

consumo de terceiros, que não fosse por ela devidamente licenciado, poderia causar qualidade inferior de cópias e excesso de chamados para assistência técnica. Além disso, poderia também o equipamento não ter mais um desempenho satisfatório. No campo contratual, passaria a XEROX a não responder pelo desempenho do equipamento, podendo suspender, a seu critério, a prestação de assistência técnica.

3. Um dos argumentos da defendente é o de que a manutenção por ela prestada não constitui contrato autônomo, mas um serviço integrante do contrato de locação das máquinas. Assim, teria o locador a obrigação legal de prestar a manutenção aos equipamentos locados, devendo o locatário utilizar materiais de consumo que satisfaçam aos padrões de qualidade definidos pela XEROX.

Não se cogita nos autos de vinculação do contrato de locação ao contrato de prestação de assistência técnica. Não é aí que se situa a prática anticoncorrencial que se imputa à Representada. Não se nega, também sua obrigação legal de manter os equipamentos que aluga. Portanto, pouco importa a autonomia contratual alegada pela defendente.

A conduta anticoncorrencial em apreço é o induzimento da clientela à aquisição de material de consumo de sua marca é alegação de que qualquer outro não aprovado por ela poderá causar danos ao equipamento, prejudicar seu desempenho e produzir cópias de inferior qualidade, exigindo, por isso, maior frequência das visitas técnicas. Este é o teor das cláusulas inseridas no contrato-padrão da XEROX, bem como das correspondências expedidas à sua clientela.

A XEROX se defende dessa acusação dizendo que seus contratos admitem expressamente o direito do locatário de utilizar material de consumo de outros fabricantes. Não é este, porém, o entendimento que se tem da leitura que se faz das cláusulas supra transcritas, onde se estabelece a necessidade de licença prévia para que outros materiais possam ser utilizados nos equipamentos locados.

Já nos contratos de prestação de assistência técnica, a exigência do uso do material de marca XEROX vem expressa, conforme se vê da cláusula acima transcrita.

Ora, a Representada, em nenhum de seus contratos, e muito menos no de assistência técnica, em que não mais é proprietária das máquinas, tem o direito de vincular produto seu ou exigir aprovação prévia de produto de terceiro. Poderia, sim, mediante laudo técnico, provar os vícios de qualidade dos demais produtos, porquanto dispõe de todos os recursos para tanto.

Ao analisar questão relativa à cláusula constante dos contratos, de locação, o ilustre Procurador do CADE, em fundamentado parecer, diz:

"A XEROX, quando loca as suas máquinas, cede o seu uso. A aquisição do material necessário para a produção de cópias é encargo do locatário. A ele incumbe obter o material de consumo que lhe convenha. A sua escolha não pode ser tolhida de modo injustificado. Se o material eleito se provar danoso ao equipamento, quando este retornar à proprietária, o assunto será resolvido de acordo com as regras normais de responsabilidade civil. O que não é razoável é que a proprietária da fotocopiadora possa determinar que apenas os produtos por ela autorizados ou que ela fabrica possam ser empregados nas máquinas que aluga. Quando muito, seria dado à locadora impugnar o uso de materiais de consumo, bem especificados, que comprovadamente sejam nocivos ao aparelho. É abusivo, porém, tolher, de modo apriorístico, o uso de materiais de consumo que não sejam demonstradamente perniciosos. O fato de a locadora, como ela própria o afirma em cláusula contratual, primar "pela excelência de seus materiais de consumo utilizados em equipamentos que levam a sua marca" e de "tais materiais serem devidamente fabricados, testados, aprovados e submetidos a exigentes controles de qualidade" não é embaraço legítimo a que se usem nas copiadoras outros materiais de consumo, a critério do locatário.

A essa conclusão de inegável bom senso chegaram o DPDE, sob a titularidade do Dr. Marcos Vinícios de Campos, e o então Secretário Nacional de Direito Econômico, na decisão comunicada à XEROX, em 15.05.91 (fls. 330/331). Afirmou-se, ali, desnecessária a aprovação compulsória de produtos de consumo a serem empregados nas fotocopiadoras. Deixou-se de exigir a qualificação do material de consumo dos concorrentes da XEROX.

Isso não obstante, os autos revelam que a XEROX não mudou o seu comportamento (cf. fls. 416, 417 e 423)."

Finalizando seu parecer, observa S. Sa. o Procurador do CADE:

"Entendo que a cláusula no que dispõe, sem maiores detalhes sobre a possibilidade de a XEROX deixar de prestar serviços técnicos pelo não uso do seu

material de consumo é ilegítima e inibidora de concorrência. (g. n.)

Acredito que a XEROX possa até mesmo indicar certos produtos como danosos ao seu equipamento, arcando com o ônus de demonstrar a sua inadequação técnica. Não pode, porém, de modo direto ou indireto, criar empecilho ao emprego de materiais de consumo fabricados por concorrentes, sem prova técnica séria da sua impropriedade" (g.n.).

4. Para melhor compreensão sobre a exigência da XEROX, caberia então proceder à seguinte indagação: qual a explicação plausível para a exigência do uso de material de consumo produzido pela XEROX nos equipamentos por ela locados?

O professor Benjamin Schieber, ao procurar encontrar uma resposta para tal prática, comenta - "verbis":

"Nos Estados Unidos vários réus tentaram defender-se sob a alegação de que a vinculação de vendas era necessária para que a qualidade do artigo vinculado e usado com o artigo vinculante, de praxe máquinas de grande valor, fosse alta para evitar dano às máquinas. Os tribunais norte-americanos recusaram-se a aceitar esta defesa sob fundamento de que qualquer exigência de qualidade pode ser diretamente conseguida pela fixação de padrões de qualidade para o artigo a ser usado com o artigo suprido pelo vendedor ou locador. Não é necessário vincular este a outro artigo proveniente do vendedor para conseguir o emprego de artigo de qualidade. Basta exigir os empregos de artigos que satisfaçam os requisitos de qualidade sem mencionar o nome do vendedor, dando assim oportunidade a outros vendedores que sejam capazes de produzir o artigo da requisitada qualidade, uma oportunidade de concorrer com o vendedor" (Abusos do Poder Econômico, p. 155).

No caso dos autos, verifica-se que a Representada, em nenhum momento, forneceu as especificações técnicas aos seus clientes, quanto ao material adequado a ser utilizado nas máquinas copiadoras, não obstante ter estruturado um laboratório e realizado testes e ensaios de seus produtos. Ou

seja, a Representada dispunha de todas as especificações técnicas para adotar tal procedimento e não o fez.

5. Argumenta, ainda, a Representada que sempre foi desejo de vários de seus clientes incluir o material de consumo na prestação de serviços, tendo até, em alguns casos, se recusado a fazê-lo. Cita como exemplo, licitação de que não participou, realizada pelo Ministério da Fazenda, há dois anos, cujo edital, explicitava essa condição.

O fato de órgãos públicos adotarem cláusulas dessa natureza em seus editais, na certa por desconhecimento de seus efeitos anticoncorrenciais, não abona a conduta da XEROX de adotar procedimento idêntico em relação a seus clientes. Ademais, não são os contratos firmados com a Administração Pública que se encontram sob análise neste processo, e, sim, os contratos celebrados entre a XEROX e seus clientes, não tendo por certo a Representada a prerrogativa de impor as condições do ajuste.

A propósito de exigências descabidas em editais, consta dos autos resposta do Tribunal de Contas da União a denúncias dirigidas àquela Corte por empresa que se sentiu prejudicada na licitação. Diz o documento:

Comunicamos a V. Sa. que o Tribunal de Contas da União tendo presente o processo relativo a denúncias apresentadas por essa firma em relação à dispensa de licitação de preços para aquisição de material de cópia de documentos, efetivada pelo Tribunal Regional Federal - 4ª Região, resolveu, em Sessão de 13.12.1990, mandar recomendar à Direção Geral da mencionada Entidade:

a) observância do princípio da licitação de preços quando da aquisição de produtos a serem utilizados nas máquinas XEROX, dada a existência de material de outras marcas, de comprovada qualidade no mercado;

b) observar, igualmente, o princípio da licitação quando da locação de máquinas copiadoras, fazendo inserir em futuros contratos os elementos inscritos no art. 51, caput do Decreto Lei nº 2.300/86" (fls. 179).

De se verificar, pois, que o TCU já atentou para os métodos anticoncorrenciais adotados por certos órgãos públicos, tomando as necessárias providências para coibi-los.

6. Argumenta, por outro lado, a Representada, que se o seu objetivo fosse o de cercear a concorrência teria agido também contra seus novos concorrentes no mercado de locação e vendas de máquinas copiadoras, não se restringindo ao mercado de material de consumo que, afinal, não é o principal ramo de suas atividades.

Entretanto, a ocorrência ou não de restrição à concorrência por parte da XEROX no mercado em questão não é objeto deste processo, que cogita apenas de práticas restritivas no mercado de material de consumo para as máquinas que, inobstante não ser o principal ramo de atividades da Representada, foi responsável por 25,85% de seu faturamento no ano de 1990, de acordo com o Parecer do DAP às fls. 1.093/1.095.

7. Protesta a Representada quanto aos transtornos e prejuízos que o uso de materiais, sem a necessária qualificação, tem trazido aos seus negócios, fato que não teria sido considerado pelo DPDE. No entanto, esses transtornos e prejuízos não passaram de meras alegações. Cumpria à XEROX provar a existência do dano, de sorte a justificar seu temor pelo uso de materiais de outras marcas.

Não o fez, porém. Ao contrário, a notícia que se tem nos autos é que a utilização de pelo menos um dos materiais, o cilindro, não comprometeu o desempenho normal da máquina, apenas exigindo maior frequência nas visitas do técnico da XEROX.

É o que se pode depreender da observação feita pela Comissão de Licitação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando do teste em equipamento XEROX com utilização do cilindro fornecido pela empresa RECOMEX:

Não obstante o desempenho normal do equipamento, observou-se um aumento de saturação da caixa do toner, exigindo maior frequência do técnico da XEROX (fls. 692).

Observe-se, ainda, que a saturação só ocorreu após sete meses de testes do equipamento e a tiragem de um grande número de cópias (103.000 cópias).

Importante ressaltar que os cilindros utilizados pela RECOMEX são aqueles fabricados pela APLIVAC (fls. 493), empresa com a qual a XEROX, por algum tempo, manteve contrato para recuperação de um determinado tipo de cilindro de sua própria fabricação. Conforme declarado pela própria Representada (fls. 669), os cilindros recuperados pela APLIVAC eram submetidos a diversos testes nos laboratórios da XEROX Corporation, nos Estados Unidos, bem como em suas instalações em Resende/R.J. e aprovados para posterior utilização, o que, certamente, demonstra a excelência da qualidade dos serviços da APLIVAC. Não pode agora, a Representada, sem qualquer motivo plausível, impugnar a qualidade dos produtos da APLIVAC, que por ela já foram utilizados, até porque nenhuma justificativa técnica foi apresentada que sustentasse sua impugnação. A mera alegação da XEROX de que apenas um certo tipo de cilindro teria sido por ela aprovado não legitima sua conclusão de que os demais poderiam ser de qualidade inferior.

No tocante ao toner, outro material fornecido pelas concorrentes da Representada e que, segundo ela, não seria da mesma qualidade de produto seu, podendo, por isso, danificar seu maquinário, é a própria XEROX que reconhece a necessidade de regulagem especial:

A folha de papel é exposta a uma temperatura suficientemente alta, atendida a regulagem especificada pelo fabricante do equipamento, para fundir TONER, fazendo-o penetrar nas fibras do papel (fls. 497).

No entanto, quando se trata de regular a máquina para utilização de material de terceiros, a Representada diz que "se o material, para ser utilizado no equipamento, necessita de regulagem especial, fora das especificações técnicas do fabricante, é constatação do óbvio de que os materiais por elas ofertados não possuem as especificações do fabricante" (fls. 727). Nega-se, ainda, a efetuar os serviços de manutenção da máquina, conforme se verifica das correspondências de clientes da empresa REPRO - Materiais e Equipamento de Xerografia Ltda., devolvendo material dela adquirido por terem sido recusados pela XEROX (fls. 37, 38, 41 e 50 do apenso Averiguação Preliminar 176).

Constata-se, assim, que a Representada não realiza a regulagem que a máquina requer para sua adequação aos materiais fornecidos por terceiros, não podendo, portanto, imputar aos produtos de seus concorrentes a responsabilidade por eventual excesso de chamadas ou danos no equipamento que, aliás, jamais foram comprovados.

O certo é que a XEROX se esquiva em demonstrar a qualidade inferior dos produtos de suas concorrentes e, no caso dos produtos da PELIKAN, notória pela fabricação de toner e revelador no mercado internacional, a Representada chega até a questionar os termos da garantia oferecida pela fabricante, dizendo-a genérica. E nem poderia ser diferente. É comum entre empresas multinacionais, que gozam de boa reputação no mercado internacional, adotar cláusulas genéricas de garantia em razão da excelência de seus produtos. Assim, quando a PELIKAN diz que "devido às nossas medidas de controle de qualidade, somos capazes de lhe apresentar uma garantia de qualidade de que nenhum de nossos produtos, quando usados conforme as instruções, danificará qualquer máquina", afirma sua total responsabilidade pela qualidade do produto, não cabendo à XEROX limitá-la ou contestá-la.

8. Numa outra linha de argumento de ataque aos produtos fornecidos por suas concorrentes, afirma a Representada, conforme anteriormente mencionado, que "não há, até este momento, no Brasil, material de consumo para equipamento da marca XEROX, que não aqueles fabricados por ela própria, que tenham sido devidamente testados e comprovados como

adequados"(fls. 423). Outrossim, busca comprovar serem inexpressivas as importações de material de consumo feitas pelas concorrentes, na tentativa de demonstrar que seu produto era o único existente no mercado, de acordo com seus padrões.

O argumento, no entanto, em nada abona a conduta da Representada, de vez que, dispondo de posição dominante no mercado relevante e inserindo cláusulas anticoncorrenciais em seus contratos, que impediam sua clientela de utilizar produtos de terceiros, criando, assim, dificuldades à entrada e ao funcionamento de outras empresas, não era de se esperar que florescessem as importações.

9. Patentes, ainda, os obstáculos erguidos pela Representada para impedir a utilização de produtos fornecidos por terceiros em cláusula constante de seus contratos de locação que prevê a suspensão de assistência técnica gratuita, a seu único e exclusivo critério, no caso do locatário utilizar material de consumo não fabricado pela XEROX ou por ela não autorizado por escrito.

Alega a XEROX que a prestação de assistência técnica nos contratos de locação decorre de obrigação legal, nos termos do art. 1.189, inciso I, do Código Civil. Segundo a Representada estaria ela obrigada "a manter o equipamento locado em perfeitas condições de funcionamento, inclusive mediante reposição de peças desgastadas ou quebradas, sem cobrança de outro preço, além do aluguel contratualmente estabelecido".

Não se discutem, porém, as obrigações legais da locadora ou aquelas por ela assumidas contratualmente, no âmbito do direito comum, cuja análise e desfecho escapam à competência deste Conselho. O que interessa na espécie é a vinculação sempre presente entre a assistência técnica que diz prestar a título gratuito, e a aquisição dos materiais de consumo de sua marca.

Assim, eventuais danos que produtos de terceiros viessem causar a seus equipamentos deverão ser resolvidos no campo da responsabilidade civil.

10. Diz a XEROX, por outro lado, que procedeu, a partir de 1991, a alterações em seus contratos em face do advento do Código do Consumidor, e não de pressões provenientes deste processo. Pouco importa a que título se deu a modificação, sendo oportuno, no entanto, examinar se os contratos, e seus atuais termos, se adequam à legislação de defesa da concorrência, muito embora, se legais, sob este aspecto não tenham o condão de elidir a conduta restritiva praticada pela Representada.

Com a alteração promovida pela Representada, seus contratos de locação passaram a ter a seguinte cláusula:

6.1.2: A XEROX PRIMA PELA EXCELÊNCIA DE SEUS MATERIAIS DE CONSUMO UTILIZADOS EM EQUIPAMENTOS QUE LEVAM A SUA MARCA. TAIS MATERIAIS SÃO DEVIDAMENTE FABRICADOS, TESTADOS, APROVADOS E SUBMETIDOS A EXIGENTES CONTROLES DE QUALIDADE, TUDO PARA GARANTIR A SUA MAIS PERFEITA ADEQUAÇÃO A CADA MODELO DE EQUIPAMENTO XEROX. A LOCADORA ESTÁ CIENTE QUE A LOCATÁRIA TEM PLENO DIREITO DE ADQUIRIR MATERIAIS DE CONSUMO DE OUTRAS FONTES, FICANDO CLARO, CONTUDO, QUE O FORNECEDOR TEM TOTAL E EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE PELO MATERIAL DE CONSUMO FORNECIDO, INCLUSIVE NO QUE TANGE A GARANTIA, QUANTO A QUALIDADE, VIDA ÚTIL E ADEQUAÇÃO DE SEU MATERIAL, NOS TERMOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TENDO EM VISTA QUE O EQUIPAMENTO É DE PROPRIEDADE DA LOCADORA, A QUAL ESTÁ OBRIGADA PELA SUA MANUTENÇÃO TÉCNICA. FICA CIENTE, DESDE LOGO, A LOCATÁRIA QUE CASO DIAGNÓSTICOS SUCESSIVOS DO TÉCNICO XEROX IDENTIFIQUEM O MATERIAL DE CONSUMO FORNECIDO POR TERCEIROS COMO CAUSA DE MÁ QUALIDADE DE CÓPIAS E/OU DANOS NO PRÓPRIO EQUIPAMENTO, NOTIFICADA A LOCATÁRIA, POR ESCRITO, SOBRE O FATO, A LOCADORA PASSARÁ A TER O DIREITO DE COBRAR OS CUSTOS ADICIONAIS DECORRENTES DOS ATENDIMENTOS TÉCNICOS POSTERIORES. HAVENDO INTERESSE DA LOCATÁRIA, ESTA PODERÁ SOLICITAR DA XEROX AS CONSTATAÇÕES FÁTICAS/TÉCNICAS QUE CARACTERIZAM O DIAGNÓSTICO ACIMA REFERIDO.

De seu reconhecer, pois, que a XEROX passou a respeitar, pelo menos no instrumento contratual, o direito de seus clientes de optarem por materiais de suas concorrentes. Os autos, contudo, não dão notícia de que correspondências tenham sido expedidas à clientela signatária do antigo contrato, dando ciência da alteração procedida.

Os contratos de prestação de assistência técnica, por outro lado, além da cláusula acima transcrita, ainda dispõem como sendo obrigação do cliente:

6.2: Somente promover a aquisição de material de consumo especificados pela XEROX, obedecendo os padrões de qualidade por ela indicados (fls. 854 v.).

Constata-se da leitura da cláusula constante dos atuais contratos de assistência técnica, que os clientes da Representada permanecem

contratualmente impedidos de escolher marca do material de consumo de sua preferência, porquanto estão obrigados a usar material de consumo especificados pela XEROX, obedecidos os padrões de qualidade por ela indicados.

A maneira contraditória com que a Representada aborda em seus contratos os direitos de sua clientela, reconhecendo-lhe a opção de adquirir material de terceiros, ao tempo em que lhe impõe a obrigação de utilizar somente produto por ela especificado e de acordo com os padrões de qualidade por ela indicados, constitui, sem dúvida, induzimento à utilização de material seu, em detrimento daqueles fornecidos por suas concorrentes.

11. No tocante à alegação da Representada de que teria adaptado seus contratos ao Código do Consumidor, é de se observar que estes autos não cogitam de relações de consumo enquanto matéria de interesse exclusivo do consumidor. A XEROX não foi indiciada em razão de conduta que afeta os locatários de suas máquinas ou aqueles que utilizam seus serviços de assistência técnica. A conduta investigada diz respeito tão só aos atos por ela praticados em prejuízo da livre concorrência. Trata-se, pois de prática vis a vis concorrente e não consumidor.

Por isso que inadequada a colocação da Representada ao defender-se nos termos do Código do Consumidor, sustentando ser parte na relação de consumo. Repita-se, mais uma vez, que a relação de que aqui se cogita é aquele entre a XEROX e os demais fornecedores de material de consumo necessários à prestação dos serviços de assistência técnica, ou seja, os seus concorrentes, e não entre os locatários de suas máquinas ou beneficiários da assistência técnica, estes sim consumidores.

VI - CONCLUSÃO

A XEROX detém posição dominante nos mercados de locação e prestação de serviço de assistência técnica, com uma participação de 91%, bem como no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras, com participação de 74% a 100%.

Em razão da interdependência e complementaridade desses mercados o funcionamento das máquinas fotocopiadoras depende da utilização do material de consumo - a posição dominante do agente econômico nos mercados de locação e assistência técnica tem reflexos imediatos no mercado de material de consumo.

No caso dos autos, a XEROX impõe a clientes seus uma cláusula-padrão em contrato de prestação de serviços de assistência técnica que os

inibe de suprirem-se de material de consumo fabricado por terceiros. Não há qualquer dúvida de que essa conduta inibe a concorrência e cria dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas, mantendo a XEROX o domínio de mercado.

E nem se argumente que se estaria questionado, indevidamente, a posição dominante da XEROX, obtida de forma legal, por ter sido precursora de tecnologia que, só muito tempo depois, foi difundida entre outras empresas. Não é o poder econômico da Representada que se questiona aqui, e nem sua posição dominante, mas a forma abusiva com que o exerce.

Detendo o poder de monopólio sobre a prestação de serviços de assistência técnica, até porque tem, ainda, a posição dominante no mercado de locação de máquinas, a XEROX, ao criar embaraços para a utilização de produtos de consumo de outros fabricantes ou fornecedores, vinculando ao contrato de manutenção das máquinas o fornecimento de seus próprios produtos, pratica a conduta prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91, prejudica a concorrência, com o objetivo de dominar o mercado daqueles bens. Cria, ainda, com essa conduta, toda sorte de dificuldades para o funcionamento das empresas integrantes daquele mercado, bem como o acesso a ele de novos agentes econômicos.

Não pode a XEROX erguer barreiras artificiais para eliminar do mercado suas concorrentes, criando dificuldades para a utilização dos produtos por elas fabricados ou fornecidos, sem qualquer prova técnica. Não se lhe nega, contudo, o direito de impugnar os produtos comprovadamente danosos a seus equipamentos.

Esse, também, foi o entendimento da agência americana que apura práticas restritivas da concorrência nos Estados Unidos - à Federal Trade Commission, conforme citado pelo ilustre Procurador do CADE:

"...A XEROX deverá, além de instruir os seus empregados a não comentar a qualidade de toners e reveladores produzidos por competidores, afixar nota em luar visível da máquina em cada copiadora vendida ou alugada por ela nos Estados Unidos dizendo: A Xerox Corporation fabrica e distribui toner e revelador para esta máquina. Outros fornecedores também podem fornecer toner e revelador para este aparelho. Pode ser necessário ajustar a máquina para acomodar o toner ou revelador produzido quer pela XEROX quer por qualquer outro fornecedor" (...Xerox, shall, in addition to instructing its employees in the United States not to comment on the quality of competitive toner

or developer, place a notice in a location conspicuous to the key operator on each office copier sold or leased by it in the United States stating the following: Xerox Corporation manufactures and distributes toner and developer for use in this machine. Other suppliers may also provide toner and developer for this machine. It may be necessary to adjust the machine to accommodate toner or developer which is provided by either Xerox or any other supplier" (86 FTC 363, decisão de 29 de julho de 19975).

Como bem diz o procurador do CADE, verbis:

"percebe-se da decisão que não se tolera que se ataquem produtos de concorrentes - ao menos enquanto não demonstrada a sua imprestabilidade - e se exige que a XEROX aceite o emprego de materiais de consumo de outros fabricantes. Mais do que isso, informa-se o locatário da máquina da possibilidade de optar por outro produto de consumo - longe, portanto, de acuá-lo com a perspectiva da suspensão de assistência técnica, caso se valha de produto que não seja produzido pela XEROX."

Tal conduta deve se entendida como uma manobra dirigida a restringir a concorrência, visto que responde ao exercício do abuso do poder de mercado, derivado de uma posição dominante.

A precitada conduta, ao limitar a liberdade econômica de terceiros, mediante uma atitude que não teria ocorrido se não houvesse um efetivo poder de mercado, permitiu à XEROX eliminar a concorrência, assegurando-lhe uma posição de poder de monopólio nesses mercados, possibilitando-lhe manter o "status quo" ao longo de vários anos.

Na verdade, a Representada operou de forma abusiva ao aproveitar-se da necessidade que tinham os seus clientes do serviço de assistência técnica, para impingir-lhes a aquisição do material de consumo para as máquinas copiadoras.

Em síntese, os atos, práticas e condutas adotados pela Representada, por um lado, impediram que seus clientes pudessem eleger livremente seus fornecedores, obtendo material de consumo de outras empresas, restringindo assim, a concorrência no mercado de bens de consumo. De outro lado, por meio de prática abusiva dificultou ainda a instalação de novos concorrentes no mercado, ameaçando, ainda, a sobrevivência das pequenas e médias empresas

regionais que procuravam disputar parcela do mercado de toner, fotorreceptor e revelador.

Tal consulta representa a antítese da livre concorrência, infringindo às leis de combate ao abuso do poder econômico, devendo ser veementemente repelida. Flagrante e indiscutível é o fato de que a Representada se utilizou de meios ardilosos para impedir a livre disponibilidade de fornecedores no mercado, restringindo a liberdade de escolha dos clientes mediante pressão com o objetivo de promover a dominação de mercado.

A cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, figura a venda casada repudiada pelo legislador - art. 3º, inciso VIII, da Lei nº 8.158/91, e cria dificuldade à constituição e ao desenvolvimento de empresa, igualmente vedada pela Lei nº 4.137/62, art. 2º inciso I, alínea "g" e pela própria Lei nº 8.158/91, art. 3º, incisos II e XVI.

Por assim entender e acolhendo em todos os seus termos o parecer do douto Procurador do CADE, o meu VOTO é pela procedência da representação, uma vez que ficou comprovada nestes autos a prática abusiva acima mencionada.

Na fixação do valor da multa cabe valer em consideração:

- a) a gravidade do procedimento da Representada ao deliberamento incluir cláusula restritiva da concorrência em seus contratos de locação até novembro de 1991;
- b) que nos autos não ficou evidenciada a sustação de tal prática, visto que nos contratos de assistência técnica persiste a cláusula restritiva da concorrência;
- c) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, no qual a Representada possui 90.000 clientes e cerca de 180.000 máquinas copiadoras instaladas;
- d) a potencialidade de danos ao mercado e os prejuízos ocasionados aos concorrentes, por conta do comportamento da Representada, em razão da devolução do material de consumo efetuado por seus clientes, quando pressionados; e
- e) as ilegítimas vantagens comerciais auferidas pela Representada ao longo dos anos ao se utilizar do exercício de tal prática.

Isto posto, considerando que a conduta da Representada configura prática de abuso do poder econômico prevista na alínea "g" do inciso I do art.

2º da Lei nº 4.137, de 10.09.62, bem como nos incisos II, VIII e XVI consequência do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, voto pela procedência da Representação, e, com base no art. 43 da Lei nº 4.137, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 27.04.90; no art. 15 do Decreto nº 36, de 14.02.91 e na Resolução nº 2 deste Conselho, de 21.10.92, pela condenação da XEROX DO BRASIL LTDA. ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 25.000.000.000,00 (vinte e cinco bilhões de cruzeiros), importância que deverá ser recolhida ao Tesouro Nacional, no prazo de 10 (dez) dias a contar da publicação da decisão no Diário Oficial da União.

Com fundamento nos artigos 43 e 44 da Lei nº 4.137/62, a Representada deverá, também, dar cumprimento às seguintes determinações:

1) excluir de seus contratos de assistência técnica cláusula que obriga os seus clientes a somente adquirir materiais de consumo por ela especificados;

2) proceder, no prazo de 90 (noventa) dias, em todos os contratos, à alteração da cláusula que trata do uso de material de consumo em equipamentos de marca XEROX, fazendo constar que notificará seus clientes sobre a cobrança de custos adicionais, todas as vezes que o material de terceiros causar problemas aos serviços ou danos ao equipamento. A notificação deverá ser acompanhada do competente laudo técnico, demonstrando ter sido o produto de outros fornecedores responsável pelos problemas ou danos indicados;

3) submeter à aprovação deste Conselho, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da publicação da decisão, proposta de alteração dos contratos de locação, de locação com opção de compra e de assistência técnica, obedecida a legislação da concorrência;

4) abster-se de quaisquer comentários sobre a qualidade do material de consumo de seus concorrentes, devendo orientar seus empregados no mesmo sentido, bem como quanto ao fato de poder ser necessário ajustar a máquina para acomodar o seu próprio material de consumo (toner, revelador e cilindro) ou de terceiros.

Fica, desde já, notificada a XEROX DO BRASIL LTDA., nos termos do art. 45 da Lei nº 4.137, para manifestar a este Conselho, no prazo de 10 (dez) dias, contado da publicação da decisão, sua disposição de realizar ou não, as providências determinadas.

Este é o meu VOTO

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

É notório e, ainda que não fosse, demonstrado ficou nos autos o poder dominante exercido pela Representada nos mercados relevantes de prestação de serviços de assistência técnica e de material de consumo para máquinas fotocopadoras. Este poder, em razão de sua aptidão para impor preços ou restringir a concorrência, e objeto do direito concorrencial, que o regulamenta para prevenir anomalias no mercado ou o reprime, quando exercido de forma abusiva.

Na espécie, está configurado o abuso do poder econômico na conduta praticada pela XEROX, consubstanciada em cláusulas contratuais que, objetivam, claramente, o domínio de mercado e o prejuízo à concorrência.

Ao restringir o direito de sua clientela de adquirir material de consumo de outros fabricantes para serem utilizados na prestação de assistência técnica, que por contrato se obrigou, está a XEROX a subordinar aqueles serviços à compra de seus produtos, prática conhecida como "venda casada", reprimida expressamente no art. 3º, inciso VIII, da Lei nº 8.158, de 08 janeiro de 1991.

Utilizando seu poder dominante de forma abusiva, outro não poderia ser o resultado dessa conduta que não dificuldades ao funcionamento das empresas que atuam naqueles mercados relevantes, na parcela ínfima que lhes sobrou, além de inevitáveis barreiras à entrada de novos agentes econômicos nos mesmos mercados, prática que se enquadra com precisão no art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962.

A conduta anticoncorrencial da Representada é a mesma que praticou sua matriz nos Estados Unidos da América. Improcede, pois, o argumento de que, naquele país, o acordo que a XEROX firmou com a Federal Trade Commission - FTC visava apenas a disponibilidade de certas patentes. Esta é apenas parte da estória. Dentre as consultas investigadas pela agência americana incluía-se a "venda casada", levada a efeito pelo mesmo artifício aqui utilizado: desqualificar os produtos ou materiais de consumo fornecidos por suas concorrentes.

O referido ajuste continha uma "consent order", instrumento utilizado pela entidade repressora para fazer cessar a prática abusiva, que determinava a XEROX que se abstinhasse de comentários quanto à qualidade dos produtos das concorrentes, ordenando-lhe ainda, que desse conhecimento, por escrito, aos fornecedores de toner e revelador, todas as vezes que estes produtos não se adequassem aos padrões XEROX. Foi também determinado à XEROX americana, no processo perante a FTC, que não exigisse de seus

concorrentes certificado de qualificação de seus produtos e que não mais se fizesse passar por única fornecedora de toner e revelador (86 FTC 363, decisão de 29 de julho de 1975).

As condutas que ensejaram a instauração deste processo são exatamente as mesmas que a XEROX americana praticou do outro lado do Continente.

A Representada jamais conseguiu comprovar a alegada má qualidade dos produtos fornecidos por seus concorrentes, ônus que, sem dúvida lhe cabia. Se de um lado, é de se admitir a legitimidade do enaltecimento que faz de seus próprios produtos, técnica de "marketing" amplamente adotada, de outro, não se lhe pode reconhecer o direito de atacar os produtos de concorrente para acobertar prática restritiva da liberdade de mercado.

E nem se argumente que a conduta escaparia à esfera de competência do CADE por dizer respeito a concorrência desleal, matéria afeta ao Direito Comum ou ao Direito da Propriedade Industrial. Não se cuida nestes autos de atos tendentes a denigrir a reputação de concorrente para afastar sua clientela, mas de prática restritiva, no âmbito do Direito da Concorrência, onde o bem jurídico tutelado é o mercado e todas as forças que nele atuam.

Não se cogita, também, de eventuais direitos da Representada que possam advir do uso de materiais inadequados em seus equipamentos, embora se possa afirmar que não são as cláusulas anticoncorrenciais o expediente adequado para se prevenir danos e resguardar direitos o campo da responsabilidade civil oferece à Representada o mais vasto leque de opções para se ressarcir de eventuais prejuízos, sendo certo, ainda, que no campo do Direito Contratual encontrará os mecanismos adequados para a proteção de seus direitos e interesses. Saiba, porém, a XEROX que os limites de sua atuação, em qualquer dos ramos do Direito, estão perfeitamente delineados nas leis de defesa da concorrência.

Têm razão as Representadas ao se insurgirem contra a conduta da Representada, que não pode atuar como se detivesse o monopólio legal dos mercados de fotocopiadoras e de prestação de serviços técnicos. Os produtos e serviços que compõem estes mercados são de domínio público, estando, pois, livres para serem explorados e comercializados por quem quer que se disponha a fazê-lo.

Conforme já bem frisado pelo ilustre Conselheiro Relator, esse mercado foi obtido legalmente pela Representada à custa de altos investimentos em tecnologia e em virtude da competência com que soube desenvolver seus negócios. Estes, no entanto, devem ser os mesmos critérios

que a XEROX terá de adotar se quiser manter seu poder de mercado. Há de desenvolver suas atividades de conformidade com as leis de defesa da concorrência, que jamais deixaram de prestigiar a competência das empresas e nunca reprimiu sua grandiosidade.

Por essas razões, acompanho o voto do Relator, dando como procedente a Representação.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

A Representada Xerox do Brasil Ltda. é acusada, neste processo administrativo, de dominar mercados, bem como de eliminar e prejudicar a livre concorrência, mediante a adoção de cláusula contratual que subordina a prestação de serviços de assistência técnica a máquinas locadas ou vendidas, à aquisição de materiais de consumo da marca XEROX a serem utilizados naqueles serviços. É imputada, ainda, à Representada a acusação de, através de correspondências, pressionar seus clientes a adquirirem somente materiais de sua própria fabricação. A Representada foi incursa no art. 3º, incisos II, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91.

Cumpra assinalar, desde logo, com base nos dados constantes nos autos, fielmente descritos pelo ilustre Conselheiro-Relator Marcelo Monteiro Soares, 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.

É oportuno registrar que a Xerox, como precursora da tecnologia de fotocopiadoras, possui uma situação extremamente privilegiada nos mercados de locação e prestação de serviço de assistência técnica (detém 91%), bem como no mercado de material de consumo para equipamentos de fotocopiadoras (participação essa que varia de 74% a 100%). Não pode ser considerado, por outro lado, que em decorrência da interdependência e complementariedade desses mercados, a posição dominante do agente econômico nos mercados de locação e assistência técnica tem reflexos imediatos no mercado de material de consumo. No julgamento que ora se realiza, o que está sendo questionado é a forma abusiva da Representada de exercer o seu poder econômico e a sua posição dominante nesses mercados.

Detendo a Representada o poder dominante na prestação de serviços de assistência técnica, além da posição dominante no mercado de locação de máquinas, ao criar dificuldades para a utilização de produtos de consumo de outros fabricantes ou fornecedores, vinculando ao contrato de manutenção das máquinas o fornecimento de seus próprios produtos, pratica a conduta prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91, prejudica a concorrência, com o objetivo de dominação do mercado daqueles bens. Cria com essa conduta sérios embaraços para o funcionamento das empresas integrantes daquele mercado, assim como o acesso a ele de novos agentes econômicos.

Entendo que a Representada não pode erguer barreiras para eliminar do mercado seus concorrentes, criando dificuldades para a utilização dos produtos por eles fabricados ou fornecidos, sem qualquer prova técnica. Não se lhe nega, por sua vez, o direito de impugnar os produtos comprovadamente danosos a seus equipamentos. Deve-se destacar que esse também, foi o entendimento da Federal Trade Commission (agência que apura práticas restritivas da concorrência nos Estados Unidos da América), conforme ressaltado pelo ilustre procurador do CADE no seu bem fundado parecer.

Está evidente que a Representada operou de forma abusiva ao se aproveitar da necessidade que tinham os seus clientes do serviço de assistência técnica, para impor-lhes a aquisição do material de consumo para as máquinas copiadoras, os atos, práticas e condutas, adotados pela Representada, impediram que seus clientes pudessem eleger livremente seus fornecedores, adquirindo material de consumo de outras empresas, não permitindo que houvesse concorrência efetiva no mercado de bens de consumo. Por meio de prática abusiva dificultou também a instalação de novos concorrentes no mercado, além de ameaçar a sobrevivência das médias e pequenas empresas regionais que procuram disputar parcela do mercado de toner, fotoreceptor e revelador.

Estou de acordo com o ilustre Conselheiro-Relator, quando afirma que a conduta da Xerox representa, sem dúvida, a antítese da livre concorrência, e caracteriza a infringência às leis de combate ao abuso do poder econômico e de defesa da concorrência e deve ser veemente repelida. Flagrante, pois, e indiscutível é o fato de que a Representada se utilizou de meios ardilosos para fraudar a livre disponibilidade de fornecedores no mercado, bem como restringiu a liberdade de escolha dos clientes mediante pressão ou coação com o objetivo de promover a dominação de mercado.

Creio estar comprovada a prática ilícita, por parte da Representada, de utilização da cláusula contratual, em debate, adotada nos contratos, - reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos - o que figura a venda casada vedada pela Lei nº 8.158/91 (art. 3º, inciso VIII) e cria

dificuldades à constituição e ao desenvolvimento de empresa o que é igualmente vedado pela Lei nº 4.137, no seu art. 2º, I, g e pela Lei nº 8.158, citado, art. 3º, II e XVI.

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\$ 25.000.000.000,00 (vinte e cinco bilhões de cruzeiros), além do cumprimento dos determinações mencionadas na parte final do mencionado Voto.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Acompanho o ilustre Relator, Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, em seu bem fundamentado voto.

Efetivamente, da leitura dos autos se constata que, ao prestar assistência técnica a seus clientes, referente a máquinas fotocopiadoras por ela fabricadas, a Representada adota, nos contratos respectivos, cláusula que produz o efeito de compelir tais clientes à aquisição de materiais de consumo, também de fabricação da Representada.

Ou seja: em vista da redação da cláusula aludida, o cliente, seriamente receoso ante à perspectiva de suspensão da assistência técnica prestada pela Representada, não dispõe, de fato, de opção para adquirir material de consumo de outro fornecedor.

Tal prática, realizada pela Representada, com poder dominante no mercado, está comprovada nos autos, configurando a chamada "venda casada", e, como tal, capitulada no artigo 3º inciso VIII, da Lei nº 8.158, de 08.01.91.

De outra parte, a cláusula contratual referida, inibidora da concorrência, cria dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de outras empresas no setor de fornecimento de materiais de consumo de tais máquinas, bem assim limita ou impede o acesso de novas empresas, conclusão esta que se reforça pela prova colhida no processo.

A prática infringe, assim, também, os incisos II e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158, citada, bem como o art. 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137, de 10.09.62.

Por tais razões, e concordando plenamente com o brilhante parecer de autoria do Procurador do CADE, o eminente Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, VOTO pela procedência da Representação e consequente aplicação da multa, tal como fixada e motivada pelo ilustre Conselheiro-Relator, observadas, ainda, as determinações que integram a declaração de voto de S. Exa., eis que os autos não revelam a cessação da prática abusiva.

Brasília, 31 de março de 1993.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 01/91

REPRESENTANTE: INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

REPRESENTADA: SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

DECISÃO

A unanimidade, o Conselho decidiu pela procedência da Representação, por fato capitulado nos incisos VIII e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158, de 18 de janeiro de 1991, bem como no art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, condenada a Representada ao pagamento da multa no valor de Cr\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros), a ser efetuado no prazo de 10 (dez) dias contado da publicação da decisão. Foram ainda determinadas providências a serem tomadas pela Representada, nos termos do Voto do Relator.

Plenário do CADE, 28 de maio de 1993.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro-

Relator

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora

PARECER DO PROCURADOR

***Ementa:** Venda casada. Fotocopiadora. Contrato de assistência técnica. Material de consumo.*

A representante enviou a este Ministério correspondência onde manifestava com certas práticas comerciais da Sharp - Indústria e Comércio Ltda. Vencidas algumas providências preliminares, abriu-se o processo administrativo, com a notificação à representada, acompanhada de Nota Técnica, de 21 de março de 1991, assinada pela il. Chefe de Divisão do então Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, Dra. Lázara Cotrin.

A Nota Técnica, após fazer um apanhado das acusações levantadas contra a Sharp, entende ter havido "subordinação da prestação do serviço de manutenção de máquina copiadora à aquisição dos acessórios e materiais de consumo". Afirma que a conduta encontra tipo no art. 3º, VIII, da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, IV, "b", da Lei nº 4.137/62 (fl. 40)

A Nota afirma que a violação decorreria da adoção de cláusula, em contrato de assistência técnica, com este teor:

"A Sharp não se responsabilizará pela execução dos serviços descritos no item 2 deste contrato, nos seguintes casos: (...)

d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora das especificações do fabricante constante do Manual de Instrução que acompanha o produto e que podem ser encontrados na SHARP ou em lojas especializadas em peças de reposição para aparelhos eletro-eletrônicos".

Ao ver do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, esta cláusula, na sua letra "d", não subtraiu o efeito pernicioso da redação anterior, substancialmente idêntica à atual, que guardava estes termos:

"d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora das especificações do fabricante".

A Nota que a subordinação da responsabilidade da SHARP pela manutenção das copiadoras ao uso exclusivo de seus materiais de consumo "conduz a uma subordinação da prestação do serviço de manutenção à aquisição desses bens" (fl. 39).

A defesa tece considerações sobre os limites constitucionais da ingerência do Estado na atividade econômica, para sustentar que o Estado não pode "afastar a livre empresa e a livre iniciativa, situação que,

frequentemente, ocorre por não estarem os agentes do Poder Público aptos a fixar os limites da intervenção estatal referida, circunstância que os leva a considerar como abuso do poder econômico meros atos de audácia mercantil e simples incursões no mundo dos negócios" (fl. 502).

Sobre o mérito da acusação de venda casada, afirma, de modo direto:

"O que a SHARP pretende é, apenas, exigir que se usem nos aparelhos eletrônicos que ela fabrica, peças de reposição que ela fabrica, para que os produtos fabricados funcionem adequadamente" (fl. 509).

O processo chega a este Conselho, entendendo a Secretaria de Direito Econômico caracterizada a infração prevista no art. 3º, VIII, da Lei nº 8.158/91.

DISCUSSÃO

Não merece guarida a tese de que o Estado não possa punir os agentes econômicos em hipóteses como a que a Secretaria de Direito Econômico teve por comprovada neste feito. O art. 173, § 4º, da Constituição confere lastro à ação da Secretaria. Na espécie, o propósito do Estado não é o de embaraçar a livre iniciativa do agente econômico, mas justamente o de proteger tal valor, garantindo que as empresas não vejam frustrado o seu intento de atuar num mercado, por conta de comportamentos inadequados de outros.

É patente, nos autos, que a SHARP exige dos seus clientes, em contratos de manutenção de máquina copiadora, que somente adquiram material de consumo produzido pela SHARP. Isso se lê da franca assertiva, acima produzida, da própria representada. Percebe-se também do manual da fotocopiadora, que a defendente anexa aos autos (fl. 36), onde consta: "Para compra de material de consumo usar os seguintes produtos", elencando-se apenas produtos da SHARP. O manual não cuida de fornecer as especificações técnicas dos materiais de consumo admissíveis na máquina. Limita-se a indicar os produtos que a SHARP produz para as copadoras. O cliente vê-se, por esse modo, impossibilitado de escolhê-los de outros fabricantes. Além disso, inibe-se, pelo vínculo assim fabricado, que outras empresas surjam ou atuem no mercado de materiais de consumo utilizáveis em copadoras da Sharp.

Conforme sustentado em parecer no Processo Administrativo nº 23/91, semelhante espécie de procedimento é pernicioso à concorrência, merecendo censura.

Incumbe ao usuário da fotocopiadora obter o material de consumo que lhe convenha. A sua escolha não pode ser tolhida de modo injustificado. Está claro que se o material eleito se provar danoso ao equipamento, o fato poderá repercutir no contrato de assistência técnica. Não é razoável, porém, que a prestadora do serviço, de antemão, determine que apenas os produtos por ela fabricados possam ser empregados nas máquinas que fabrica. Quando muito, seria dado à defendente impugnar o uso de materiais de consumo, bem especificados, que comprovadamente sejam nocivos ao aparelho. É abusivo, porém, tolher, de modo apriorístico, o uso de materiais de consumo que não sejam demonstradamente danoso.

A cláusula impugnada no processo é apta para embaraçar, de modo ilegítimo, o desenvolvimento de outras empresas que fabricam ou importam produtos de consumo para fotocopiadoras. Não é dado à representada se valer dessa espécie de cláusula de conteúdo intimidativo da concorrência - atual ou potencial. A cláusula induz à aquisição de produto de consumo da mesma marca do aparelho, trazendo à balha a figura da venda casada.

Vale recordar os traços distintivos desse tipo de abuso do poder econômico, na lição de Benjamin Shieber:

"A vinculação de vendas foi definida e seus efeitos maléficos sobre a concorrência foram apontados pelo Juiz Black da Suprema Corte, no caso *Nothorn Pacific Railway Co. vs. United States*, 356 US 1 (1958). O Juiz disse:

'Para finalidade da interpretação da lei um arranjo de vinculação pode ser definido como um acordo em que o vendedor concorda em suprir um produto ao comprador, mas só sob a condição de que o comprador passe a comprar um outro produto, o produto vinculado; ou ao menos que o comprador prometa que não vai comprar este produto, o vinculado, de qualquer outro vendedor. Nos casos em que o vendedor consegue a concordância do comprador a esta exigência, a concorrência baseada no valor real do produto vinculado é inevitavelmente restringida. Realmente, acordos de vinculação de vendas não têm praticamente outra finalidade senão a supressão da concorrência. Tais acordos negam aos concorrentes do vendedor livre acesso ao mercado para o produto vinculado, (...) por razão de seu poder com respeito a um outro produto, o produto vinculante. Ao mesmo tempo, os compradores são compelidos a ceder seu poder de livre deliberação entre produtos concorrentes. Por estas razões acordos de vinculação de vendas são severamente punido na base das leis proibindo retrições da concorrência'.

Prossegue o Professor Shieber anotando que, "na execução destes preceitos legais, a jurisprudência norte-americana considera acordos de vinculação de vendas, nos quais são incluídos acordos de vinculação de locação de bens, ilícito per se". (Abusos do Poder Econômico. São Paulo, RT, 1ª ed., pp. 144/145).

As características do tipo da legislação repressiva que veda a vinculação da venda de produtos ou serviços à compra de outros produtos ou serviços se acham presentes na espécie.

CONCLUSÃO

A cláusula contratual que induz ao consumo de produtos de fabricação da SHARP não se coaduna com as regras da livre concorrência e de livre escolha dos consumidores. Ela é apta para criar "dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao funcionamento de empresa" concorrente (art. 2º, I, "g", da Lei nº 4.137/62 e art. 3º, XVI, da Lei nº 8.158/91), bem assim induz à venda casada, que o legislador de 1991 repudiou no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Pela procedência da representação.

Brasília, 12 de fevereiro de 1993.

Paulo Gustavo Gonet Branco

Procurador

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO INTERNACIONAL LTDA. representou ao departamento de Defesa ao Consumidor, em 6/9/90, contra SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., denunciando elevação abusiva de preços, por ocasião da renovação do contrato de assistência técnica e máquinas copiadoras, bem como a existência de cláusula no instrumento contratual que previa pagamento antecipado, em uma única parcela, pelos serviços de manutenção da máquina ao longo do ano. A Representante viu-se forçada a aceitar o contrato de vez que a Sharp era a única a dar manutenção às copiadoras de sua marca. Veio aos autos, com a representação, o contrato de fls. 02/03.

O Secretário de Direito Econômico notificou a Representada, com base na Medida Provisória nº 218, de 03 de setembro de 1990, para prestar

esclarecimentos acerca dos fatos que lhe foram imputados (fls.04), vindo aos autos as informações e documentos de fls. 05/08. Disse a Sharp que o aumento estava abaixo dos índices inflacionários, se observado fosse o INPC no período pertinente ao reajuste, e que o pagamento antecipado era opcional, podendo o cliente escolher o faturamento em trinta dias, hipótese em que o preço seria acrescido da taxa de juros de 17%. Rebate a alegação da Representante de que teria sido compelida a assinar o contrato, afirmando que a recusa do cliente em aceitar o instrumento não importa em negativa da Sharp em prestar o atendimento, porquanto o que lhe interessa é o desempenho de seus equipamentos no mercado.

As informações prestadas pela Sharp foram examinadas pela Coordenadoria de Pesquisa Econômica do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, elaborando-se a Nota de fls.09/10, que conclui pela existência de cláusulas leoninas no contrato em questão, bem como a obrigatoriedade de se vincular o uso de material de consumo da marca Sharp à prestação de serviços de manutenção técnica. Sugere a Nota, por fim, que a questão seja analisada sob a ótica jurídica.

As fls 12/14 encontra-se o parecer da Coordenadoria Processual, sugerindo alterações no instrumento contratual, de sorte a promover o equilíbrio entre as partes contratantes. Ao seu final, conclui o parecer que o contrato atenta contra a ordem econômica, razão porque a Sharp deveria ser instada a esclarecer as questões levantadas contra o instrumento contratual que utiliza e a adaptá-lo às exigências legais.

Notificada, compareceu a Representada à Secretaria de Direito Econômico, onde tomou ciência das alterações que deveria efetuar no contrato em questão, sendo, ainda, alertada no sentido evitar reajustes lineares de preços, observando, ao invés, os custos variáveis. Foi também advertida quanto à cobrança ilegal de juros à taxa de 17%, tendo demonstrado novos cálculos de reajuste que importaram na diminuição do valor do contrato, mantido o pagamento em trinta dias. Comprometeu-se a enviar à Secretaria cópia da minuta do novo contrato, de acordo com as alterações propostas (fls. 16/17).

As providências adotadas pela Secretaria foram comunicadas à Representante, através do ofício de fls. 20.

Ao invés de apresentar a minuta do contrato com as alterações propostas pela Secretaria, a Sharp encaminhou o expediente de fls. 21/23, dizendo que o instrumento por ela adotado já guardava o devido equilíbrio entre as partes contratantes, mas que nos contratos futuros modificaria a cláusula pertinente à utilização de material de consumo na prestação de serviço de assistência técnica, transcrevendo a nova redação. Disse, ainda, que

a questão relativa à prorrogação dos contratos estava em estudo e que o percentual de juros que cobrava era bem inferior àquele que pagava às instituições financeiras, repassando aos contratantes apenas parte do valor respectivo. Informa, de outro lado, que inexistia qualquer legislação que determinasse o índice para reajuste de mão-de-obra.

Consideradas insuficientes as alterações propostas pela Representada, sugeriu o Departamento de Proteção e Defesa Econômica, às fls. 24/26, fosse a Sharp outra vez notificada para apresentar a minuta do novo contrato em seu inteiro teor, o que foi feito pelo ofício de fls. 27.

A notificação se processou regularmente, tendo a Sharp apresentado os documentos de fls. 32/36, os quais foram analisados no parecer de fls. 37/40 que, considerando insuficiente as alterações promovidas pela Representada, no contrato de assistência da subordinação da prestação do serviço de assistência técnica à aquisição de materiais de consumo, fato que configuraria infração à ordem econômica, prevista no inciso VIII do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, e na alínea b, inciso IV do art. 2º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, sugeriu a instauração do devido processo administrativo, que foi feito pelo Diretor do DPDE (fls. 416 e 44).

A Representada, apesar de notificada da instauração do processo (fls. 42 e verso), manteve-se inerte, deixando transcorrer o prazo legal para oferecimento da defesa prévia.

O DPDE, dando continuidade às investigações, solicitou ao Departamento da Receita Federal relação completa das empresas inscritas no CGC, sob o código de atividade 52.12 Assistência técnica (fls. 48), bem como pediu à Sharp que lhe enviasse informações adicionais (fls. 49), vindo aos autos os documentos de fls. 51/468.

A fls. 469 solicitou o Diretor do DPDE parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, que enviou o documento de fls. 472/482.

As fls. 453/492 encontra-se o Relatório do DPDE, que serviu de suporte fático e legal para que o Diretor do Departamento encaminhasse os autos ao Secretário de Direito Econômico, por entender configurada a conduta abusiva prevista no art. 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91 (fls. 493).

Em seguida, determinou o Secretário de Direito Econômico a notificação da Representada para tomar ciência do relatório e oferecer defesa prévia (fls. 495).

Notificada regularmente (fls. 496/497), a Sharp defendeu-se com as razões de fls. 498/509. Em preliminar, ataca a instauração do processo, à falta de amparo constitucional, argumentando que inexistente no Brasil o contencioso administrativo. Inconstitucional também seria, de acordo com a defendente, a

própria Lei nº 8.158/91, de vez que o princípio da livre iniciativa, adotado pela Constituição, repele o dirigismo estatal e que somente as leis de mercado podem presidir as atividades empresariais. No mérito, diz que demonstrou não ter havido reajuste abusivo do valor do contrato e que até devolveu os juros que havia cobrado. Afirma que seu contrato de manutenção preserva os direitos dos eventuais consumidores das copiadoras Sharp, não contendo cláusulas abusivas. Insurgere-se contra o amplo poder que detém a Secretaria de Direito Econômico para interpretar as palavras "anomalias de comportamento dos setores econômicos", atribuindo o defeito da legislação à enorme carga de subjetivismo com que o funcionário aplica a norma. Justifica a exigência da utilização de material de consumo próprio na manutenção das máquinas com o argumento de que o material se limita a peças de reposição, e que estaria lesando o consumidor se não utilizasse peças originais. Impugna, por derradeiro, o enquadramento dos fatos no art. 3º, inciso VIII da Lei nº 8.158/91, ao fundamento de que a autonomia da vontade, cristalizada nos contratos, não pode ser atingida pelo dirigismo econômico. Pede, ao final, o arquivamento do processo, por não terem sido comprovadas as infrações que lhe deram causa.

Com a defesa vieram os documentos de fls. 510/517

As fls. 518/532 está o Relatório Final do DPDE, onde são debatidos os argumentos de defesa da Representada, concluindo-se pela remessa dos autos ao Secretário de Direito Econômico, para os fins do art. 7º da Lei nº 8.158/91.

A fls. 533 despachou o Diretor do DPDE no sentido de se ter como procedente a representação, incurso a Sharp no art. 3º, inciso VII da Lei nº 8.158/91, de vez que patente a vinculação do serviço de manutenção técnica prestado pela Representada à aquisição do material de consumo da própria marca.

O Secretário de Direito Econômico acolheu o despacho do Diretor do DPDE, encaminhando o processo ao CADE para julgamento (fls. 535).

Neste Conselho o processo me veio distribuído, tendo eu solicitado a manifestação do Procurador do CADE.

As fls. 540/546 está o parecer do ilustre Procurador Paulo Gustavo Gonet Branco, que conclui pela existência de abuso do poder econômico, porquanto a cláusula contratual utilizada pela Representada induz ao consumo de produto da marca Sharp, não se coadunando com as regras da livre concorrência e de livre escolha dos consumidores, além de causar dificuldades à constituição e ao funcionamento de empresa concorrente. Por isso que a repudiada pelo legislador no art. 2º, I, "g" da Lei nº 4.137/62 e no art. 3º, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91.

É o relatório.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

Conselheiro Relator

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: DEFESA DA CONCORRÊNCIA. LEIS Nº 4.137/62 E Nº 8.158/91. SUBORDINAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À AQUISIÇÃO DE UM BEM. ELIMINAÇÃO DA CONCORRÊNCIA MEDIANTE CRIAÇÃO DE DIFICULDADES À CONSTITUIÇÃO E FUNCIONAMENTO DE EMPRESAS.

1. A prática de subordinação ou vinculação de prestação de serviço de assistência técnica a máquinas fotocopadoras à aquisição de produto a ser utilizado naqueles serviços é prejudicial à concorrência, pois impede que o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou o serviço que melhor lhe convenha, disso decorrendo inevitáveis conseqüências para o mercado do produto vinculado, com a eliminação de concorrentes reais potenciais, em razão de dificuldades que se criam para o funcionamento ou desenvolvimento das empresas do setor. Conduta abusiva do poder econômico prevista no art. 2º, inciso I, alínea "g", da Lei nº 4.137/62 e no art. 3º, incisos VIII e XVI da Lei nº 8.158/91. Procedência da representação e condenação da Representada à multa de CR\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros). Determinada a cessação da prática abusiva.

VOTO

1. Em preliminar, insurge-se a defendente contra o próprio processo de apuração de infração contra a ordem econômica, ao infundado argumento da inconstitucionalidade das leis de repressão ao abuso do poder econômico.

Se é certo, como afirma, que a livre iniciativa é o princípio fundamental da ordem econômica, certa também é a assertiva de que a livre concorrência se constitui em princípio diretor daquela mesma ordem. Se ao particular é assegurado o direito de exercer atividades econômicas, ao Estado é mandado reprimir o abuso do poder econômico, que atenta contra a liberdade que tem toda pessoa física ou jurídica de exercer aquelas atividades.

O princípio da livre iniciativa só pode ser entendido de forma integrada ao princípio da livre concorrência, pois a liberdade de iniciativa só se exerce num mercado em que a todos se assegura o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem qualquer restrição por parte de concorrentes poderosos.

Essa teologia das leis de repressão ao abuso do poder econômico, que tal não se apercebeu a defendente. O Estado Moderno se faz presente para assegurar a livre iniciativa e promover a liberdade de mercado, pois já não mais se recebe, como Adam Smith, que a mão invisível conduza à solução de todos os problemas causados pela atuação dos agentes econômicos.

O Brasil, como país capitalista que se insere entre as grandes economias do mundo, tem seus instrumentos e mecanismos de controle e repressão ao abuso do poder econômico. O que aqui se faz, apenas para surpresa da defendente, não é diverso do que se faz alhures. Os Representantes não têm, necessariamente, de ser empresa nacional, podendo representar qualquer pessoa, física ou jurídica, que se sinta prejudicada em razão de prática restritiva da concorrência.

Por outro lado, aqueles a quem a lei confere competência investigatória não são "transmudados hermeneutas", como pensa a defendente, mas sim agentes públicos, zelosos de sua função, a qual buscam desempenhar nos estritos termos da lei, mesmo que isso lhes custe desmesuras e alusões infundadas da parte dos indiciados.

2. A conduta abusiva que se imputa à Sharp neste processo é a de subordinar a prestação de um serviço à aquisição de um bem, prática que estaria consubstanciada em cláusula do contrato de adesão que utiliza para assistência técnica a máquinas copiadoras (fls. 02/03).

Na cláusula em questão lê-se:

"4-LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE

4.1. A SHARP não se responsabilizará pela execução dos serviços descritos no item 2 deste contrato, nos seguintes casos:

d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora de especificações do fabricante.

No item 2 do contrato referido na cláusula acima transcrita pode-se ler:

2. EXTENSÃO E MODALIDADE DO CONTRATO

2.1.A SHARP compromete-se a manter em perfeitas condições do funcionamento a(s) máquinas aludida(s) do quadro D - campo 1, incluindo:

a) visitas periódicas de manutenção preventiva na (s) máquina (s) mencionada (s) no quadro D - campo 1, e quantificada (s) no campo 2- coluna MP ou 2A MP, que poderão ou não coincidir com os chamados do CLIENTE;

b) manutenção corretiva, mediante chamados do CLIENTE, para a eliminação de eventuais defeitos.

2.2. As visitas de manutenção preventiva ou corretiva dar-se-ão, sempre durante o expediente normal de serviços da SHARP, conforme especificado no quadro D - campo 3.

2.3. Na execução de serviços de manutenção, as trocas de peças que se fizerem necessárias estão inclusas no preço ajustado no presente contrato, excluídas as referidas no quadro C, as quais, quando necessárias, serão substituídas ao preço de lista da Sharp vigente na época.

2.4. As manutenções serão executadas por técnicos aptos para atender as especificações da copiadora. As peças substituídas são as originais e as ferramentas utilizadas pelos técnicos as recomendadas pelo fabricante.

Verifica-se a leitura das cláusulas transcritas que a SHARP não se responsabiliza pelos serviços de manutenção técnica quando forem utilizados materiais de consumo que não atendam as suas especificações. Vejamos que as especificações são essas.

A fls. 36 está o documento "CONSERVAÇÃO DE MATERIAIS DE CONSUMO", que constitui uma das páginas do Manual de Instrução citada na cláusula relativa à limitação de responsabilidade que a Sharp fez inserir na minuta de contrato que apresentou ao DPDE (fls. 32/35). Vê-se ali que não há especificação de material de consumo, mas apenas uma relação de materiais de marca Sharp. São esses os únicos materiais que o cliente Sharp poderá adquirir para que a Representada possa se responsabilizar pelos serviços que presta.

O que ocorre, na verdade é que os materiais de consumo estão expressamente excluídos do contrato de manutenção, conforme se pode verificar do quadro C do contrato, sendo faturados separadamente, numa clara demonstração de vinculação do serviço ao produto, que deverá ser adquirido pelo cliente, com exclusão de qualquer outro (fls. 03).

A isenção de responsabilidade que a Sharp se advoga é certamente uma maneira disfarçada, mas não pouco comum, de impor os materiais de sua marca e seus clientes, os quais, sem poder exercer sua livre opção, são levados a adquirir produto Sharp, ainda que outro melhor ou de igual qualidade,

porém mais barato, exista no mercado. A vinculação elimina, certamente, concorrentes reais ou potenciais, conferindo à Sharp, via de consequência, o poder de fixar os preços de seu material de consumo acima dos níveis de competição, podendo auferir, com a conduta, lucros arbitrários.

3. Como se constata de leitura dos autos, a fls 478, o mercado global de locação e manutenção de máquinas copiadoras é fortemente concentrado, com as seguintes participações relativas:

Xerox	77,7%
Nashua	7,2%
Triunfo	6,1%
Sharp	3,5%
Outras	5,5%

A questão de vinculação dos serviços de assistência técnica à aquisição de material de consumo torna-se ainda mais crítica, quando se verifica em mercado oligopolístico, onde a firma dominante também adota a mesma conduta.

Refiro-me à empresa Xerox que, em razão de prática idêntica àquela aqui investigada, foi condenada por este Egrégio Conselho, no Processo Administrativo nº 23/91, em que foram representantes empresas prestadoras de serviços de assistência técnica a máquina fotocopadoras e firmas representantes e fabricantes de material de consumo.

Não há como deixar de considerar as evidentes barreiras erguida por esse tipo de conduta no mercado de materiais de consumo. Consta do parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia (fls. 480), que diversas empresas, tanto fabricantes e locadoras de fotocopadoras, quanto prestadoras de serviços de assistência técnica e comerciantes de material de consumo, atuam no mercado de importação de revelador para máquinas copiadoras. O volume de importações, segundo o mesmo parecer, atingiu, em 1990, a cifra de quase um milhão de dólares americanos, cifra esta que quase triplicou em 1991. Trata-se, pois, de mercado ainda pequeno, mas com potencial de crescimento, estimulado, aliás, pela política de abertura comercial que objetiva precipuamente, a exposição do mercado nacional à competitividade internacional, ensejando, também, o ingresso de novos concorrentes.

A prática de vinculação de produto a serviço, que vem sendo adotada pela Representada, é prejudicial à concorrência, inibindo a expansão desse mercado, de vez que os fabricantes de copiadoras, que também as vendem ou alugam, aproveitando-se do poder de mercado que detêm na

prestação de serviços de assistência técnica aos equipamentos de fabricação própria, utilizam esses serviços, como produto vinculante, para impor à sua clientela a aquisição de produto vinculado - o material de consumo. Como consequência inevitável, as empresas que apenas produzem ou comercializam toner, revelador e demais materiais, não terão condições de permanecer neste mercado, nem novas empresas nele ingressarão, à mais absoluta falta de compradores, já que a clientela dos locadores ou vendedores de fotocopiadoras está presa a um contrato que lhes impede a escolha livre daqueles produtos.

4. Está evidenciado que o cliente Sharp, para obter os serviços de manutenção de máquina copiadora, é induzido a adquirir o material de consumo.

No entanto, é de se indagar se essa conduta da Representada 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.

Há razões plausíveis para se acreditar que a Sharp, praticando essa vinculação, não teria o objetivo de dominar o mercado de serviços de manutenção de máquinas copadoras de sua marca ou o de materiais de consumo, eliminando concorrentes ou dificultando-lhes a atuação?

Não me parece que a Sharp estivesse, com a vinculação, a oferecer qualquer vantagem ao contratante, como por exemplo, um desconto no preço do produto vinculado, assegurada, porém, a liberdade de escolha do comprador. Do instrumento-padrão vê-se que o preço do produto vinculado é cobrado à parte dos serviços de manutenção; que o valor pago pela assistência técnica anual está limitado ao número máximo de 15.000 cópias por trimestre, cobrando-se, por cópia excedente àquela quantidade um custo adicional, sujeito a correção mensal; que cada 160.000 cópias, a copiadora há de ser submetida a revisão em laboratório, correndo as despesas por conta do cliente (fls. 03 e verso).

Nenhuma vantagem operacional é oferecida como contrapartida da vinculação ao contratante, a quem se nega o acesso ao material de consumo alternativo existente no mercado, através de expediente escuso como a isenção de responsabilidade pela qualidade dos serviços de manutenção, aliás, uma das poucas prestações a que se obriga a Representada no contrato.

Apenas um argumento ergue a Representada a seu favor: o de que a vinculação se refere apenas a peças de reposição, e que seria absurdo não fornecer ao consumidor as peças originais (fls. 508).

Ora, a Sharp bem sabe que não está a vincular peças de reposição, pois estas estão expressamente incluídas no preço de manutenção, conforme

se verifica da simples leitura, a fls. 03 verso, do item 2.3 da cláusula segunda, verbis:

"2.3. Na execução do serviços de manutenção, as trocas de peças que se fizerem necessárias estão inclusas no preço ajustado no presente contrato, excluídas as referidas no quadro C, as quais, quando necessárias, serão substituídas ao preço de lista da SHARP, vigente na época."

Do mencionado quadro C (fls. 03), consta a seguinte relação de materiais e serviços, que não estão incluídos no preço da manutenção técnica: gabinetes, tampa do original, gavetas de papel, bandeja de saída de papel, vidro de originais, chave de bloqueio, reinstalações, locação de equipamento, toner, revelador, master, cartucho de óleo de silicone, kit de limpeza, kit de fusão, reformas, revisão a cada 160.000 cópias. Aí, vê-se, estão incluídos os produtos que a Sharp vincula aos seus serviços, pressionando seus clientes a adquiri-los.

A pressão sobre o contratante se faz maior ainda na medida em que o contrato dispõe que os defeitos provenientes do uso de materiais fora das especificações do fabricante - repita-se, os que não forem da marca Sharp - serão objeto de orçamento à parte (fls. 03 verso, 4.2).

Inexistindo qualquer vantagem para o contratante e cerceado este no seu direito de escolher outro produto, não se pode ter como razoável a conduta da Representada ao vincular o material de consumo ao serviço. A máquina copidora, no caso dos autos, como em tantos outros, não é de propriedade da Sharp, mas pertencente ao contratante a quem se retira e direito de comprar o produto que desejar utilizar em bem próprio.

Em reunião realizada na SDE (fls. 16/17), instada a cessar a prática abusiva, a alternativa que a Sharp, na carta de fls. 21/23, ofereceu para cláusula impugnada, deixa ainda mais evidente a vinculação do produto ao serviço:

d) uso de acessórios e materiais de consumo como revelador, toner, master, fora das especificações do fabricante constantes do Manual de Instrução que acompanha o produto e que podem ser encontrados na SHARP ou em lojas especializadas em peças de reposição para aparelhos eletro-eletrônicos.

Vê-se, pois, que o disfarce desta vez utilizado para a vinculação foi o oferecimento ao cliente da opção de adquirir o produto Sharp não apenas do prestador de serviço, mas de qualquer loja especializada.

O fato é que a defendente não aceita a ilicitude de sua conduta, não só porque desacredita as leis de repressão às práticas abusivas do poder

econômico, mas também porque entende que, no contrato, há de prevalecer sempre a vontade das partes.

Conforme já foi dito, o direito a um mercado livre da opressão de poderosos grupos econômicos é conquista do Estado Moderno, tratando-se, pois, de questão pacificada em todos os países industrializados, de regime capitalista, nos quatro cantos do mundo, e consagrada em nosso ordenamento jurídico há mais de meio século.

No tocante à prevalência da vontade das partes no contrato, é de se observar que o instrumento deve consubstanciar sempre um acordo de vontades, o que certamente não é o caso dos autos, haja vista a representação oferecida por quem não teve a oportunidade de manifestar a sua vontade no sentido de não adquirir material de consumo da marca Sharp. Ademais, nenhum pacto pode receber proteção jurídica quando dispuser de forma contrária aos princípios de ordem pública e atentar contra os valores que a ordem econômica busca preservar, dentre eles, o da livre concorrência.

6. A vinculação de produto a serviço ou vice-versa, conforme doutrina prevalente nacional e estrangeira, outro objetivo não tem que o de impedir que o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou o serviço que melhor lhe convenha. A consequência inevitável dessa conduta é a restrição do mercado relativamente aos compradores do produto vinculado, eliminando-se concorrentes reais ou potenciais, pois cria dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento das empresas do setor.

Essa prática, no caso dos autos, induz o consumidor a acreditar que somente a prestadora de serviços técnicos dispõe do material de consumo adequado para a sua máquina e, muitas vezes, a aceitar a situação falaciosa de que somente a titular de marca detém as necessárias condições técnicas para realizar a manutenção. A Representante, conforme por ela própria alegado na representação, aceitou os termos do contrato, embora deles discordasse, porque acreditava que somente a Sharp realizava a manutenção das máquinas de sua fabricação.

Trata-se, pois, de conduta expressamente descrita como infração à ordem econômica, nos incisos VIII e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, bem como no art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 que, conforme bem salientado pelo ilustre Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, "não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores".

Afigura-se-me correto o entendimento do DPDE de que a conduta praticada pela Sharp, consubstanciada em cláusula de seus contratos de manutenção técnica que condiciona a prestação do serviço à aquisição de produto de sua marca, constitui infração à ordem econômica.

Isto posto, julgo procederte a representação. Assim, com base no art. 43 da Lei nº 4.137/62, com 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 Sharp Indústria e Comércio Ltda. a pagar a multa no valor de CR\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros), no prazo de dez dias contados da publicação desta decisão.

Na fixação da multa, cujo valor se acomoda entre os limites estabelecidos nos dispositivos citados, levo em consideração a reduzida participação relativa da Representada no mercado global de vendedores e locadores de fotocopiadoras. Considero, todavia, que a Sharp, não reconhecendo a ilicitude de sua conduta, deixou de atender à solicitação da Secretaria de Direito Econômico, no sentido de promover a alteração de cláusula contratual que contempla a vinculação do material de consumo à prestação do serviço, não havendo notícia nos autos de que a prática anticoncorrencial tenha cessado.

Determino, outrossim, nos termos dos arts. 43 e 44 da Lei nº 4.137/62, a imediata cessação da prática, pelo que deverá a Sharp, no prazo de trinta dias contados da publicação deste julgado, promover as necessárias adequações no texto do Manual de Instrução que acompanha o produto, referentes à especificações do material de consumo que poderá ser utilizado na prestação do serviço de manutenção, de sorte a não mais vincular os produtos que fabrica aos serviços que presta, e submetê-las ao CADE para aprovação.

Deverá, ainda, a Sharp informar a todos os seus clientes as especificações devidamente alteradas, no prazo de noventa dias contados da data em que o CADE notificar a Representada quanto à aprovação das adequações de que trata o parágrafo anterior.

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 ordenadas por este Conselho.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho
Conselheiro Relator

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

A Interchemical Indústria e Comércio Internacional Ltda. representou junto ao Departamento de Defesa do Consumidor, em 06/09/90, contra a Sharp Indústria e Comércio Ltda., denunciando a elevação abusiva de preço, por ocasião da renovação do contrato de assistência técnica a máquinas copiadoras, bem como a existência de cláusula no instrumento contratual que previa o pagamento antecipado, em uma única parcela, pelos serviços de manutenção da máquina ao longo do ano. A Representante viu-se forçada a aceitar o contrato de vez que a Sharp era a única a dar manutenção às copiadoras de sua marca.

Insurge-se a Representada, em preliminar, contra o próprio processo de apuração de infração contra a ordem econômica, ao infundado argumento da anticonstitucionalidade das leis de repressão ao abuso do poder econômico.

Estou de pleno acordo com o ilustre Conselheiro-Relator, quando afirma em seu bem fundado Voto, que "o princípio da livre iniciativa pode ser entendida de forma integrada ao princípio da livre concorrência, pois a liberdade de iniciativa só se exerce num mercado em que a todos se assegura o direito de nele ingressar e atuar livremente, sem qualquer restrição por parte de concorrentes poderosos".

Claro está na leitura dos autos que a questão central a ser julgada no presente processo administrativo é a vinculação dos serviços de assistência técnica à aquisição de material de consumo praticada pela Representada. Por idêntica prática adotada, a empresa Xerox do Brasil S.A., foi recentemente condenada por este Egrégio Conselho, no Processo Administrativo nº 23/91. Não podem ser desconsideradas as evidentes barreiras erguidas por esse tipo de conduta no mercado de materiais de consumo.

Estou convencido que a prática de vinculação de produto a serviço, que vem sendo adotada pela Representada é prejudicial à concorrência, inibindo a expansão desse mercado, de vez que os fabricantes de copiadoras, que também vendem ou alugam, aproveitando-se do poder de mercado que detêm na prestação de serviços de assistência técnica aos equipamentos de fabricação própria, utilizam esses serviços, como produto vinculante, para impor à sua clientela a aquisição do produto vinculado - o material de consumo.

Dessa forma, é inevitável que as empresas que apenas produzem ou comercializam toner, revelador e demais materiais, não terão capacidade de competir nesse mercado, nem as novas empresas terão condições de nele ingressar.

Fica evidente que o cliente Sharp, para obter os serviços de manutenção da máquina copiadora, é induzido a adquirir o material de

consumo. A vinculação de produto a serviço ou vice-versa impede quer o consumidor exerça livre e racionalmente seu direito de escolher o produto ou serviço que melhor lhe convenha. Essa conduta gera restrição do mercado em relação aos compradores de produto vinculado, visto que cria dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento das empresas que atuam no setor.

Trata-se, portanto, de conduta expressamente descrita como infração à ordem econômica, nos incisos VIII e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, bem como no art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei nº 4.137/62, a qual, conforme bem salientado no parecer proferido pelo il. Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, "não se coaduna com as regras de livre concorrência e de livre escolha dos consumidores".

Afiguram-se-me corretas as conclusões do il. Conselheiro-Relator, que julgou procedente a representação, bem como condenou a Sharp Indústria e Comércio Ltda. a pagar a multa de Cr\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de cruzeiros), além do cumprimento das demais determinações contidas na parte final do mencionado Voto. Por assim entender, acompanho em todos os seus termos o Voto do Il. Conselheiro-Relator da matéria.

Este é o meu Voto.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO DE BARROS

Está patente nos contratos utilizados pela SHARP, para prestação de serviços de manutenção das máquinas copiadoras, a inserção de cláusulas que conduzem seus clientes a somente adquirir material de consumo de sua marca.

Conforme bem observado pelo ilustre Conselheiro Relator, o Manual do equipamento, ao referir-se às especificações dos materiais de consumo a serem utilizados, limita-se a indicar produtos que a SHARP fabrica para suas máquinas copiadoras, tolhendo de modo injustificado, a escolha de outro fornecedor.

Tal procedimento concorre, também, para a criação de um mercado cativo, inibindo o surgimento ou a atuação de outras empresas no mercado de materiais de consumo para máquinas copiadoras, ferindo, assim, as normas da livre concorrência, notadamente no que respeita ao art. 2º, item I, alínea "g" da Lei nº 4.137 e no art. 3º, item XVI, da Lei 8.158.

De igual modo, a referida cláusula contratual infringe o disposto no inciso VIII do art. 3º, da Lei nº 8.158/91, que trata da subordinação de venda à prestação de serviço, configurando a prática de venda casada.

Acompanho, portanto, o digno Conselheiro, Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no mérito e em todos os termos do seu bem elaborado e consistente VOTO.

Marcelo Monteiro Soares

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 31

Representante: TRANSAUTO transportes especializados de automóveis S/A
Representada: FIAT Automóveis S/A

DECISÃO

Por unanimidade de seus membros presentes, o Conselho decidiu pela improcedência da representação e pelo arquivamento do processo, com base nas razões expostas nos votos da Conselheira Relatora e dos demais Conselheiros, dando-se ciência ao Ministério Público da decisão do Colegiado.

Plenário do CADE, 06 de outubro de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO -

NEIDE TEREZINHA MALARD - Conselheira Relatora

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora

PARECER DA PROCURADORA "AD HOC"

***EMENTA:** Rompimento de relações comerciais de prazo indeterminado. Inexistência de elementos nos autos que demonstrem o "objeto" de dominar mercado ou de prejudicar a concorrência. Efeitos não comprovados. Subcontratação de serviços: prática normal de comércio. Inexistência de abuso de poder econômico. Improcedência da representação.*

1. Em representação dirigida à Secretaria de Direito Econômico, TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A. denuncia a FIAT AUTOMÓVEIS S.A. de ter inviabilizado seu funcionamento no Estado de Minas Gerais quando, de maneira unilateral, decidiu romper o contrato que com ela mantinha para o transporte de veículos produzidos por aquela montadora.

Alega a Representante que em 1976 abriu em Belo Horizonte a subsidiária - TEMA TRANSPORTADORA ESPECIALIZADA MINEIRA DE AUTOMÓVEIS - com o objetivo de atender exclusivamente à FIAT, o que fez durante 16 anos ininterruptos. Entretanto, em agosto de 1992, a FIAT lhe comunicou sobre o rompimento do contrato, propondo-lhe que operasse apenas na qualidade de subcontratada de outra empresa transportadora - a SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS LTDA. - , proposta que não aceitou.

A Nota Técnica do DPDE que ensejou a instauração do processo administrativo (fls. 1.069/1.143) afirmou ter havido rompimento abrupto e sem aviso prévio de relação comercial, passível de questionamento judicial, e que a atitude da Representada causou dificuldades ao funcionamento regular do Representante, eliminando-a do mercado de transporte de veículos, além de obrigar duas transportadoras a tornarem-se subcontratadas de uma outra. Essa imposição, segundo o DPDE, em razão da posição dominante da empresa como fabricante de veículos, caracteriza abuso de poder.

Defende-se a representada aos argumentos de que o dolo é elemento necessário ao abuso do poder econômico e de que a rescisão de uma relação contratual de prazo indeterminado não configura infração à legislação, tratando-se de questão puramente contratual, sujeita ao direito das obrigações.

Acrescenta que a exclusão das empresas TRANSAUTO e Sinimbu de seu quadro de transportadores se deu em razão da implantação de um programa de modernização e reestruturação.

2. Em preliminar, suscita a Representada a incompetência da Secretaria de Direito Econômico - SDE, e via de consequência, do CADE, para apreciar a matéria dos autos, por tratar-se de questão puramente contratual, sujeita ao direito das obrigações. Entendo não proceder a preliminar.

A competência do Judiciário para apreciar as questões do direito das obrigações não exclui a da SDE e a do CADE para examiná-las no contexto mercadológico, em que serão examinados os prejuízos causados à concorrência, ao mercado.

É o mestre Miguel Reale que confirma esse entendimento quando diz, em seu parecer de fls. 2.124/2.149, ser inegável a competência do CADE se houvesse quebra de contrato envolvendo abuso de poder econômico. Entretanto, não se pode concluir aprioristicamente pela inexistência de abuso do poder econômico, e assim após a devida apuração dos fatos, que deve ser feita pela Secretaria de Direito Econômico - SDE, na competência que lhe é conferida pela Lei nº 8.158/91.

De maneira diversa não entendeu o il. Jurista Oscar Corrêa, que afirma a competência da SDE para o exame da questão se surgisse alteração das condições de mercado (fls. 1.275). Contudo, só a análise dos fatos poderá revelar se houve ou não essa alteração.

Aceitar o entendimento cerrado de que resilição unilateral de contrato não é matéria que deva ser apreciada pela SDE e pelo CADE é tornar inaplicável o inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91, posto que o rompimento de relações comerciais por prazo indeterminado nada mais é que a resilição de contrato de que trata o direito das obrigações. De certo, contudo, que o legislador balizou apreciação desse rompimento, que deve ser visto como meio utilizado pelo agente para dominar o mercado ou criar dificuldades ao funcionamento de outra empresa.

3. No mérito, sustenta a FIAT a inexistência de dolo, elemento necessário à caracterização de abuso do poder econômico.

Ao contrário de que afirma a Representada, as normas da legislação antitruste pátria não integram o Direito Penal Econômico e sim o Direito Econômico, disciplina jurídica autônoma, vez que constitui-se de princípios que lhe dão especificidade em relação ao regime de outras disciplinas.

Em segundo lugar, não se pode comparar o elemento subjetivo da infração à ordem econômica ao dolo no sentido em que é usado no direito penal: "Dolo é a vontade livre e consciente dirigida ao resultado antijurídico ou, pelo menos, aceitando o risco de produzi-lo" (Nelson Hungria, in Comentários ao Código Penal, vol. 1, Tomo 2º, pág. 111, 4ª ed. 1958).

Como ensina Benjamim Sheiber, "O dolo requer ação voluntária para conseguir (ou aceitar o risco de produzir) um resultado ilícito. Mas, requer também consciência da antijuridicidade do ato. Este último requisito não cabe em uma lei penal, com a finalidade de regular um aspecto da vida econômica do País. A lei antitruste não trata de atos anti-morais como está dito a respeito de crimes, cuja antijuridicidade é reconhecida por cada membro da comunidade" (in Abuso do Poder Econômico, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, págs. 37-38).

Ademais, na apuração e correção dos atos ou atividades considerados como infração à ordem econômica será levado em conta, primordialmente, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, ainda que não caracterize dolo ou culpa dos agentes causadores (art. 22 da Lei nº 8.158/91).

O "objeto" da conduta sob investigação deve ser analisado à luz de seu significado efetivo para o mercado.

Assim, um acordo entre concorrentes para fixação de preços é suficiente para provar que os participantes pretenderam eliminar a concorrência, porquanto esse objetivo não se restringe a uma mera interação, exteriorizando-se, em forma de acordo, em prejuízo do mercado

4. A matéria que se discute neste autos advém de um relacionamento comercial firmado, via contrato verbal por prazo indeterminado, entre duas empresas participantes de mercados distintos: de um lado, FIAT AUTOMÓVEIS S.A., montadora de automóveis e, do outro, TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A., transportadora de automóveis.

A FIAT, após dezesseis anos entregando seus automóveis diretamente à TRANSAUTO para que os transportasse até às concessionárias, decidiu unilateralmente, pelo rompimento de contrato. Resolveu, ainda, que das quatro transportadoras que lhe prestavam serviços duas continuaram a fazê-lo propondo às outras - TRANSAUTO e Sinimbu - que operassem na condição de subcontratadas. TRANSAUTO não aceitou a proposta por entender que a Representada estava favorecendo a SADA Transportes e Armazenagens Ltda., empresas com quem teria que contratar.

A questão que se coloca é se a conduta da FIAT produziu no mercado algum efeito ou se teria tido o "objeto" de produzi-lo, de sorte a ensejar a aplicação da legislação antitruste no seu aspecto repressivo.

O mercado relevante de serviço se delimita pelo grau de substitutibilidade entre os serviços. As transportadoras de automóveis e comerciais leves podem transportar os veículos das diversas montadoras. O fato das carretas necessitarem de adaptações para o transporte de um tipo de automóvel não é suficiente para caracterizar a segmentação do mercado. A própria Representante informa que modificou 80 carretas de sua frota e exigiu de seus subcontratados autônomos que fizessem o mesmo para atender ao transporte do modelo FIAT UNO (fls. 49).

Os demandantes desse mercado não se restringem às montadoras, incluindo-se as locadoras e comerciantes de veículos, e até particulares.

Tendo em vista que as transportadoras podem utilizar seus veículos para transportar automóveis novos ou usados, dos mais diversos modelos das diferentes montadoras, é de se concluir que, no caso dos autos, o mercado relevante de serviços diz respeito ao transporte de automóveis e comerciais leves.

Em termos geográficos, o mercado relevante não se define em função da Representada ou do local onde realiza a contratação dos serviços de transporte, como entende o DPDE, mas em razão da área geográfica onde

atuam todas as empresas transportadoras que se dedicam ao transporte de automóveis comerciais leves.

O mercado de transporte de veículos tem grande parte de sua demanda conceituada em dois Estados da Federação: São Paulo, onde se encontram a Autolatina e a General Motors, e Minas Gerais, onde está a FIAT. Desses dois pontos escoam todos os automóveis "0" km produzidos pelas montadoras, que se utilizam, de forma direta, das empresas transportadoras, e indireta, dos transportadores autônomos, para que seus produtos cheguem às concessionárias de todo o País e aos de portos de exportação.

Conclui-se, pois, que em termos geográficos, e diversamente do entendimento do DPDE (fls. 1.668/1.697) e da Secretaria Nacional da Economia (fls. 1.660/1.667), há um mercado nacional de transporte de veículos e não um mercado regional, localizado em Minas Gerais.

Os efeitos da conduta da Fiat deverão, pois, ser analisados no mercado de serviços de transporte de automóveis e comerciais leves novos e usados em todo o território nacional, onde atuam Transauto e suas concorrentes.

5. Segundo o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, a Representada, ao romper a relação comercial que mantinha com a Representante, causou dificuldades em seu funcionamento, eliminando-a do mercado, além de obrigar duas transportadoras a tornarem-se subcontratadas de uma outra (fls. 1.131 e 1.697). Afirma, ainda, o DPDE que a atitude da FIAT, ao escolher duas empresas para continuar prestando-lhe os serviços, sem exclusividade, favorece à eliminação da concorrência entre as transportadoras (fls. 1.131). Além disso, a proposta de subcontratação feita pela FIAT representa abuso de poder, em razão de sua posição dominante como fabricante de veículos e única contratante de serviços de transporte de mercado regional de Minas Gerais (fls. 1.132 e 1.1697).

A FIAT foi incura no art. 3º, incisos IX e XVI da Lei nº 8.158/91.

Dispõe o inciso IX, verbis:

"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".

De certo que o rompimento de relação comercial por prazo indeterminado pode causar dificuldades ao funcionamento não só da outra

parte contratante, como também de terceiro que, de alguma forma, seja beneficiado com a existência daquela relação comercial. Entretanto, para que tal fato possa interessar à legislação antitruste, há de ter a conduta do agente o objetivo de provocar aquelas dificuldades. Não se pode impor, irrestritamente, àquele que rompeu ou resiliu unilateralmente contrato de prazo indeterminado responsabilidade pelas dificuldades no funcionamento de empresa ou pelos prejuízos sofridos pela denunciada. Dificuldades e prejuízos existem em qualquer atividade negocial e muitas vezes advêm de gerenciamento inadequado ou de fatores exógenos à empresa.

A realização do tipo descrito no inciso IX, exige, necessariamente, a identificação do destinatário da conduta, ou seja, a quem visa o agente causar dificuldades com o rompimento do contrato.

O que se lê no inciso em questão é que o agente, ao romper o contrato, visa causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa e não da outra empresa contratante. De certo que visou o legislador ir além da relação contratual. Se o objetivo fosse alcançar a outra parte contratante, de maneira expressa o teria feito.

Assim, não tendo o DPDE apontado a outra empresa que teria sido o alvo de conduta e não podendo ser a Transauto considerada a outra empresa, de vez que fazia parte da relação comercial rompida, é de se concluir que a conduta da FIAT não se subsume ao referido dispositivo.

Outra conduta que se imputa à FIAT é a prevista no inciso XVI, verbis:

"criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas"

A lei nº 8.158/91 dispõe no caput do art. 3º que para que uma conduta constitua infração à ordem econômica deverá ter por objeto ou produzir o efeito de dominar mercado, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Exige-se, pois, para a caracterização do abuso que a conduta tenha por objeto algum desses fins ou, simplesmente, produza efeitos anticoncorrenciais sobre o mercado, não se podendo considerar a conduta descrita no inciso XVI sem a sua conjugação com o disposto no caput do art. 3º.

O rompimento de relações comerciais por parte da FIAT, visto pelo DPDE como meio de criar dificuldades ao funcionamento de empresas, mais especificamente, à TRANSAUTO, teria tido por objeto o domínio de mercado? Teria esse rompimento repercutido sobre o mercado?

A Representada atua no mercado nacional de fabricação de automóveis e comerciais leves, utilizando-se dos serviços das transportadoras para escoamento de sua produção. Não participa do mercado relevante onde sua conduta teria repercutido. De se afastar, pois, a hipótese de domínio desse mercado.

O outro fim ilícito referido no caput do art. 3º diz respeito ao prejuízo à concorrência.

No entendimento do DPDE, a Representada, com o rompimento do contrato, causou dificuldades ao funcionamento da TRANSAUTO, eliminando-a do mercado.

TRANSAUTO, contudo, não foi eliminada do mercado, porquanto continua a transportar os veículos da Autolatina e da General Motors. Ademais foi-lhe proposto que continuasse a prestar seus serviços à FIAT como subcontratada da outra empresa.

A Secretaria Nacional de Economia entendeu ser a subcontratação economicamente interessante para a TRANSAUTO (fls. 1.660/1.667), mas o DPDE concluiu que a proposta de subcontratação caracteriza abuso de poder por parte da FIAT, em razão da posição dominante que detém enquanto fabricante de veículos e contratante exclusiva de serviços de transportes no mercado regional de Minas Gerais.

No entanto, a subcontratação é prática normal desse mercado. A própria TRANSAUTO prestava à FIAT seus serviços com profissionais autônomos que subcontratava. Não se pode inferir do exercício de uma prática normal de mercado abuso de posição dominante.

Quanto aos efeitos atuais ou potenciais que a conduta da FIAT pudesse ter causado ao mercado, não os vejo demonstrados nos autos, até porque o DPDE se ateve aos possíveis prejuízos causados à TRANSAUTO em decorrência do rompimento, matéria que o próprio Departamento reconheceu ser passível de questionamento judicial.

Diante do exposto, tenho como não configurada a infração à ordem econômica, nos termos do art. 3º da lei nº 8.158/91, opinando pela improcedência da representação e conseqüente arquivamento do processo.

É o parecer

Brasília (DF), 16 de agosto de 1993.

Carla Barroso

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

Trata-se da representação oferecida por TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A. contra FIAT AUTOMÓVEIS S.A., com base na Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, em que a representada é acusada da prática das infrações previstas nos incisos II, IX e XVI do art. 3º da referida lei.

Alega a representante que, quando da instalação da FIAT em Belo Horizonte, por solicitação desta, abriu ali uma subsidiária - Tema Transportadora Especializada Mineira de Automóveis - desenvolvendo no local toda a infra-estrutura rodoviária necessária ao empreendimento, à custa de grande aporte de capital. Assim, a TEMA foi criada com o fim exclusivo de atender a FIAT, o que fez durante 16 anos ininterruptos, mantendo, durante todo esse tempo, nas dependências da fábrica, escritório próprio, que lhe acrescia os custos, compensados estes, no entanto, pela garantia de continuidade dos serviços.

Diz, ainda, a representante que, em virtude da sua eficiência e das vantagens operacionais que tinha condições de proporcionar, era responsável por 70% do transporte dos veículos fabricados pela FIAT, ficando os restantes 30% por conta da empresa BENZANSONI FERRARESI. Com o início das exportações dos veículos FIAT, foram contratadas duas outras empresas transportadoras - SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS LTDA e SIMIMBU MINAS LTDA., ficando a TRANSAUTO responsável por 50% do transporte da representada até agosto de 1992, quando foi comunicada, verbalmente, pelo Diretor de Logística da FIAT que, a partir daquele momento, seus serviços não mais seriam necessários.

Segundo a TRANSAUTO, a explicação que lhe deram, oficiosamente, para o rompimento do contrato foi a de que a representada estaria implantando uma planificação japonesa para redução de custos.

Afirma a representante que o ato da representada inviabilizou suas operações em Minas Gerais, pois a FIAT é a única montadora ali estabelecida, estando suas instalações sem qualquer utilização e inviabilizados 140 mil empregos diretos. À falta de outro mercado, diz a representante que está deixando de fatura, mensalmente, um milhão de dólares.

Alega a TRANSAUTO que seu afastamento pode ser visto como indício de um projeto hegemônico, pois a SADA, detentora do controle acionário da DACUNHA S.A., empresa sediada em São Paulo, responsável por 15% da carga da Autolatina, foi a grande beneficiária do seu afastamento.

Diz, ainda, a TRANSAUTO que tentou resolver o impasse amigavelmente, mas que a FIAT insistia em que a representante operasse apenas na qualidade de subcontratada da SADA, nas mesmas condições do carreteiro autônomo.

Pede, por fim, a notificação da FIAT, na forma da Lei nº 8.158/1991, requerendo, ainda, a adoção de medida preventiva para fazer as partes retornarem ao status quo ante, à vista de incontestes danos à livre concorrência.

Com a Representação vieram os documentos de fls. 20/66.

O DPDE elaborou relatório sobre os fatos narrados na representação, requisitando documentos e esclarecimentos às empresas TRANSAUTO, FIAT, BENZANSONI FERRARESI, SADA, DACUNHA, SADA FORJAS, CIDEM FERRAMENTAS DIAMANTES e ao DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO (fls. 73-B/90).

FIAT enviou a documentação que lhe foi solicitada (fls. 96/240), prestou esclarecimentos e ofereceu defesa prévia (fls. 241/254), alegando, em preliminar, que a matéria dos autos não diz respeito às leis de repressão ao abuso do poder econômico, tratando-se da questão puramente contratual, sujeita ao direito das obrigações.

Diz que o desligamento da TRANSAUTO deu-se em razão da implantação de um programa de modernização e reestruturação, nos moldes dos países desenvolvidos, indispensável ao alcance de padrões de eficiência de suas concorrentes internacionais. Assim, reduziu o número de prestadores de serviços de transporte de veículos, com o objetivo de racionalizar a distribuição e de criar o transporte integrado de veículos e materiais, de sorte a evitar o retorno vazio de caminhões, e o conseqüente aumento excessivo do frete. Buscava, ainda, viabilizar o transporte ferroviário para reduzir a dependência do rodoviário, de custo mais elevado.

Tendo em vista estes objetivos, FIAT selecionou as transportadoras SADA TRANSPORTES E ARMAZENAGENS LTDA. e BENZANSONI FERRARESI TRANSPORTES LTDA., as que melhor se afeiçoavam ao sistema que iria implantar e que, para tanto, já se achavam estruturadas. As empresas TRANSAUTO e SINIMBU foram mantidas como subcontratadas, para que pudessem, paulatinamente, adequar-se à nova modalidade de transporte.

Contesta a alegação da representante de que esta lhes teria cedido o know how, ao argumento de que adotou métodos da matriz italiana, que foram adaptados aqui no Brasil com o suporte da empresa BENZANSONI, responsável pela introdução de técnicas européias no País, tendo ainda,

contado com a colaboração da SADA para a transferência de carga de seus pátios internos para as áreas de embarque em navios.

Nega que tenha exigido que a representante constituísse subsidiária em Minas Gerais, argumentando que todo o faturamento era feito em nome da TRANSAUTO, sendo certo que, como empresa de transporte, haveria de ter todo o instrumental necessário à consecução de seu objeto social, não podendo atribuir ao usuário dos serviços o ônus da aquisição de bens para prestá-los, isentando-se dos riscos próprios da atividade.

Quanto à instalação de escritório da representante no próprio estabelecimento da montadora, FIAT a justifica por exigência de caráter técnico, e não suas, pois facilita o controle de cargas pela própria transportadora.

Refuta a alegação da representante de que tenha inviabilizado suas atividades no estado de Minas Gerais, afirmando existirem ali inúmeras transportadoras, que não dispõem de qualquer vínculo com a FIAT, e que movimentam milhares de veículos pertencentes a locadoras, além de transportarem outras cargas não especializadas, o que também é feito por TRANSAUTO.

Contesta, ainda, a afirmação da TRANSAUTO de que esta teria deixado de utilizar as instalações que fez em Minas Gerais, dizendo que a representante também as usa para o transporte de cargas rodoviárias comuns, dando também suporte ao transporte de veículos produzidos por outras montadoras e destinados àquele Estado.

Quanto ao direito, diz a representada que não há nos autos notícia de que tenha cerceado o ingresso no mercado de qualquer montadora ou empresa, e que a TRANSAUTO não é sua concorrente. Nega que exerça controle regionalizado de qualquer mercado ou rede de distribuição ou de fornecimento, sendo os seus produtos comercializados por rede de distribuição integrada por revendedores autônomos, cuja atividade é regulada por lei especial.

Afirma, ainda, que não formou grupo econômico para inibir a concorrência e que a ruptura de um contrato de natureza comercial não pode ser vista como criação de dificuldade ao estabelecimento ou desenvolvimento de empresa e nem meio de inibir a concorrência, até porque não é concorrente da TRANSAUTO.

Diz, também, que a representação não lhe imputa o objetivo de dominar mercado e que a conduta prevista no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91 requer esse objetivo.

A TRANSAUTO apresentou aditamento à representação (fls. 641/651), fazendo acostar os documentos de fls. 652/660.

As fls. 1069/1134 o DPDE manifestou-se em nota técnica, onde conclui que a relação contratual existente entre FIAT e TRANSAUTO não deveria ser tratada segundo as regras da autonomia da vontade, não havendo dúvidas de que a atitude da representada configura abuso de direito, sendo inadmissível passar o transporte e a distribuição dos veículos FIAT a novas empresas sem que a representante fosse indenizada. A relação comercial em questão teria de ser considerada por tempo indeterminado, exigindo-se para o seu desfazimento notificação ou pré-aviso, por prazo bastante à recuperação e adaptação do estabelecimento do comprador a uma nova linha de atividades.

As razões oferecidas pela FIAT para o desfazimento da relação, segundo a nota técnica, não se confirmam com as provas dos autos, que demonstram ser a TRANSAUTO a empresa com o menor índice de irregularidades. O rompimento abrupto da relação comercial existente entre FIAT e TRANSAUTO causou dificuldades à representante, eliminando do mercado uma concorrente das empresas transportadoras, além de obrigar duas delas a tornarem-se subcontratadas de uma outra. A concorrência fora também eliminada em função da exclusividade dos serviços de transporte dos veículos FIAT por apenas duas empresas.

Ademais, a exigência da FIAT de que a representada fizesse o transporte de seus veículos apenas na condição de subcontratada configura, em razão de sua posição dominante, abuso de poder.

Conclui a nota técnica pela existência de indícios de conduta abusiva do poder econômico, tipificada nos incisos IX e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, combinados com as alíneas a e g do inciso I do art. 2º da lei nº 4.137/62, e propõe a instauração do competente processo administrativo.

Instaurado o processo (fls. 1144), a representada foi notificada para oferecer defesa prévia (fls. 1138), o que fez às fls. 1264/1279.

Diz a representada que o dolo é elemento necessário ao abuso do poder econômico e que a rescisão de uma relação contratual de prazo indeterminado não configura infração à legislação. Aduz que a única acusação que pesa sobre si é a de ter rescindido um contrato sem o pré-aviso de 30 dias, prazo que, em virtude da facilidade com que qualquer das partes poderia adequar-se à nova situação criada pelo término do contrato, pouco ou nenhum efeito teve para a parte afetada.

Afirma que a denúncia não visou prejudicar a representante e que buscou a proteção aos direitos do consumidor, com a implantação de métodos que resultassem em barateamento do produto final, medida que recebeu a aprovação do Sindicato dos Transportadores.

Diz que não pode ser compelida a manter fornecedores e prestadores de serviços, sob pena de obstar o desenvolvimento último do produto e a redução do respectivo preço final, e que os valores do frete já haviam diminuído a partir de março de 1992.

Aduz que nem a representação nem a nota técnica apontaram ajuste ou acordo entre a FIAT e a SADA, elemento integrante do tipo contido na alínea a do inciso I do art. 2º da Lei nº4.137/62, necessário à configuração do domínio de mercado.

Quanto à incidência da hipótese prevista na alínea g do citado inciso, diz que a criação de dificuldade ao funcionamento e desenvolvimento de empresa decorre do efetivo e real domínio de mercado, e não de possibilidade eventual e remota de que esse resultado pudesse hipoteticamente ocorrer.

Diz que é a TRANSAUTO quem transgredir o princípio constitucional da livre concorrência ao querer impor-se como fornecedora de serviços à representada, contra a vontade desta.

Protesta, por fim, pela produção de provas.

O arrazoado da defesa prévia se fez acompanhar dos documentos de fls. 1280/1326.

Às fls. 1345/1356 está a manifestação da TRANSAUTO sobre a defesa prévia oferecida pela FIAT, reafirmando os argumentos anteriormente despendidos.

À fls. 1357 a FIAT fez juntar parecer do eminente Ministro Oscar Dias Corrêa (1358/1401), cujos judiciosos fundamentos podem ser assim sintetizados:

a repressão ao abuso do poder econômico só pode se efetivar de conformidade com o texto constitucional, ou seja, a posteriori, diante do concreto, real, consubstanciado em ação que tenha por objetivo, finalidade ou resultado a dominação de mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros;

a competência para o exame da questão é do juízo comum, onde os contratos, suas dúvidas e rescisão são debatidos e resolvidos, porquanto a Secretaria só pode examinar matéria que importe em alteração das condições de mercado;

os contratos não são feitos para durar permanentemente e a representada haveria de atender às necessidades de

racionalização e modernização de suas atividades, e não aos interesses da representante. A prevalecer o entendimento da SDE, todos os distratos configurariam abuso do poder econômico, pois aptos a causar dificuldades ao distrato, reduzindo-lhe a clientela, a receita e o lucro;

a Lei nº 8.158/91 é antes um texto adjetivo, dedicando à fixação do procedimento apuratório do que uma lei definidora de hipóteses de abuso do poder econômico. As normas definidoras de ilícitos e sanções são aquelas da Lei nº 4.137/62 e da Lei nº 8.137/90, diplomas substantivos;

o art. 3º da Lei nº 8.158/91 é inaplicável à espécie porque se refere a acordo ou deliberação conjunta de empresas, e a representante refere-se somente à FIAT, não tendo ficado demonstrada a conjugação de empresas. Se a conduta ilícita se refere a ato, este não poderia ser a rescisão do contrato com a representante, que é uma prática regular do mercado concorrencial;

a representada pode, se quiser, constituir empresa sua para a prestação de serviço de transporte ou, de acordo com sua convivência, contratar e descontratar uma ou quantas empresas quiser, sendo esta a garantia de sua liberdade no livre mercado;

o fato da representante tentar regionalizar o mercado relevante, fixando-o em Minas Gerais, pouco altera o quadro econômico ou a realidade legal, não obrigando a FIAT a submeter-se a processo controlado de contratação. Inexiste, contudo, o mercado regionalizado, porquanto as demais empresas montadoras enviam para Minas seus veículos, e outros por ali passam, com destino aos demais Estados, sendo certo que a representante atua a nível nacional; com a rescisão do contrato, FIAT objetivou a racionalização do transporte, não podendo o Estado intervir para impor-lhe a obrigação de entregar o serviço de transporte a uma ou mais empresas.

Opina, finalmente, o ilustre parecerista pelo arquivamento da representação, por absoluta falta de objeto.

Os depoimentos das testemunhas estão às fls. 1596/1616, com a completção de fls. 1621/1622 e de fls. 1638/1640, 1655/1658.

As fls. 1.661/1.667 encontra-se o parecer da Secretaria Nacional de Economia, que conclui pela existência de abuso do poder econômico por parte da FIAT.

Em seguida, vem o relatório do DPDE (fls. 1668/1697), onde se afirma que o rompimento da relação contratual causou à representante dificuldades no mercado regional de transporte de veículos, e que a proposta da FIAT de que TRANSAUTO se vinculasse como subcontratada para a prestação dos serviços, em virtude da posição dominante da representada, constitui abuso de poder.

O processo foi encaminhado ao Secretário de Direito Econômico para os fins do art. 6º da Lei nº 8.158/91.

Às fls. 1712/1725 está o parecer do Coordenador de Apoio Técnico-Jurídico da SDE, sugerindo ao Secretário o arquivamento do processo, porquanto não comprovada a existência de dano, a dominação de mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucro, condição sine qua non para a remessa dos autos ao CADE.

Acatando o parecer de seu Coordenador, o Secretário determinou o arquivamento do processo, ao argumento de que os fatos objeto da representação eram insubsistentes para caracterizar infração à ordem econômica (fls. 1726).

Iresignada com a decisão do Secretário da SDE, recorreu a representante ao Ministro da Justiça, oferecendo as razões de fls. 1736/1756.

Com as razões vieram os documentos de fls. 1757/1820.

Contra-razões, acompanhadas de documentos, às fls. 1832/1887.

Às fls. 1889/1895 manifestou-se o Consultor Jurídico do Ministério da Justiça, pelo provimento do recurso, manifestação que o Ministro da Justiça acolheu, decidindo pela submissão do processo ao CADE e determinou a remessa dos autos à Secretaria de Direito Econômico para as necessárias providências (fls. 1896)

Na Secretaria promoveu-se a notificação da representada para oferecer defesa final (fls. 1898), vindo aos autos a petição de fls. 1909/1928 e os documento de fls. 1929/2016.

Às fls. 2020/2065 encontra-se o relatório final do DPDE, repetitivo dos anteriores quanto à matéria que realmente interessa à controvérsia, concluindo pela remessa do processo ao CADE.

O processo foi remetido a este Conselho pelo Secretário de Direito Econômico (fls. 2084), vindo a mim distribuído (fls. 2085).

TRANSAUTO requereu o restabelecimento de suas relações com FIAT, através de medida preventiva, pedido que interferi (fls.2119).

As fls. 2089/2101, 2.124/2149 e 2150/2195 encontram-se os pareceres dos ilustres juristas Tercio Sampaio Ferraz, em favor de Transauto, e Miguel Reale e Eros Roberto Grau, favoráveis à FIAT.

Em seguida, veio o parecer da ilustre Procuradora do CADE, Dra. Carla Barroso, pela improcedência da representação (fls. 2.197/2.203).

Representante e Representada firmaram, mais uma vez, suas posições através de memoriais (fls. 2.213/2.281).

É o relatório

Neide Teresinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

EMENTA ROMPIMENTO DE RELAÇÃO COMERCIAL DE PRAZO INDETERMINADO. CRIAÇÃO DE DIFICULDADES AO FUNCIONAMENTO DE EMPRESA. CRIAR DIFICULDADES AO FUNCIONAMENTO OU DESENVOLVIMENTO DE EMPRESA. INCISOS IX E XVI DO ART. 3º DA LEI Nº 8.158/91

1- A dificuldade de que trata o inciso IX da Lei nº 8.158/91 é aquela causada em decorrência do rompimento de uma relação comercial. O rompimento da relação comercial existente entre duas ou mais empresas ou as dificuldades que se imponham nesse relacionamento não de prejudicar outra empresa, terceira pessoa, estranha à relação.

2- A hipótese de dificuldade mais ampla, prevista no art. 2º, I, g da Lei nº 4.137/62, foi absorvida pelo inciso XVI da Lei nº 8.158/91. 3- Exige-se para a configuração das infração previstas nos incisos IX e XVI o objeto anticoncorrencial ou o efeito real ou provável sobre o mercado, indemonstrado, in casu. Improcedência da representação.

VOTO

1- FIAT AUTOMÓVEIS S.A. é acusada de ter praticado conduta abusiva do poder econômico por romper, abruptamente, relação contratual de prazo indeterminado que manteve com TRANSAUTO, TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A., durante 16 anos. Em consequência, foi incurso no art. 3º, incisos IX e XVI da Lei nº 8.158, de 10 janeiro de 1991, 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:

.....
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;

Segundo o relatório do DPDE (fls. 1668/1697), o rompimento da relação contratual pela FIAT causou à TRANSAUTO dificuldades no mercado regional de transporte de veículos, e a proposta da FIAT de que TRANSAUTO se vinculasse a outra empresa, como subcontratada, para a prestação dos serviços, constitui abuso de poder em razão da posição dominante da Representada.

2- Podem ser assim sumarizados os argumentos de defesa oferecidos pela FIAT nas diversas oportunidades que teve de se manifestar no processo, inclusive através de pareceres dos renomados juristas Professores Oscar Dias Corrêa, Miguel Reale e Eros Roberto Grau:

- a rescisão unilateral da relação contratual que FIAT mantinha com TRANSAUTO diz respeito ao direito das obrigações, onde predomina a vontade das partes, e não à defesa da concorrência, competindo, pois, ao juízo comum, e não ao CADE, apreciar os efeitos jurídicos do rompimento;

- o desligamento da TRANSAUTO deu-se em virtude da adoção de um programa de modernização e reestruturação da empresa, objetivando o atingimento de padrões de qualidade e de eficiência de suas concorrentes internacionais, bem como o barateamento do frete em benefício do consumidor, programa este que sequer foi examinado pelos técnicos da Secretaria;

- por essa razão, escolheu apenas duas empresas transportadoras, as que melhor se afeiçoavam ao novo programa, para realizar diretamente os serviços de transporte, oferecida, no entanto, à TRANSAUTO a oportunidade

de também transportar os veículos da FIAT, mas na condição de subcontratada;

- a Lei nº 8.158/91 é antes um texto adjetivo do que uma lei definidora de hipóteses de abuso do poder econômico, estando os ilícitos e sanções definidos na Lei nº 4.137/62 e na Lei nº 8.137/90;

- a representada pode contratar quantas empresas quiser para realizar o transporte de seus veículos e, até mesmo, constituir para tanto empresa própria; assim, exerceu apenas sua liberdade contratual, escolhendo com quem fazer o transporte;

- o abuso do poder econômico, na forma da constituição de 1988, não se refere apenas à qualidade do ato, significando, ainda, uma qualidade do agente; é conduta que visa determinados fins e, sem intencionalidade, não há abuso do poder econômico;

- a hipótese do inciso XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91 só incide quando as empresas são concorrentes entre si, enquanto que aquela do inciso IX exige intenção e resultado;

- o rompimento não causou nenhuma repercussão no mercado de sorte a comprometer seu regular funcionamento.

3- A indiciada insurge-se contra a instauração do processo administrativo ao fundamento de que o rompimento de uma relação contratual é matéria afeta ao direito das obrigações, onde prevalece a autonomia da vontade como corolário do princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição.

É certo que o conjunto de princípios e regras inseridas no Título VII da Constituição Federal identifica a ordem econômica e financeira como um sistema capitalista, fundado na propriedade privada e na livre iniciativa (art.170), alçada desta última, também, a princípio fundante do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV).

Indubitável, ainda, que a livre iniciativa se expressa na liberdade que tem qualquer indivíduo, pessoa física ou jurídica privada, de exercer atividade econômica de sua escolha, independentemente de autorização ou licença do Poder Público, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas em lei,.

O princípio da livre iniciativa, no entanto, há de ser entendido no contexto histórico atual, já que passou por algumas transformações desde sua concepção original no Estado liberal.

Em sua origem, caracteriza-se pelo mais absoluto individualismo, tida como maléfica qualquer interferência do Estado na concorrência entre os indivíduos. Na concepção liberal, o Estado deve apenas garantir aos indivíduos o exercício de seus direitos no campo das liberdades individuais

que são o discurso, a propriedade e a atividade econômica. A intervenção do Estado é aceita apenas na condição de garantidor e tutor dessas liberdades.

Na passagem do Estado liberal para o social, o princípio da livre iniciativa sofre as limitações impostas pelo interesse coletivo. Não mais se crê que o interesse individual possa conduzir à relação do bem geral, devendo o próprio Estado assumir a tarefa de conformar a atividade econômica à ordem social. O individualismo é superado pelo intervencionismo estatal, que se propõe não somente a garantir os chamados direitos fundamentais da pessoa humana, mas também a assegurar a realização do bem estar social, através dos direitos sociais.

A liberdade de iniciativa, postulado que atribui ao particular, e não ao Estado, a exploração da atividade econômica não pode ser interpretada como outorga ampla para o exercício dessa exploração, conforme bem entender o agente econômico. Liberdade de iniciativa não significa ampla liberdade de contrato. A ordem econômica preconizada na Constituição requer a integração de dois princípios, o da valorização do trabalho humano e o da livre iniciativa, para se atingir seu fim único que é a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170).

O princípio da livre iniciativa densifica-se na medida em que se lhe integra o princípio da livre concorrência, que não lhe é antagônico, completando-o, ao contrário. Significa, como afirma o Professor Eros Roberto Grau, o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados (fls. 2174).

Na verdade, a liberdade dos indivíduos de explorar os meios de produção, de acordo com suas aptidões e disponibilidades, só pode ser exercida na medida em que lhes é assegurado um mercado livre da atuação perversa de agentes econômicos poderosos e aberto a quantos queiram nele ingressar para vender e comprar bens e serviços.

O princípio da livre concorrência serve, ainda, de freio a políticas de governo que, em detrimento do bom funcionamento do mercado, promovem, em regime cartorial, a concessão de privilégios a empresas ou grupos de empresas, discriminando suas concorrentes.

Diga-se, porém, que o princípio da livre concorrência não conduz à antijuricidade do poder econômico. O sistema adotado pelo texto constitucional não é o da *per se* condemnationen, mas o da regra da razão, o que vale dizer que o poder econômico só pode ser reprimido quando orientado à dominação do mercado ou quando atua de forma lesiva à concorrência.

Assim, o objetivo da repressão, como bem observa o Professor Oscar Dias Corrêa, é "impedir que o regime político-econômico neoliberal, estabelecido na Constituição Federal, seja inviabilizado pelos abusos e

distorções que a própria concorrência pode conduzir: se a concorrência é da essência do regime, qualquer distorção é a morte da concorrência e do regime" (fls. 1.979).

4- As mais corriqueiras atividades comerciais, como simples celebração de um contrato de fornecimento ou de prestação de serviços, muito embora regidas pelo direito privado quanto às relações que as partes estabelecem entre si, podem transcender os interesses particulares ali regulados para repercutir no mercado, atingindo interesses difusos. E nesse momento que a supremacia do interesse público faz com que a prática comercial comum se torne relevante para a defesa da concorrência e nem mesmo a composição e que eventualmente chegem as partes poderia afastar a conduta da apreciação do órgão competente, de proteger a concorrência, in casu, a Secretaria de Direito Econômico - SDE.

Como bem realçado por Washington Peluzo Albino de Souza, diante da ordem pública econômica não satisfaz o vago e indeciso princípio de que o contrato é lei entre as partes desde que seu objeto seja ilícito, sem que essa licitude esteja vinculada aos dados fundamentais da política econômica. Ademais, assevera o mestre, "adotado o princípio ideológico de que a propriedade deva cumprir função social, modifica-se o sentido de ilícito. Quando deixe de cumprir tal função, está comprometido o princípio e, assim os expedientes para vencer a concorrência, embora baseados no direito à propriedade privada e na liberdade de iniciativa econômica, condicionaram-se ao interesse social, para que sejam lícitos" (in Primeiras Linhas de Direito Econômico, 2ª Edição, Editora Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1992, p. 153).

Assim acordos verbais ou escritos, práticas sutis e disfarçadas, atos de qualquer natureza, enfim, qualquer conduta que tenha como objeto prejudicar a concorrência, dominar mercado ou aumentar arbitrariamente os lucros, ou que resulte efeito atual ou potencial no mercado, é passível de investigação pela SDE, em razão da virtualidade do dano que possa causar à concorrência.

A representante, em sua denúncia, apontou fatos que se apresentavam como indícios de infração à ordem econômica. Era, pois, dever do Secretário da SDE de, na forma da lei, instaurar o processo administrativo para colher informações, pedir esclarecimentos, ouvir a representada para, então, formar seu juízo, concluindo pelo arquivamento da representação ou pela continuidade do processo.

Conforme bem realçado pela ilustre Procuradora do CADE, Dra. Carla Barroso, o argumento de que o rompimento de certo contrato é matéria afeta ao direito das obrigações só deve ser utilizado para o arquivamento da

representação, depois do exame acurado do caso e de formada a convicção da autoridade de que os efeitos daquela conduta desvalem para o mercado, refletindo apenas um conflito de interesses cuja solução só pode ser dada pelo Poder Judiciário.

Diante de qualquer conduta indiciária de abuso do poder econômico tem o Secretário o dever de determinar a apuração e sobre ela se manifestar, dever que decorre de sua competência legal, que não pode ser delegada a qualquer órgão ou autoridade.

O verdadeiro contencioso que se instaurou neste processo entre representante e representada, à margem da lei, aliado às acusações dirigidas às várias autoridades e servidores do Ministério da Justiça, que dele participaram, demonstram a fragilidade do atual sistema de apuração de infrações à ordem econômica. Fosse a Secretaria de Direito Econômico órgão autônomo e independente, não se perderia tempo com denúncias infundadas de desvio funcional, descartadas, aliás, na sindicância intaurada para apurá-las.

Não há desvio funcional quando se cumpre o dever legal. Desvio funcional teria cometido o Secretário se, diante de uma conduta que pudesse configurar abuso do poder econômico, deixasse de instaurar o devido processo, porquanto a lei não lhe conferiu discricionariedade para assim agir, impondo-lhe, ao contrário, a obrigação de, à vista de indícios, notificar o agente para prestar os devidos esclarecimentos o que, evidentemente, só pode ocorrer com a instauração do processo.

Irrepreensível, pois, a decisão do Sr. Ministro da Justiça que acolheu a conclusão do relatório da Comissão de Sindicância apenas quanto à não ocorrência de desvio funcional, reconhecendo a competência da SDE para prosseguir investigações da conduta indiciária. Desautorizada, assim, a manifestação das autoridades sindicantes pela inexistência de abuso do poder econômico, pela mais absoluta falta de competência legal para sugerir o arquivamento de representações oferecidas com base na Lei nº 8.158/91.

Desta feita, concluída a fase apuratória e remetidos os autos ao CADE para julgamento, tem competência este Conselho para julgar o processo, conforme expresso no art. 7º da referida lei.

É evidente que a competência do CADE se restringe à apreciação da conduta à luz das leis especiais de defesa da concorrência, e não do direito comum. Não compete por certo ao CADE apreciar os efeitos jurídicos da resilição vis a vis as partes contratantes, mas se esses efeitos repercutiram no mercado de maneira anticoncorrencial.

5- A representada é acusada de infringir a ordem econômica por ter rompido uma relação contratual de 16 anos, que mantinha com a

representante, causando a esta dificuldades de funcionamento. Segundo o DPDE (fls. 1069/1134), não há dúvidas de que essa atitude da FIAT configura abuso de direito, pois a transferência do transporte efetuado pela TRANSAUTO para outras empresas não poderia se realizar sem que a representante fosse indenizada, e de que o contrato, não poderia ser rescindido sem o necessário pré-aviso, suficiente para a recuperação e adaptação dos negócios da transportadora.

Essas questões, ao meu ver, não dizem respeito à controvérsia que compete a este Conselho decidir, posto que afetas ao direito comum.

O que cabe ao CADE julgar é se a conduta da FIAT, ao romper a relação contratual que mantinha com TRANSAUTO, estava direcionada ao domínio do mercado ou ao prejuízo da concorrência ou, se essa conduta produziu ou seria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais. Esse o mérito da questão que passo a passo a examinar.

6- Em primeiro lugar, é de se verificar se a conduta da FIAT ao romper as relações com a TRANSAUTO teve como objeto dominar o mercado.

O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado; no aspecto passivo, a empresa dominante não se deixa influenciar pelo comportamento das demais participantes do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, excluindo, assim, a concorrência.

Em mercados oligopolísticos, e aqui se inclui o de fabricação de veículos, cuja estrutura facilita a ação conjunta das empresas que o compõem, para fins de aplicação das leis de defesa da concorrência, admite-se que uma empresa possa dominar o mercado ainda que tenha concorrentes tão poderosos quanto ela (cf SHIEBER, Benjamin M. - Abusos do poder econômico (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.), Ed. Revistas dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1966, p. 51).

No entanto, é a qualidade e não a quantidade desse domínio que importa para a concorrência, pois a lei não pune a posição dominante quando ela advém de práticas comerciais lícitas. O que se reprime é o abuso da posição dominante. Assim, as expressões "dominar mercados" e "domínio de mercado", como postas no art. 2º, inciso I da Lei nº4.137/62 e no caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91 não de ser entendidas não como mero poder de agir, mas como o domínio abusivo, o abuso da posição dominante. Isto porque o poder econômico anticompetitivo é aquele que se exerce para controlar preços e

eliminar a concorrência. Se o poder de mercado é atingido acidentalmente, em decorrência de tecnologia ou de outro recurso legalmente aceito, não pode ser considerado abusivo, pois nesse caso são a competência e a eficiência da empresa que a colocam em posição privilegiada.

A posição dominante de uma empresa não se mede em função apenas de sua participação relativa no mercado. Outros fatores são levados em consideração na aferição do poder econômico de uma empresa com vistas à aferição de sua abusividade.

As decisões das cortes americanas e da Corte Européia de Justiça têm oferecido subsídios valorosos nesse particular e a doutrina, ao analisar os casos judiciais, tem buscado a sistematização de critérios que possibilitem a aferição da posição dominante para se verificar sua condição abusiva. Esses critérios se voltam tanto para a estrutura e desempenho do mercado quanto para o comportamento da empresa.

Quanto à estrutura do mercado, considera-se, basicamente, a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, oriundas de vantagens que permitem a uma empresa dominante beneficiar-se de custos de produção ou de distribuição menores do que os de seus concorrentes que operam em escala comparável; vantagens resultantes da diferenciação de produtos; integração vertical da empresa e seu avanço tecnológico, para citar apenas alguns critérios. A análise desses aspectos possibilita a aferição dos efeitos que a conduta do agente possa causar sobre o mercado.

Enquanto que o mau desempenho de um mercado, caracterizado pela alta de preços e pelo aumento dos lucros de certo agente econômico, pode-se inferir sua posição dominante abusiva, a análise do comportamento do agente tem, entre outros, o propósito de estabelecer se a conduta teve por objeto desencorajar a entrada ou o desenvolvimento de concorrentes. Permite, ainda, demonstrar se uma conduta qualquer não constitui apenas indício da posição abusiva, mas sim a própria causa desta.

A análise desses fatores não só possibilita determinar a posição dominante de uma empresa em relação ao mercado relevante, como permite, também, a apreciação global da atuação da empresa, tomando-se em conta o conjunto dos mercados nos quais ela intervém.

Para não se correr o risco de inviabilizar o processo de desenvolvimento e de crescimento dos agentes econômicos, obedecidas obviamente as normas que reagem o mercado concorrencial, as práticas comerciais adotadas por uma empresa que detenha posição dominante em certo mercado hão de ser analisadas à luz de critérios objetivos que permitam aferir a ilicitude da conduta.

Assim considerando que o grau de concentração do mercado constitui fator importante da dominação, e que o mercado de fabricação de veículos é um mercado oligopolístico, do qual a representada detém parcela considerável, estando, portanto, apta a exercer abusivamente seu poder de mercado; considerando, ainda, que a dominação de um mercado não é suficiente para estabelecer seu caráter abusivo, valho-me dos critérios acima enunciados para analisar o comportamento da FIAT e as condições em que ocorreu a conduta que se lhe imputa.

7- O poder de agir de uma empresa, isto é, sua posição dominante, há de ser medido em função do mercado em que atua, o mercado relevante.

Os relatórios e notas técnicas que vieram aos autos não fazem qualquer referência quanto ao mercado que a FIAT objetivasse dominar. Assumo, no entanto, que seja o mercado de fabricação de veículos de passageiros e comerciais leves, o de atuação da representada. Considero, então, em relação ao produto o referido mercado e tomou como mercado relevante geográfico a totalidade do mercado nacional, pois os automóveis da marca FIAT são comercializados e utilizados em todo o País, juntamente com os veículos de outras marcas nacionais e estrangeiras, com os quais concorre.

À falta de elementos suficiente no processo que demonstrem a situação do mercado de fabricação de veículos, no qual, segundo o DPDE, a FIAT estaria abusando de sua posição dominante para causar dificuldades à TRANSAUTO ou a outras empresas, louvo-me em documento notório, o Anuário Estatístico da ANFAVEA 1957/91, que traz as necessárias informações para esse fim.

O mercado brasileiro de montadoras de veículos das categorias automóveis e comerciais leves é composto de três grandes empresas - a Autolatina Brasil S.A., formada pela Divisão Ford e pela Divisão Volkswagen, a General Motors do Brasil Ltda. e a FIAT Automóveis S.A. - que detinham juntas, em 1991, 99,5% do mercado, sendo a parcela residual de 0,5% distribuída entre duas empresas de pequeno porte, a Gurgel Motores S.A. e a Toyota do Brasil S.A.

A Autolatina detém a maior parcela do mercado de automóveis e comerciais leves, com 49,3% dos veículos fabricados em 1991, dos quais 15,2% pertencem à Divisão Ford e 34,1% à Divisão Volkswagen. A FIAT detém 27,2% da produção desse mercado, seguida da General Motors com 23,0%

Em relação ao capital social, a FIAT é a terceira maior empresa automobilística do País. Seu capital corresponde a aproximadamente um terço do capital da Autolatina e a dois terços do capital social da General Motors, segundo os dados da ANFAVEA, que se referem à totalidade das atividades

das empresas, envolvendo sete fábricas da Autolatina, quatro fábricas da General Motors e uma da FIAT.

A Autolatina produziu, em 1991, 428.838 automóveis e comerciais leves. A General Motors obteve uma produção de 193.076 no mesmo ano, enquanto que a FIAT colocou no mercado 255.556 unidades, também em 1991.

Verifica-se desses dados que a FIAT detém poder de mercado, mas que, em função da equilibrada participação relativa das empresas da indústria automobilística, difícil seria que a atuação independente de qualquer delas, em relação às concorrentes, substanciada numa conduta vertical isolada, como é o caso do rompimento das relações com a TRANSAUTO, pudesse causar dificuldades ao funcionamento de qualquer competidora.

Não consigo vislumbrar, ainda que remotamente, como que o rompimento de relação FIAT/TRANSAUTO poderia conduzir ao domínio da FIAT no mercado de fabricação de veículos.

Estar-se-ia pensando na possibilidade de um plano ardiloso por parte da FIAT de, a partir desse rompimento com a TRANSAUTO, dominar também o mercado de transporte de veículos 0 KM, com o objetivo de prejudicar as montadoras concorrentes, negando-se a transportar os veículos por elas fabricados, causando-lhes com isso dificuldades a ponto de retirá-las do mercado, para que a FIAT, então, pudesse exercer o pleno domínio desse mercado?

A hipótese me parece absurda; na verdade, materialmente impossível.

Seria, então, o mercado de transporte de veículos 0 KM que a FIAT objetivasse dominar, tendo entrado em conluio com as empresas que manteve como contratadas?

Não me parece ter sido esse o entendimento do DPDE já que não investigou o suposto conluio e nem chamou ao processo as transportadoras que remanesceram. Ademais, essa hipótese da dominação seria muito remota, sendo certo que as condutas abusivas do poder econômico devem ser examinadas aos seus efeitos atuais ou prováveis no mercado relevante, e não remotos.

8- Integra, ainda, o tipo descrito no inciso IX, uma outra orientação para a conduta abusiva: causar dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de outra empresa.

A produção, até atingir o consumidor, seu destinatário final, passa por vários níveis. A relação entre as partes envolvidas no processo produtivo nesses diversos níveis é conhecida como uma relação vertical. Essas relações

podem configurar abuso do poder econômico, apesar de não existir concorrência entre vendedores e compradores de bens e serviços. É que práticas, arranjos ou acordos entre eles podem afetar a concorrência no mercado de atuação de ambos ou de apenas um deles. É a possibilidade dos efeitos desse relacionamento no mercado que interessa à defesa da concorrência.

A conduta descrita no inciso citado, em que foi incursa a Representada, é pertinente a esse relacionamento vertical.

A representante ofereceu parecer do ilustre Professor Tercio Sampaio Ferraz que, ao interpretar o citado dispositivo, assim se manifesta:

"O inciso XVI reza: "criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas". Nesta (sic) formulação aparece também, como uma pequena diferença, na Lei 4.137/62 (art. 2º, I, g). Nos termos da Lei nº 8.158/91, e em confronto com o inciso IX, é importante destacar a diferença. Na Lei nº 4.137/62 empresa está no singular. Na Lei nº 8.158/91, no plural. Esta diferença nos leva a dizer que o disposto na Lei nº 4.137/62 foi absorvido no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8,158/91. Como vimos, ali se cuida da repercussão dos atos no funcionamento de outra empresa. Já no inciso XVI, a infração está no comportamento do agente de um conjunto ou de uma empresa dentro de um conjunto. No inciso IX, outra empresa pode ser aquela que não é concorrente. No inciso XVI trata-se de um contexto de concorrentes. Daí o peculiar objetivo de dificultar a constituição e o desenvolvimento além do funcionamento. Além disso, não é preciso que entre o agente e as empresas haja relações comerciais. Basta o contexto concorrencial. Mas é possível enquadrar nesse inciso a conduta que atinge empresas de um outro mercado concorrente, com o qual o agente se relacione embora não concorra dentro dele, criando, indiretamente, um prejuízo à livre concorrência."

Ouso discordar do ilustrado mestre. A conduta prevista no art. 2º, I, g da Lei nº 4.137/62 não é a mesma contida no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91. No último dispositivo trouxe o legislador nova hipótese de conduta abusiva. A dificuldade de que trata o inciso IX da Lei nº 8.158/91 é aquela

que decorre de um contexto contratual, causada em virtude do rompimento de uma relação comercial. Trata-se de dificuldade específica. Não é qualquer dificuldade que tenha por objetivo o domínio de mercado ou o prejuízo à concorrência. Essa hipótese de dificuldade mais ampla, prevista no art. 2º, I, g da Lei nº 4.137/62 foi absorvida pelo inciso XVI da Lei nº 8.158/91. Nesses dois dispositivos aparece exatamente a mesma conduta, não se podendo diferenciá-las apenas por conta da letra "s" inserida na palavra empresa, na última versão. Trata-se, a meu ver, de regra gramatical que autoriza a utilização do plural pelo singular e vice-versa.

Na hipótese do inciso IX, o rompimento da relação comercial existente entre duas ou mais empresas ou as dificuldades que se imponham nesse relacionamento não de prejudicar outra empresa. Trata-se, pois, de terceira pessoa, estranha à relação. Se a empresa visada estivesse no contexto da relação, o legislador, por certo, ao invés de dizer "causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa" teria dito "causar dificuldades ao funcionamento da outra parte".

A conduta de que trata o aludido inciso poderia ser exemplificada no caso de um fornecedor de matéria prima que rompesse o fornecimento que fazia habitualmente a um fabricante de determinado componente de um automóvel, com o objetivo de prejudicar certa montadora de veículos.

A toda evidência, sendo a TRANSAUTO parte na relação rompida não deteria ela a qualidade da outra empresa, não se tendo conta nos autos da outra empresa que, no contexto concorrencial, tivesse sido prejudicada com o rompimento.

Não vejo, pois, na conduta da FIAT a realização do tipo descrito no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

9- A representada foi ainda acusada de criar dificuldades ao funcionamento da TRANSAUTO, prática descrita no inciso XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91. As dificuldades teriam decorrido do rompimento da relação contratual, tendo a FIAT abusado da posição dominante que detém para, unilateralmente, terminar uma longa relação comercial sem que os investimentos realizados tivessem tido tempo de ser absorvidos.

A questão dos investimentos realizados pela TRANSAUTO para prestar serviços no contexto concorrencial. A TRANSAUTO teria feito vultosos investimentos para se instalar junto á FIAT, com a finalidade de prestar-lhe serviços. O rompimento da prestação desses serviços, antes que o custo do investimento fosse absorvido, teria sido prejudicial ao mercado.

Com todo o respeito intelectual que dispenso aos defensores dessa tese, os ilustres professores Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz, a cujas

obras recorro com frequência, achando sempre as soluções buscadas, permitindo-me deles discordar.

A questão dos investimentos na defesa da concorrência é considerada, com certa frequência, na análise de barreiras à entrada de novas empresas em alguns mercados. O alto nível de investimentos que se requer em algumas atividades pode tornar certo mercado pouco competitivo. Nesse mercado, as dificuldades por que viesse a passar uma empresa em função do rompimento de um contrato, quanto ainda se empenhava para reaver seus investimentos, poderiam trazer conseqüências prejudiciais à concorrência.

Num mercado competitivo, em que há vários partícipes, os preços são razoáveis, os consumidores podem livremente escolher o que comprar e a que preço, a questão da possibilidade ou não de denúncia unilateral em função de investimentos realizados pelo agente econômico pode ter ou nenhuma importância. Ao contrário, num mercado não competitivo, o rompimento da relação poderá ser danoso à concorrência, independentemente de investimentos vultosos terem sido absorvidos ou não.

Os investimentos devem, pois, ser olhados no contexto concorrencial. Se há várias empresas no mercado prestando serviços de forma eficiente e a preços competitivos, o fato de um contrato ser mantido com uma delas só por conta de investimentos realizados e não absorvidos, em nada afetaria esse mercado. Da mesma forma, nenhum efeito substancial nele ocorreria se o contrato fosse rompido.

Ao argumento de que o mercado requer relações estáveis entre os agentes econômicos, e que, por isso, a lei reprime as rescisões unilaterais, sem pré-aviso, contraponho outro: o de que mais importante para o mercado do que a estabilidade das relações entre os agentes é a eficiência dessas relações em benefício do consumidor. Relações estáveis são muitas vezes fruto de uma situação acomodada, em que as partes não são expostas ao processo competitivo. Ademais, a liberdade de rescindir pode ser fundamental para a concorrência naqueles mercados em que, inexistindo a competição por preço, a preferência dos demandantes por certos clientes ou serviços torna-se o único elemento concorrencial.

Na espécie, não há como identificar no mercado de serviços de transporte de veículos 0 Km, onde se atuam várias empresas, os efeitos anticoncorrenciais que pudessem decorrer da não absorção dos investimentos efetuados pela TRANSAUTO. A questão de ter TRANSAUTO absorvido ou não, nos dezesseis anos que prestou serviços à FIAT, os investimentos que realizou em Minas Gerais, é, a meu ver, matéria que se situa no campo da responsabilidade contratual e que deve, portanto, ser apreciada pelo Poder Judiciário.

No exame de uma relação comercial qualquer é de extrema relevância saber distinguir os aspectos que dizem respeito aos direitos que repercutem no mercado e prejudicam a concorrência.

Não se pode afastar a hipótese de prejuízo e de dificuldades operacionais que a rescisão abrupta de um contrato possa causar à outra parte. A questão que se coloca, no entanto, é em que situação o rompimento de uma relação se torna relevante para a defesa da concorrência, de sorte a justificar a intervenção do Estado numa relação de direito privado. De se indagar, ainda, sobre a natureza e o grau da dificuldade que uma parte possa impor à outra relação comercial, para que a questão entre elas passe a ter importância para o mercado.

O término que qualquer relação contratual importa mudança do *status quo ante*, ocorra o termo em prazo fixado ou não. Dificuldades operacionais, com a mudança das partes contratantes e das condições contratadas. Tudo isso faz parte do próprio desenvolvimento da atividade econômica, que há sempre de acompanhar o dinamismo do mercado. Contratos sem termo certo são terminados diariamente, por desinteresse na sua continuidade, pela má execução de seu objeto, pela inexecução e por outras tantas razões.

Deverá o Estado, invocando a defesa da concorrência, imiscuir-se em todas essas relações rompidas unilateralmente só porque a parte rescindente não ofereceu o pré-aviso? E se o pré-aviso tiver sido oferecido, desapareceria o interesse coletivo em se manter o mercado competitivo?

Ora, não faria qualquer sentido a intervenção do Estado para resolver conflito de interesses particulares que não tivessem repercussão no mercado, em prejuízo da concorrência. A defesa da concorrência não interessam as eventuais dificuldades por que venha a passar certo agente econômico no curso de suas atividades. Essas dificuldades são inerentes ao risco da atividade produtiva, e o sucesso de todo negócio está exatamente na capacidade que tem a empresa de superar as conjunturas do mercado que lhes são adversas e de buscar alternativas para enfrentar seus riscos. O êxito do sistema capitalista está precisamente na capacidade gerencial do capital, na busca incessante da maximização dos lucros.

As dificuldades que interessam à defesa da concorrência são aquelas criadas pelo agente econômico, tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. É a leitura que se faz do art. 3º, inciso XVI da Lei nº 8.158/91. Conforme já se viu, a conduta da FIAT não poderia ter tido o objeto de dominar o mercado.

10. No entanto, a conduta anticoncorrencial pode não visar apenas o domínio do mercado, mas, ainda, o prejuízo à própria estrutura concorrencial. Teria a FIAT, então, adotando conduta cujo objeto era o de prejudicar a TRANSAUTO ou, ainda que não fosse este o objeto, teriam sido danosos ao mercado de transportes os efeitos do rompimento?

A representada em todas as suas manifestações no processo, argumentou que rompeu com a TRANSAUTO em função de um programa de modernização e restauração que teria adotado, objetivando padrões de qualidade e de eficiência de suas concorrentes internacionais, além do barateamento do frete. Por essa razão, contratou diretamente apenas duas empresas para realizar o transporte de seus veículos, oferecendo à TRANSAUTO a opção de também transportar, mas na condição de subcontratada.

Esses argumentos foram, sem qualquer análise, recheados no relatório final, ao único fundamento de que não se sustentavam à vista da prova constante dos autos, dando conta de que TRANSAUTO era a empresa que apresentara o menor índice de irregularidades no transporte. Só por esse fato entendeu o DPDE que o rompimento seria injustificável, pois teve o objeto de prejudicar a representante.

Ocorre que a conduta que tem por "objeto" prejudicar a concorrência é uma conduta que deve ser analisada objetivamente, no contexto do mercado.

O objeto da conduta tem de ser possível, factível, dirigido a um resultado, mesmo que este não ocorra. O objeto não é qualificado, em razão de si próprio, mas em função do ato, da conduta por ele dirigida e que não pode ser aferível fora do contexto econômico em que se desenvolve a atividade do agente. Somente a análise da conduta pode levar à determinação de seu objeto.

É certo que a adoção de novas políticas e estratégias por parte de uma empresa, além de objetivar sua própria eficiência, deve ainda se preocupar com o impacto concorrencial das medidas, com a eficiência do mercado. É comum nessas mudanças de estratégia a contratação de novos fornecedores ou prestadores de serviços, a exclusão de outros, a pulverização dos serviços ou a integração vertical mediante acordos e fusões. Tudo isso constitui, em princípio, práticas comerciais normais que, por isso mesmo, não são consideradas ilegais per se". Certo também que muitos desses acordos, para efeito de sua validade, terão de ser aprovados pela SDE. Essa exigência, porém, não lhes confere a qualidade de ilegais per se, reafirmando, ao contrário, a necessidade de uma prévia avaliação, segundo critérios de eficiência do mercado, levando-se em conta os benefícios que possam ser

auferidos pelos consumidores e usuários finais do bem ou serviço, para se auferir sua ilegalidade.

Não fora assim, quase todas as práticas comerciais seriam tratadas como anticoncorrenciais, inviabilizando-se a própria economia de mercado de tão freqüente que teria de ser a intervenção dos órgãos de repressão às condutas restritivas da concorrência, para dizer que os empresários o que fazer e como fazer.

Não é objetivo das leis de repressão ao abuso do poder econômico controlar atividades empresariais ou práticas de comércio e nem fazer com que o Estado se substitua à empresa na decisão do que produzir, como e a que preço. Essas leis, ao contrário, só se justificam em face dos princípios constitucionais da liberdade iniciativa e da livre concorrência que pressupõem, necessariamente, agentes econômicos livres, que possam exercer competência e eficiência suas opções negociais, distante da influência de políticas paternalistas do Estado que, não raro, buscam conciliar interesses de poderosos grupos e corporações, passando ao largo do bem-estar dos consumidores.

Não consigo identificar na adoção pela FIAT dessa nova estratégia para lidar com as empresas que lhe prestam serviços de transporte qualquer objeto ilícito sob o aspecto concorrencial. Essa atividade poderia até ser verticalizada, criando-se empresa do grupo FIAT para prestá-la ou, ainda, prestada em caráter de exclusividade por terceiros.

11. Mas, se não se considera anticoncorrencial o objeto da conduta, a atenção deve voltar-se para os efeitos que sobre o mercado teria a prática tida por abusiva

Consta do relatório final que o mercado de transporte teria sofrido impacto concorrencial, em razão da exclusão da TRANSAUTO como transportadora da FIAT. Nada se disse, porém, sobre esse impacto ou sobre a sua dimensão.

Para se aferir os efeitos da conduta anticoncorrencial atribuída à representada, necessário se faz determinar o mercado relevante onde atuam TRANSAUTO e suas concorrentes.

Afirmou-se no relatório final que o mercado relevante seria o Estado de Minas Gerais, por ser a zona geográfica de influência decisiva da representada. Não se explicou, contudo, o significado da expressão "zona geográfica de influência decisiva". Se se quer significar o lugar de situação da empresa ou local onde são tomadas suas decisões administrativas ou operacionais, ou, ainda, o local de contratação do transporte, tal critério não pode ser considerado como determinante do mercado relevante sob pena de se jogar por terra e teoria dos efeitos, universalmente aceita e adotada.

O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço.

O mercado relevante de serviços diz respeito ao transporte de veículos 0 Km das categorias e comerciais leves. Esses serviços são prestados por várias empresas, que concorrem entre si na realização do transporte dos veículos fabricados pelas montadoras localizadas nos estados de Minas Gerais e São Paulo.

Em termos geográficos, o transporte em questão tem duas origens: o Estado de São Paulo, onde estão localizadas a Autolatina e a General Motors, e o Estado de Minas Gerais, onde está instalada a FIAT. Dessas duas origens os veículos 0 Km são distribuídos para todas as regiões do País e para os portos de exportação. As empresas que fazem esse transporte prestam serviços às montadoras localizadas tanto em Minas Gerais quanto em São Paulo, como é o caso da representante, sendo que os veículos utilizados podem sofrer adaptações para o transporte de outros modelos, a partir de qualquer das origens (fls. 49).

Não pode considerar como mercado relevante o Estado de Minas Gerais só porque FIAT ali se encontra instalada. A concorrência entre as empresas transportadoras não está restrita àquela área. As concorrentes disputam o mercado das montadoras no eixo São Paulo-Minas Gerais, instalando seus pátios próximo ao local de fabricação dos veículos, de onde partem para todo o território nacional.

O espaço da concorrência, o mercado relevante, é, pois, o eixo São Paulo-Minas Gerais, área de atuação de TRANSAUTO, Sada, Siminbu e de todas as demais empresas, que concorrem entre si, prestando os serviços de transporte de veículos 0 Km à FIAT, à Autolatina e à General Motors.

Não há nos autos qualquer análise técnica desse mercado. Sequer a participação relativa das empresas que o integram foi informada. No entanto, a partir de algumas informações trazidas aos autos pela representante, pela representada e pelo parecer da Secretaria Nacional de Economia e, mais uma vez, de alguns dados lançados no Anuário da ANFAVEA, pode-se chegar a algumas conclusões sobre esse mercado.

Tem-se conta no parecer de fls. 1660/1667 que o mercado de transporte de veículos novos das categorias automóveis e comerciais leves é composto de onze empresas transportadoras, que operam com uma frota de, aproximadamente, 2.800 veículos pesados, sendo 55% dessa frota pertencentes às empresas transportadoras, e os restantes 45%, de propriedade

de profissionais autônomos. As fontes dessas informações não foram, porém, citadas no aludido parecer.

Para esse transporte são utilizados veículos articulados, compostos de cavalo-mecânico e semi-reboque, que não se prestam ao transporte de outras cargas. Esses veículos são produzidos no mercado por diversos fabricantes. A própria TRANSAUTO é fabricante de semi-reboques (fls. 644). É possível a adaptação dos semi-reboques para o transporte de automóveis de diversos tamanhos (fls. 49), sendo também comum o empréstimo de carretas entre as empresas (fls. 59).

Utilizam-se desse mercado as empresas fabricantes de veículos, que programa a distribuição e a entrega da carga de acordo com suas conveniências.

No caso da distribuição realizada pela FIAT, tem-se notícia apenas da área de atuação da TRANSAUTO, qual seja, a dos Estado do Piauí, Maranhão, Rio Grande do Norte, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo (fls. 54).

As empresas que transportam a partir de mais de uma origem dispõem de pátios próprios em cada origem.

As transportadoras que atuam nesse mercado são representadas por uma única entidade, a Associação Nacional de Transportadores de Veículos - ANTV, que fixa, em conjunto com a Federação Nacional de Revendedores de Veículos Automotores - FENABRAVE e a Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores - ANFAVEA, o valor do frete, válido para todo o território nacional (fls. 643 e fls. 89 da Separata).

A TRANSAUTO presta serviços a todas as montadoras, tendo informado deter cerca de 20% e 15% do transporte dos veículos da Autolatina e da General Motors, respectivamente (fls. 02). Quanto ao transporte dos veículos FIAT, a participação relativa da TRANSAUTO, em 1990, foi de 26%, considerada toda a produção da montadora que se destina tanto ao mercado interno quanto ao externo (fls. 109 e 245).

No relacionamento entre montadoras e transportadoras é comum a inexistência de contrato escrito.

No transporte dos veículos 0 Km, as empresas transportadoras subcontratam, muitas vezes com exclusividade, os serviços de comioneiros autônomos. No caso da TRANSAUTO, essa subcontratação para serviços à FIAT, em 1991, atingia 50% da frota por ela utilizada (fls. 48).

A produção da Autolatina é distribuída por oito empresas transportadoras, enquanto que a General Motors utiliza nove (fls. 08). A FIAT, antes do rompimento com a TRANSAUTO, utilizava-se de quatro

transportadoras mediante contratação direta. A partir de agosto de 1991, apenas duas empresas prestam serviços mediante contratação direta e uma, na condição de subcontratada.

O mercado de transporte de veículos 0 Km não apresenta características concorrenciais no tocante a preços, os quais são uniformemente fixados em tabelas negociadas pelas entidades representativas dos agentes econômicos envolvidos na atividade. No tocante à qualidade dos serviços, podem as transportadoras concorrer na diversificação das opções oferecidas às montadoras, sendo esse o principal aspecto concorrencial do mercado.

Das informações colhidas nos autos, pode-se inferir que inexistem barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado ou qualquer obstáculo à expansão das empresas que nele se encontram: as montadoras não dispõem de frota própria; raro é o contrato escrito, o que possibilita a adaptação dos serviços de transporte às políticas de produção e distribuição do fabricante; a expansão ou ingresso de transportadoras nesse mercado independente de investimentos de vulto, devido à possibilidade de subcontratação de profissionais autônomos que detêm 45% da frota; as transportadoras podem atuar, como de fato o fazem, nas duas origens existentes - São Paulo e Minas Gerais; o preço dos serviços de transporte é único e conhecido, tornando-se transparente o mercado para novas empresas que nele queiram ingressar; as carretas podem ser adaptadas para o transporte de automóveis de diversos tamanhos, facilitando-se, dessa forma, seu deslocamento para o atendimento de outra montadora (fls. 48/49).

Desse mercado tem grande participação a TRANSAUTO. A época do rompimento da relação com a FIAT, a representante realizava 20% do transporte da Autolatina, ficando os restantes 80% por conta de outras sete empresas; 15% do transporte da General Motors, sendo os restantes 85% distribuídos entre oito transportadoras, além de 26% da carga da FIAT, sendo o percentual restante dividido entre as três outras transportadoras. Conforme declarado pela própria TRANSAUTO, tem ela condições de operar em larga escala (fls. 645).

Para se avaliar o impacto de qualquer conduta no mercado é de se ter em conta a participação relativa que nele tem o agente econômico e seus concorrentes. Essa avaliação não foi feita no curso da apuração dos fatos, já que o rompimento da relação contratual foi visto como ilegal per se, sem que se perquirisse sobre o objeto da conduta ou sobre seu efeito no mercado, elementos caracterizadores da infração à ordem econômica, determinantes da ilicitude, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

No entanto, a partir dos dados da ANFAVEA sobre a produção nacional e das informações oferecidas pela TRANSAUTO sobre os

percentuais do transporte de cada montadora sob sua responsabilidade, pode-se chegar, aproximadamente, à participação relativa da representante no mercado de transporte de veículos 0 Km.

De acordo com a ANFAVEA, foram produzidos no Brasil, em 1991, 887.912 automóveis e comerciais leves. Desse total, a Autolatina produziu 428.838, a General Motors 193.076 e a FIAT 255.556 unidades. Considerando-se a produção total das montadoras e os percentuais transportados pela TRANSAUTO tem-se que a participação da representante no mercado relevante, onde atuam onze empresas, é de aproximadamente 21%.

Como as informações referentes à participação de cada uma das empresas que atuam no mercado relevante também não vieram aos autos, torna-se impossível determinar o deslocamento da participação relativa da TRANSAUTO para as suas concorrentes, para que se possa concluir pela ocorrência de repercussão negativa sobre o mercado. No entanto, a própria TRANSAUTO informa que o transporte que lhe foi retirado teria sido atribuído a camioneiros (fls. 643). Ora, se foi isso o que ocorreu, o rompimento da relação com a TRANSAUTO conduziu decréscimo da participação relativa da representante em favor de profissionais autônomos, desconcentrando-se, assim, o mercado.

Os efeitos negativos sobre o mercado de transportes de veículos 0 Km, em virtude do rompimento das relações FIAT/TRANSAUTO, não foram demonstrados nos autos e, a falta de elementos sobre os partícipes do mercado relevante e sobre a situação desse mercado antes e depois do rompimento não me autoriza a concluir que ocorreram tais efeitos.

Ademais, não se pode afirmar que TRANSAUTO tenha sido eliminada do mercado de transporte de veículos 0 Km. A representante continua a prestar serviços às demais montadoras, sendo certo, inclusive porque por ela própria declarado, que sua recusa em prestar os serviços na condição de subcontratada foi a única causa de não ter sido ela integrada no sistema de transporte dos veículos FIAT, o qual, vale ressaltar, foi montado em razão de estratégias administrativas legítimas sob o aspecto concorrencial.

TRANSAUTO não aceitou a mudança de seu status, recusando-se a transportar os veículos FIAT na condição de subcontratada. Essa alternativa que lhe foi oferecida, segundo o próprio parecer da Secretaria Nacional de Economia, às fls. 1660/1667, que conclui pela abusividade da conduta, seria economicamente interessante para a representante, ainda que a remuneração fosse menor do que a obtida pela contratação direta.

O direito de manter-se como contratada direta da FIAT, que TRANSAUTO diz ter, é por certo questão que não afeta a concorrência e que, por isso, deve ser resolvida na justiça comum.

12. O DPDE acusa também a FIAT de abuso de posição dominante por romper o contrato e exigir que TRANSAUTO lhe prestasse serviços na condição de subcontratada, estabelecendo com as transportadoras remanescentes uma relação de exclusividade.

O fulcro da acusação estaria em que, sendo a FIAT a única montadora situada em Minas Gerais, estaria ela em posição privilegiada para contratar e distratar quem quisesse e nas condições que impusesse.

Ora, não se pode negar à FIAT, pelo só fato de ser a única montadora sediada em Minas Gerais, o direito de escolher seus parceiros comerciais. Não importa quantas transportadoras a montadora terá a seu serviço e em que condições: se uma ou várias; se terão a qualidade de contratadas ou subcontratadas; se serão utilizados profissionais autônomos ou se empresa do próprio grupo será criada para transportar seus veículos. As políticas e estratégias da empresa bem como o risco pelo respectivo sucesso ou fracasso são assuntos da FIAT, que ela própria terá de resolver. A reação dos consumidores a essas estratégias virão mais cedo ou mais tarde, no próprio contexto concorrencial do mercado, ocasião em que a FIAT saberá se elas foram boas ou ruins.

A verticalização da FIAT poderia, talvez, proporcionar preços melhores aos consumidores, que pagam pelo frete, já que a empresa teria condições de atuar independentemente das associações que fixam os preços nacionais, numa ação cristalina e cartelizada e lesiva aos interesses do consumidor.

Ademais, a verticalização ou a terceirização de certos serviços depende sobremaneira das políticas e estratégias das empresas que, na constante busca de melhores resultados, tentam minimizar seus custos e maximizar seus lucros. Os modelos não são estanques. Mudam de acordo com as circunstâncias e cedem à influência de inúmeros fatores. Mas uma coisa é certa: não compete ao Estado dizer à empresa como se organizar.

Se FIAT quer, como afirma, especializar os serviços de transporte dos veículos de sua fabricação, com toda certeza não será o CADE a dizer-lhe que não pode fazê-lo.

A FIAT, mais do que a ninguém, interessa a eficiência do sistema de entrega de seus veículos, pois o fracasso das estratégias que tem adotado ou que venha a adotar repercutirá, certamente, na competitividade de seus produtos, e ela própria arcará com o ônus decorrente, pois o consumidor dirigirá sua escolha para seus competidores.

A lei de repressão ao abuso do poder econômico, por sua teologia, é uma lei concorrencial. Não diz ao agente o que fazer ou como fazer, limitando-se a traçar-lhe os parâmetros do abuso. Onde estaria a proibição da exclusividade na contratação de prestadores de serviços e qual o dispositivo de lei que proíbe a subcontratação?

O relatório final não os citou, até porque não existem e, nesse particular, a conduta foi sequer enquadrada. Na verdade, ainda que se pudesse vislumbrar na exclusividade ou na subcontratação algum indício de abuso, essas práticas normais e rotineiras no mercado de prestação de serviços só poderiam ser reprimidas se tivessem por objeto o domínio de mercado ou o prejuízo à concorrência ou, ainda, se delas resultassem efeitos anticoncorrenciais no mercado. Essas hipóteses, conforme já visto, não ocorreram.

No passado, TRANSAUTO foi a empresa transportadora que mereceu a exclusividade da FIAT. Hoje, a preferência da montadora canalizou-se para outra empresa. Teriam TRANSAUTO e FIAT pretendido dominar o mercado ou prejudicar a concorrência quando pactuaram a exclusividade? Parece-me que não. Buscaram sim uma forma de atender aos interesses de ambas e obtiveram bons resultados durante certo tempo.

A cláusula de exclusividade, contudo, como de resto todas as outras de qualquer contrato, não são perenes. Terminam um dia, não porque sejam anticoncorrenciais, mas porque passam a não mais atender aos interesses das partes contratantes.

As acusações de abuso do poder econômico que pesam sobre a FIAT afiguram-se-me absolutamente infundadas. O rompimento da relação FIAT/TRANSAUTO foi tomado como abusivo desde a instauração do processo, confundindo-se abuso de direito com abuso do poder econômico. A conduta da FIAT foi abordada sob os aspectos do direito comum, não se analisando o seu objeto ou seus efeitos anticoncorrenciais atuais ou prováveis sobre o mercado, elementos caracterizadores da infração à ordem econômica. FIAT foi acusada de dominar um mercado do qual não detém nem deve qualquer participação. O rompimento da relação contratual por prazo indeterminado foi considerado prejudicial à concorrência sem que se soubesse ou se indagasse da estrutura do mercado que teria sofrido os efeitos da ruptura. Os termos e as informações constantes da representação foram, desde o início, tidos como subsistentes, deixando-se de colher, por isso, elementos indispensáveis à avaliação da conduta e do mercado sobre o qual teria ela repercutido e que, sem dúvida, demonstrariam a irrelevância do rompimento para a concorrência.

13- Tive de valer-me de documento notório, que não constava dos autos, para poder avaliar a posição da representada no mercado em que atua, posição esta que a Secretaria considerou dominante e abusiva. Poder-se-ia argüir a impropriedade desse ato. Há de se levar em conta, todavia, que o processo administrativo busca a verdade meterial. Se tivesse me deparado com dados que apontassem para indícios veementes de abuso do poder econômico, não teria hesitado em retornar o processo à Secretaria para que prosseguisse na investigação. Mas, ao contrário, estavam em minhas mãos documentos que, embora não suprissem as falhas de instrução do processo, permitiam demonstrar a improcedência da acusação feita à FIAT de abuso de posição dominante. Não faria, pois, qualquer sentido absolver FIAT por falta de provas, quando poderia fazê-lo pela insubsistência dos fatos que ensejaram a remessa do processo a este Conselho.

14- Os fatos e o direito discutidos no processo deixam claramente transparecer um conflito de natureza privada, a ser resolvido pelo Poder Judiciário. Firme, pois, em que a conduta imputada à FIAT não configura abuso do poder econômico, posto que não teve por objeto e nem produziu o efeito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência, tenho como improcedente a representação, pelo que deve ser arquivado o processo administrativo, dando-se ciência da decisão ao Ministério Público.

É o meu voto

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

1. Imputa-se à Representada ter inviabilizado o funcionamento de TRANSAUTO - Transportes Especializados de Automóveis S.A. no Estado de Minas Gerais. A representação se apoia no fato de que a FIAT Automóveis S.A. rompeu abruptamente de maneira unilateral, relação comercial que mantinha com a TRANSAUTO, causando perdas irreparáveis.

A instauração do P.A. se deu em razão de o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE ter admitido "a presença de indícios veementes de que a conduta da Representada, em prejuízo da livre concorrência, poderia ser tipificada nos incisos IX e XVI do Art. 3º da Lei nº 8.158/91, combinados com as alíneas a e g, inciso I, do Art. 2º da Lei nº 4.137/62". Entendeu, o então Diretor do DPDE, que a cessação contratual do prazo indeterminado criaria dificuldades ao funcionamentos da Representante.

2. Conforme devidamente observado, tanto pela douta Procuradora quanto pela digna Conselheira Relatora, questões puramente contratuais, sujeitas ao direito das obrigações, têm o Poder Judiciário como foro apropriado para seu exame.

É importante ter presente que a legislação de defesa da concorrência brasileira não deve ser aplicada para dirimir ou regular questões ou interesses particulares ou entre particulares, matéria esta afeta ao direito civil e à Justiça Comum. A ilustre Conselheira Relatora, em seu Despacho proferido em 30.04.93, observou com propriedade: "O bem jurídico sob tutela é o mercado, local onde atuam as forças de produção, cuja conduta deve se pautar pelos interesses da coletividade. A instauração do processo não leva em conta o direito ou o interesse individual do representante, mas sim interesses difusos, consubstanciados na manutenção de um mercado livre, onde o poder econômico se cria e se mantém nos estritos termos da lei e a concorrência se processa livremente, sem abusos."

A este Conselho cabe apreciar se as práticas adotadas pela Representada repercutiram de forma negativo no mercado, ou seja, se resultaram em efeitos anticoncorrenciais. Desta forma, ao CADE compete examinar questão de rompimento contratual que envolva abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.

3. Em suas alegações a Representante busca caracterizar que com a prática abusiva ocorreu modificação na estrutura do mercado relevante onde atuava, isto é, "no mercado mineiro de transporte de veículos automotores".

A par de nos autos não se dispôr de informações que permitam uma melhor caracterização do mercado, é lícito observar algumas especificações desse segmento econômico. É comum, por exemplo, tanto uma montadora de veículos contratar diversas transportadoras, quanto uma transportadora subcontratar outras para a auxiliar na prestação dos serviços. A propósito, releva salientar que 45% da frota nacional de carretas pertencem aos transportadores autônomos.

É também prática usual uma transportadora atender mais de uma montadora, sendo que a própria TRANSAUTO prestava serviços, além da FIAT, à FORD e à GENERAL MOTORS.

A área de atuação da Representante alcançava os estados do Piauí, Maranhão, Rio Grande do Norte, Ceará, Alagoas, Pernambuco, Rio de Janeiro, Goiás, Mato Grosso e o Paraná, além do Distrito Federal e de Minas Gerais.

Claro está, que, em termos geográficos, o mercado de transporte de veículo automotores não pode ser definido com base na localização da Representada, ou no local onde se dá a contratação dos serviços.

Conforme considerado pela ilustre Conselheira Relatora, a concorrência entre as empresas transportadoras não está restrita ao Estado do Minas Gerais, As concorrentes disputam o mercado das montadoras no eixo São Paulo-Minas, de onde efetuam o escoamento dos veículos para as demais Unidades da Federação e para o exterior.

No que respeita o serviço prestado e sua respectiva substitutibilidade, cabe observar que o preço, embora impropriamente fixado, é o mesmo para todas as empresas, não se caracterizando como elemento diferenciador. Relativamente à finalidade, embora esta seja comum, requer das transportadoras ajustes e adaptações nos semi-reboques para melhor atender aos tipos de veículos que serão transportados, de forma a propiciar melhor desempenho. Tais adaptações não se constituem em elemento diferenciador suficiente para caracterizar a segmentação do mercado.

Entendo, pois, que o mercado relevante de veículos automotores não está restrito à área do Estado de Minas Gerais, mas alcança o espaço geográfico onde as transportadoras concorrem entre si, ou seja, o eixo São Paulo-Minas Gerais e que os serviços prestados por distintas transportadoras são análogos.

4. A alegação de que a dispensa da TRANSAUTO prejudicou a concorrência não encontra sustentação, visto que a Representada exerceu, tão somente, o seu legítimo direito de escolha.

Se, ao exercer essa liberdade de contratar, aquelas empresas que forem preferidas apresentarem uma queda na demanda de serviços e a conseqüente redução de suas receitas, trata-se do risco da atividade empresarial, que é inerente à livre iniciativa, assim como o lucro e o prejuízo o são.

Entretanto o diferenciado conduzirá a que todas as resilições contratuais configurarão como abuso do poder econômico, visto que podem trazer dificuldades à parte que não a motivou.

É importante ter presente que o mercado é dinâmico e deve ser visto como o conjunto das ações econômicas e suas relações e não necessariamente como o conjunto dos agentes econômicos que dele participam.

Esse entendimento permite visualizar que, dificilmente, o mercado permaneceria inalterado ao longo do tempo, seja porque haveria o ingresso e a saída de novos agentes econômicos, seja por que as relações mercantis se alteram, seja porque novas tecnologias seriam introduzidas.

Desta forma, permito-me discordar da conclusão do parecer do DPDE quando afirma que "ao exercer o seu direito de livre escolha dos fornecedores de serviços de transportes dos veículos que fabrica se nos afigura indícios evidentes de prática restritiva da livre concorrência e abuso do poder econômico"...

Ao contrário, constato não estar caracterizada infração à ordem econômica disposta no art. 3º da Lei nº 8.158 de 08 de janeiro de 1991.

5. Ao finalizar, gostaria de abortar uma questão que considero relevante e, que surpreendentemente, escapou à atenção da Secretaria de Direito Econômico.

Em diversas manifestações nos autos a Representada argumentou que o rompimento com a TRANSAUTO se deu em razão da execução de um programa de modernização e restauração voltado para a gestão da qualidade, visando elevar a competitividade dos seus produtos nos mercados externo e interno, bem como promover o barateamento do frete,

Em relação à competitividade, é do domínio público que resultados expressivos foram alcançados pela FIAT AUTOMÓVEIS S.A., em ambos os mercados, nos últimos anos.

Quanto à redução do valor do frete, não existem evidências de que eventuais ganhos decorrentes da substituição da TRANSAUTO tenham sido transferidos para o consumidor, atendendo, assim, a uma das premissas básicas de qualquer programa de gestão da qualidade, que é a satisfação do consumidor.

Na realidade, o que se constata nos autos são indícios da prática de um sistema perverso e distorcido de fixação de preços de transporte de veículos automotores. Tais preços têm sido estabelecidos por intermédio de acordo tácito firmado entre entidades representativas de classe, em detrimento dos interesses maiores dos consumidores. Ao invés de um processo sadio e concorrencial de formação de preços, o que se depreende dos autos e dos memoriais entregues pelas partes é que o valor do frete é estabelecido mediante solicitação das transportadoras às montadoras, que por sua vez consultam as distribuidoras, aprovando, as suas entidades de classe, valores uniformes que serão cobrados em todo território nacional.

A presença de tais indícios, lesivos aos interesses dos consumidores e prejudiciais à concorrência, indica que há necessidade de uma ação energética e determinada dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência no setor de transporte de veículos automotores, buscando apurar a existência de práticas anticompetitivas.

6. Ao concluir, e por entender que a conduta da Representada fundamentou-se em um ato típico e regular de comércio e que o exame de tais atos é da exclusiva competência do Poder Judiciário, acompanho o Voto da digna Conselheira Relatora em todos os seus funcionamentos

Este é o meu VOTO.

MARCELO MONTEIRO SOARES

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

No Processo Administrativo em julgamento a FIAT AUTOMÓVEIS S.A. é acusada de ter praticado conduta abusiva do poder econômico por ter rompido, de forma abrupta, relação contratual de prazo indeterminado que manteve com a Transauto - Transportes Especializados de Automóveis S.A., durante 16 anos. Em decorrência dessa acusação foi incurso no art. 3º, incisos IX e XVI da Lei nº 8.158, de 10 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 o 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;

No relatório elaborado pelo DPDE/SDE, a Representada é acusada de infringir a ordem econômica por ter rompido uma relação contratual de 16 anos que mantinha com a Representante, causando a esta dificuldades de funcionamento. De acordo com o DPDE/SDE, não há dúvidas de que essa atitude da Fiat configura abuso de direito, pois a transferência do transporte

efetuado pela Transauto para outras empresas não poderia se realizar sem que a Representante fosse indenizada e que o contrato não poderia ser rescindido sem o necessário pré-aviso, suficiente para a recuperação e adaptação dos negócios da transportadora.

A Fiat, conforme consta dos documentos existentes nos autos, foi assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes. Em síntese a Representada insurge-se contra a instauração do processo administrativo ao fundamento de que o rompimento de uma relação contratual é matéria afeta ao direito das obrigações, onde prevalece a autonomia da vontade com o corolário do princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição Federal, e que tal rompimento não causou nenhuma repercussão no mercado de sorte a comprometer-se seu regular funcionamento.

Inicialmente é necessário esclarecer o que cabe a este Conselho julgar. E isso foi exposto de forma brilhante pela ilustre Conselheira-Relatora, em seu bem fundado Voto, ou seja, se a conduta da Fiat, ao romper a relação contratual que mantinha com a Representante, estava direcionada ao domínio do mercado ou ao prejuízo da concorrência ou, se essa conduta produziu ou seria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais. Esse é o mérito que deve ser examinado.

Vale registrar que o domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir, ou seja, o poder de adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens e serviços de uma parte significativa do mercado, e dessa forma excluindo a concorrência. Em mercados oligopolizados, como é o caso do setor de montadoras de veículos, admite-se que uma empresa possa dominar o mercado ainda que tenha concorrentes tão poderosos quanto ela. É necessário lembrar, no entanto, que é a qualidade e não a quantidade desse domínio que importa para a concorrência. Isto, porque a lei não pune a posição dominante quando ela advém de práticas comerciais lícitas. O que se reprime é o abuso da posição dominante.

É importante destacar que a posição dominante de uma empresa é medida pela sua participação relativa no mercado relevante, pelo seu comportamento nesse mercado. Nesse sentido não consigo vislumbrar, como que o rompimento da relação Fiat/Transauto poderia conduzir ao domínio da Fiat no mercado de fabricação de veículos ou no domínio do mercado de transporte de veículos 0 Km.

Por outro lado não vejo na conduta da Fiat, a realização do tipo descrito no inciso IX do art. 3º da Lei nº 8.158/91, visto que sendo a Transauto parte na relação rompida não deteria ela a qualidade de outra

empresa, não se tendo conta nos autos de outra empresa que, no contexto concorrencial, tivesse sido prejudicada com o rompimento.

Quanto a prática descrita no inciso XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91, em que a Representada foi acusada de provocar dificuldades ao funcionamento da TRANSAUTO (que teriam sido decorrentes do rompimento da relação contratual, tendo a Fiat abusado da posição dominante que detém para, unilateralmente, terminar uma longa relação comercial sem que os investimentos realizados tivessem tido tempo de ser absorvidos), entendo que devem ser examinados sob a ótica concorrencial. Havendo várias empresas no mercado prestando serviços de maneira eficiente e a preços competitivos, a questão de um contrato ser mantido com uma delas só por conta de investimentos realizados em nada afeta o mercado.

Assim, tenho entendimento contrário a tese de que os investimentos realizados pela Transauto para prestar serviços à Fiat devem ser considerados importantes no contexto concorrencial, e que o rompimento da prestação desses serviços, antes que o custo do investimento fosse absorvido, seria prejudicial ao mercado. Com o respeito intelectual que merecem os defensores dessa tese, os ilustres professores Miguel Reale e Tércio Sampaio Ferraz, com eles não posso concordar. Num mercado não competitivo, como é o caso em questão, mais importante que as relações estáveis entre os agentes econômicos é a eficiência dessas relações em benefício do consumidor.

Na espécie, não há como identificar no mercado de serviços de transporte de veículos 0 km, onde atuam várias empresas, os efeitos anticoncorrenciais que pudessem decorrer da não absorção dos investimentos efetuados pela Transauto. Entendo que esta é uma questão a ser dirimida pelo Poder Judiciário, visto situar-se no campo da responsabilidade contratual.

As dificuldades que interessam à defesa da concorrência são aquelas criadas pelo agente econômico tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros. Não vislumbro na conduta da Fiat o objetivo de dominar o mercado.

Com relação ao mercado relevante de transporte de veículos 0 km não é factível aceitar que ele surge no Estado de Minas porque a Fiat Automóveis alí está instalada. Deve-se observar que a concorrência entre as empresas transportadoras não está restrita àquela área. As concorrentes disputam o mercado das montadoras de veículos, no eixo São Paulo-Minas Gerais, instalando seus pátios próximo ao local de fabricação dos veículos, de onde partem para todo o território nacional ou para os portos, de onde esses veículos são exportados. O mercado relevante, é, pois, o eixo São Paulo-Minas Gerais, onde as empresas transportadoras de veículos concorrem entre

si, prestando serviços de transporte de veículos 0 km à General Motors, Autolatina e a Fiat.

Antes de concluir o meu Voto, creio necessário fazer um adendo ao Voto da ilustre Conselheira-Relatora, de forma específica na parte que trata das transportadoras que atuam nesse mercado, e que são representadas por uma única entidade, a Associação Nacional de Transportadores de Veículos - ANTV, que fixa em conjunto com a Federação Nacional de Revendedores de Veículos Automotores - FENABRAVE e Associação Nacional de Fabricantes de Veículos Automotores - ANEAVEA, o valor do frete, válido para todo território nacional. Creio preocupante tal constatação, considerando que esta prática é restritiva da concorrência e afeta diretamente os interesses do consumidor, que em última instância é quem paga pelo referido serviço.

Diante desses indícios, entendo necessário que este Conselho recomende à Secretaria de Direito Econômico que, na sua atuação preventiva, adote as medidas capituladas no art. 1º da Lei nº 8.158/91, com vistas a corrigir as anomalias que eventualmente existam na formação dos preços dos serviços de transporte de veículos 0 km.

Ao final, registre-se que os efeitos negativos sobre o mercado de transporte de veículos 0 km, em virtude do rompimento das relações Fiat/Transauto, não foram demonstrados nos autos e, a falta de elementos sobre os partícipes do mercado relevante e sobre a situação desse mercado antes e depois do rompimento não me permite concluir que esses efeitos ocorreram. O direito de manter-se como contratada direta da Fiat que a Transauto diz ter é por certo questão que não afeta a concorrência e que, por isso, deve ser resolvida na justiça comum.

Isto posto, acompanho em todos os seus termos o Voto da ilustre Conselheira-Relatora, que demonstrou, sem deixar dúvidas, que os fatos e o direito discutidos no processo deixam claramente transparecer um conflito de natureza privada, a ser resolvido pelo Poder Judiciário. Por assim entender, pois, em que a conduta imputada à Fiat não configura abuso do poder econômico, visto que não teve por objeto e nem produziu o efeito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência, tenho como improcedente a representação, razão pela qual Voto pelo arquivamento do processo administrativo, dando-se ciência da decisão ao Ministério Público.

Este é o Voto.

José Matias Pereira

VOTO DO PRESIDENTE DO CADE

A matéria de que trata o presente Processo é referente a atos abusivos do poder econômico que teriam sido praticados por Fiat AUTOMÓVEIS S.A. contra TRANSAUTO, TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S.A, ao rescindir abrupta e unilateralmente relação contratual, sem prazo determinado, vigente desde 1975.

A análise serena dos fatos contidos nos autos do Processo que ora apreciamos não nos oferece elementos de convicção que conduzam ao reconhecimento de que os interesses contrapostos de ambas as empresas tenham transbordado a tal ponto que, repercutindo no mercado e prejudicando a concorrência, ferissem os interesses difusos de forma a proporcionar a aplicação da legislação de abuso do poder econômico.

É este, também, o entendimento da ilustre Procuradora "ad hoc" do CADE, Dra. Carla Barroso, em seu bem fundamentado parecer.

A eminente Conselheira-Relatora, Dra. Neide Malard, em seu voto, igualmente não vislumbra, na conduta da Representada, a realização dos tipos anticoncorrenciais descritos nos incisos II, X e XVI do art. 3º da Lei 8.158/91 com base nos quais a empresa TRANSAUTO ofereceu sua Representação perante a Secretaria Nacional de Direito Econômico, conforme demonstram as peças vestibulares do presente Processo.

Alerta a ilustre Relatora que "no exame de uma relação comercial qualquer é de extrema relevância saber distinguir os aspectos que dizem respeito aos direitos e interesses individuais das partes envolvidas daqueles outros que repercutem no mercado e prejudicam a concorrência. Não se pode afastar a hipótese de prejuízo e de dificuldades operacionais que a rescisão abrupta de um contrato pode causar à outra parte. A questão que se coloca, no entanto, é em que situação o rompimento de uma relação contratual se torna relevante para a defesa da concorrência, de sorte a justificar a intervenção do Estado numa relação de direito privado".

A interpretação das normas que regulam o livre mercado precisam ser claras para evitar as zonas de sombra. Ao poder público cabe o papel de árbitro do cumprimento dos princípios legais e não de administrador de interpretação tolerante de normas restritivas. Assim, não pode o Cade ser transformado num amplo estuário para onde possam convergir todas as pendências entre empresas onde, na maioria das vezes, a determinação que lhes falta é a de competirem com criatividade, imaginação e convicção.

Ao CADE, portanto, há que permanecer preservada a competência para apreciar condutas que agridam a legislação de defesa da concorrência e nunca aquelas que se situam na esfera exclusiva do direito comum.

Estou, portanto, absolutamente acorde com a Relatora quando afirma que "o que cabe ao CADE julgar é se a conduta da FIAT ao romper a relação contratual que mantinha com a TRANSAUTO estava direcionada ao domínio do mercado ou ao prejuízo da concorrência ou, se essa conduta produziu ou seria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais".

Acrescenta a nobre Relatora: "A conduta indiciária praticada pela Representada foi tomada como abusiva desde a instauração do processo, confundindo-se abuso de direito com abuso do poder econômico. Na acusação, o rompimento foi abordado sob os aspectos do direito comum, não se analisando os elementos caracterizadores da infração à ordem econômica, que são o objeto ou os efeitos anticoncorrenciais da conduta".

Por todas essas razões, não há como deixar de acolher o entendimento da ilustre Relatora de que a conduta imputada à Representada "não se configura abuso do poder econômico, posto que não teve por objeto e nem produziu o efeito de dominar mercado ou prejudicar a concorrência".

Isto posto, na esteira do entendimento da Sra. Procuradora do CADE, bem como no da Conselheira-Relatora, e pela convicção de que o conflito de que trata o presente processo está afeto ao direito das obrigações, da competência, portanto, do Poder Judiciário, VOTO pela improcedência da Representação e pelo arquivamento do Processo Administrativo nº 31/92.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91

REPRESENTANTE: FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA

REPRESENTADA: LUMIX QUÍMICA LTDA

DECISÃO

Por unanimidade dos membros votantes, o Conselho decidiu pela improcedência da representação e pelo arquivamento do processo, com base nas razões expostas nos votos do Conselheiro Relator e dos demais Conselheiros.

Plenário do CADE, 27 de outubro de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

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

PARECER DA PROCURADORA

***EMENTA:** Fato ocorrido antes da vigência da Lei nº 8.158/91. Inaplicabilidade das normas substantivas daquele diploma. Preço predatório. Agente que não detém poder econômico. Preço abaixo do custo de produção para desova de estoque. Inexistência de abuso em face da Lei nº 4.137/62. Improcedência da representação.*

1. Fogarex Artefatos de Camping Ltda., em representação protocolizada na Secretaria de Direito Econômico - SDE, denuncia sua concorrente Lumix Química Ltda. por prática de preço predatório a concorrência desleal.

Alega a Representante que a Lumix, no período de 1988 a 1990, teria vencido quatro licitações realizadas pelo Ministério da Marinha para fornecimento do produto FOGAREIRO PORTÁTIL DESCARTÁVEL DE CAMPANHA, cotando preços um terço abaixo daqueles por ela, Fogarex, cotados. Afirma, ainda, que, a partir de 1990, a Representada passou a vender seu produto aos hotéis e restaurantes, adotando preços abaixo do custo de produção.

Segundo a Fogarex, o objetivo da Representada com essa prática seria o de monopolizar o mercado para, assim, impor preços abusivos.

2. Relata a Representada, em sua defesa, que iniciou suas atividades, vendendo seu produto para o mercado externo - para a Espanha, o que fez de dezembro de 1987 a maio de 1988. Em virtude de problemas ocorridos com o importador, essas exportações cessaram, ficando a Lumix com uma grande quantidade de produto acabado (mini-fogareiro) e outras matérias-primas, como latas, grelhas, álcool, etc. (fls. 13).

Alega a Representada que, como forma de aliviar as dificuldades financeiras geradas pelo revés sofrido no mercado internacional e reduzir o elevado estoque de que dispunha, passou a atuar no mercado interno, participando de licitações realizadas pelo Ministério da Marinha (fls. 112).

Lumix acrescenta que os preços por ela cotados nas licitações foram resultado de um estoque ocioso, e que não teve, com isso, a intenção de prejudicar o concorrente, mas sim de reduzir os prejuízos que teria caso vendesse o produto como sucata (fls. 229). Afirma, ainda, que, se seu objetivo fosse o de prejudicar a Fogarex, não necessitaria ter reduzido seus preços na proporção que o fez, bastando, para tanto, tê-los cotado a um percentual que a possibilitasse, simplesmente, vencer a concorrência (fls. 229).

3. O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE confere que a Representada, nas licitações que participou junto ao Ministério da Marinha, utilizou-se de meios artificiosos para estabelecer os preços de seu produtos (fls. 359).

Concluiu, ainda, que a conduta da Representada, apesar do inexpressivo mercado de que participa, não só causou prejuízo à Representante, mas ao segmento econômico específico, pois sendo a Fogarex a sua única concorrente teriam desaparecido as condições de competição (fls. 361).

4. A conduta da Representada foi incurso no art. 3º, inciso XIII da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. As licitações em que a Representada teria adotado a conduta abusiva - preços abaixo do custo real de produção, com prejuízo à concorrência - ocorreram em 30.11.1988, 23.02.1989, 01.09.1989, e 18.09.1990, antes, portanto, da vigência da Lei nº 8.158.91.

Não incidem, pois, na espécie, as disposições da citada Lei naquilo que diz respeito às normas substantivas.

5. Vejamos, contudo, sobre a possibilidade de se aplicar a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, à conduta da Representada.

O diploma em questão não contempla a conduta abusiva a preços predatórios. Essa prática, no entanto, poderia ser enquadrada no art. 2º, item I, letra "g" da Lei aludida, que dispõe, verbis:

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

I - dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

.....

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

6. Teria a Representada, com a cotação de preços abaixo do custo, criado dificuldades ao funcionamento do Representante?

Para a defesa da concorrência não interessa apenas a venda isolada de mercadorias abaixo do preço de custo, mas sim a prática de preço predatório, aquele fixado pelo agente durante um determinado período, com o objetivo de afastar concorrente a curto prazo e prejudicar a concorrência a médio ou longo prazo.

Trata-se de estratégia anticoncorrencial, adotada por empresas que detêm poder econômico suficiente para suportar, durante certo tempo, prejuízos constantes, vendendo seus produtos a preços abaixo dos custos reais de produção. Esse tipo de estratégia considera a recuperação dos prejuízos intencionalmente sofridos assim que o concorrente é afastado e, essa recuperação se faz, com certeza, mediante cobrança de preços monopolísticos.

O DPDE, firme no parecer da Secretaria Nacional de Economia, entendeu que a Representada teria se utilizado de meios artificiosos para estabelecer os preços cotados nas licitações referenciadas. Segundo a Secretaria, Lumix não teria reajustado os valores de seus estoques, levando em conta a respectiva reposição.

A Representada contra-argumenta, afirmando que cotou baixos preços com o objetivo de se livrar de estoques ociosos. Sua alternativa seria vendê-lo a preço de sucata (fls. 229). Pondera, ainda, que se pretendesse prejudicar Fogarex, não teria reduzido tanto os seus preços, mas apenas o necessário para vencer a concorrência.

O parecer da Secretaria Nacional de Economia insiste em que os valores das mercadorias em estoque deveriam ser reajustados de acordo com o critério de custo de reposição, incorporando os custos financeiros.

Ora, a desova de estoques só ocorre quando a empresa já exauriu todas as formas economicamente viáveis para vender seu produto com a menor margem de lucro possível. Superadas essas tentativas, resta-lhe apenas a opção de vender a preços que minimizem suas perdas.

Não é necessariamente a racionalidade do cálculo econômico, como afirma o parecer da Secretaria Nacional de Economia, que uma empresa em dificuldades operacionais persegue. A experiência demonstra que nem sempre as teorias resolvem os problemas na prática. Entre vender para sucata, com prejuízos maiores, e desovar seus estoques, a preços abaixo do custo, sofrendo menores perdas, Lumix preferiu, racionalmente, a segunda hipótese. Não se pode considerar ilícita uma prática comercial normal, como a venda abaixo de custo com o objetivo de liquidar estoques involuntariamente formados.

Aliás, a nota técnica de fls. 343/359 do DPDE reconhece que a estratégia adotada por Lumix seria sustentável até o limite das matérias-primas que detinha em estoque. A partir da então, a Representada teria de enfrentar os preços de mercado. E foi precisamente o que aconteceu, pois na licitação realizada pelo Serviço de Reembolsáveis da Marinha, em fevereiro de 1991, Lumix teve de cotar preço de material a ser adquirido no mercado, já que não o possuía em estoque, não conseguindo vencer sua concorrente Fogarex (fls. 02 da Separata).

7. Não vejo configurada na espécie qualquer conduta ilícita com o objetivo de criar dificuldades ao funcionamento de Fogarex, visando eliminar a concorrência ou dominar mercado, sendo certo que nenhuma dificuldade causada à Representante foi demonstrada no processo.

As dificuldades a que alude a Lei são aquelas relativas à manutenção da concorrência. O fato da Representada, das sete licitações realizadas pelo Ministério da Marinha, ter vencido quatro, mesmo cotando preços abaixo do custo de produção, não é suficiente para se concluir pela ocorrência de prejuízos ao mercado.

Não é o prejuízo individual sofrido pela empresa em decorrência de prática comercial adotada por concorrente que a Lei antitruste busca reparar, mas o prejuízo coletivo, decorrente de repercussão maléfica de certa conduta no mercado. A legislação antitruste tutela a concorrência geral no mercado, relativamente a indeterminado número de compradores e vendedores.

Não se tem notícia nos autos de que FOGAREX tenha tido problemas operacionais ou passado por dificuldades financeiras em decorrência do comportamento da Lumix a ponto de prejudicar a

concorrência. A perda de algumas oportunidades de negócios, por conta de preços mais baixos oferecidos por competidor, faz parte do jogo da concorrência e poderia ter ocorrido, de qualquer modo, por uma pequena diferença em centavos.

8. A Representada não detinha à época da conduta poder econômico para se sustentar cobrando preços abaixo do custo. Ao contrário, achava-se em difícil situação econômica em razão das adversidades do mercado internacional onde vendia seus produtos. A Representante, ao contrário, era a única fornecedora no mercado interno, arbitrando, pois, seus preços.

Representante e Representada se confrontaram pela primeira vez em uma das licitações referenciadas nos autos, quebrando-se a hegemonia da Fogarex sobre o mercado interno. Parece estar aí a razão da representação. O mercado de fabricação de fogareiro portátil descartável, no qual atuava apenas uma empresa - Fogarex, passou a ser disputado por duas - Fogarex e Lumix. Assim, de monopolístico, passou a duopolístico. Punir a segunda concorrente seria prestar tributo à concentração absoluta, o que, obviamente, seria aplicar as Leis de defesa da concorrência às avessas.

9. Por derradeiro, cabe observar que os órgãos de defesa da concorrência não se prestam à solução de conflitos de natureza privada. Danos eventualmente causados na prática usual do comércio devem buscar reparação no Poder Judiciário.

O que se depreende dos autos é que a disputa entre Representante e Representada se situa no âmbito da concorrência desleal, matéria que escapa à competência da SDE e do CADE, e que já foi corretamente levada à apreciação do Poder Judiciário, conforme se têm notícia nos autos.

Isto posto, opino pela improcedência da representação e conseqüente arquivamento do processo.

É o parecer.

CARLA BARROSO

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

Trata-se de representação efetuada pela empresa FOGAREX ARTEFATOS DE CAMPING LTDA contra LUMIX QUÍMICA LTDA por prática de "dumping" e concorrência desleal. Alega a Representante que a LUMIX, para vencer quatro licitações realizadas pelo Ministério da Marinha, objetivando fornecer fogareiros portáteis de campanha, cotou preços um terço

abaixo daqueles por ela praticados. Tais licitações ocorreram no triênio 1988/90, sendo que a partir de então a Representada passou a fornecer seu produto a hotéis e restaurantes, a preços abaixo do seu custo de produção.

Afirma a FOGAREX que a Representada, com a adoção dessa prática, tinha por objetivo dominar o mercado e poder assim impor preços abusivos aos seus clientes.

Com a Representação vieram os documentos de fls. 05/07.

O Diretor do DPDE enviou expediente à LUMIX notificando-a e solicitou esclarecimentos iniciais sobre a sua estrutura de custos, os preços praticados e indicou conjunto de notas fiscais a serem fornecidas. A Representada atendeu a solicitação, enviando as informações que encontraram-se às fls. 10/67.

Em parecer exarado em 29.01.91, o Chefe da Divisão do DPDE observou não ter sido possível, em princípio, caracterizar indícios de prática de dumping e sugeriu que a Representante fosse convidada a tomar conhecimento da defesa da Representada e, caso fossem por ela contestadas as informações apresentadas, que o processo retornasse à Divisão para novo exame.

Em 21.02.91 a SDE/DPDE promoveu reunião com a representante "para conhecimento do andamento da Representação e exame dos elementos fornecidos pela Representada". Na oportunidade, a FOGAREX contestou as informações prestadas pela LUMIX, ao tempo em que se dispôs a fornecer dados adicionais que melhor caracterizassem a Representação. Tais elementos foram encaminhados dias após, tendo sido anexada, também, cópia de Ação Ordinária de Contrafação de patente, cumulada com perdas e danos, proposta contra a Representada (fls. 71 a 89).

Analisado o material coligido, o Diretor do DPDE notificou a Representada sobre a instauração do processo administrativo e encaminhou relatório para que esta deduzisse sua defesa prévia (fls. 102/109).

Ao apresentar suas alegações iniciais, a Representada contestou a prática de "dumping", apresentou diversas notas fiscais de seus fornecedores de latas/grelhas e álcool, relativas aos anos de 1988/89, e solicitou prazo adicional para produzir as provas relativas ao estoque de latas declarado em 1988, no que foi atendida pelo Diretor do DPDE (fls. 110 a 135).

Em 21.07.91 a representada remeteu ao DPDE informações complementares, buscando demonstrar a origem de seu estoque de latas de álcool sólido em 1988, da ordem de 295.000 unidades, segundo ela decorrente de frustração de vendas ao mercado externo (fls. 144 a 190). Informou, ainda,

que sua atuação no mercado interno deu-se em decorrência da suspensão de suas exportações, obrigando-a a desmobilizar o seu estoque (fls. 144 a 190).

Por sua vez, a Representante enviou ao DPDE cópia de decisão judicial - Concessão de Medida Liminar pela 14ª Vara Cível do RJ - proibindo a Representada de fabricar e comercializar o equipamento denominado "mini-fogareiro" até a decisão final da Ação Principal em trâmite naquela Vara (fls. 191/195).

Em seguida, o Diretor do DPDE encaminhou cópia do processo administrativo ao Ministério da Fazenda e solicitou parecer técnico sobre os aspectos econômicos em exame (fls. 208).

Decorrido um mês, a LUMIX é convidado pelo DPDE a participar de reunião, oportunidade em que a Representada efetuou a entrega de documentação relativa ao histórico dos preços praticados nas licitações ocorridas nos anos de 1988, 89 e 90, a estrutura da composição de seus custos; diversas notas fiscais de venda à Marinha; conjunto de notas fiscais de aquisição de produtos de outras empresas; e cópias dos livros diários de 1987, 88 e 89. Solicitou a Representada que a tais informações fosse dado caráter de confidencialidade.

Ao se manifestar sobre o assunto, o MINIFAZ questionou os critérios utilizados pela Representada para estabelecer os seus preços de reposição, particularmente em uma economia acometida de inflação crônica. Entendeu aquele Ministério que a LUMIX optou por realizar a produção abaixo de seu custo de produção e que tal fato representou perdas financeiras à Representada que não foram apropriadas aos custos produtivos.

Observou, também, o MINIFAZ, que o custo de fabricação das latas foi irrealisticamente apropriado, uma vez que a Representada não efetuou qualquer majoração de preços no período compreendido entre dezembro de 1988 e outubro de 1990. (fls. 211 a 214).

O Diretor do DPDE, com base em parecer técnico, às fls. 215/223, manifestou-se pela subsistência das práticas atribuídas à representada e, mais especificamente, quanto à infringência do item XIII, do art. 3º, da Lei nº 8.158, ou seja, "vender mercadoria ou prestar serviços sem margens de lucro, visando a dominação do mercado".

Em 23.10.92 a LUMIX é notificada a apresentar suas alegações finais, o que o fez em 11.11.92, reafirmando, em síntese, que: a) o seu elevado estoque de latas/fogareiros deveu-se a frustração de suas exportações; b) que o preço praticado foi decorrente do estoque ocioso involuntariamente formada; c) que não houve intenção em prejudicar o concorrente; d) reconheceu ter havido equívoco no cálculo do custo e que a intenção da empresa foi se desfazer do elevado estoque e fazer caixa; e) alegou ser improcedente a

acusação de ter praticado "dumping", visto a sua empresa ser pequena, de estrutura familiar. A Representada anexou às suas alegações finais cópia de sua defesa junto à 14ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, bem como cópias de diversas notas fiscais emitidas pela Representante ao longo do ano de 1991 (fls. 227/282).

Decorridos 60 dias da apresentação da defesa final, o DPDE, buscando complementar a instrução do processo administrativo, volta a solicitar novas informações, tanto à Representada quanto à Representante (fls. 283/285).

A Representada novamente apresenta as informações solicitadas que, na realidade, diziam respeito ao seu quadro de pessoal no triênio 1988/90 (fls. 289/292).

De outra parte, apesar de inúmeras tentativas realizadas pelo DPDE para acionar a Representante, para que esta prestasse informações complementares, a mesma não foi localizada. Tais informações eram referentes ao número de empregados no período de 1988/90, cópias de notas fiscais e das propostas apresentadas ao Ministério da Marinha no precitado período (fls. 293/297).

Como última tentativa para se localizar a Representante, a Coordenadora Geral Técnica do DPDE sugeriu encaminhamento de correspondência ao Departamento Nacional de Registro do Comércio - DNRC, bem como o envio de expediente ao endereço constante nas notas fiscais expedidas pela FOGAREX no 2º semestre de 1991 (fls. 298/301).

Em 18.05.93, o DNRC enviou ao DPDE os atos constitutivos da Representante, assim como as alterações contratuais efetuadas, inclusive a última, realizada em 22.10.91, em que a FOGAREX aumenta seu capital social, transfere cotas e amplia seu objeto social. (fls. 306 a 342).

Às fls. 343/359 é elaborado circunstanciado relatório pela assessoria do DPDE, abordando os fatos ocorridos e constantes dos autos, bem como toda a tramitação processual, inclusive aspectos relativos ao parecer do MINIFAZ e às defesas prévia e final. Conclui pela subsistência dos fatos que deram origem à Representação, não obstante ter considerado "certos fatos, no mínimo curiosos, à vista do entendimento lógico e econômico", propondo que, preliminarmente, fosse ouvida a área jurídica.

A Coordenadora Geral Técnica do DPDE, ao manifestar-se, observou que na instrução processual apurou-se que, intencionalmente ou não, a Representada praticou preços de vendas inferiores aos seus custos reais de produção, causando prejuízo a Representante, caracterizando, portanto, ilícito previsto no inciso XIII, do art. 3º, da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. Considerou, também, que a conduta da representada, apesar da reduzida

relevância do mercado, não só causou prejuízo à Representante, sua única concorrente, como também ao segmento em questão, visto que, ao assim proceder, restringiu as condições de competição, instrumento salutar da livre concorrência. Por fim, sugeriu o encaminhamento do Processo Administrativo ao CADE para julgamento.

Tal manifestação foi acolhida pelo Diretor do DPDE que, por sua vez, enviou o Processo Administrativo ao Secretário de Direito Econômico.

Em 19.07.93 o Secretário de Direito Econômico notificou a Representada do acolhimento dos termos do relatório e do despacho do Diretor do DPDE, bem como do encaminhamento do processo administrativo ao CADE por julgar procedente a Representação.

Neste Conselho, o processo veio a mim distribuído em 26.08.93, sendo que, em 30.08.93, solicitei o parecer da Procuradora do CADE. Em 30.09.93, a ilustre Procuradora exarou seu competente parecer, manifestando-se pela improcedência da Representação e o conseqüente arquivamento do processo.

É o relatório.

MARCELO MONTEIRO SOARES

Conselheiro-Relator

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

***EMENTA:** Fatos ocorridos no triênio 1988/90, antecedendo à Lei nº 8.158, de 08.01.91. Inaplicabilidade das normas substantivas daquele diploma legal. Representada não possui poder econômico. Inexistência de indícios de prática de preços predatórios. Estoque involuntariamente formado. Vendas abaixo de custo de produção para desfazer-se de estoque ocioso. Inexistência de abuso em face à Lei nº 4.137 de 10.09.62. Improcedência da representação.*

1. Trata o presente Processo Administrativo de Representação formulada à Secretaria de Direito Econômico - SDE, pela empresa Fogarex Artefatos de Camping Ltda., contra sua concorrente, Lumix Química Ltda., sob alegação de prática de preços predatórios e concorrência desleal.

A alegação da Representante fundamenta-se no fato de que, no período de 1988/90, a Representada participou de licitações promovidas pelo Ministério da Marinha para aquisição de fogareiros descartáveis de campanha

e cotou seus produtos a preços um terço inferiores àqueles cotados por ela, FOGAREX.

Aduz, ainda, que, a partir de 1990, a Representada passou a fornecer seus produtos a restaurantes e hotéis, praticando preços abaixo de seus custos de produção, com vistas a dominar o mercado e, então, impor preços abusivos.

2. Segundo relatório do DPDE, foi instaurado Processo Administrativo face à existência de indícios que configuravam práticas comerciais enquadradas no art. 3º, inciso XIII, da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, ou seja, "vender mercadoria ou prestar serviços sem margens de lucro, visando à dominação de mercado".

O DPDE, apoiando-se, dentro outros aspectos, na análise econômica realizada pelo Ministério da Fazenda, considerou que a Representada utilizou-se de meios artificiosos para estabelecer os preços de seus produtos nas licitações que participou junto ao Ministério da Marinha.

Entendeu, ainda, o DPDE que a conduta da Representada causou prejuízo tanto à Representante quanto ao mercado em que atua, visto que, sendo a FOGAREX sua única concorrente, teriam sido suprimidas as condições de concorrência.

3. Ao se manifestar sobre o assunto, o Ministério da Fazenda questionou os critérios utilizados pela Representada para estabelecer seus preços de reposição, em razão de os mesmos não atenderem aos princípios de racionalidade econômica. Observou, também, que a LUMIX produziu a preços inferiores aos seus custos de fabricação, tendo tal fato representado perdas financeiras que não foram apropriadas ao custo do produto nas licitações em que participou no Ministério da Marinha.

Conclui o parecer do MINIFAZ afirmando que, "... de resto, a LUMIX por transgredir a racionalidade do cálculo econômico infringe a ordem econômica, produzindo lesões no tecido da sociedade competitiva que tem como fulcro a cooperação obtida através dos atos de troca."

4. Em síntese, podem ser assim enunciados os argumentos de defesa oferecidos pela LUMIX nas diversas oportunidades que teve de ser posicionar nos autos:

- face a frustração de suas vendas para o exterior, restaram grandes estoques de latas/fogareiros e de álcool;

- para reduzir os prejuízos decorrentes da aquisição das latas e do álcool destinados ao mercado externo, a alternativa encontrada foi colocar rótulo de papel sobre o rótulo original em litografia e vender o produto na

embalagem existente. Com a adoção desse procedimento evitou a venda do produto como sucata;

- o preço apresentado nas concorrências deveu-se à existência de um estoque ocioso, inclusive do produto acabado já fabricado anteriormente, sem mercado;

- o preço oferecido nas licitações - cerca de 1/3 do seu concorrente - não tinha por objetivo prejudicá-lo, mas, sim, desfazer-se do estoque ocioso e gerar receitas, pois para vencer a concorrência bastaria reduzir os preços em 20 ou 30%, não havendo necessidade de chegar a um valor tão reduzido;

- admite ter havido erro na apropriação dos custos, mas por desconhecimento quanto à maneira correta de proceder e não má fé;

- esse tipo de vendas - preços abaixo dos custos de reposição, mas acima do custo histórico - para desova de estoques, é freqüentemente aplicado pelo comércio em geral - Supermercados e Lojas de Departamentos, para se livrar de produtos fora de linha próximos do término do prazo de validade;

- a acusação de "dumping" caberia quando uma empresa é muito maior do que a outra e tenta dominar o mercado graças ao seu poder econômico. Acrescenta que essa não é a realidade da LUMIX, empresa cujos sócios são todos da mesma família e que dividem entre si todas atividades.

- não havia condições financeiras para contratar serviços técnicos profissionais nas áreas econômicas e contábil.

- o contador contratado limita-se a realizar registros contábeis e o preenchimento de formulários para recolhimento de impostos, taxas e pagamento da folha de pessoal;

- o único serviço jurídico prestado à empresa é a defesa contra AÇÃO impetrada pela FOGAREX a respeito da CONTRAFAÇÃO DE PATENTE; e,

- finalmente, que nada mais resta senão submeter-se à decisão da Secretaria de Direito Econômico.

5. Preliminarmente, manifesto-me de pleno acordo com o entendimento da douta Procuradora deste Conselho, Dra. Carla Barroso, quanto a ocorrência dos fatos e a vigência da Lei nº 8.158/91, quando afirma, verbis: "A conduta da Representada foi incurso no art. 3º, inciso XIII da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991. As licitações em que a Representada teria adotado a conduta abusiva - preços abaixo do custo real de produção, com prejuízo à concorrência ocorreram em 30-11-1988, 23-02-1989, 01-09-1989 e 18-09-1990, antes, portanto, da vigência da Lei nº 8.158/91. Não incidem, pois, na espécie, as disposições da citada Lei naquilo que diz respeito às normas substantivas".

Considerou, também, a digna Procuradora a possibilidade da aplicação da Lei nº 4.137, de 10-09-62, ressaltando, ainda, que o diploma legal em questão não contempla a conduta abusiva de venda a preços predatórios.

A ilustre Procuradora admitiu a possibilidade de que a conduta fosse enquadrada no art. 2º, item I, letra g, da Lei nº 4.137/62 que estabelece:

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

I - dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

.....

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

6. Cabe, portanto, analisar se a conduta da Representada estava direcionada ao domínio do mercado ou à restrição da concorrência ou se estaria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais que viessem a criar dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas.

Inicialmente, cumpre observar que não consta deste processo nenhuma informação sobre o mercado relevante que a LUMIX pretendesse dominar e no qual teria ocorrido a prática ilícita.

A Representada afirma que cotou preços reduzidos para se desfazer de um elevado estoque ocioso, senão sua alternativa seria vendê-lo para sucata, onde obteria preços insignificantes.

O próprio DPDE reconheceu que o procedimento adotado pela Representada poderia ser creditado a uma situação conjuntural desfavorável, ao afirmar que: "Quer nos parecer, inclusive, que a prática adotada pela Representada - venda abaixo dos custos reais de produção - somente seria sustentável até o limite das matérias primas, em estoque, sendo previsível que a partir daí, a empresa se defrontaria com preços reais de mercado sinalizando o enfrentamento de sérias dificuldades para reposição de matérias primas. Prova disso, foi a licitação levada a efeito pelo Ministério da Marinha em março de 1991, vencida pela FOGAREX com preços inferiores aos da LUMIX" (fls. 349).

É lícito ter em conta que a Representada atravessava uma situação de mercado adversa com frustração das vendas ao mercado externo, dispo de elevado estoque ocioso, e precisava gerar receitas a qualquer preço. Tanto

é assim, que se desfez dos fogareiros pelo valor correspondente a um terço daqueles cotados pela Representante.

A esse respeito releva salientar que a própria LUMIX ponderou que, se quisesse prejudicar a FOGAREX, lhe bastaria reduzir o preço apenas o suficiente para ganhar a concorrência, o que não foi o caso.

O procedimento comercial adotado pela LUMIX assemelha-se bastante àqueles realizados pelas lojas de confecções, com suas promoções de inverno ou de verão, em que o objetivo a ser alcançado é o de minimizar perdas financeiras, através da "queima de estoques".

Cumpre ressaltar que os estoques foram involuntariamente formados e que a alternativa encontrada para desfazer-se das latas e do álcool foi colocar rótulo de papel sobre o rótulo de litografia, demonstrando que o objetivo era realmente se desfazer do estoque.

7. De outra parte, como bem observou a digna Procuradora do CADE, a política de preços predatórios é prática "adotada por empresas que detêm poder econômico suficiente para suportar durante certo tempo prejuízos constantes, vendendo seus produtos a preços abaixo dos custos reais de produção. Esse tipo de estratégia considera a recuperação dos prejuízos intencionalmente sofridos assim que o concorrente é afastado e essa recuperação se faz, com certeza, mediante cobrança de preços promocionais" (fls. 372).

Certamente não era esse o caso da LUMIX, uma empresa de pequeno porte, de estrutura familiar, que dispunha de apenas três técnicos, possuía reduzido capital social, e que só passou a comercializar no mercado interno em virtude da frustração de suas exportações. Não reunia a Representada, portanto, as alegadas condições de sustentar uma política deliberada de preços predatórios.

Claro que está a Representada, ao cotar preços muito abaixo de seu custo de produção, não praticava uma política deliberada de preços predatórios com o objetivo de afastar seus concorrentes no curto prazo e, posteriormente, adotar condutas prejudiciais à concorrência.

Tanto é verdadeiro que as condições necessárias e suficientes à implementação de uma política de preços predatórios no longo prazo não estavam presentes que, em fevereiro de 1991, ao participar de licitação promovida pelo Ministério da Marinha, a LUMIX não logrou êxito, tendo a mesma sido vencida pela FOGAREX.

8. Quanto ao questionamento do Ministério da Fazenda relativo a que os valores do estoque deveriam ser atualizados de acordo com o custo de reposição, contrapõe-se o da sobrevivência da Representada, ou seja, esta

precisava continuar gerando receitas, mesmo que os preços por ela praticados pudessem estar representando perdas financeiras.

A eficiência na alocação dos fatores produtivos e a racionalidade econômica propugnados pelo Ministério da Fazenda, próprios de uma situação típica de mercado, foram substituídos pela busca de alternativas que assegurassem condições de sobrevivência à Representada. Ressalte-se que os fatos se deram em um período (1988/90) se caracterizou pela forte retração das atividades econômicas e elevadas taxas inflacionárias, que tornavam proibitiva a manutenção de estoques ociosos.

9. Entendo que, em nenhum momento, a conduta da Representada comprometeu o funcionamento regular do mercado. De igual modo, não me pairam dúvidas de que as alegações da Representada não só merecem crédito como retratam com fidedignidade o ocorrido.

Assim, a exemplo da nobre Procuradora do CADE, não vislumbro neste processo caracterização de conduta ilícita por parte da Representada com a finalidade de criar dificuldades ao funcionamento da FOGAREX, ou que tenha acarretado repercussões anticoncorrenciais na estrutura do mercado.

10. É necessário ter claro que a legislação da defesa da concorrência não deve ser aplicada para dirimir ou regular questões ou interesses particulares. O bem jurídico sob tutela é o mercado. Assim, o que a Lei de combate ao abuso do poder econômico busca regular é a ocorrência de restrições de alcance coletivo à concorrência, o que no caso presente não se configurou.

Relativamente a esse aspecto, recorro-me, uma vez mais, ao bem fundamentado parecer da digna Procuradora quando afirma, verbis: "Por derradeiro, cabe observar que os órgãos de defesa da concorrência não se prestam à solução de conflitos de natureza privada. Danos eventualmente causados na prática usual do comércio devem buscar reparação no Poder Judiciário".

O que se depreende dos autos é que a disputa entre Representada e Representante se situa no âmbito da concorrência desleal, matéria que escapa a competência da SDE e do CADE, e que já foi corretamente levada à apreciação do Poder Judiciário, conforme se tem notícia nos autos" (fls. 374).

11. Por todo o exposto e acolhendo em todo os seus termos o parecer da digna Procuradora deste Conselho, o meu VOTO é pela improcedência da Representação e o conseqüente arquivamento do processo.

Este é o meu voto.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Com base no inciso II do art. 17 do Regimento Interno deste Conselho, quero registrar a minha ABSTENÇÃO no Processo Administrativo ora em julgamento.

A referida posição justifica-se pelo fato de ter funcionado no citado Processo Administrativo, tanto na fase de instauração como posteriormente nas averiguações, promovidas pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico - DPDE/SDE, na qualidade de Chefe de Divisão e de Inspetor-Chefe daquele Departamento. (fls. 68, 102, 136 e 196/198 dos autos).

José Matias Pereira

Conselheiro do CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91

Representante: Fogarex - Artefatos de Camping Ltda.

Representada: Lumix Química Ltda.

Relator: Conselheiro MARCELO MONTEIRO SOARES

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Eu também acompanho o voto do ilustre Relator.

Há de se distinguir o preço abaixo do custo, praticado pelo agente econômico por razões circunstanciais, do preço abaixo do custo, de natureza predatória. É este último que interessa à concorrência, pois nefastos os seus efeitos para o mercado.

O preço predatório é prática levada a efeito por quem dispõe de poder econômico. Não há se falar em prática abusiva quando o agente é empresa de pequeno porte e que não dispõe de condições financeiras para suportar o prejuízo do preço abaixo dos custos de produção, durante o período em que adota essa prática.

A conduta abusiva há de ter por objeto o domínio de mercado, pois essa é a razão por que o agente a pratica. O preço baixo por ele fixado não é um preço competitivo, mas predatório de seus concorrentes. O efeito inexorável é o afastamento do concorrente e a conseqüente recuperação das perdas sofridas, mediante a fixação do preço de monopólio.

Não se pode considerar predatório o preço praticado em algumas ocasiões, como é o caso das licitações referidas nos autos, pois se exige para a sua configuração uma certa continuidade da prática. O tempo é elemento essencial para esse tipo de ilícito.

Esse mesmo entendimento já foi manifestado pelo Poder Judiciário, tendo o ilustre Relator do caso assim justificado o seu voto, pela inexistência de delito econômico:

... "o impedimento da concorrência comercial, pela venda de mercadorias por preço inferior ao do custo só pode ser praticado por firmas economicamente poderosas, que estejam em condições de sustentar, durante largo tempo, com prejuízo constante, uma base de preço abaixo dos de custo real, visando, com isso, a eliminação da concorrência, por parte de firmas de capital menor de

modo a se assenhorearem do mercado, para, afinal, imporem o preço extorsivo que lhes convenha, refazendo-se dos prejuízos propositadamente sofridos, com lucros sobremaneira compensadores.

"... vender mercadorias abaixo do preço do custo com o fim de impedir a concorrência" não consiste no mal que momentaneamente se causa aos concorrentes, mas no mal, muito maior, que à economia popular poderá advir da eliminação da concorrência" (Ac. de 24.11.42, Ap. nº1.146, in José Inácio Franceschini e outros, Poder Econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro. Ed Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, p.404)

Conforme bem salientado pela ilustre Procuradora do CADE Dra. Carla Barroso, "a Representada não detinha à época da conduta poder econômico para se sustentar cobrando preços abaixo do custo. Ao contrário, achava-se em difícil situação econômica em razão das adversidades do mercado internacional onde vendia seus produtos". Ora, se a representada estava evitando prejuízos, com a desova de seus estoques, por óbvio não poderia estar sacrificando lucros, elemento essencial à configuração do ato predatório.

Afigura-se também a mim que o caso dos autos é pertinente ao direito de propriedade industrial, de natureza privada, que já se encontra, inclusive, sob a apreciação do Poder Judiciário.

Concluo, assim, como o ilustre Relator, pelo arquivamento do processo.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Acompanho o ilustre relator, Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, em seu bem fundamentado voto.

Assim o faço, pelas razões que se seguem.

Trata o processo de representação formulada por FOGAREX ARTEFATOS DE CAMPING LTDA., contra a LUMIX QUÍMICA LTDA., sob a alegação de prática de preços predatórios e concorrência desleal, incurso

a Representada, pelo Departamento de Proteção a Defesa Econômica - DPDE, no artigo 3º, inciso XIII, da Lei nº 8.158/91.

Destaco, na manifestação de voto do ilustre Conselheiro-Relator, três aspectos que entendo fundamentais ao deslinde da questão.

O primeiro deles diz respeito à não aplicabilidade, ao caso, do dispositivo invocado pelo DPDE, eis que ocorridos os fatos relevantes em período compreendido entre os anos de 1988 e 1990. Assim sendo, as normas substantivas da Lei nº 8.158/91 efetivamente não incidem na espécie.

Outro aspecto da questão diz respeito à possibilidade de enquadramento da conduta da Representada, no artigo 2º, inciso I, alínea g, da Lei nº 4.137/62, que contempla, como uma das formas de abuso do poder econômico, a "criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa", como meio de domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência.

A tal propósito, ressalta o Conselheiro-Relator que a prática de preços predatórios é adotada por empresas detentoras de poder econômico, capazes de suportar prejuízos constantes, por determinado tempo, mas recuperando-se, após, uma vez afastados os seus concorrentes.

Não é esse, todavia, o caso dos autos, em que se revela ser a Representada uma empresa de pequeno porte, que atravessava, à época dos fatos investigados, em decorrência de frustração de exportações, uma situação econômica adversa, com elevado estoque ocioso, precisando gerar receitas, ainda que fixando preços abaixo dos custos de produção.

Por isso mesmo, e fundamentado na prova colhida no processo, bem conclui o Relator no sentido de não se caracterizar conduta ilícita da Representada, à luz dos dispositivos da legislação antitruste. De fato, não ficou demonstrado que a Representada objetivava criar dificuldades ao funcionamento da Representante, visando, com tal proceder, à eliminação da concorrência ou ao domínio do mercado.

Resta, por fim, como terceiro aspecto a destacar, uma questão que diz respeito à própria delimitação da competência do CADE.

Com efeito: os conflitos de natureza privada, sem repercussão negativa no mercado, que não produzam efeitos anticoncorrenciais, não se incluem na competência judicante do CADE. Restará, sempre, a apreciação do Poder Judiciário, inafastável, nos termos constitucionais, para todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seu direito (artigo 5º, XXXV).

Para tais razões, e concordando plenamente com os fundamentos e conclusões do bem elaborado parecer de autoria da ilustre Procuradora do

CADE, Dra. Carla Barroso, acompanho o Relator, pela improcedência da representação, e conseqüente arquivamento do processo.

É o meu voto.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

