

REVISTA DO IBRAC

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

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

**JULGADOS DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA- CADE**

Outubro a dezembro de 1992

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 REVISTA DO IBRAC está aberta a colaborações tanto acadêmicas como não acadêmicas, que sejam de interesse para o desenvolvimento das relações de concorrência e consumo. Textos em língua estrangeira ou traduções poderão se aceitar, 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 38.....	5
REPRESENTANTE: SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DE SÃO PAULO	5
REPRESENTADAS: SHARP ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIOS S/C LTDA, ROC REPRESENTAÇÕES E OPERAÇÕES COMERCIAIS LTDA E SHARP DO BRASIL S/A INDÚSTRIA DE PRODUTOS ELETRÔNICOS	5
<u>Data 07 de outubro de 1992</u>	
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 12.....	11
REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	11
REPRESENTADA: ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A.....	11
<u>Data 29 de outubro de 1992</u>	
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 29.....	35
REPRESENTANTE: SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	35
REPRESENTADO: ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A.....	35
<u>Data 29 de outubro de 1992</u>	
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 13.....	44
REPRESENTANTE: PRESIDENTE DA REPÚBLICA	44
REPRESENTADA: PRODOME QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.....	44
<u>Data 29 de outubro de 1992</u>	
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 109/89	101
REPRESENTANTE: ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA.....	101
REPRESENTADA: SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS.....	101
<u>Data 07 de dezembro de 1992</u>	
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 07.....	135
REPRESENTANTE: SERPRO- SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS	135
REPRESENTADA: TICKET - SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO S/C LTDA. E OUTRAS.....	135
<u>Data 16 de dezembro de 1992</u>	

ÍNDICE TEMÁTICO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 38:

Conversão de Julgamento em Diligência

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 12

Retenção de Medicamentos de Uso Contínuo. Abuso de Posição Dominante.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 29 35

Grupo Econômico. Inexistência de Personalidade Jurídica. Necessidade de Identificação das Empresas Responsáveis pelas Condutas Denunciadas.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 13

Retenção de Medicamentos de Uso Contínuo. Abuso de Posição Dominante.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 109

1. Concorrência Pública. Acordo de Preços e/ou Condições.
2. Imposição de Preços. Sindicato e Respectivo Membro. Criação de Dificuldades ao Funcionamento de Empresa.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 07

Concorrência Pública. Conduta Uniforme. Igualdade de Preços e/ou de Condições. Inexistência de Abuso do Poder Econômico.

MINISTERIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 38

REPRESENTANTE: SECRETARIA DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

REPRESENTADAS: SHARP ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIOS S/C LTDA, ROC REPRESENTAÇÕES E OPERAÇÕES COMERCIAIS LTDA e SHARP DO BRASIL S/A INDÚSTRIA DE PRODUTOS ELETRÔNICOS

DECISÃO

Por unanimidade, foi o julgamento convertido em diligência e determinado o encaminhamento de ofícios ao PROCON/SP, ao DNRC/SNDE e às empresas representadas.

Plenária do CADE, 07 de outubro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

Este processo foi aberto sob o impulso de representação do PROCON de São Paulo, órgão vinculado à Secretaria da Justiça da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo. A entidade conta que, na vigência da Lei nº 8.178, de 1.3.91, vale dizer, durante o congelamento de preços que o diploma estabeleceu, a Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda majorara as mensalidades de seus consorciados e a ROC - Representações e

Operações Comerciais Ltda aumentara os preços dos eletrodomésticos a eles destinados.

Cumpridas algumas diligências, as duas empresas, além da Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos, foram notificadas para responder à acusação de prática de fato capitulado no art. 3º, I e VIII, da Lei nº 8.158/91, c/c o art. 2º, I, "a" e IV, "b", da Lei nº 4.137/62 (fls. 134/135).

A nota técnica enviada às empresas fala em ligação acionária indireta entre as três firmas. Menciona o fato de os consorciados usualmente adquirirem os bens da firma ROC, a quem caberia "a exclusividade na distribuição e venda dos produtos" (fls. 130). Refere também à criação de um mercado cativo de 30.000 bens mensais para a empresa industrial, por conta do consórcio. Lê-se mais:

"Na época, vigorava um congelamento de preços e salários e o grupo encontrou um meio de burlar a legislação através de uma intermediação tentando desvincular a Sharp do Brasil S.A. Indústria de Equipamentos Eletrônicos do seu consórcio nacional, Sharp Administradora de Consórcio S/C Ltda. e seu braço distribuidor a ROC - Representações e Operações Comerciais Ltda"(fls. 130).

Conclui a nota técnica no sentido de que:

"(...) houve controle de distribuição pelo grupo de empresas, formado pela Sharp do Brasil S.A. Indústria de Produtos Eletrônicos, Sharp Administradora de Consórcio S/C Ltda e ROC - Representações e Operações Comerciais Ltda, formação de grupo econômico, por meio de controle acionário direto ou indireto, com vistas a inibir a livre concorrência, causando dano direto ao consumidor, que vinculado ao grupo de consorciados viu-se impedido de poder escolher quem lhe pudesse vender o bem nas melhores condições de mercado" (fls. 131).

A peça única da defesa prévia das três empresas inicia por alertar para que os problemas entre o consórcio e os consorciados estão sub judice. Aponta o fato de a administradora de consórcios estar movendo ação declaratória contra a SUNAB e a União Federal, que teria o mesmo objeto deste processo. Entende, assim, inviável este processo administrativo antes do deslinde da matéria no âmbito judiciário (fls. 152 e segs.) No mérito, sustenta que as três empresas são independentes entre si e que de comum a duas delas há tão-somente um sócio, o Sr. Matias Machline. Ajunta que "as pessoas

jurídicas das quais ele participa não podem ser punidas, apenas, em razão dessa participação" (Fls. 159).

A Secretaria Nacional de Direito Econômico, após cumpridos os trâmites processuais próprios, insiste na ocorrência de abuso do poder econômico, conforme a sua manifestação inicial no processo. A defesa final repisa a tese da impropriedade deste feito enquanto pendente ação no Judiciário sobre o mesmo tema.

Por força de diligência do Plenário, foram anexadas aos autos cópias do contrato-padrão, que vinculava a empresa de consórcios aos consorciados, e de contratos sociais.

A LEGITIMIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O argumento da defesa de que o processo não deve ter seguimento por conta de pendência judicial sobre questões debatidas nos autos não deve prosperar.

A cópia da inicial da referida ação declaratória (fls. 176/195) demonstra que o seu objeto não se confunde com as acusações de que tratam os autos.

Ressalte-se que a ação declaratória tem por autora apenas a Sharp Administradora de Consórcio S/C Ltda; as demais defendentes no processo administrativo não figuram naquela relação processual.

A ação judicial, no mais, pretende ver esclarecido que não existiria relação jurídica de compra e venda entre a autora e os seus consorciados, de modo a sujeitá-la às regras de congelamento de preços. Neste feito administrativo, o assunto é diverso; pesquisa-se a ocorrência de abuso de poder econômico consistente na formação de grupo econômico danoso à liberdade de mercado, gerando lucros abusivos. Não há identidade de objetos.

MÉRITO

Não se está julgando, aqui, simplesmente a legitimidade do aumento de preços de produtos eletrônicos durante o período em que tal prática estaria vedada por lei. O eventual desrespeito a normas dessa índole não se inclui, por si só, no rol das matérias afetas legalmente à competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Debate-se, antes, se houve formação de grupo com objetivos nefastos à concorrência ou tendentes a gerar lucros abusivos.

As diligências determinadas pelo Plenário (fls. 302/354) foram úteis para esclarecer alguns fatos mencionados nos autos. Os contratos sociais se prestam a que se perceba uma certa harmonia de interesses entre as representadas. Por outro lado, o contrato-modelo da Sharp Administradora de Consórcio S/C Ltda abre novas linhas de indagação.

O instrumento contratual não permite assegurar que os consorciados eram dirigidos a adquirir os bens com que foram contemplados na firma ROC. Haveria, assim, que se obter provas de uma tal circunstância para se cogitar de venda casada, com restrição à livre concorrência. A afirmação do representante da Sharp Administradora de Consórcio, Sr. Mariano Futema, de que, à época dos fatos relevantes, "a ROC era uma distribuidora que vendia exclusivamente à Sharp Consórcio" (fls. 106) tem valor relativo nesse sentido. A assertiva pode vir a confirmar outros dados de persuasão, mas, por si só, não faz certo que os consorciados fossem levados a adquirir os seus bens exclusivamente na ROC, ainda que esta destinasse todas as suas operações à empresa de consórcios.

Por outro lado, o art. 8º do contrato-padrão, que cuida do modo de fixar as mensalidades dos consorciados, dispunha:

"Para efeito de (...) fixação das contribuições devidas pelos consorciados, a base de cálculo adotada será representada pelo preço do bem discriminado na proposta de adesão, constante da tabela aprovada pelo fornecedor ou órgão público competente, vigente na data da assembléia do mês, na praça onde for constituído o grupo".

Observo que o contrato fala apenas em "fornecedor", no singular. Resta saber quem é esse fornecedor referido, que norteará o valor das mensalidades. Considerando-se declaração já mencionada de que, à época dos fatos, a ROC existia praticamente para fornecer os produtos aos consorciados, pode-se imaginar que o fornecedor seria a ROC.

Se a administração do consórcio, para efeito de atualização das mensalidades dos consorciados, apurava apenas a alteração de preços registrada na ROC, surge situação que interessa à atividade repressiva do abuso do poder econômico. Não é absurdo perquirir a hipótese de a ligação de interesses entre a empresa de consórcios e a ROC ter inspirado manobra que obrigaria os consorciados a pagar mensalidades com aumentos, por conta dos preços mais gravosos que a ROC estaria praticando de modo irregular. Para que uma tal situação possa se refletir no âmbito da competência do CADE, é necessário assentar que a empresa de consórcio sentira-se autorizada a se

contentar com a pesquisa de preços, no momento em que estavam congelados, junto à empresa ROC.

Meios vários para essa pesquisa podem ser imaginados. Ocorre-me, por exemplo, verificar se, na época dos fatos, o comércio varejista desrespeitara o congelamento, da mesma forma como a ROC é acusada de o ter feito. Poder-se-ia indagar, também, se a cláusula do contrato-padrão acima transcrita era interpretada de modo a autorizar que a pesquisa de eventuais aumentos de preços seria dada por suficiente com a mera consulta a ROC.

CONCLUSÃO

Essas conjecturas sobre a eventualidade de ter ocorrido fato capitulável no acervo legislativo que pertine ao CADE não se suportam em elementos seguros. Não constam dos autos dados que comprovem algum abuso do poder econômico, a credenciar uma condenação.

Vale recordar, de todo modo, que o processo administrativo tem por princípio reitor aquele da verdade material. Não é de estilo que se encerrem as inquirições enquanto se vislumbram meios - de que ainda não se socorreu - em tese hábeis para revelar fatos e apurar realidades.

Assim, o parecer sugere que, acaso se convença o julgador de que há mais provas passíveis de serem produzidas - de modo a obviar a absolvição por mera insuficiência instrutória - que o feito retorne à SDE para que se esgotem as buscas de evidências que a espécie comporta.

Brasília, 17 de novembro de 1992

Paulo Gustavo Gonet Branco

PARECER DO PROCURADOR II

EMENTA: *Conversão do julgamento em diligência. Requisição de documentos relevantes à apreciação do caso.*

1. A análise das diversas questões suscitadas nos autos não prescinde do cumprimento de algumas providências de caráter instrutório.

2. É útil que venham aos autos cópia do contrato-padrão que, à época dos fatos relevante - i.é. março de 1991 -, vinculava os consorciados de que tratam os autos com a firma Sharp Administradora de Consórcios Ltda. O documento será de valia para apurar a existência de cláusula determinando a

exclusividade na venda dos produtos eletroeletrônicos em favor da firma ROC - Representações e Operações Comerciais Ltda. Destaco que a própria representante decerto que mantém em seus arquivos tal instrumento.

3. De valia, outrossim, que sejam produzidos documentos relativos ao contrato social das firmas defendentes para que se apurem os nomes de seus sócios à época dos fatos relevantes neste processo e a sua participação no capital social das firmas. Essa providência pode ser dispensada com relação à empresa ROC - Representações e Operações Comerciais Ltda., uma vez que tais elementos constam das fls. 109 e seguintes dos autos.

4. O parecer, portanto, é pela conversão do julgamento em diligência para que se obtenham os dados aludidos. Sugiro a recomendação de prazo de quinze dias para o cumprimento das solicitações, em face até mesmo da sua singela natureza.

Brasília, 21 de setembro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 12/91

REPRESENTANTE: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: ACHÉ Laboratórios Farmacêuticos S.A.

DECISÃO

Por unanimidade, os membros do Conselho decidiram pela procedência da Representação, por fato capitulado no art. 2º, item III, letra "c" da lei 4.137/62, estipulando a multa de Cr\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de cruzeiros), a ser recolhida pela representada no prazo máximo de 03 (três) dias úteis, a partir da publicação da Decisão no Diário Oficial da União.

Plenária do CADE, 29 de outubro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de representação do Presidente da República em exercício, datada de 19.07.91, dando conta de desabastecimento de remédios de uso contínuo e obrigatório, provocado por setores da indústria farmacêutica, com finalidade especulativa.

A representação motivou reunião, em 22.07.91, da Secretaria Nacional de Direito Econômico com integrantes do setor, de que participou o laboratório representado. Ali, admitiu-se "a existência de problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório" (fls. 2).

Convidado, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Brasília (ABCFARMA) apresentou lista de medicamentos em falta no comércio varejista (fls. 4), incluindo os remédios Epelin, Vertix e Vertizine D.

Cumpridos os trâmites próprios do processo, conclui a Secretaria Nacional de Direito Econômico que a empresa representada cometeu infração capitulável no art. 2º., III, "c", da Lei n. 4.137/62. Tem por comprovado que o laboratório manipulou a produção e venda dos remédios Epelin (suspensão oral, frasco com 120ml), Vertix (10 mg/comprimidos) e Vertizine D.

A conclusão da Secretaria Nacional de Direito Econômico se faz a partir de dados, fornecidos pela própria empresa, pelo comércio e por distribuidores, que positivam a queda de venda de medicamentos pelo laboratório, não obstante a procura pelos produtos no mercado. Houve destaque, na caracterização do problema, para a situação de Brasília no segundo trimestre de 1991.

Há elementos nos autos que suportam a acusação de abuso do poder econômico.

A falta dos produtos no mercado, não somente foi reconhecida na reunião que a Secretaria Nacional de Direito Econômico promoveu, como, também, o testemunho da ABCFARMA abona essa realidade, quando menos em Brasília.

O problema, cumpre referir, se fez mais agudo no segundo trimestre de 1991, como os autos revelam acerca de cada medicamento em exame.

No caso do Epelin, os dados estatísticos apontam para a existência de estoques, que, entretanto, não eram postos a venda, gerando considerável descompasso na equação entre a necessidade do produto no mercado e a sua entrega à comercialização.

Assim, observa-se, pelos dados constantes dos autos, que a venda média do medicamento no segundo trimestre de 1991 foi 43% inferior à ocorrida no primeiro trimestre de 1991 e 31% inferior à do segundo trimestre de 1990. Ainda, no primeiro semestre de 1991, a quantidade do remédio recebida pelo mercado de Brasília foi praticamente 30% da solicitada.

A respeito do Vertix, anota-se brusca queda das vendas no segundo trimestre de 1991 (da ordem de 49% tanto em relação ao primeiro trimestre de 1991, quanto em relação ao segundo trimestre de 1990).

Sobre o Vertizine D, os números apresentam abissais quedas de venda e de produção do remédio. A empresa alega que não pôde produzi-lo nos níveis normais por falta de matéria prima, apresentando documentos em prol do alegado (fls. 708 e seg.). Ressalta que, em todo caso, o Vertizine D pode ser substituído pelo Vertix (fls. 792).

A se aceitar a escusa, permanece ainda a responsabilidade da empresa por ter subtraído à comercialização os outros dois remédios. A responsabilidade, na verdade, agrava-se tanto mais porque, se o Vertizine D não estava sendo comercializado por fatores alegadamente estranhos ao domínio de ação do laboratório, seria de se esperar um acréscimo na oferta do seu substituto, o Vertix, e nunca a sua substancial contração, como ocorreu.

A empresa assegurou-se a mais ampla defesa. Ela interveio no feito nos momentos adequados e apresentou argumentos diretamente voltados a responder às acusações de que foi objeto.

Busca o laboratório assinalar a desvalia formal do processo bem como a falta de mérito da representação. Pretende que não há prova da retenção dos medicamentos e que, na realidade, não teria havido desabastecimento quer nas farmácias de Brasília, quer nas de qualquer outra unidade da Federação (fls. 794).

A empresa, inicialmente, sugere que a defesa tenha sido dificultada pelo emprego de termos vagos.

A assertiva não procede. A defendente recebeu, ao se iniciar o processo, os documentos de fls. 119/130, que anunciam a instauração do processo, referindo-se aos fatos em tese capituláveis no art. 2º., III, "c", da Lei nº 4.137/62. No expediente, consta a representação do Presidente da República em exercício, que motivou a ação da Secretaria Nacional de Direito Econômico. Consta também circunstanciado trabalho complementar de técnicos deste Ministério, onde o problema do desabastecimento dos remédios na Capital Federal é registrado. Há, outrossim, a análise numérica das vendas e da produção dos medicamentos no período crítico em contraste com outros períodos de normalidade, a revelar o comportamento especulativo da empresa como causa do problema do desabastecimento.

A defendente cogita, também, de cerceamento de defesa, por não ter sido enviado ao laboratório cópia da lista de medicamentos em falta em Brasília, fornecida pela ABCFARMA. Novamente, a crítica não deve prosperar. O laboratório se defende dos fatos que lhe são atribuídos no expediente, que lhe é enviado logo quando da instauração do feito. Não há, entretanto, obrigação nenhuma de a Secretaria Nacional de Direito Econômico remeter-lhe, também, cópia de todos os elementos de convicção colhidos. Estes estiveram sempre no processo, que, sendo público, permaneceu à disposição do defendente para consultas e verificações. Com isso se cumpre a exigência de se permitir a ampla defesa no processo administrativo. Queda no domínio da discricionariedade do defendente, valer-se ou não das possibilidades de defesa e do contraditório, conforme a sua estratégia no processo recomende. Não é dado, por certo, entretanto, qualificar como

cerceamento de defesa a sua eventual opção por não buscar o acesso aos autos e aos elementos de convicção nele existentes.

Acrescente-se que o próprio teor da defesa demonstra que a ausência daquela cópia, agora reclamada, não prejudicou a defesa, que atacou justamente quanto o documento afirma acerca do desabastecimento dos remédios na praça de Brasília. Por isso, ainda que houvesse qualquer relevância no fato a que se refere a empresa - e, repita-se, relevância não há -, ainda assim não teria ocorrido prejuízo ao laboratório. Prevaleceria, então, a regra de que o útil pelo inútil não se vicia. A regra ostenta validade tanto mais indiscutível em processos administrativos, onde se busca a verdade material.

Em outra linha, a defesa argüi que não se pode comparar a produção e a venda dos produtos no ano de 1991 com outros anos, tal como ocorrido. Argumenta que a economia foi atípica e afirma:

"Os reflexos desta anomalia foram suportados pela indústria, que não pode se desenvolver de forma regular e normal, no transcurso de 1991, que em seus últimos meses se evidenciou por um quadro recessivo, em combate à famigerada inflação" (fls. 790).

O argumento não pode ser aceito. O elo lógico entre a situação econômica do país e a queda da produção e da comercialização de medicamentos, com o conseqüente desabastecimento, não está sequer referido pela empresa, nem muito menos provado. O raciocínio da firma sofre da dificuldade lógica de a sua conclusão não se conter na premissa, inutilizando-o.

Não bastasse isso, valeria observar que o quadro de crise econômica - em que o país se insere desde muito antes de 1991 - não tem impossibilitado que outros agentes econômicos se ajustem, com rigor, aos parâmetros da legislação vigente sobre a proteção da economia.

Por fim, vale assinalar a sucinta e incisiva resposta fornecida pela Dra. Márcia Suaiden Figueiroa à tese referente às dificuldades econômicas próprias dos últimos meses de 1991, conforme alegado pela empresa:

"Gostaríamos apenas de lembrar que nossa análise concentrou-se no primeiro semestre de 1991" (fls. 877).

A empresa se apega, logo mais, à pesquisa realizada com duas distribuidoras de medicamentos, situadas fora de Brasília - Distribuidora Jamyr Vasconcelos e Drogaria e Farmácia Popular Ltda. -, quanto à relação

pedido-recebimento do remédio Epelin. De acordo com o quadro constante às fls. 560, o total de pedidos se igualou ao total dos medicamentos recebidos durante o período crítico. É quanto basta para que a empresa tenha como comprovado que não existe o desabastecimento de mercado quanto ao Epelin (fls. 796).

Sobre o remédio Vertix, porém, ouviram-se três distribuidores, inclusive a Drogaria e Farmácia Popular Ltda, que se manifestara quanto ao Epelin. Desta vez, o resultado da pesquisa não demonstrou "o atendimento se não total, porém parcial, durante os meses aludidos", conforme pretende ver a defendente. Na realidade, nota-se que, em junho de 1991, a Drogaria Farmácia Popular formulou pedido de 100 unidades do Vertix e nada recebeu. Da mesma forma, a Rey Drogas Comercial Ltda em maio pediu 2.160 unidades, recebendo 480, e, em junho solicitou 2.400 unidades sem nada receber.

Logo adiante, a defendente intenta desacreditar a fidedignidade dos informes prestados pelos intermediários. Fala que os distribuidores "açambarcam a maior parte do lucro na comercialização dos medicamentos, popularmente denominados atravessadores, [e] exigem, condição '*sine qua non*', um elevado desconto de preço para revenderem nossos produtos" (fls. 797). Na mesma página, continua:

"Após tais esclarecimentos, (...) comprovamos ao R. Diretor, que a finalidade desta prova, não passa de pressão material e moral dos atravessadores, com o fim suspeito e parcial, de obter vantagem econômica em detrimento alheio".

Conclui que, sem provas documentais que demonstrem terem sido, de fato, formulados pedidos dos medicamentos, a palavra dos distribuidores não merece fé.

A tese não deve sensibilizar este Conselho. A suspeição lançada sobre a credibilidade dos dados fornecidos pelas empresas que comercializam os remédios não pode ser graciosa; demanda elementos fáticos robustos que a abonem.

Os autos, todavia, não os estampam. O raciocínio da defendente, pois, carece de poder persuasivo.

Além disso, o argumento da suspeição dos distribuidores tem contra si a circunstância de a defendente apegar-se aos informes que eles prestam, quando auxiliam à sua posição (no caso do Epelin), para rejeitá-los, porém, quando não lhes são propícios (no caso do Vertix).

De outra parte, não são os distribuidores os acusadores neste processo. A acusação foi assumida pela Secretaria Nacional de Direito Econômico, a partir da representação do Presidente da República em exercício. Os elementos carreados aos autos pelos distribuidores e comerciantes são válidos, como qualquer testemunho, enquanto não desautorizados pela defendente. Não cabe exigir, como pressuposto de validade das informações que os distribuidores e farmacêuticos, que eles também apresentem toda a documentação que confirme quanto dizem. Se a defendente não concorda com os dados que eles apresentam cabe a ela demonstrar, com os meios ao seu alcance, o equívoco. O que não é curial é transferir o ônus próprio de quem recusa um testemunho para a própria testemunha.

Ademais, as informações prestadas pelas diversas firmas encarregadas de comercializar os produtos em apreço têm por si a coerência no apontar o problema do desabastecimento. O bom senso não sanciona a suposição de que tenha havido um pacto entre todas essas firmas independentes para, de modo deliberado, induzir a Secretaria Nacional de Direito Econômico em equívoco, com o exclusivo fito de prejudicar a defendente.

Por outro lado, os autos comprovam a escassez dos medicamentos Epelin e Vertex na praça de Brasília (fls. 563 e seg.). Inúmeras farmácias e drogarias da Capital confirmam a realidade do desabastecimento, que a ABCFARMA já havia anotado.

A defendente busca descaracterizar o problema e negar a veracidade dos informes prestados pelas farmácias e drogarias de Brasília, apresentando "várias laudas impressas por comutação, que comprovam pela relação das notas fiscais nelas descritas, as vendas de nossos medicamentos, para aproximadamente 200 farmácias de Brasília, no exercício de 1991" (fls.799).

Merecem ser reproduzidas as conclusões que a Secretaria Nacional de Direito Econômico, pela voz da Dra. Márcia Suaiden Figueiroa, colhe, a partir do exame dos dados apresentados pelo laboratório. Quanto ao Vertex, observa que houve "queda sensível no número de farmácias atendidas, principalmente no 2º trimestre do ano, com queda na quantidade fornecida, sendo que no mês de junho nenhuma unidade foi entregue" (fls. 881).

Quanto ao medicamento Epelin, na forma de suspensão oral observa que:

"nos meses de maio e junho, o número de farmácias atendidas é metade do número de farmácias atendidas no mês de abril, assim como a quantidade fornecida também cai em, aproximadamente, 50%" (id.).

Inegável, assim, ter ocorrido redução da comercialização dos produtos da defendente, em condições que geraram a sua escassez. Quanto aos medicamentos Epelin, sob a forma de suspensão oral, e Vertix, não há justificativa que exima de culpa o laboratório pelo comportamento assumido. Não é dado à empresa valer-se de manobras envolvendo a comercialização dos medicamentos para, por meio do pânico instituído no mercado, predispor o governo a uma atitude favorável à política de preços que lhe favoreça.

Cumpre deixar claro, outrossim, que o abuso de poder econômico pode também ocorrer com produtos que tenham o seu preço controlado pelo governo. O propósito de realizar manobras especulativas não se exclui simplesmente pela circunstância de a majoração de preços colimada depender do assentimento de órgãos governamentais. As empresas podem articular ações - valendo-se da sua singular posição no mercado e afetando a vida econômica do país -, tendentes a forçar a autorização do aumento de preços, que não se daria de outra forma. A reação à política de preços imposta pelo governo, se é perpetrada com abuso do poderio da empresa, capitula infração. Os autos ilustram tal possibilidade.

No caso sob exame, o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo laboratório resulta cristalino do conhecimento de princípios de economia. Não se entende racional uma estratégia da empresa de voluntariamente reduzir a produção ou a comercialização de seus bens - quando não ocorrem circunstâncias peculiares que o imponham -, a não ser como ardil direcionado à especulação. Na espécie, ao menos quanto ao Epelin e ao Vertix, a defendente não demonstra circunstância nenhuma que arrede a evidência do seu intento especulativo nos fatos descritos.

Por esses motivos, o parecer é pela procedência da representação, verificado o cometimento, pelo laboratório, de fato previsto na Lei nº 4.137/62, art. 2º., III, "c".

Não há indícios, nos autos, de que a prática do comportamento sob censura ainda tenha seguimento; por isso, a única sanção cabível é a multa do art. 43 da mesma lei de 1962. Sugiro que, na fixação da pena, seja considerada a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria que diz com a saúde da população, bem assim como o fato de que o laboratório, chamado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, se comprometeu a regularizar a comercialização do produto, não havendo o que faça crer que haja desonrado o compromisso.

Brasília, 26 de junho de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

I - A ORIGEM

O Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, em expediente datado de 17.07.91, dá conta de haver sido informado sobre o desabastecimento de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, por parte de alguns laboratórios, com fulcro, conforme alega, de provocar a liberação geral de preços e solicita providências por parte do Ministério da Justiça.

A Representação em tela instou o Ministro da Justiça a determinar que medidas fossem tomadas pela Secretaria Nacional de Direito Econômico para apurar os fatos, com o intuito de normalizar o mercado em tão especial segmento.

Por despacho do Diretor do Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, em 16.08.91, foi instaurado o presente Processo Administrativo, publicada sua notificação no D.O.U. em 19.08.91, páginas 16.824 e 16.825, tendo recebido o nº 12/91 (fls.115).

Na citada Notificação figura como Representada a empresa ACHÉ - Laboratórios Farmacêuticos S.A., onde é imputada à mesma, infração capitulável no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, ou seja, retenção em condições de causar escassez de bens de produção ou de consumo.

II - DO CONTEÚDO DOS AUTOS

Em 22.07.91, a Secretaria Nacional de Direito Econômico reuniu-se com representantes da indústria e do comércio farmacêutico e entidades de classe, tendo se feito presente a empresa Representada. Foi admitida pelos participantes "a existência de problemas localizados, especialmente da produção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório" (fls. 2/3).

Na oportunidade, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos de Brasília - ABCFARMA - forneceu relação de medicamentos em falta no mercado do Distrito Federal, onde produtos da Representada foram identificados (EPELIN, VERTIX E VERTIZINE D).

Manifestou-se o laboratório ACHÉ em 22.07.91, informando à SNDE que estava com seus produtos em disponibilidade e o abastecimento do mercado encontrava-se normalizado (fls.6).

Em 24/07/91 o DNPDE/SNDE enviou ofício CIRC. Nº 302/91, pelo qual solicitou informações discriminadas à Representada, tendo também expedido telex convocando-a para reunião que foi efetivada no dia 06/08 (fls.8-A e 10).

A Representada solicitou prorrogação do prazo de fornecimento de dados por mais 15 (quinze) dias, e, em 09/08/91 prestou informações sobre a comercialização dos referidos medicamentos (fls.18 a 37).

Em 24/07/91 o DNPDE solicitou à CEME dados e informações sobre o abastecimento de medicamentos de uso contínuo e obrigatório.

Em 18/08/91 a Representada informou à SNDE que um plano de normalização na distribuição e comercialização de diversos medicamentos já havia sido implementado, ressalvando que, no caso do medicamento VERTIZINE D, foram superados os problemas com importação de matéria prima (fls.102 e 103).

A Dra. Márcia Suaiden Figueiroa, Assessora do DNPDE, elaborou Nota Técnica analisando produção e comercialização dos medicamentos objeto do Processo Administrativo em pauta: EPELIN - Suspensão Oral, frasco com 120 ml, VERTIX - embalagem cx c/ bl de 50 e 10 mg e do VERTIZINE D - cx c/ 20 comprimidos, tendo constatado indícios de retenção dos produtos e desabastecimento do mercado (fls. 104 a 110).

A referida Nota Técnica foi em seguida encaminhada à Coordenação Jurídica do DNPDE, que se manifestou pelo enquadramento da Representada pela prática do ilícito, de acordo com o art. 2º, alínea "c", da Lei 4.137/62, tendo sugerido que, nos termos da Lei nº 8.158/91, fosse instaurado o competente Processo Administrativo, e que se noticiasse a mesma para, no prazo de 15 (quinze) dias, apresentar defesa e requerer provas que pretenda produzir (fls. 111).

O Diretor do DNPDE despachou favoravelmente à abertura do Processo Administrativo, determinando a notificação da Representada e a publicação no DOU, que se deu em 19/08/91.

Através do OF/DNPDE/Nº 380/91, de 21 de agosto, a Representada foi comunicada da instauração do Processo Administrativo, bem como da capitulação do enquadramento, sendo anexadas cópias da Representação, da Nota Técnica e do despacho que determinou a instauração do processo em pauta (fls.119/131). Instada a pronunciar-se, em 04/09/91, ofereceu resposta ao solicitado pelos ofícios nº 380 e 395/91, tendo, na mesma data, produzido sua defesa prévia (fls. 152 e 156/162).

Informações complementares foram prestadas pela Representada sobre a produção e comercialização dos medicamentos em pauta, no mês de agosto, assim como prestou esclarecimentos sobre artigo veiculado no jornal "O Globo" e informou sobre o fornecimento dos medicamentos à várias farmácias e drogarias, anexando cópia de notas fiscais do distribuidor de seus produtos, "PRODOCTOR" - Produtos Farmacêuticos Ltda (fls.168/193).

Por sugestão do Dr. Cláudio João José, Coordenador do DNPDE, foi solicitado ao Diretor do Departamento a juntada de quadros compilados junto às empresas distribuidoras e farmácias, tendo o Diretor do DNPDE acolhido a sugestão.

O Sindicato do Comércio Atacadista de Drogas e Medicamentos do Estado de São Paulo ofereceu relação de produtos inexistentes nos estoques das empresas do setor, onde figuravam os produtos constantes nos autos (fls. 569-A e 576).

Pelo OF/CIRC/DNPDE/Nº 492/91, datado de 26/09/91, foi solicitado à Representada o preenchimento de quadro em que são especificadas informações dos 10 (dez) principais distribuidores, sobre pedidos efetuados no período abril/setembro/91 e as quantidades fornecidas pela mesma.

Em atendimento ao referido ofício, a Representada informou sobre a remessa de dados dos 10 maiores distribuidores, sua área de atuação, os pedidos solicitados pelos distribuidores e quantidades fornecidas por ela, dos pedidos produtos no período compreendido entre abril/setembro de 1991. Na oportunidade, ressaltou o não fornecimento de VERTIZINE "D", nos meses de Abril e Maio, deveu-se ao fato de ter-se esgotado seu estoque no mês de março e da impossibilidade de produzi-lo, visto tratar-se de medicamento composto de insumo importado, tendo inclusive, anexado cópias de guias de Declaração de Importação (fls.708 a 716). Informou, ainda, que o produto em falta é substituto (e vice-versa) do VERTIX, dando a entender que o mercado encontrava-se abastecido.

A Representada tomou a iniciativa de encaminhar à SNDE relação de diversos produtos de sua linha de fabricação, contendo informações sobre o saldo inicial, produção, vendas e saldo final, relativos ao período 1986/91, contemplando, também, os medicamentos objeto do presente Auto (fls.583/705).

Em 10.01.92 o DNPDE/SNDE solicitou à SNE/MEFP parecer técnico sobre o Processo Administrativo nº 12/91, tendo a Secretaria Nacional de Economia se manifestado em 28.02.92 (fls.743 a 762).

Com base nas informações coligidas, o DNPDE elaborou Nota com referência à Representação. analisando o comportamento de produção, vendas

e estoques dos referidos medicamentos, tendo o Diretor do DNPDE, através do OF/Nº 260/92 notificado-a a apresentar, com base em relatório anexo, a sua defesa final (fls.782).

Em 22.04.92 procedeu-se à juntada nos Autos da defesa final da Representada.

A Dra. Márcia Suaiden Figueiroa elaborou Relatório Final e apresentou-o ao Diretor do DNPDE, onde entendeu como procedente e a Representação e propôs o enquadramento da Representada no Art. 2º, inciso III, alínea "c" da Lei 4.137/62, sugerindo o encaminhamento do Processo Administrativo à área jurídica do DNPDE e, posteriormente, ao CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, para as medidas de sua competência.

Em seguida, o Diretor do DNPDE encaminhou o Processo Administrativo nº 12/91 ao Senhor Secretário da SNDE, que, por sua vez, despachou favoravelmente pela procedência da representação, ressalvando, entretanto, a necessidade de averiguar a cessação da conduta tipificada, no que foi atendido em 26.05.92 (fls.886).

A publicação no D.O.U. do despacho de encaminhamento do Processo Administrativo nº 12/91 ao CADE, foi levada a termo em 28/05/91, tendo em seguida, sido expedida Certidão de Encerramento do prazo previsto no Art. 21 da Lei nº 8.158/91.

Em 11/05/92, o Secretário Nacional da SNDE formalizou o encaminhamento, ao Sr. Presidente do CADE, do Processo Administrativo nº12/91 (fls.891), tendo sido efetuada a sua distribuição ao Conselheiro Relator na mesma data.

Sobre a matéria, manifestou-se o Procurador do CADE, através de Parecer, tendo o mesmo concluído pela procedência da Representação, verificado o cometimento pela Representada de conduta caracterizada no Artigo 2º, inciso III, alínea "c", da Lei nº 4137/62 (fls.893/906).

Assim, relato.

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA *Processo Administrativo nº 12/91 - Representação do Presidente da República em Exercício ao Ministério da Justiça - Representada - Aché - Laboratórios Farmacêuticos S/A - Retenção de estoque de medicamentos de uso contínuo e obrigatório, remete à alínea "c", inciso III, Art.2º da Lei 4.137/62 - Competência do Representante e do SNDE-MJ - legalidade da Representação - Cerceamento do direito de defesa e do contraditório -*

Representação procedente - Aplicação da Lei 4.137/62, Art. 43, multa no valor de Cr\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de cruzeiros).

I - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

O mercado brasileiro de medicamentos desponta como o 7º do Ocidente e o 1º da América Latina, tendo apresentado, em 1991, um faturamento de cerca de US\$ 2,5 bilhões; comercializado 1,6 bilhão de unidades; possui 450 laboratórios, que produzem 5.200 medicamentos em 8.900 apresentações; dispõe de 1.000 distribuidores, 45.000 farmácias e cerca de 150.000 médicos ativos.

A Representada, - ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A -, encontra-se entre os cinco maiores laboratórios do País, tanto na participação de vendas do setor, quanto no volume de unidades comercializadas, tendo, em 1989, apresentado uma receita operacional correspondente a US\$ 85 milhões que representa um crescimento real de 39,2% em relação ao ano anterior, e um lucro líquido negativo de US\$ 556.000 (Revista Exame: Melhores e Maiores - 1990). Nos últimos anos, o Grupo ACHÉ passou a exercer o controle dos laboratórios SCHERING (7º lugar em faturamento) e PRODOME (14º lugar em faturamento), assumindo, assim, uma posição de liderança do setor (Perfil do Mercado Farmacêutico Brasileiro - jan/92 IMS-Flash).

A título ilustrativo, cumpre salientar que os preços médios reais (em US\$) dos medicamentos produzidos pelos referidos laboratórios, no período compreendido entre 1988 a 1991, apresentaram o seguinte comportamento:

EVOLUÇÃO NO PREÇO MÉDIO DOS MEDICAMENTOS

	1988 1991		
LABORATÓRIO	US\$	US\$	% DE AUMENTO REAL
ACHÉ	0,99	1,58	59,00
PRODOME	1,55	1,99	28,00
SCHERING	1,15	2,31	100,00

Fonte: IMS/Flash janeiro/92.

Tal comportamento demonstra que, nos últimos quatro anos - 1988/91 -, houve aumento real nos preços médios dos medicamentos produzidos e comercializados pelas empresa do Grupo ACHÉ.

Quanto à estrutura de mercado, a indústria farmacêutica é caracterizada pelos estudiosos como pertencente a concorrência imperfeita, denominada "oligopólio diferenciado". Nessa tipologia de estrutura industrial existe reduzido número de vendedores e os produtos fabricados não são idênticos, e, sim, diferenciados, apresentando-se apenas como sucedâneos (Teoria Econômica - A.W.Stone e D.C.Hague fls.225 e seguintes).

No oligopólio diferenciado a natureza dos produtos fabricados faculta às empresas disputarem o mercado mediante a diferenciação dos produtos, como forma predominante. A concorrência de preços não é uma prática utilizada com habitualidade, visto que poderia levar a uma "guerra de preços" que colocaria em risco a estabilidade do mercado.

Por outro lado, sabe-se que as técnicas de marketing utilizadas para os chamados medicamentos "controlados ou éticos" e os denominados "populares" são bastante distintas. Ao contrário dos "medicamentos populares", os "medicamentos controlados", responsáveis pela maior parcela do faturamento da indústria, somente podem ser vendidos mediante receita médica e têm, portanto, impedida a veiculação de propaganda em meios de comunicação de massa. Em consequência, o marketing promovido pelos laboratórios é orientado diretamente para a classe médica, tornando-se extremamente especializado e elemento essencial na disputa de mercado.

Assim, conforme observa David Kupler, "as técnicas de marketing correntemente utilizadas (para comercialização dos medicamentos éticos) incluem visitação por propagandistas, mala direta, anúncio em revistas especializadas e distribuição de amostra grátis. Os laboratórios lançam mão ainda de técnicas menos explícitas, como financiamento de congressos, conexão com médicos líderes, apoio a sociedades científicas e associações profissionais, entre outras, "(em "O Setor de Medicamentos no Brasil: Aspectos da Estrutura Industrial", Instituto de Economia Industrial/UFRJ - março 1985).

Desta forma, o esforço competitivo dos laboratórios se concentra, principalmente, na publicidade, promoção de vendas e modificações/inoações no produto.

Por se tratar de produtos diferenciados, há um grande esforço dos fabricantes em estabelecer, através da propaganda, escalas de diferenciação ligadas a hábitos e marcas, fazendo com que os "consumidores" prefiram mais firmemente um a outro produto, configurando-se, desta forma, à fidelidade a marca ou ao próprio produto.

Entretanto, não é a existência desta diferenciação ao nível de "consumidor/paciente" que determina a escolha do medicamento exato, particularmente quando se trata de moléstia grave que requer acompanhamento médico, e, sim, da capacidade do "consumidor/médico" de ser sensibilizado e envolvido pela publicidade e propaganda.

Assim, com a relação aos "medicamentos controlados", diversos fatores são considerados relevantes na escolha do produto: a forma como é consumido, a sua eficácia; os efeitos colaterais; a disponibilidade do produto no mercado; a eficiência em relação a outros sintomas ou doenças; a confiança na marca; a difusão do consumo; e o preço, dentre outros.

No caso em questão, há de se presumir que exista uma forte identificação da classe médica com os produtos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D, notadamente quando se sabe que são medicamentos tradicionais e utilizados para o tratamento de moléstias graves que requerem o seu uso contínuo e controlado por longos períodos.

Quanto à competição no setor farmacêutico, é importante observar que o grau de concentração industrial é bastante elevado e a concorrência se dá dentro das diferentes classes terapêuticas, que representam distintos mercados, classificados segundo a ação terapêutica de cada produto. Assim, as empresas concorrem dentro dessas classes e, não, entre elas, conforme observa Evani Sampaio Barreto, do DAP/MEFP, em "Controle de Preços para a Indústria Farmacêutica - maio/90".

De outra parte, como bem analisa David Kupler, "a inovação e/ou diferenciação de produtos permite as indústrias inovadoras, de certa forma, manipular a demanda. Esta é induzida pela contínua renovação qualitativa na oferta, por elas mesmo provocada, até o ponto no qual novas categorias (classes) terapêuticas substituem as anteriormente existentes como por exemplo, vitaminas substituindo fortificantes, antidistônicos sucedendo tranqüilizantes que, por sua vez, haviam deslocado os soníferos, etc.

Como as reais novidades de mercado são as categorias terapêuticas, a substituíbilidade entre os produtos pode ser aplicada, passando as indústrias inovadoras a criar mercados próprios e controlá-los. Tal fato reflete-se diretamente na alta lucratividade alcançada pelos laboratórios inovadores e, inversamente, na fragilidade apresentada pelas indústrias não inovadoras. Essa ocorrência caracterizaria, assim, um oligopólio diferenciado bastante assimétrico apresentando, de um lado, um reduzido número de grandes laboratórios extremamente lucrativos e, de outro, uma grande quantidade de pequenos laboratórios confinados em áreas específicas do mercado e de tornarem a indústria mais competitiva.

Em síntese é lícito afirmar que, na estrutura oligopolizada, determinadas empresas de bens indispensáveis ao consumidor podem se colocar numa posição privilegiada e dominante de mercado, passando a adotar condutas injustas ou desrazoáveis com relação aquele segmento do mercado dependente do suprimento de seus produtos, como bem observou o Eminent Procurador deste Conselho, em recente manifestação, quando se pronunciou no Processo Administrativo nº 19/91, referente ao Laboratório KNOLL.

II - DO AMPLO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

A Representada cogita de que houve cerceamento da defesa, bem como, de que a mesma tenha sido dificultada pelo emprego de termos vagos.

Não subsiste a alegação, pois conforme fls. 119/130 a Representada recebeu, ao se iniciar o feito, todos os documentos que davam conta da instauração do mesmo, e, em tese, capituláveis no Art. 2º, inciso III, alínea "c", da Lei 4.137/62. Para maior clareza e para que não pairam dúvidas, abaixo estão relacionados os documentos remetidos ao Laboratório ACHÉ:

- a) Representação do Senhor Presidente da República em exercício, onde recomenda o Ministério da Justiça a agir;
- b) trabalho complementar dos Técnicos do DNPDE onde é registrado o real motivo que suscitou o presente processo;
- c) quadros comparativos e análise numérica de venda e produção dos medicamentos entre os períodos de normalidade e crítico, caracterizando o problema do desabastecimento.

Alega ainda a Representada, como cerceamento da defesa, o fato de não haver recebido cópia de uma lista de medicamentos enviada pela ABCFARMA ao DNPDE.

Não prospera tal alegação, vez que a citada lista encontra-se no processo às fls. 04, aliado ao fato de ser facultado ao agente ter vistas ao processo, o que nunca foi solicitado pela Representada.

Portanto, não cabe e nem existe obrigação nenhuma de a SNDE remeter cópia de todos os dados de convicção colhidos, pois permanecem no processo, estando à disposição da Representada para consultas e verificações. Usar, valer-se ou não deles, é tática extremamente subjetiva; que a parte faça a opção em conhecê-los ou ignorá-los é comportamento singular e personalíssimo.

Alegar desconhecer tal documento é, no mínimo, suspeito, pois a Representada o usou justamente quando atacou o desabastecimento na praça de Brasília.

Ressalte-se que a Representada apresentou defesa prévia e defesa final, bem como se manifestou no feito por diversas vezes (fls.156/162 e 785/801).

Com clareza e objetividade em seu Parecer, o ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, salientou: "Prevaleceria, então, a regra de que o útil pelo inútil não se vicia. A regra ostenta validade tanto mais indiscutível em processos administrativos, onde se busca a verdade material"(g.n.).

Nos Autos a Representada manifestou-se várias vezes, prestando o u solicitando informações e elementos, inclusive pedindo prorrogação de prazo.

Como se pode constatar, à Representada foi sempre assegurada a ampla defesa e o contraditório, cumprindo-se, portanto, o disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Não prospera, portanto, a tese de cerceamento de defesa.

III - DO MÉRITO

Relativamente ao mérito, a Representada é acusada de promover a retenção dos medicamentos: EPELIN - anticonvulsivo (suspensão oral, frasco com 120 ml); VERTIX - vasoterapia cerebral (10 mg/comprimidos); e VERTIZINE D - vasoterapia cerebral na apresentação de caixa com 20 comprimidos.

A caracterização em tela é perfeitamente notada por fatos extremamente corriqueiros e de constatação até primária:

- 1 - a falta dos produtos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D no mercado;
- 2 - relação fornecida pela ABCFARMA comprovando a inexistência dos medicamentos em tela; e
- 3 - elementos fornecidos pela Representada e por distribuidores e farmácias, que indicam queda brusca no suprimento do produto, no 2º trimestre de 1991, onde se ressalta o desabastecimento nesta Capital Federal.

Admite, ainda, a Representada que participou de reunião na SNDE com representantes do setor, tendo endossado "memória de reunião" em que

fica evidenciada, "a existência de problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório" (fls.2).

O parecer do DNPDE foi fundamentado no fato de as informações coletadas, inclusive as originárias da própria Representada, dos distribuidores e dos varejistas, demonstrarem queda na comercialização dos referidos medicamentos, notadamente no mercado do Distrito Federal, com ênfase no 2º trimestre de 1991.

Analisando-se os demonstrativos de PRODUÇÃO, VENDAS E ESTOQUES dos precitados produtos, constata-se:

Medicamento: EPELIN (suspensão oral frasco com 120 ml)

O volume de PRODUÇÃO, no 2º trimestre/91, de 24.031 unidades, apresentou uma queda de 26,9% em relação ao 1º trimestre/91 (32.586 unidades), sendo que não houve produção nos meses de ABRIL e MAIO (fls.641).

As VENDAS efetuadas, no 2º trimestre/91, 26.607 unidades, apresentaram uma redução brusca de 41,5%, se comparadas com aquelas verificadas no 1º trimestre deste mesmo ano (45.470 unidades).

O ESTOQUE, por sua vez, manteve-se elevado, 48,414 unidades no início de ABRIL, e 46.663 unidades no final de JUNHO.

Ressalte-se que este ESTOQUE de Junho representa praticamente cinco vezes a média mensal que foi colocada no mercado pela Representada no 2º trimestre de 1991.

Tal procedimento demonstra a retenção do produto, visto que, embora a demanda estivesse insatisfeita, o Laboratório ACHÉ dispunha do medicamento armazenado e não o colocou no mercado.

A esse respeito, é oportuno salientar que naqueles meses em que a Representada comercializou maior volume de produto, como por exemplo, ABRIL/90 (23.245 unidades), JANEIRO/91 (25.803 unidades) estes foram totalmente absorvidos. Tais ocorrências demonstram, de um lado, efetiva capacidade de produção do Laboratório e, de outro, que o mercado apresentava-se francamente insatisfeito e, portanto, comprador.

A Representada, em sua defesa final, argumenta que, em termos médios, produção e vendas do 1º semestre de 1991 (grifo nosso) foram superiores aos níveis verificados em iguais períodos de anos anteriores e que o estoque, no final de junho/91, é inferior ao do início do ano (fls.793).

Cumprido observar que o desabastecimento do medicamento agravou-se ao longo do 2º trimestre (grifo nosso) e, em particular, nos meses de MAIO e JUNHO. Qualquer análise que adote o semestre como parâmetro conduzirá a um viés de interpretação, até porque o volume comercializado somente no

mês de Janeiro de 1991 (25.803 unidades), foi praticamente igual àquele vendido no 2º trimestre (26.607 unidades).

Esta assertiva pode ser corroborada pelas constatações efetuada pela Dra. Márcia Suaiden do DNPDE que, ao examinar os pedidos efetuados pelas farmácias ao Laboratório Aché, no 2º trimestre de 1991, por farmácias, observou: "nos meses de maio e junho o número de farmácias atendidas é a metade do número de farmácias atendidas no mês de Abril, assim como a quantidade fornecida também cai, em aproximadamente 50%".

Com relação a resposta de quais eram seus maiores distribuidores, a Representada remeteu uma lista onde ente os 10 (dez) principais figuram 9 (nove) distribuidores da empresa "PRODOCTOR - Produtos Farmacêuticos Ltda", onde todas as quantidades de medicamentos por ela solicitadas foram cumpridas fielmente. A propósito, vale ressaltar para melhor juízo, que no rodapé das folhas de resposta do Grupo PRODOCTOR existe a seguinte inscrição: EMPRESA DO GRUPO ACHÉ. A distribuidora alçada em 10º lugar é a DROGASIL S/A - uma empresa que não pertence ao Grupo da Representada.

Vale destacar que para os distribuidores PRODOCTOR foram solicitados e entregues 33.140 unidades, enquanto que, para o distribuidor "FORA DA CASA", apenas 180 unidades.

Assim, analisados os dados de PRODUÇÃO, VENDAS, ESTOQUES e as informações relativas a pedidos/atendimentos efetuados pelas farmácias e distribuidores, constata-se que existem elementos de convicção suficientes para se afirmar que, no 2º trimestre de 1991, o Laboratório ACHÉ promoveu a retenção do medicamento EPELIN suspensão, causando o desabastecimento do mercado e potenciais danos àqueles pessoas que dele se utilizavam.

Medicamento: VERTIX (10 mg, comprimidos).

A PRODUÇÃO do 2º trimestre de 1991 (228.028 unidades) apresentou queda brusca de 46,4% em relação ao 1º trimestre de 1991, quando foram produzidas 419.005 unidades (fls.704).

As VENDAS, no 2º trimestre, reduziram-se bruscamente, apresentando-se 49% inferiores ao verificado no 1º trimestre de 1991, 437.699 unidades (fls.704).

Releva salientar que no 2º trimestre de 1991, tanto o volume de PRODUÇÃO, quanto o nível de VENDAS foram os MENORES ocorridos nos últimos cinco anos (fls.872).

Quanto ao ESTOQUE, este foi parcialmente colocado no mercado nos meses de março, maio e junho, chegando ao término do 2º trimestre com um volume armazenado da ordem de 22.233 unidades.

É digno de registro que os pedidos formulados por distribuidores (fls.776), e, principalmente, pelas farmácias de Brasília (fls.776) foram parcialmente atendidos pela Representada, chegando a ocorrer, nesta última situação, que, de uma demanda de 15 farmácias, totalizando 1.248 unidades pedidas, foram fornecidas apenas 420 unidades, ou seja, 33,6% do solicitado, promovendo, com evidência, um desabastecimento regionalizado.

A Representada, por sua vez, argumentou que os distribuidores PRODOCTOR'S - pertencentes ao GRUPO ACHÉ - sempre receberam as quantidades demandadas. Na realidade, para tal medicamento somente os distribuidores PRODOCTOR tiveram acesso a 181.490 unidades, sendo que dos "FORA DA CASA", nenhum deles recebeu os produtos.

Essa argumentação da Representada perde sua consistência, visto que, com as expressivas quedas de PRODUÇÃO e VENDAS, o que estava ocorrendo era o direcionamento das vendas para a estrutura de distribuição do próprio Grupo, privilegiando-a, em detrimento dos demais agentes econômicos (atacadistas e varejistas) que participavam do processo de comercialização.

Em síntese, a exemplo do ocorrido com o medicamento EPELIN, fica claramente evidenciado que, no 2º trimestre de 1991, a Representada deliberadamente utilizou-se de atos artificiosos para reduzir tanto a PRODUÇÃO como as VENDAS do VERTIX, adotando um comportamento de caráter nitidamente especulativo em um mercado cuja demanda mantinha-se estável.

Medicamento: VERTIZINE D (caixa com 20 comprimidos).

O nível de PRODUÇÃO do 2º trimestre/91 foi o mais baixo dos últimos cinco anos, (47.392 unidades), sendo 61% inferior ao verificado no 1º trimestre de 1991, (121.192 unidades).

Por sua vez, as VENDAS, no 2º trimestre de 1991, 47.381 unidades, reduziram-se bruscamente, apresentando-se 64% abaixo daquelas verificadas no 1º trimestre deste ano (132.971 unidades).

Ressalte-se que os volumes de PRODUÇÃO e VENDAS do medicamento VERTIZINE D, no 2º trimestre de 1991, foram os menores verificados nos últimos cinco anos.

Em relação a este medicamento, a Representada alegou que, por tratar-se de produto composto de insumo importado, não houve condições de produzi-lo nos meses de Abril e Maio, em decorrência da falta de matéria prima no País, tendo o primeiro lote das importações sido desembaraçado no final de Maio.

Quanto a esta afirmativa, cabe observar que uma análise atenta dos dados permite constatar (fls.86) que, desde 1990, o mercado desse

medicamento apresentava-se insatisfeito e que o Laboratório ACHÉ havia adotado um planejamento de produção e vendas, de maneira a "disciplinar esse mercado".

Assim, em determinados meses, comercializava volumes expressivos do medicamento, como por exemplo em Fevereiro/90 (45.069 unidades), Agosto/90 (97.823 unidades), Setembro/90 (61.757 unidades), Dezembro/90 (42.691 unidades) e Janeiro/91 (61.296 unidades). Em outros meses, reduzia drasticamente suas vendas, conforme se verifica nos meses de Março/90 (20.832 unidades), Julho/90 (13.783 unidades) e Novembro/90 (114 unidades).

Portanto, é inadmissível que uma indústria do porte, estrutura e tradição do Laboratório ACHÉ promova, tanto essas flutuações artificiais do mercado, quanto não tenha se precavido no sentido de planejar, com a devida antecedência, a importação dos insumos necessários à manutenção e regularidade de produção e formação de estoques visando suprir a demanda.

A Representada argumentou, também, que o VERTIZINE D pode ser substituído pelo VERTIX (vice-versa), um vez que ambos têm indicação semelhante.

Sobre essas considerações, manifestou-se com a habitual propriedade o Procurador deste Conselho, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, enfatizando que: "A se aceitar a escusa, permanece ainda a responsabilidade da empresa por ter subtraído à comercialização os outros dois remédios. A responsabilidade, na verdade, agrava-se tanto mais porque, se o Vertizine D não estava sendo comercializado por fatores alegadamente estranhos ao domínio de ação do laboratório, seria de se esperar um acréscimo na oferta do seu substituto, o Vertix, e nunca a sua substancial contração, como ocorreu".

Na verdade, os autos comprovam a escassez dos medicamentos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D na praça de Brasília (fls.563 e seg.), visto que inúmeras farmácias e drogarias da Capital reafirmaram a ocorrência do desabastecimento, que a ABCFARMA já havia identificado.

O procedimento adotado pelo Laboratório ACHÉ deve ser repudiado por este Conselho e pela coletividade, e demonstra, não só o descompromisso da empresa com os consumidores de seus produtos, mas, principalmente, a falta de uma postura ética.

A linha básica de argumentação da Representada fundamentou-se em algumas assertivas facilmente rejeitáveis:

a) não procede a argumentação do por quê "reter certos medicamentos, em detrimento de outros, quando o sustentáculo da sua estabilidade econômica são as vendas?" Na realidade, em um mercado oligopolista diferenciado, cada produto (apresentação) possui características

próprias e particulares, notadamente no que respeita à sua participação relativa no mercado frente aos sucedâneos e a sua consolidação/aceitação neste mercado. Por outro lado, como bem observou o Eminentíssimo Procurador deste Conselho, em recente manifestação no Processo Administrativo nº 19, "o motivo porque alguns e não todos os produtos foram eleitos para reduzir a produção e vendas não tem mais relevância, diante da comprovação estatística do fato caracterizados do abuso".

Aliás, a própria Representada ao abordar a questão (fls.800) deixa evidenciado que "não existe uma explicação plausível e lógica, a alternativa de produção, a que obrigam as indústrias em certas ocasiões a regular estoques deste ou daquele produto". (grifo nosso)

É de notar, por oportuno, que o desabastecimento de medicamentos controlados e de uso contínuo ocorreu com relação a produtos de vários laboratórios - segundo se percebe do memorando que abre este processo e dos dados fornecidos pelo comércio varejista -, numa época em que esses mesmos laboratórios se batiam por um controle de preços menos rígidos por parte do governo.

A contração da oferta desses medicamentos essenciais a pessoas portadoras de patologias sérias, decerto que predisporia o governo ao aumento dos preços desses bens.

É significativo, afinal, que pouco depois da crise de abastecimento, houve autorização para se proceder ao aumento dos preços dos remédios, conforme noticiário da imprensa (fls.138).

Desta forma, entende-se que os controles da PRODUÇÃO, VENDA e ESTOQUES dos medicamentos, em uma conjuntura considerada pela Empresa como desfavorável, foi uma estratégia adotada estritamente sob a ótica comercial de maximização dos lucros.

É importante reconhecer que o lucro é lícito, sendo inerente à atividade empresarial, assim como o risco. De outra parte, não se pode também deixar de reconhecer que uma empresa que produz medicamentos essenciais deve ter um forte compromisso com os consumidores de seus produtos e uma conduta ética a ser preservada;

b) também insubsistente é a crítica efetuada pela Representada quanto a metodologia estatística empregada pelo DNPDE em sua análise, que por "ser díspar ou desigual em princípios, não teria o alcance de refletir em termos fiéis, a complexa comercialização da elevada gama de medicamentos, numa época conturbada no campo sócio-econômico, por planos econômicos, congelamentos, controle e liberação de preços".

Na realidade, o instrumental analítico utilizado pelo DNPDE para levantamento de dados e sua interpretação foi adequado visando apurar a

prática do ilícito e a produzir elementos de prova. Em nenhum momento procurou-se cotejar a conjuntura econômica do País e seus reflexos na produção ou comercialização da Representada, visto que tal questão não era objeto de averiguação.

De outra parte, cumpre ressaltar que nenhuma empresa que atua na área de fabrico de medicamentos é obrigada a produzir remédios a preços conjunturalmente desfavoráveis.

Caso tal ocorrência venha a se verificar, a providência legal é comunicar ao Ministério da Saúde, com 180 dias de antecedência, a sua determinação em cessar a produção (Decreto nº 79.094/74).

c) a Representada argumenta, também que 1991 foi um ano atípico em que a mesma não pode se desenvolver de forma regular e normal, não cabendo comparar os dados de produção e vendas, com os de outros anos, até porque nos últimos meses de 1991 (g.n.) se evidenciou um quadro recessivo, em combate a inflação (fls.790).

A esse respeito, manifestou-se o ilustre Procurador do CADE:

"O argumento não pode ser aceito. O elo lógico entre a situação econômica do País e a queda da produção e da comercialização de medicamentos, com o conseqüente desabastecimento, não está sequer referido pela empresa, nem muito menos provado. O raciocínio da firma sofre da dificuldade lógica de a sua conclusão não se conter na premissa, inutilizando-o.

Não bastasse isso, valeria observar que o quadro de crise econômica - em que o país se insere desde muito antes de 1991 - não tem impossibilitado que outros agentes econômicos se ajustem, com rigor, aos parâmetros da legislação vigente sobre a proteção da economia."

De igual modo, cabe registrar a objetiva observação feita pela Dra. Márcia Suaiden Figueiroa quanto às dificuldades econômicas próprias dos últimos meses de 1991, conforme alegado pela empresa:

"Gostaríamos apenas de lembrar que nossa análise concentrou-se no primeiro semestre de 1991" (fls.877).

Não pairam dúvidas de que o desabastecimento do mercado dos medicamentos EPELIN, VERTIX e VERTIZINE D foi uma decisão deliberada, de duvidosa inspiração ética, em que faltaram ao Laboratório ACHÉ a indispensável responsabilidade social e o compromisso para com os consumidores de seus produtos.

Tal comportamento pode ser caracterizado como nitidamente especulatório, eis que visou a sensibilizar o Governo através do desabastecimento do mercado, a conceder a majoração dos preços desejados.

Na verdade, deixar de abastecer o mercado de bens essenciais à população, como o são os remédios de uso contínuo e obrigatório, através da retenção indevida do produto é uma prática ilícita, caracterizada como abuso do poder econômico, tipificada no artigo 2º, III, "c" da Lei 4.137/62, verbis:

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

I

II

III - Provocar condições monopolísticas ou exercer especulações abusivas com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

a

b

c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo".

Destaque-se que, nos termos do art. 23 da Lei nº 8.158, de 08 de Janeiro de 1991, foram mantidas as normas definidoras de ilícitos e sanções constantes da Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962.

Por assim entender e acolhendo em todos os seus termos o parecer do ilustre Procurador deste Conselho, o meu VOTO é pela procedência da Representação, uma vez que ficou comprovada nestes autos a prática delituosa acima mencionada.

A multa é fixada com base na gravidade do fato abusivo, que, conforme visto, interfere diretamente com a saúde da população, aspecto que merece máximo cuidado pelas empresas que se dedicam às atividades produtivas e comerciais que o envolvam. As restrições geradas pela Representada causaram notoriamente ansiedade nos consumidores ao provocar o desabastecimento do mercado. Os consumidores se viram privados da possibilidade de continuar adquirir os medicamentos de uso contínuo e obrigatório de que necessitavam durante o período crítico considerado.

O valor da multa, que fixo em Cr\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de cruzeiros), portanto, tem em mira expressa a repulsa pelo abuso do poder econômico praticado pela empresa ACHÉ Laboratórios Farmacêuticos S.A, de intensa gravidade, até mesmo pelo bem que afeta.

Na sua fixação, considerou-se, também, a circunstância da transitoriedade do problema, regularizado no 2º semestre de 1991.

O valor da multa deverá ser recolhido pela Representada no prazo de 03 (três) dias, a partir da data da publicação desta decisão no Diário Oficial da União.

Observo, por fim, que o montante da multa se acomoda dentro dos limites mínimo e máximo previstos na Legislação em vigor (Lei nº 4.137/62, art. 43, e Leis nºs 8.035/90, Art. 4º e 8.218/91, Art. 10).

Assim, V O T O

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Nas considerações preliminares destaca o Ilustre Relator da matéria a estrutura oligopolizada do setor, ocupando os grandes Laboratórios uma posição privilegiada e dominante de mercado.

Essa posição permite, como no caso analisado, muito bem destacado pelo Ilustre Conselheiro Relator, condutas injustas ou desarrazoáveis em relação aos consumidores, dependentes de seus produtos.

A análise da produção/vendas e estoques demonstram que houve retenção por parte do Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. dos medicamentos EPELIN - suspensão, VERTIX - 10 mg compr. e VERTIZINE D - cx. c/ 20 compr., no 1º semestre de 1991.

Desta forma, acompanho integralmente o VOTO do Conselheiro Relator, pela procedência da Representação e aplicação da multa estipulada à Representada.

Em 15 de julho de 1992.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

A prova colhida, destes autos, é convincente no sentido de que a empresa Representada, através de práticas abusivas, provocou o desabastecimento, no mercado, de medicamentos de uso contínuo e necessário, mais especificamente, no 2º trimestre de 1991.

Tal prática ilícita, capitulada no art. 2º, inciso III, alínea "c", da Lei nº 4.137/62, de 10 de setembro de 1962, como forma de abuso do poder

econômico, assume foros de maior gravidade, por dizer respeito à saúde da população.

De outra parte, os autos também atestam que, à Representada, foi sempre assegurado o contraditório e ampla defesa, cumprindo-se, em sua plenitude, o mandamento constitucional (art. 5º, inciso LV).

Por tais razões, e, em harmonia com o bem lançado parecer do ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, manifesto minha integral concordância com o fundamentado VOTO do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, pela procedência da Representação e consequente aplicação da multa como fixada e motivada.

Em 15 de julho de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 29

REPRESENTANTE: SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

REPRESENTADO: ACHÉ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S/A.

DECISÃO

A unanimidade, o Conselho decidiu pela baixa do processo à SDE para que fossem notificadas as empresas integrantes do Grupo ACHÉ, responsáveis pelas condutas indicadas na representação. Por maioria, decidiu o Conselho recomendar celeridade na apuração das práticas de que trata o processo em questão.

Plenária do CADE, 09 de outubro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira Relatora

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA

SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, em carta datada de 03 de dezembro de 1990, denunciou o Grupo Aché de, no Estado do Rio Grande do Sul, praticar atos de cartelização na distribuição de seus produtos. Alega o Representante que o Grupo Aché impõe ao varejo a aquisição de seus produtos através de uma única empresa, a Prodoctor Sul, localizada em Porto Alegre, pertencente a acionistas do próprio fabricante dos medicamentos, o Laboratório Aché. Sustenta o Representante que, como consequência dessa prática, a Prodoctor Sul não abastece o mercado com regularidade, ficando a seu exclusivo critério o que entregar, quando entregar e em que quantidade entregar. Segundo o Representante, existe também a imposição de valores mínimos de pedidos por linha de produto e prática de venda casada.

Afirma, ainda, que o Laboratório Aché proíbe a distribuição de seus produtos aos atacadistas e distribuidores da região.

Solicita, afinal, providências para que os produtos das linhas Prodome, Aché e Werner/Parke Davis sejam comercializados pelos atacadistas e distribuidores da região, obedecendo-se às condições, prazos, preços e quantidades estipuladas em encomendas do comércio varejista (fls. 1/4).

Foi informado ao Presidente do Grupo Aché o conteúdo da representação, sendo-lhe solicitada sua manifestação sobre os fatos apontados pelo Representante (fls.6).

Às fls. 14/15 manifestou-se o Sr. Adalmiro Dellape Baptista, falando do "Grupo Empresarial" e assinando como seu Diretor-Presidente. Afirma estarem os produtos Prodome, Aché e Werner/Parke Davis sempre disponíveis no mercado, nas quantidades suficientes para abastecer o consumidor, quer através de atacadistas quer mediante varejistas, não havendo necessidade de se nomear outros distribuidores no Rio Grande do Sul,

porquanto o consumidor daquele Estado já tem à sua disposição os produtos em questão. No que respeita às quantidades, disse que, nos limites de sua capacidade produtiva, nunca deixou de atender as encomendas dos varejistas. No que toca aos preços, afirmou serem eles controlados e tabelados por autoridades governamentais, inexistindo qualquer possibilidade de majoração.

Cópia do expediente subscrito pelo Sr. Adalmiro Dellape Baptista foi remetida ao Sindicato representante, solicitando-se-lhe documentação comprobatória das irregularidades apontadas na representação (fls.18), a qual veio aos autos às fls. 22/143.

As fls. 114/150 encontra-se a Nota Técnica elaborada pelo DNPDE que, baseada na documentação fornecida pelo Sindicato, conclui pela existência de práticas abusivas levadas a efeito por empresas do Grupo Aché - compra e venda casada e exigência de valores mínimos de pedidos - que poderiam estar causando situação de desabastecimento do mercado, sugerindo, outrossim, a convocação dos representantes legais do Grupo Aché à SNDE, com o objetivo de se obter compromisso de cessação das práticas em questão.

Em 11 de outubro de 1991, o Diretor do DNPDE solicitou ao Sr. Adalmiro Dellape Baptista, na condição de Diretor-Presidente do Grupo Aché, informasse os distribuidores e atacadistas que adquiriam produtos do fabricante Aché ou da distribuidora Prodoctor Sul, juntando a documentação comprobatória (fls.153/154).

As informações solicitadas foram prestadas pelo Sr. Adalmiro Dellape Baptista, desta vez na qualidade de Diretor-Presidente de Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. (fls.158/162), encontrando a documentação por ele enviadas às fls. 163/593. Listou o informante oito grandes distribuidores, afirmando que os mesmos comercializavam seus produtos no Rio Grande do Sul, conforme documentação remetida. Informou, ademais, que a Prodoctor Sul Produtos Farmacêuticos Ltda., que funciona como Divisão de Venda do Grupo Aché, foi criada com o objetivo de eliminar os entraves na comercialização e atender de forma eficaz os distribuidores. Nega, por fim, qualquer problema de abastecimento no Rio Grande do Sul.

Em 27 de novembro de 1991, o DNPDE oficiou às empresas mencionadas pelo Diretor-Presidente dos Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A., como distribuidoras de seus produtos, no sentido de informarem sobre sua atuação no mercado do Rio Grande do Sul (fls. 594/595), vindo aos autos as informações constantes de fls. 596/602.

Às fls. 603/609, encontra-se outra nota técnica, repetindo as considerações já oferecidas naquela de fls. 144/150, confrontando, ainda, as informações prestadas pelo Representado quanto aos seus distribuidores com

aquelas oferecidas por estes ao DNPDE. Conclui a nota que a política monopolística de comercialização adotada pelo Grupo Aché, através da empresa Prodoctor Sul, a imposição de quantidades mínimas na aquisição de medicamentos e a subordinação de venda de certos medicamentos à aquisição de outros vêm prejudicando a livre concorrência, limitando o acesso de novas empresas ao mercado e criando dificuldade para o funcionamento das já existentes. Conclui que os fatos narrados são passíveis de enquadramento no art. 3º, incisos I, II, VIII e XVI, da Lei nº 8.158/91 e no art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei 4.137/62.

Às fls. 611 encontra-se o parecer jurídico do DNPDE, datado de 24/03/92, que repisa os argumentos apresentados na análise econômica, e conclui que os fatos narrados, no tocante à exclusividade, enquadram-se no inciso I do art. 1º, da Lei nº 3.002, de 14/03/90. Quanto à fixação de quantidade mínima para os pedidos e a imposição de venda casada, afirma tratar-se de práticas que criam dificuldades ao funcionamento e desenvolvimento de outras empresas, enquadráveis, portanto, nos incisos I, II, VIII e XVI do art. 3º da Lei n. 8.158/91 e no art. 2º, inciso I, alínea "g", da Lei n. 4.137/62.

Acolhendo os pareceres técnicos e jurídicos, o Diretor do DNPDE determinou, em 26/3/92, a instauração do processo administrativo e a notificação de Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. para, no prazo de 15 dias, apresentar defesa prévia e requerer provas (fls.612).

Às fls. 617 tem-se conta da publicação do despacho acima mencionado, encontrando-se as fls. 615 verso, comprovante de notificação ao Laboratório representado, que apresentou defesa prévia às fls. 618/628. Afirma que o libelo de acusação se resume num fato principal, qual seja, o monopólio de distribuição pela Prodoctor Sul, e em três outros dele decorrentes: quantidades mínimas para aquisição de medicamentos, subordinação de venda de um medicamento à aquisição de outro e recusa de venda de mercadoria a quem se dispuser adquiri-la diretamente. Diz que a dificuldade junto aos distribuidores nas diversas regiões do Estado, bem como o objetivo de eliminar riscos no transporte e na armazenagem e de se obter maior eficiência e rapidez na distribuição foram os motivos de criação da Prodoctor Sul Produtos Farmacêuticos Ltda. Afirma que os medicamentos são suficientemente comercializados no estado do Rio Grande do Sul, colocados ao alcance do consumidor através da Prodoctor Sul e de outros atacadistas. Ataca a prova da acusação, consubstanciada nos questionários distribuídos pelo Representante, que considera depoimentos suspeitos de um pequeno número de associados do Sindicato, juntando ainda relação própria das vendas efetivadas às farmácias do Estado na época de elaboração dos mencionados

documentos (fls. 631/694). Aduz que os questionários em questão foram respondidos por apenas 3,3% de toda a rede farmacêutica, e suas respostas efêmeras não merecem ser consideradas como prova. Alega suspeição de um dos sócios de uma das firmas atacadas, por ser membro efetivo do Sindicato representante. Afirma que os distribuidores, na época de congelamento de preços, exigiam elevado desconto para revender seus produtos, pleito impossível de ser atendido pois, de longa data, os Laboratórios Aché não obtinham lucros, apresentando prejuízo no resultado financeiro anual.

Nega a ocorrência de monopólio de distribuição pela Prodoctor Sul, ao amparo de declarações feitas pela Santa Cruz Distribuidora e pela DIMED Distribuidora de Medicamentos Ltda. No tocante às acusações de impor quantidades mínimas para os pedidos, recusa de venda e venda casada, afirma que as estatísticas da própria Empresa, que tem o maior faturamento no âmbito nacional, e o segundo lugar entre as multinacionais, demonstram ser a denúncia caluniosa ou meras aleivosias. Requer lhe seja concedida a prerrogativa do art. 5º do Decreto nº 36, de 14/02/91, no sentido de se comprometer a fazer cessar a prática de eventual infração, embora não reconhecendo ter praticado qualquer conduta contra a ordem econômica. Requer, afinal, o arquivamento do processo.

Às fls. 695 encontra-se carta datada de 09/04/92 do Sindicato representante ao titular da SNDE, informando que dois outros distribuidores passaram a comercializar os produtos do Grupo Aché.

Em 21/05/92, foi solicitado parecer técnico à Secretaria Nacional de Economia do Ministério de Economia, Fazenda e Planejamento, vindo aos autos o documento de fls. 700/719.

Em seguida, foi elaborado o Relatório de fls. 721/744 que repete o conteúdo da Nota de fls. 608/609, enquadrando no inciso I, do art. 1º, da Lei n. 8.002/90, a imposição ao varejo de aquisição dos produtos exclusivamente da empresa Prodoctor Sul; nos incisos I e VIII do art. 3º da Lei nº 8.158/91, a fixação de quantidades mínimas para a aquisição de medicamentos e a subordinação da venda de um medicamento à compra de outro; e nos incisos II e XVI da mesma Lei, combinado com o art. 2º, inciso I, alínea "g" da Lei nº 4.137/62, o fato de impedir ou limitar o acesso de novas empresas ao mercado e criar dificuldade ao funcionamento e desenvolvimento de outras tantas. O Relatório analisa, ainda, os argumentos oferecidos pelo Representado na defesa prévia, além de sumarizar o parecer técnico da SNE/MEFP.

Em despacho datado de 21/07/92 (fls.745/746), o Diretor do DNPDE entendeu subsistentes os fatos que ensejaram a instauração do processo, encaminhando os autos ao titular da Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, para fins do disposto no art. 6º da Lei nº 8.158/91.

Em 24/07/92, o Secretário Nacional Substituto determinou o encaminhamento do relatório ao Representado, Grupo Aché, a fim de deduzir sua defesa (fls. 748).

A notificação foi expedida à empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. (fls. 749/750), que ofereceu a defesa de fls. 751/764. Acusa o DNPDE de furtar-se a diligenciar no sentido de apurar a existência de atacadista entre os membros integrantes do Sindicato representante e de não acolher o pedido formulado na defesa prévia, no sentido de fazer cessar eventual infração. Não obstante, diz ter cumprido o compromisso nesse sentido assumido na defesa prévia, conforme atestado pelo próprio Representante e comprovado pela relação nominal trazida aos autos. Alega, por outro lado, que a acusação de exigência de quantidades mínimas para a aquisição de medicamentos é destituída de qualquer prova, o que é reconhecido pelo próprio DNPDE em seu relatório. Inexistente, também, qualquer prova quanto à prática de venda casada ou de recusa de venda de mercadoria a quem se dispusesse adquiri-la mediante pronto pagamento. Afirma não ter ocorrido desabastecimento, buscando comprovar essa afirmação com a relação acostada a fls. 766. Requer, afinal, o arquivamento do processo.

Às fls. 771/805 encontra-se o Relatório Final, que repisa os argumentos já expedidos pelo DPNDE.

Às fls. 806/808 está o despacho do Diretor do DNPDE dando como procedente a representação contra o Grupo Aché, de vez que configuradas as condutas descritas no inciso I do art. 1º da Lei nº 8002/90, nos incisos I, II, VIII e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91 e no inciso I, alínea "g" do art. 2º da Lei nº 4.137/62.

Às fls. 810 determinou o Sr. Secretário Nacional a remessa ao CADE, do processo que a mim coube por distribuição em 10 de outubro de 1992.

É o relatório.

Neide Teresinha Malard

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

EMENTA: INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA - GRUPO ECONÔMICO - PERSONALIDADE JURÍDICA.

1- O grupo econômico, seja ele constituído de fato ou de direito, não tem personalidade jurídica, não podendo, em consequência, figurar no pólo passivo do processo administrativo como agente infrator. 2 - As práticas constantes da representação devem ser apuradas em relação a cada um dos agentes, pessoas físicas ou jurídicas, nelas envolvidas, integrem ou não grupo econômico, tenham ou não atuado em conjunto ou isoladamente. 3 - Baixa do processo à Secretaria de Direito Econômico para identificar cada uma das empresas responsáveis pela condutas denunciadas pelo representante, a fim de serem notificadas a responderem o processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.158, de 08/01/91.

Este processo administrativo teve início mediante representação do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Rio Grande do Sul contra o Grupo Aché que, segundo o Representante, estaria praticando atos de cartelização na distribuição de produtos da linhas Prodome, Aché e Parke Davis/Werner. De acordo, ainda, com o Representante, e a distribuição dos medicamentos fabricado pelo Grupo Aché só se realiza através de uma de suas empresas, a Prodoctor Sul, que não abastece o mercado de forma regular, além de impor quantidades mínimas aos pedidos e de promover vendas vinculadas.

As acusações feitas ao Grupo Aché foram respondidas em petições assinadas por Adalmiro Dellape Baptista, que ora se identifica como Diretor-Presidente do Grupo Aché, ora como Diretor-Presidente da empresa Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A.

Não há nos autos qualquer documentos que comprove a existência jurídica do Grupo. Não se sabe, pois, tratar-se de grupo econômico de fato ou do grupo societário referido na Lei nº 6.404, de 15/12/76. O certo, porém, é que nenhuma dessas situações empresariais, a lei concedeu personalidade jurídica, não dispondo o Grupo Aché, em consequência, da necessária capacidade para figurar no processo como agente.

As práticas denunciadas pelo Representante devem ser apuradas com relação a cada um dos agentes, pessoas físicas ou jurídicas, nelas envolvidas, integrem ou não grupo de fato ou de direito, tenham ou não atuado isoladamente ou mediante acordo.

O Grupo Aché não tem legitimidade para figurar no pólo passivo do processo administrativo de repressão do abuso do poder econômico à falta de personalidade jurídica, sendo certo, ainda, que o representante legal da Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. só pode responder pelas práticas que são atribuídas a esta Empresa e não por aquelas condutas praticadas pelas demais empresas do Grupo, seja ele constituído de fato ou de direito.

Pelo exposto, determino a baixa do processo à Secretaria de Direito Econômico para que seja identificada cada uma das empresas responsáveis pelas condutas abusivas denunciadas pelo Sindicato representante, a fim de serem notificadas a responderem o processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.158/91.

Brasília, 29 de outubro de 1992.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Conforme o bem lançado VOTO da I. Conselheira Relatora Neide Teresinha Malard, está claro que, não existe nos autos qualquer documento que comprove a existência jurídica do Grupo Aché.

Em conseqüência, não dispondo o Grupo Aché da necessária capacidade para figurar no pólo passivo do processo à falta de personalidade jurídica, acompanho o VOTO proferido pela Relatora, pela baixa do processo á SNDE para que seja identificada cada uma das empresas responsáveis pelas condutas abusivas denunciadas pela Representante, a fim de serem notificadas a responderem o processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.158/91.

Brasília,-DF, 29 de outubro de 1992.

José Matias Pereira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

Gostaria, inicialmente, de congratular-me com a ilustre Conselheira Relatora pelo zelo e atenção com que tem examinado os processos administrativos e pela consistência dos Votos proferidos.

No caso em particular, cabe lamentar que tenha passado despercebido pelo DNPDE, ao longo de 18 meses, a não comprovação nos autos da existência jurídica do Grupo ACHÉ ou a capacidade desse Grupo de figurar como agente do ilícito.

Ou seja, praticamente dois anos depois, a representação retorna ao marco zero por equívoco em sua instrução formal, ou falha processual.

Acompanho o Voto da nobre Conselheira Neide Teresinha Malard no sentido de o processo ser baixado em diligência à Secretaria de Direito Econômico, sugerindo aos demais conselheiros que seja estabelecido pelo

DNPDE o caráter de prioridade na identificação e notificação das empresas denunciadas pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos farmacêuticos do rio Grande do Sul e na apuração dos atos restritivos de comércio porventura praticados.

Marcelo Monteiro Soares

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 13

REPRESENTANTE: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REPRESENTADA: PRODOME Química e Farmacêutica Ltda

DECISÃO

Julgou-se procedente a representação por unanimidade, condenando-se a Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros), no prazo de dez dias, pela prática de infração prevista no art. 2§, item III, letra "c" da Lei nº 4.137/62

Plenário do CADE, 29 de outubro de 1992

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

EMENTA: Retenção de medicamento de uso contínuo e obrigatório. Alegado equívoco na fixação do preço do remédio pelo governo não justifica a subtração do produto em condições de gerar a sua escassez. A escusa da força maior para justificar a paralisação da produção e venda somente é de ter o seu mérito discutido se devidamente comprovada.

No curso de investigações iniciadas a partir de memorando do Vice-Presidente da República, dando conta de desabastecimento de remédios, a Secretaria Nacional de Direito Económico instaurou este processo administrativo contra o laboratório Prodome.

O laboratório recebeu expediente narrando os fatos, objeto da acusação. Ali se noticiou o desabastecimento dos remédios Sinemet - 25/250 mg, Aldomet - 500 mg e Moduretic - 500 mg. Informou-se que a conduta estaria capitulada no art. 2º, III, "c" da Lei nº 4.137/62 (fls. 161/170).

Quanto ao Sinemet, a Secretaria Nacional de Direito Económico aponta, com base em dados fornecidos pela própria empresa, que, no primeiro semestre de 1991, houve queda de vendas de 55% e de produção de 45%, com relação a igual período do ano anterior.

Isso não obstante, o laboratório manteria um estoque do medicamento da ordem de 91.684 unidades em junho de 1991 - correspondente a 3 meses de vendas.

A propósito do Aldomet - 500 mg, a SNDE observa que houve paralização completa de produção nos meses de fevereiro e de maio de 1991, bem como sustação completa de vendas de janeiro a maio de 1991. O laboratório, ainda assim, teria mantido estoques do medicamento que chegaram em junho daquele ano a 292.848 unidades - correspondente a dois meses de vendas, segundo os parâmetros de comercialização de 1990. Aduz que em junho de 1991, o total de vendas foi de 76.860 unidades, correspondente a 45% da média mensal do ano de 1990.

Acerca do Moduretic, durante o primeiro semestre de 1991, foi assinalada a ausência de produção e vendas nos meses de janeiro a abril de 1991.

A empresa recebeu, também, cópia do memorando do Vice-Presidente da República que deu origem as investigações da Secretaria Nacional de Direito Económico.

Em agosto de 1991, chegaram à Secretaria Nacional de Direito Económico informações, proveniente do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Rio Grande do Sul, de que o grupo Aché vinha exigindo pedidos mínimos para entregar os seus produtos e de que os remédios, cuja escassez deu origem a este processo, permaneciam em falta.

No âmbito da Secretaria Nacional de Direito Económico, então produziu-se nova Nota, em que se amplia a acusação inicial com os dados produzidos pelo Sindicato do Comércio Varejista do Rio Grande do Sul, notificando-se a mesma empresa Prodome para a defesa.

O processo foi encaminhado ao Conselho Administrativo de Defesa Económica, para o julgamento, noticiando o Dr. Marcos Vinícius de Campos, il. Diretor do DNPDE, que "a Representada fez cessar as práticas ensejadoras do processo", motivo por que não haveria medidas de correção a serem recomendadas (fls. 617).

DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO

Sugiro, como providência preliminar, que o processo seja desmembrado, julgando-se, nesta oportunidade, tão somente a representação no que tange à retenção dos remédios produzidos pela Prodome.

Os fatos que ensejaram a segunda denúncia constante dos autos devem ser levado ao conhecimento de quem por eles se responsabiliza juridicamente. De acordo com os dados até aqui apurados pela SNDE, a exigência de pedido mínimo teria partido de empresa distribuidora do grupo Aché, a Prodoctor Sul. É o que ressaí deste trecho da Nota Técnica que motivou o aditamento da representação:

...Solicitei a juntada do ofício e demais anexos de 29 de agosto de 1991 do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul, que realizou pesquisa formal a seus associados (mais de 100 consultas, na segunda quinzena de agosto/91), sobre o tratamento dispensado pelo Grupo Aché às farmácias, evidentemente através do seu braço distribuidor, a Prodoctor" (fls. 465).

Da mesma forma, no relatório final (fls. 608), reitera-se que a responsável pelos novos acontecimentos denunciados no Rio Grande do Sul seria a Prodoctor local.

A Prodoctor que atende o Rio Grande do Sul tem personalidade jurídica própria, independente da firma Prodome.

Julgar, agora, os acontecimentos que informam o aditamento à representação seria emitir juízo sem que o responsável pelos fatos tenha tido oportunidade de se defender.

Proponho, desse modo, que as peças relativas a esta parte do feito sejam retornadas à Secretaria Nacional de Direito Econômico, para as providências cabíveis. Sugiro, não obstante, que permaneçam nestes autos cópias das declarações sobre a falta, no mercado, dos remédios aludidos na Nota de fls. 144 e seguintes.

RETENÇÃO DE REMÉDIOS

No que tange à acusação de retenção de remédios, defende-se a empresa, em preliminar, assinalando que a acusação padeceria de obscuridade. Diz que não se mencionam as datas dos fatos relevantes nem quais remédios teriam sido objeto da conduta tida por ilícita.

Ambas as críticas não resistem ao cotejo com o expediente quem deu início ao processo administrativo, encaminhado à representada. Ali está

visto que o problema do desabastecimento ocorreu no primeiro semestre de 1991, conforme denunciado pelo Vice-Presidente da República e descrito, com minúcias de dados cronológicos, na Nota aprovada pelo il. Diretor do DNPDE. Na mesma peça, apontam-se os remédios que estariam sendo sonogados à venda.

Vale observar, por acréscimo, que a censura de forma perde relevo diante da circunstância de a empresa ter apresentado defesa prévia e final, enfrentando exatamente os tópicos que animam a representação. Nenhum prejuízo ter sofrido, portanto, que se ligue à cogitada inidoneidade da notícia acusatória.

No mérito, a empresa tenta justificar a não-comercialização do Aldomet 500mg e do Moduretic 50mg.

Quanto ao primeiro, sustenta:

"Cumpre-nos esclarecer que ficamos impossibilitados de comercializar o Aldomet 500mg nos dois primeiros meses do período solicitado, abril e maio, posto que como é do conhecimento de V. Sa., o preço do aludido medicamento foi congelado com o reajuste de 35%. Entretanto, por equívoco na publicação da portaria nº 79, de 07.02.91 do Departamento de Administração de Preço (DAP) o preço do produto foi reduzido de 35% em janeiro do ano em curso, provocando dessa forma uma redução de 70% no preço devido. Em 15 e 19.02, foi comunicado o fato ao DAP, porém a correção foi efetivada somente no mês de junho/91" (fls.571).

É nítido que a empresa reconhece a falta de comercialização do remédio - com o que concorda com a análise estatística realizada pelo DNPDE no início do processo, com os números que revelam o descompasso entre oferta e procura do remédio (fls. 237 e seguintes) e com os diversos documentos apresentados por farmácias gaúchas, constantes do engano do governo na fixação do preço seja eximente da sua culpa - ponto em que não tem razão. Esta ordem de raciocínio, na verdade, só pode ser tomada como reforço à convicção de que o problema do desabastecimento explica-se como artifício de natureza especulativa. Jamais, porém, justifica a ação da empresa.

A indústria farmacêutica, quando se propôs a desenvolver atividade industrial e comercial, envolvendo a saúde da população, aceitou o compromisso moral de conferir o devido relevo a este valor tão elevado. Nada justifica que dele faça uso, arriscando-o, no esforço por lucros que estime mais adequados, nos seus embates com o governo.

A aspiração à remuneração mais elevada possível do capital investido há de se subordinar à ética peculiar que deve nortear as atividades

com repercussão sobre a esfera da saúde - e sobre a própria vida - dos brasileiros.

A par desse motivo, outro, de ordem técnica, se oporia a que o laboratório viesse a suspender, sem mais, a produção do medicamento que não lhe proporcionava o lucro esperado. A legislação em vigor exige dos laboratórios, quando pretendem descontinuar a produção de algum remédio, que, com antecedência de 180 dias, notifiquem o Ministério da Saúde dessa deliberação (Decreto nº 79.094/77, art. 13). Esse procedimento não foi seguido pela empresa.

Não se reconhece, pois, à empresa valer-se de manobras, envolvendo a comercialização dos medicamentos, para, por meio do pânico instituído no mercado, predispor o governo a uma atitude favorável à política de preços que o agente econômico preconiza.

Os lucros assim almeçados se contaminam da pecha de arbitrários pelos meios empregados para obtê-los.

Se a empresa se sentia lesada com o invocado equívoco na fixação do preço do medicamento, cabia a ela valer-se de outros meios legítimos para se ressarcir do que tinha como prejuízo, não lhe era facultado, porém, subtrair o remédio à comercialização.

Observe-se, ainda, que não procede a assertiva da defendente de que não teria havido nenhum prejuízo ao consumidor, em virtude da possibilidade de se substituir o Aldomet 500mg pelo mesmo remédio na apresentação de 250mg. Não somente a fungibilidade entre medicamentos não é perfeita como também, conforme se colhe das tabelas de fls. 16 e 17, o aumento das vendas do Aldomet 250mg no primeiro semestre de 1991 em relação ao primeiro semestre de 1990 foi de apenas 13,3% (2.274.574 unidades contra 1.973.476, respectivamente). Esse volume não equivale à redução verificada nas vendas do Aldomet 500mg (728.493 unidades no primeiro semestre de 1990 e 255.490 unidades no primeiro semestre de 1991).

Persiste, pois, certa a responsabilidade da empresa por ter subtraído o remédio à comercialização - tanto mais inequívoca, uma vez que, se o Aldomet 500mg não estava sendo comercializado, alegadamente sem culpa da empresa, seria de se esperar um acréscimo significativo na oferta do seu substituto - o que não ocorreu.

A irregularidade econômica também se repete com o remédio Moduretic. às fls 146, verifica-se que, de janeiro a abril de 1991, não houve produção nem venda do produto. As farmácias gaúchas, que se manifestaram no 2º volume desses autos, se ressentiram da falta do produto para a comercialização. A partir das fls. 236 verifica-se, da mesma forma, o

desequilíbrio entre os pedidos do remédio por drogarias e distribuidores e o seu atendimento.

A própria defendente não disputa o fato da escassez do produto no mercado, mas busca justificá-lo, argumentando que, antes de janeiro de 1991, diversos lotes do produto foram rejeitados pelo controle de qualidade, por conta de problemas técnicos com um de seus componentes. A solução do problema teria exigido um procedimento mais demorado para o fabrico do medicamento, o que explicaria a falta de produção em fevereiro, março e abril de 1991.

A defendente pretende fazer crer que lhe assiste a exculpante da força maior. O argumento, entretanto, somente aproveitaria à empresa se o fato que invoca fosse por ela provado, tanto no que tange à sua existência quanto no que se refere à extensão dos seus efeitos. Nestes autos, esse ônus não se acha satisfeito.

Não há elemento de convicção seguro que persuade o observador da ocorrência da força maior como motivo da ausência da produção e venda do medicamento em tela.

Com efeito, à alegação do problema técnico, a empresa tão-somente agregou uma cópia de comunicação com outra firma - em inglês, sem tradução oficial, nem muito menos livre (fls. 13/15). Bastaria essa circunstância para desqualificar o documento como meio de prova; afinal, a língua pátria é a única admitida em processos oficiais como este.

Ainda que assim não fosse, o documento trazido pela defendente simplesmente descreve o procedimento técnico trilhado para a produção do remédio à base de determinada substância. Nada ali torna seguro que tenha realmente havido problema com o método corrente de produção do medicamento, nem tampouco, que o eventual contratempo tenha sido a causa determinante da cessação total da produção e venda do remédio.

A escusa da força maior não reúne condições de ter o seu mérito discutido, à falta de qualquer comprovação hábil dos fatos que a sustentariam.

Persiste a convicção de que a suspensão de produção e venda do remédio atendeu ao propósito de pressionar o governo a autorizar aumento de preço.

Finalmente, os autos revelam a carência do remédio Sinemet 250mg no mercado consumidor, provocada pelo comportamento da empresa em não oferecê-lo. Cabe, aqui, sumular a situação desse medicamento com as palavras do il. Inspetor-Chefe do DNPDE, no seu relatório final:

"O Sinemet 250mg cx 30cp apresentou o mês de fevereiro sem venda alguma, alcançando no 1º semestre/91 uma média de vendas de 13.259 unidades, 47% menor que a média de vendas do 1º semestre/90 e 57% menor que a média de vendas do ano de 1990".

Os elementos dos autos levam a concluir que a falta de produção e de vendas dos remédios considerados respondeu a intuito de majoração de preços - e, obviamente, buscou incrementar a taxa de retorno do capital investido pela empresa. No caso do Aldomet, é explícita a intenção, conforme anotado. Quanto aos outros dois medicamentos, esse propósito é inferido da inexistência de outra explicação comprovada para o fato e do conhecimento do notório conflito, à época, da indústria farmacêutica com o governo, em torno da liberação dos preços dos medicamentos.

Vale, aqui, repisar os termos do parecer emitido no Processo Administrativo nº 12/91, instaurado contra Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A. - por sinal do mesmo grupo econômico da atual defendente - e que guarda perfeita relação com estes autos:

"Cumpre deixar claro que o abuso de poder econômico pode também ocorrer com produtos que tenham o seu preço controlado pelo governo. O propósito de realizar manobras especulativas não se exclui simplesmente pela circunstância de a majoração de preços colimada depender do assentimento de órgãos governamentais. As empresas podem articular ações - valendo-se da sua singular posição no mercado e afetando a vida econômica do país -, tendentes a forçar a autorização do aumento de preços. A reação à política de preços imposta pelo governo, se é perpetrada com abuso do poderio da empresa, capital infração. Os autos ilustram tal possibilidade.

No caso sob exame, o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo laboratório resulta cristalino do conhecimento de princípios de economia. Não se entende racional uma estratégia da empresa de voluntariamente reduzir a produção ou a comercialização de seus bens - quando não ocorrem circunstâncias peculiares que o imponham -, a não ser como ardil direcionado à especulação".

O parecer é, dessarte, pela procedência da representação, verificado o cometimento, pelo laboratório, de previsto na Lei nº 4.137/62, art. 2º., III, "c" - sem prejuízo da providência sugerida sobre o desmembramento do processo.

Fala-se, nos autos, que a prática do comportamento sob censura não perdura; a única sanção cabível, diante disso, é a multa do art. 43 da mesma

lei de 1962. Sugiro que, na fixação da pena, seja considerada a potencialidade nociva do procedimento adotado pela empresa em matéria que diz com a saúde da população, bem assim como a transitoriedade do problema.

Brasília, 27 de agosto de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

Ação Cautelar nº 92.6915-0 (CADE nº 19/91).

Exma. Sra. Procuradora da República encarregada da defesa da União junto à 5ª Vara da Justiça Federal.

A ação cautelar proposta pela empresa Knoll S.A. Produtos Químicos e Farmacêuticos volta-se contra a pena que a firma sofreu pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica por abuso do poder econômico.

O laboratório farmacêutico produz os medicamentos AKINETON, em várias apresentações, e DILACORON. Trata-se de remédios controlados, de uso contínuo e obrigatório, essenciais, portanto, para a saúde dos que deles necessitam. Esses medicamentos, por suas próprias características, são de diminuta fungibilidade. Não obstante isso, comprovou-se nos autos do processo administrativo, que teve curso neste Conselho, que a empresa, no segundo trimestre de 1991, reteve os produtos, estocando-os e inviabilizando que chegassem ao consumidor. Daí ter entendido o CADE, por decisão sem voto discrepante, que a conduta encontrava tipo no art. 2º, III, "c", da Lei nº 4.137/62, que prevê como abuso do poder econômico a prática de retenção, em condições de provocar escassez, de bens de consumo, visando à elevação de preços.

Os preços, no momento da prática abusiva estavam sob o controle governamental, o que, evidentemente, não descaracteriza o abuso punível pela lei. Não influi sobre a natureza do ilícito a circunstância de os produtos terem os seus preços controlados pelo governo. Isso não torna a infração impossível, pois é concebível - e os autos o ilustram - que a empresa se empenhe em manobra repudiada pelo sistema legal de proteção da economia, visando a gerar situação que tenda constranger o governo a ceder às suas reivindicações.

Num dos tópicos da inicial, a empresa parece acreditar que a punição sofrida não teria apoio no art. 173, Parágrafo 4º, da Constituição. Acerca desse item, reproduzo trecho de parecer proferido em processo outro, em curso no CADE, análogo ao que ora se examina:

"A capitulação propugnada (a mesma do processo que gerou esta cautelar) não destoaria do Parágrafo 4º. do art. 173 da constituição. Ali se estipula que "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros"

A norma constitucional não impede que o legislador ordinário descreva outros comportamentos como abusivos do poder econômico.

A Constituição, neste dispositivo, não está limitando a atuação do legislador, mas estabelece o núcleo necessário à lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico.

Nada impede que a lei se refira, como passíveis de sanção por abusivos, a comportamentos outros que os que visem a dominação de mercados, a eliminação de concorrência ou o aumento arbitrário de lucros - desde que, é claro, necessariamente, também condene estes fatos. Supor que o constituinte tenha desejado apertar apenas naqueles três hipóteses todos os casos puníveis trai interpretação da norma constitucional desajustada da melhor técnica hermenêutica. Com efeito, conforme ensina Gomes Canotilho,

"Na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição, contribuem para a eficácia da lei fundamental" (Direito Constitucional. Coimbra, Imedina, 1987, p. 164).

Esse princípio da força normativa da Constituição desautoriza ver nas condutas mencionadas no Parágrafo 4º do art. 173 da lei Maior um rol taxativo de comportamentos a serem perseguidos pelo legislador ordinário. O constituinte não pretendeu que apenas algumas formas de abuso do poder econômico fossem punidas, permitindo que outras campeassem livremente. Propugnar por tal ponto de vista que o Título VII da Constituição quer ver protegidos repudiam semelhante interpretação, que amesquinha a repressão do abuso do poder econômico. Veja-se, a propósito, que o Parágrafo 5º. do mesmo art. 173 comete à lei a punição de atos, genericamente considerados, que hajam sido perpetrados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Cumpre reconhecer, dessarte, que a lei não está restrita, no descrever condutas abusivas, às três manifestações mais corriqueiras do abuso do poder econômico, que o próprio constituinte cuidou de enunciar e de tornar como de obrigatória punição.

Ainda que assim não fosse, haveria considerar que o laboratório, com o seu procedimento, visava a um aumento arbitrário de lucros.

A empresa alega que estava produzindo remédios com desvantagem e pretendia, é óbvio, obter a margem de lucro que estimava adequada. Passar de uma situação a outra significaria, em suma, ter aumento de lucros. Esses lucros, porém, seriam arbitrários, pois seriam discordantes da remuneração do capital investido que o governo, à vista de considerações de ordem social e econômica, tinha como justa naquele instante".

O laboratório sustenta, ainda, que,

"sem a baixa do processo em diligência para apurar-se globalmente o mercado farmacêutico não se poderia condenar a Autora sem se correr sérios riscos de cometer-se uma injustiça, eivada evidentemente em vício de ilegalidade, o que acarreta nulidade de todo o processo administrativo".

A assertiva não deve impressionar. A decisão do CADE forrou-se em pesquisa de mercado ampla o bastante para positivar a falta de entrega dos medicamentos aos fornecedores, apesar de constantes pedidos destes. O Ministério da Justiça entrou em contato com os mais importantes distribuidores, que, por via estatística, demonstraram o descompasso entre o volume de pedidos de medicamentos e a sua oferta pelo laboratório (cf. documentação anexa, extraída do processo administrativo que ensejou a punição).

Os números que tais documentos estampam são eloquentes para firmar que o laboratório, efetivamente, deixou de entregar ao consumo, nos níveis habituais, e em condições de suprir a demanda, os medicamentos em tela. Provocou com isso desabastecimento do mercado, no propósito de sensibilizar o governo a admitir a majoração dos preços. Fez jus, portanto, à sanção imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Afinal, não tem pertinência a tese da autora de que haveria medicamentos outros, da mesma família dos analisados no processo administrativo, que os substituiriam, de modo a descaracterizar o problema do desabastecimento.

A afirmação da existência de tais medicamentos é completamente graciosa, não se apontando sequer que remédios seriam estes - o que, já por si, compromete a força persuasiva da argumentação.

Ademais, não se desconhece que essa pretensa fungibilidade, em termos de remédio - máxime os de uso controlado e contínuo -, é rara. As fórmulas dos remédios são diferentes entre si e componentes importam em graduação também diferenciada quanto a dosagem, sensibilidade e efeitos colaterais. Esses remédios, além disso, são vendidos contra prescrição médica, o que já revela a impossibilidade de se cogitar da fungibilidade deles para o

consumidor, que tem em mãos receituário específico, que não o habilita a adquirir um eventual substitutivo - o qual, por certo, demandará prescrição médica própria.

Contra a tese de que a infração econômica não se deu porque os medicamentos teriam substitutos, é útil, outrossim, destacar do voto do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares as seguintes considerações, que demonstram não ter sentido cogitar de semelhante escusa neste passo:

"... Cabe considerar que a indústria de fármacos é caracterizada pelos estudiosos das estruturas de mercado como pertencente à concorrência imperfeita, denominada 'oligopólio diferenciado' (..) No oligopólio diferenciado a natureza dos produtos fabricados faculta às empresas disputarem o mercado mediante a diferenciação do produto, como forma predominante (..).

Por se tratar de produtos diferenciados, há um grande esforço dos fabricantes em estabelecer, através da propaganda, escalas de diferenciação ligadas a hábitos e marcas, fazendo com que a classe médica e os consumidores prefiram mais firmemente um ao outro produto, configurando-se, desta forma, a fidelidade à marca ou ao próprio. Assim, os consumidores de determinado produto passam a se identificar de tal forma com os mesmos, que se recusam a adquirir outras marcas ou produtos sucedâneos".

Como se vê, nem mesmo sob o ponto de vista informado pelos estudos de Economia, há de se admitir a fungibilidade, que a autora quer ver como certa, entre os remédios que deixou de entregar ao mercado e eventuais outros, que sequer nomeia.

Vale ressaltar, por fim, que, para efeito de caracterização de retenção de produto capaz de provocar a sua escassez no mercado, até mesmo a existência de substitutos é irrelevante. A lei quer prevenir que o agente econômico, no curso de manobra especulativa, retenha o seu produto, de modo a que a sua falta seja sentida. Basta a retenção do produto, independentemente de considerações sobre a possibilidade de vir a ser substituído por outro, para gerar a confusão no mercado, que a legislação pretende obviar, e atrair a punição relativa ao abuso do poder econômico.

Esses esclarecimentos demonstram a desvalia da censura da autora contra a decisão do CADE na ação proposta. Aguarda-se o indeferimento da inicial em todos os seus termos.

Brasília, 16 de junho de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

1. A Representação

O Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, em memorando de 19.07.91, encaminhado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, declara haver sido informado de que "o próprio setor farmacêutico vem comprometendo o abastecimento regular de medicamentos, dentre eles os de uso contínuo e obrigatório".

Destaca, ainda, S. Exa., constar "que esse desabastecimento propositado advém da decisão de alguns laboratórios, que estariam retendo os seus estoques, por prazo indeterminado (Rhodia, Aché, Schering, Glaxo e Syntex), para pressionar a liberação geral de preços".

Conclui, aquela autoridade, recomendando que o Ministro da Justiça diligencie a respeito, através da Secretaria Nacional de Direito Econômico, no sentido de serem adotadas as providências necessárias - inclusive, a intervenção, se for o caso - visando à imediata normalização do mercado (fls.01).

No curso das investigações, então iniciadas no âmbito deste Ministério, abrangendo a atuação do setor farmacêutico, no que se refere ao eventual desabastecimento de medicamentos, foi instaurado este Processo Administrativo contra a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda. (fls. 157).

2. As primeiras providências adotadas pela Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, através do Departamento Nacional de Proteção e defesa Econômica - DNPDE.

As providências que se seguiram, da parte da SNDE, através do DNPDE - que integra a estrutura da citada Secretaria - no que concerne, mais especificamente, à atuação da Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., estão documentadas a fls. 02 e seguintes deste processo, e podem ser assim sintetizadas:

- em 22.07.91, foi convocada uma reunião com representantes do setor farmacêutico, os quais reconheceram problemas localizados, especialmente de produção dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório. Referiram-se eles

a uma pequena queda de produção, a dificuldades na aquisição de certos insumos e à defasagem relativa dos preços de alguns medicamentos, fato que estaria estimulado a compra de um maior volume de medicamentos, por cliente (fls. 02/03);

- comprometeram-se, na oportunidade, a garantir a produção e o fornecimento de medicamentos, ainda no mês de agosto de 1991, nos níveis médios praticados nos últimos meses (fls. 03);

- seguiu-se solicitação do DNPDE, à Representada, no sentido de encaminhar informações sobre a produção e comercialização de produtos de uso contínuo e obrigatório (fls. 07), o que foi atendido, conforme consta do ofício de fls. 08/09, e da documentação trazida a fls. 10 e seguintes do processo.

3. As informações iniciais da Representada

No aludido ofício de fls. 08/09, datado de 01.08.91, a Representada informa, em linhas gerais:

- que, apenas com relação a dois produtos, foi interrompida a comercialização, isto por motivos fora do seu controle: trata-se dos medicamentos Aldomet 500 mg e Moduretic;

- no que concerne ao produto Aldomet 500 mg, o fato deveu-se a um erro na Portaria nº 79, de 07.02.91, do Departamento de Administração de Preços (DAP), em virtude do qual, ao invés de ser acrescido o percentual de 35% sobre o preço vigente em janeiro de 1991, foi tal percentual subtraído do preço, o que acarretou uma redução de 70% no valor devido. Esclarece, ainda, que, inobstante os seus insistentes pedidos, a correção somente veio a ser efetuada em junho de 1991. No particular, - faço aqui o registro - consta, a fls. 10, cópia de ofício dirigido ao DAP, a 15.02.91, no qual a Representada declara, textualmente:

"Aguardamos com urgência a correção ora solicitada, pois esse equívoco com certeza causará transtornos na comercialização do produto. De nossa parte estamos suspendendo a venda do mesmo, até que o erro seja corrigido, para evitar maiores problemas no relacionamento com intermediários e consumidores."

- quanto ao medicamento Moduretic, afirma que, anteriormente a janeiro de 1991, vários lotes de produção desse remédio foram rejeitados pelo controle de qualidade da empresa, devido a problemas técnicos com um de seus ingredientes ativos (Hidroclorotiazida). Em consequência, "houve a necessidade de aplicação de procedimentos alternativos na moagem desse

ingrediente, os quais, por não estarem previstos na formulação original, exigiram testes de estabilidade por um período de, aproximadamente, 3 meses (Anexos C e D)". A este propósito, juntou a Representada cópias de documentos, redigidos em inglês, nos quais uma outra empresa descreve procedimentos técnicos para a produção do medicamento, à base de determinada substância (fls. 13/15).

Traz, ainda, os seguintes esclarecimentos:

- que no período de 12.03.90 a 31.05.91, os preços dos medicamentos de uso contínuo foram reajustados em 146,05%, contra um reajuste de 390,8% dos demais produtos, registrando-se uma variação cambial de 674%;
- que, em 1989, tais medicamentos representavam 56% do faturamento do Laboratório, enquanto a média da indústria não chegava a 12%. Portanto, a Representada era a empresa mais prejudicada com a política de preços adotada;
- que, em consequência, todos os seus produtos de uso contínuo estavam com preços inferiores aos respectivos custos unitários;
- que, inobstante essa flagrante injustiça, manteve a comercialização regular de todos os produtos, com as duas exceções antes citadas, destacando ser esta uma situação que não poderia perdurar, "sob pena de inviabilizar não apenas o abastecimento de medicamentos essenciais mas a própria empresa".

A fls.10 e seguintes, junta a Recorrida vasta documentação, incluindo a discriminação de produção e comercialização de medicamentos de uso contínuo e obrigatório.

4. A 1ª Nota Técnica do DNPDE

Em sua primeira Nota Técnica, neste processo, datada de 16.08.91, e constante de fls. 144/147, que traz os anexos de fls. 148/152, o DNPDE, através do seu Inspetor-Chefe, Cláudio João José, faz as seguintes considerações principais - às quais acrescento algumas observações - a partir dos elementos encaminhados pela própria Representada:

Medicamento Sinemet - 250 mg

- os dados constantes do Anexo de fls. 151, registram uma produção de 175.167 unidades do medicamento, no 1º semestre de 1990, enquanto as vendas totalizaram 150.581 unidades, no período. Já no 1º semestre de 1991, a produção não ultrapassou 115.938 unidades, enquanto as vendas limitaram-se

a 79.557 unidades. Assim, fazendo-se uma análise comparativa de tais dados, verifica-se, no 1º semestre de 1991, uma redução da ordem de 34% na produção do medicamento, e de 47%, nas suas vendas. Nos meses de abril a junho de 1991, constatou-se a paralização da produção do medicamento;

- no ano de 1990, o Laboratório manteve um estoque de 55.303 unidades do produto, enquanto que, no ano de 1991, manteve um estoque, até junho, de 36.381 unidades, perfazendo um total de 91.684 unidades, o que, em relação à média mensal de 1990, corresponde a 3 meses de vendas.

(fls. 145 e quadros anexos, às fls. 150/151).

Medicamento Aldomet - 500 mg

- durante o ano de 1990, a produção manteve-se, irregular, variando de 0 a 36.250 unidades, até atingir 294.011 unidades no mês de outubro (significativamente o mês em que houve descongelamento de preços);

- de outubro de 1990 até janeiro de 1991, manteve um bom ritmo de produção e vendas, para, após o Plano Econômico de janeiro de 1991, interromper completamente a produção, nos meses de fevereiro e maio de 1991, e as vendas, nos meses de fevereiro a maio de 1991;

- inobstante o indicado erro na publicação da Portaria do DAP, quanto à fixação do preço do medicamento, constata-se que, no mês de janeiro de 1991 - último mês da produção e venda antes do fato invocado - manteve a Representada um estoque de 104.848 unidades que, somando-se à produção de março e abril de 1991 - 188.000 unidades - significou um total de 292.848 unidades estocadas, o que corresponde a cerca de 2 meses da média mensal de vendas do ano de 1990;

- todavia, o total de vendas em junho de 1991 somou 76.860 unidades, quantidades que corresponde a 45% da média anual de vendas no ano de 1990.

(v.fl.s. 145/146 e quadros anexos, às fls. 148/149).

Medicamento Moduretic - 50 mg

- no ano de 1990, a produção manteve-se de forma dispersiva, tanto podendo atingir 103.128 unidades (janeiro de 1990), como 593.325 unidades (novembro de 1990);

- não há termos de comparação entre tais dados e aqueles relativos ao 1º semestre de 1991, eis que, de fevereiro a abril de 1991, não houve produção, nem vendas;

- o Laboratório alegou que um dos componentes ativos apresentou problemas técnicos, obrigando a interrupção da produção;

- a produção do medicamento foi retomada em maio de 1991, abaixo da média mensal do ano de 1990 (v. fls. 146 e quadro anexo a fls. 152).

Chega, assim, o Representante do DNPDE, às seguintes conclusões:

- que existem fortes indícios de retenção do produto SINEMET, gerando desabastecimento do mesmo;

- que, mesmo levando-se em conta o erro reconhecido pelo DAP, observa-se que o Laboratório, embora dispondo de um estoque de 292.848 unidades do medicamento ALDOMET 500 mg, em junho de 1991, reteve tal estoque em grande parte, não normalizando um mercado já traumatizado por 4 meses sem vendas;

- que, no caso do medicamento MODURETIC, constata-se a existência de correspondência (fls. 13/15) que, aparentemente, confirma os fatos arguidos pela Representada, quanto à paralização da sua fabricação.

Encaminha, então, proposta, nos seguintes termos:

- pela abertura do Processo Administrativo, com base na legislação em vigor;

- pela solicitação à Representada, de dados de produção e vendas dos medicamentos ALDOMET 500 mg e SINEMET 250 mg, referentes ao período 1987/1989, além da indicação dos estoques do primeiro dia dos anos de 1987/1991;

- pela solicitação de informações à Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, no concernente à paralisação da fabricação do medicamento MODURETIC 50 mg (fls. 147).

5. A Instauração do Processo Administrativo

A área jurídica do DNPDE, considerando a análise apresentada pelo setor econômico do DNPDE e tendo em vista que, ao seu entender, os fatos narrados eram passíveis de enquadramento no art. 2º, alínea a, segunda parte, da Lei 8.158, de 08.01.91 e art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10.09.62, sugeriu, nos termos do art. 5º da citada Lei nº 8.158/91, a instauração do processo administrativo, com a consequente notificação da Representada, para que apresentasse, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias, defesa prévia e requeresse as provas pretendidas realizar.

Anote-se que o dispositivo referido da Lei nº 8.158/91, prevê, como forma de distorção no mercado, "a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas", enquanto o outro dispositivo invocado, este da Lei nº 4.137/62, assim se inscreve:

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

III- Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços, por meio de:

c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;

Sugeri, ainda, o órgão jurídico, que as diligências complementares, indicadas pelo DNPDE, a fls. 147, in fine, fossem realizadas após a apresentação da defesa prévia, durante a instrução do processo, sem prejuízo de outras que aquele Departamento entendesse necessárias (fls. 153).

Em consequência, por despacho do Sr. Diretor DNPDE, publicado no D.O.U. de 19.08.91, foi instaurado o Processo Administrativo e determinado o encaminhamento de notificação à Requerida, para apresentação de defesa prévia e especificação das provas pretendidas produzir (fls. 155 e 157)..

Anote-se que, ao notificar a Representada, o DNPDE encaminhou-lhe cópia da Representação, da Nota Técnica do Departamento e do despacho que determinou a instauração do Processo Administrativo (fls. 161/170).

Em época concomitante, ou seja, a 21.08.91, o DNPDE solicitou, ainda, da Representada, informações relacionadas à produção dos medicamentos SINEMET 250 mg e ALDOMET (fls. 171).

6. A Defesa Prévia da Representada

Em sua defesa prévia, às fls. 225/230, cuja juntada aos autos se deu a 11.09.91, a Representada alega, em síntese:

- que o fato de o DNPDE haver solicitado da representada, após a instauração do processo, informações adicionais sobre a produção e venda dos medicamentos ALDOMET 500 mg e SINEMET 250 mg, demonstra "de forma patente, não só a inconsistência da representação, mas também a sua clara e manifesta incongruência, de improcedência inconteste";

- que a questão de a Representada produzir ou vender, mais ou menos, em um mês ou em um ano, em comparação a outros períodos, nada tem a ver com a figura da retenção de estoque, objeto da Representação;

- que a Representada vem exercendo, regularmente, as suas atividades, mantendo o nível de emprego, de produção por unidades e de faturamento "dentro das suas condições e das contingências do mercado e, fundamentalmente, da recessão econômica";

- que, de outra parte, a alegação de retenção de estoque, desacompanhada de pedidos não atendidos, não existe no mundo dos fatos, pois alegação sem prova é alegação inexistente;

- que além do mais, mesmo que se admitisse a hipótese de a alegação vir acompanhada de pedidos não atendidos, haveria necessidade de se verificarem os motivos do seu não atendimento;

- que, sendo assim, a Representação improcede e o seu arquivamento é medida que se impõe, conclui a Representada.

7. Outras Providências Adotadas pelo DNPDE

Registra, ainda, o processo, diversas outras providências adotadas pelo DNPDE, na busca de elementos complementares à instrução do processo.

Como resultado de tal atuação, vieram novos documentos aos autos, cumprindo destacar:

- em documentação anexada aos autos em 11.09.91, a Representada encaminha dados sobre a produção e comercialização dos medicamentos SINEMET 250 mg e ALDOMET 500 mg, referentes aos anos de 1987 a 1989 e que podem ser assim sintetizados:

SINEMET 250 mg

Média mensal de unidades produzidas	Média mensal de unidades comercializadas
38.845	
35.630	<-1987->
21.955	
20.490	<-1988->
12.621	
17.320	<-1989->

mês de julho de 1991: não houve produção, nem comercialização

mês de agosto de 1991: não houve produção; 29.976 unidades foram comercializadas;

estoque em 01.01.91: 55.401 unidades;

estoque em 31.08.91: 24 unidades.

ALDOMET 500 mg

Média mensal de unidades produzidas	Média mensal de unidades comercializadas
233.154	
206.814	<-1987->
133.981	
144.378	<-1988->
228.122	
213.729	<-1989->

mês de julho de 1991: 49.650 unidades produzidas; 162.960 unidades comercializadas;

mês de agosto de 1991: 127.736 unidades produzidas; 256.550 unidades comercializadas

estoque em 31.08.91: 52 unidades

estoque em 01.01.91: 77 unidades

(fls. 231/233)

- em 27.09.91, a Representada, contestando notícias veiculadas pela imprensa, sobre falta de medicamentos em São Paulo (fls. 253/255), afirma, às fls 267/268, que a produção e comercialização dos medicamentos MODURETIC e ALDOMET mantêm-se em níveis elevados, operando-se, normalmente, a respectiva distribuição na praça de São Paulo;

- em ofício datado de 11.10.91, a Representada esclarece, dentre outras matérias, que, face à impossibilidade de comercialização do medicamento ALDOMET 500mg, nos meses de abril e maio de 1991, substituiu-se o produto pelo ALDOMET 250 mg, não havendo, assim qualquer prejuízo ao consumidor. No que tange ao remédio SINEMET 250 mg, aduz que não houve quantidade fornecida no mês de julho de 1991 porque não havia pedido em carteira, "estando o mercado totalmente abastecido"; mas que, a partir do mês de agosto, "a comercialização do medicamento tornou seu trâmite normal"(fls. 268-A/269).

- através de ofício-circular de 07.11.91 (fls.286-A), o DNPDE envia às distribuidoras da Representada, pedido de informações sobre a quantidade de medicamentos solicitada e recebida do Laboratório PRODOME;

- em resposta, as diversas empresas PRODOCTOR, distribuidoras dos medicamentos da Representada, e sediadas em pontos diferentes do País, encaminharam os ofícios de fls. 287-A e seguintes.

Comentando o assunto, o Inspetor-Chefe do DNPDE, Cláudio João José, afirma que se manteve uma perfeita harmonia entre a quantidade pedida e quantidade recebida (fls. 588).

8. O parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, órgão do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

Em cumprimento ao disposto no art. 6º do regulamento aprovado pelo decreto nº 36, de 14.02.91, a Secretaria Nacional de Economia emitiu, a 25.02.92, parecer técnico relativo à matéria de que trata este processo.

Do documento de fls. 310/313, destacam-se os seguintes itens:

- que o produto ALDOMET pertence à classe terapêutica dos anti-hipertensivos puros; que o medicamento SINEMET é da classe terapêutica dos antiparkinsonianos; e que o produto MODURETIC pertence à classe terapêutica dos agentes poupadores de potássio com tiazidas e/ou análogos combinados, conforme o Quadro de fls. 312, que se refere, dentre outras, às seguintes classes terapêuticas: antidiabéticos orais, anticoagulantes não injetáveis, antihipertensivos puros, neuroplégicos, antiparkinsonianos, anticonvulsivantes;

- que tais produtos permanecem sob controle de preços do DAP;

- que a alegada defasagem de preços já está sendo resolvida com reajustes reais superiores aos índices inflacionários. Assim, constatada uma variação cambial de US\$ 596.79% e índice FIPE de 603,29%, no período de 07.01.91 e 23.01.92, o preço do medicamento ALDOMET - 500 mg variou 1.005,00 %; o do SINEMET - 250 mg, 670.88% e o do MODURETIC - 50 mg, 992.59%;

- que a Representada não cumpriu as exigências da Portaria nº 852/90 (deixou de apresentar os dados referentes à sua evolução econômico-financeira, conforme consta de fls. 312, in fine e do esclarecimento de fls. 589).

9. Informações referentes à distribuição de medicamentos da Representada

Em 09.03.92, o DNPDE solicita, a fls. 334, a juntada nos autos da coleção de depoimentos realizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, que instruiu a Representação nº 60/91 daquele Departamento e da qual resultou a instauração do Processo Administrativo nº 29, também do DNPDE.

As cópias trazidas a este processo estão às fls. 335/457 e retratam uma pesquisa realizada junto a mais de 100 farmácias naquele Estado.

Da sua leitura, e naquilo que diz respeito diretamente aos fatos que deram origem à instauração do presente Processo Administrativo - apuração de práticas abusivas que teriam sido levadas a efeito pela Representada, acarretando o desabastecimento de medicamentos de uso contínuo e obrigatório - constata-se a falta generalizada dos produtos ALDOMET e MODURETIC, em um mercado configurável, sem dúvida, como expressivo.

Neste ponto, é importante destacar que a pesquisa, em questão, revela indícios de práticas abusivas de natureza diversa, estas atribuíveis, ao menos de forma direta, à sociedade Prodoctor Sul Produtos Farmacêuticos Ltda., distribuidora dos medicamentos da Representada, naquele Estado, além daqueles produzidos pelo laboratório Aché, o qual, segundo consta do processo (fls.461), tem a maioria das cotas da Representada.

Tais práticas consistiriam, dentre outras, na exigência generalizada de pedidos mínimos, e de aquisição de medicamentos não solicitados, na limitação de vendas.

Esta matéria será considerada, posteriormente, neste Relatório e na declaração de voto.

10. A 2ª Nota Técnica do DNPDE

Em sua segunda Nota Técnica, neste processo, datada de 14.04.92, e constante de fls. 458/466, o DNPDE, ainda através do seu Inspetor-Chefe Cláudio João José, faz observações várias sobre o assunto, para concluir no sentido de serem

"subsistentes as ocorrências que determinaram a instauração do presente processo, ocorrências essas consubstanciadas na prática, por parte da Representada, de fixar artificialmente as quantidades produzidas ou vendidas, impor quantidades e valores mínimos na comercialização dos medicamentos, subordinar a venda de um bem à aquisição de outro e diminuir a produção em condições de provocar escassez dos mesmos, capituladas na alínea c, inciso

III, art. 2º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962 e nos incisos I e VIII do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991."

11. O aditamento à Representação

Em 15.04.92, manifestou-se, novamente, a área jurídica do DNPDE, às fls. 467/468, enfatizando que, na instrução do feito, foram detectadas, no segmento comercialização, práticas outras não capituladas na peça de instauração.

Destaca que, dos levantamentos efetuados, foi observada a exigência generalizada de pedido mínimo, inviabilizando muitas vezes a compra, já que o mesmo é feito individualmente para cada divisão do que chama "Grupo Aché"; que o pedido não é atendido integralmente, encaixando-se outros medicamento para completar o valor mínimo, que há produtos do "Grupo Aché" em falta no mercado, ressaltando o ALDOMET e o MODURETIC, que, inclusive, têm sua venda limitada.

Anota, ainda, que o "Grupo Aché", da qual a Representada faz parte, mantém uma rede própria de distribuidoras, denominada PRODOCTOR, "o que leva a crer que inexistente venda direta assegurada pela Lei nº 8.002/90."

Considera que tais condutas enquadram-se no art. 3º, incisos I e VIII da Lei nº 8.158/91 ("impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas ..."e" subordinar a venda de um bem à aquisição de outro...") e no art. 1º, inciso I da Lei nº 8.002/90 ("recusar a venda de mercadoria diretamente a quem se dispuser a adquiri-la, mediante pronto pagamento...").

Propõe, por fim, seja aditada a Representação inicial, uma vez que as tipificações, acima, não integraram a peça instauratória, notificando-se, então a Representada para apresentar nova defesa prévia e requerer as provas pretendidas produzir.

A proposta foi acolhida pelo Sr. Diretor do DNPDE, que em despacho de 16.04.92 (fls. 468), determinou a notificação da Representada.

12. A segunda defesa prévia da Representada

Em 21.05.92, juntou-se às fls. 475/477 destes autos, a segunda defesa prévia da Representada, acompanhada dos documentos de fls. 478/495.

Em resumo, pode-se dizer que a Representada contesta as novas práticas abusivas que lhe são imputadas, reportando-se às razões apresentadas no Processo Administrativo nº 29 instaurado pela SNDE/DNPDE e juntando

cópias de algumas de suas peças para requerer, afinal, o arquivamento do processo.

13. Informações relativas às empresas Prodoctor e a outras distribuidoras de medicamentos produzidos pela Representada

Em 14.04.92, o DNPDE recebe correspondência do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, comunicando que "além da distribuidora do próprio Grupo Aché - Prodoctor Sul - mais duas distribuidoras passaram a distribuir os produtos do Grupo (fls. 543). "

Por outro lado, em 26.05.92, são juntos ao processo às fls. 496/542, documentos encaminhados pelo Departamento Nacional de Registro de Comércio, contendo dados sobre as diversas empresas Prodoctor, que figuram nos autos como integrantes de uma rede própria de distribuição de medicamentos produzidos pela Representada, e por outros laboratórios pertencentes ao chamado "Grupo Aché".

14. A 3ª Nota Técnica do DNPDE

Às fls. 546/558, junta o DNPDE a sua terceira Nota Técnica, datada de 11.06.92, na qual, após um amplo levantamento da matéria, constata estarem exauridas as diligências necessárias ao esclarecimento das denúncias levantadas no processo.

Conclui pela subsistência das práticas delituosas atribuídas à Representada e sugere o encaminhamento daquela Nota à Representada, para que deduza sua defesa nos termos das alínea b do art. 6º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, o que foi aprovado pelo Diretor daquele Departamento (fls. 558).

15. A informação da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde

Através de ofício de 17.06.92, a Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária, órgão do Ministério da Saúde, informa que a Representada, Prodome Química Farmacêutica Ltda, não fez qualquer comunicação quando à paralisação temporária do fabrico e comercialização do produto MODURETIC, no período 1989/1991, alegando o aludido Laboratório a não ocorrência de tais fatos.

Destaca o órgão do Ministério da Saúde que, em conformidade com o art. 13 do Decreto nº 79.094, de 05.01.77, as empresas que desejarem cessar a fabricação de determinada droga ou medicamento, "deverão comunicar esse fato ao órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde, com antecedência mínima de 180 dias"(fls. 559).

16. A defesa final da Representada

Em sua defesa final, cuja juntada aos autos se deu a 13.07.92, às fls. 564/575, juntamente com os documentos de fls. 576/585, a Representada invoca os seguintes argumentos principais:

- que, preliminarmente, a peça acusatória se ressentir de amparo jurídico, por deixar de especificar as datas ou a época dos fatos configuradores das supostas infrações praticadas pela Representada, o que se constitui em cerceamento de defesa. Por isso, requer o aditamento da denúncia, a fim de que seja suprida tal omissão;

- que, também por outra omissão, merece a denúncia ser aditada. Isto em virtude de não haver sido feita a especificação correta dos medicamentos produzidos pela Representada e que ensejaram a instauração deste processo;

- que o aditamento da Representação inicial tal como ocorrido neste processo, em abril de 1992 (fls. 467/469), resultou de "prova emprestada" do Processo Administrativo nº 29, instaurado pelo SNDE/DNPDE, em virtude de acusação do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, contra o Aché Laboratório Farmacêutico S/A;

- que, no particular, é notória a inadmissibilidade de "prova emprestada", no campo processual, sob a alegação de que as partes envolvidas pertencem a um grupo de empresas. Na verdade

- assinala a Representada - trata-se de duas empresas distintas, sendo o ACHÉ uma sociedade anônima e a PRODOME uma sociedade limitada. Acrescenta inexistir qualquer vínculo de subordinação ou entrelaçamento comercial entre elas, o que justifica o desentranhamento da peça de acusação trazida de outro processo e que ensejou o aditamento à Representação inicial;

- que, por outro lado, segundo pode inferir, a época dos fatos delituosos que lhe são imputados seria a da Representação inicial - 19.07.91 - conforme se pode verificar da referência de fls. 546 dos autos (Nota Técnica do DNPDE, ou, ainda, a fls 547, onde se faz menção "a meados de 1991";

- que, quanto à identificação dos medicamentos escassos no mercado, presume seriam eles o ALDOMET e o MODURETIC, tendo em

vista o teor da Representação do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul;

- que, no referente à denúncia do desabastecimento de medicamentos - matéria que deu origem à instauração deste Processo Administrativo - tal tópico já foi objeto de defesa da Representada, por duas vezes, nestes autos;

- que, "ad cautelam", tão somente, reitera que ficou impossibilitada de comercializar o produto ALDOMET 500 mg, nos meses de maio e junho de 1991, em virtude um erro na Portaria nº 79/91, do Departamento de Administração de Preços (DAP). Ressaltou, porém, que a única consequência de tal fato foi a substituição do ALDOMET 500 mg pelo ALDOMET 250 mg, daí não resultando qualquer prejuízo para o consumidor;

- que, no caso do medicamento MODURETIC 50 mg, em função de problemas técnicos, conforme também destacou, houve necessidade de teste de estabilidade por, aproximadamente, três meses: fevereiro, março e abril de 1991;

- que, segundo destacou anteriormente, o número de farmácias no Estado do Rio Grande do Sul ultrapassava a 3000 e que os questionários juntos aos autos, em especial os acusatórios, atingiram o infimo percentual de 3,3% de toda a rede farmacêutica daquele Estado;

- que a juntada nos autos de listagem de vendas realizadas por dois de seus distribuidores - a PRODOCTOR SUL e a de São Paulo - comprova que o mercado se manteve abastecido na alegada fase dos fatos e atos;

- que, no que se refere aos fatos objeto do aditamento à Representação inicial, inexistente prova nos autos da sua prática;

- que não teria razão para reter certos medicamentos, em detrimento de outros, quando o sustentáculo de sua estabilidade plausível e lógica: "a alternatividade de produção, a que se obrigam as indústrias em certas ocasiões, para regular estoques, deste ou daquele produto;

- que, inobstante negue as acusações que lhe são feitas, requer a concessão das prerrogativas que lhe concede o art. 5º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 36, de 14.02.92, comprometendo-se a fazer cessar a prática de eventual infração, por representante seu ou de suas distribuidoras;

- que, em virtude de não haver cometido infração à ordem econômica, requer o arquivamento do processo.

17. O "Relatório Final" do DNPDE

Em seu "Relatório Final", de 23.07.92 e que integra estes autos às fls. 586/616, o Inspetor-Chefe do DNPDE faz um detalhado histórico sobre as providências adotadas no curso das investigações realizadas, tece considerações sobre o panorama do mercado farmacêutico no Brasil (fonte: IMS - Flash Brasil - publicação de fev.92), indica dados sobre a Representada (faturamento, composição de cotistas) e procede a uma análise dos fatos de que trata este processo, instaurado a partir da constatação de indícios de retenção de medicamentos, em condições de provocar desabastecimento do mercado.

No que se refere ao comportamento da indústria farmacêutico, principalmente no período de 1991/1992, destaca que a política do setor foi no sentido de "aumentar o preço médio do medicamento diminuindo a produção para auferir maior participação no faturamento, com a utilização menor dos fatores produtivos, ou seja, mão-de-obra, matéria-prima e demais custos operacionais" (fls. 598).

Assinala que "em fevereiro e março de 1991, a produção atingiu seus limites históricos mínimos, contribuindo para agravar o desabastecimento de medicamentos que caracterizou este período e gerou esta investigação por parte do DNPDE, para constatar ou não a responsabilidade da Representada".

Informa que a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda, é o 9º laboratório em faturamento do mercado brasileiro, fazendo parte do que denomina "Grupo Aché", que é composto, ainda, pelo próprio Laboratório Aché, o 3º em faturamento e a Schering do Brasil, 16º laboratório em faturamento.

Assinala que o chamado "Grupo Aché" responde por 7,67% do faturamento nacional, constituindo-se em líder do setor.

Esclarece, ainda, que, de acordo com a última alteração societária realizada pela Representada - fato ocorrido em 06.11.90 - a Aché Laboratórios Farmacêuticos S/A detinha 51% das suas cotas (fls. 599).

Mais adiante, ao realizar uma análise dos fatos, a partir da Representação formulada pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, ressalta que, no caso específico da Representada, foram detectados problemas de fabricação e comercialização dos medicamentos SINEMET 250 mg, ALDOMET 500 mg e MODURETIC 50 mg. (fls. 600).

Assim, foi instaurado o presente Processo Administrativo contra a Representada, constando das peças de instauração do processo as diversas Notas Técnicas elaboradas pelo DNPDE, encaminhadas à Representada, com vistas à elaboração de sua defesa (fls. 600/601).

Em continuação, a fls. 603, menciona que, dos medicamentos citados o SINEMET 250 mg não apresentou, no mês de fevereiro de 1991, venda alguma; alcançou, no 1º semestre de 1991, uma média mensal de vendas de 13.259 unidades, 47% menor do que a média de vendas mensal no 1º semestre de 1990 e 57% menor que a média de vendas mensal na totalidade do ano de 1990.

Quanto ao ALDOMET 500 mg, argumentou a Representada que, em virtude de erro na Portaria do DAP/MEFP, o preço ficou defasado, do que resultou a paralisação da venda do medicamento.

Indicam, todavia, os elementos colhidos nos autos, que, em maio de 1991 (quando não houve vendas - fls. 149), dispunha a empresa de quase 300.000 unidades do produto em estoque, mas as vendas realizadas em junho de 1991 somaram, apenas, 76.860 unidades.

Isto, após 4 meses sem vendas, e considerando que, no mês de junho de 1991, a retificação do preço já se dera há 47 dias.

Por fim, no que concerne ao medicamento MODURETIC 50 mg, alegou a empresa problemas técnicos, o que obrigou a paralisação da produção.

Os dados colhidos indicam, também neste caso, que, após 3 meses sem vendas (Fev/mar/abr. de 1991 - fls. 152), a Representada produziu e vendeu abaixo da média mensal do ano de 1990 (fls. 605).

Anota que os resultados de tais práticas se refletem nas constantes reclamações de falta dos produtos, divulgada pela mídia nacional (fls. 04, 187, 238/246, 253/258), inclusive como resultado de levantamentos realizados pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania em São Paulo, em setembro de 1991.

Nesta mesma época - prossegue - o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, em pesquisa realizada junto a mais de 100 farmácias do Estado, constata a falta generalizada dos medicamentos ALDOMET e MODURETIC (os resultados de tal pesquisa constam de fls. 335/457, destes autos).

Caminhando em sua análise, o Representante do DNPDE assinala, a fls. 607, que, o denominado "Grupo Aché", do qual a Representada faria parte, mantém uma rede própria de distribuidores, denominada Prodoctor, cujas ramificações se estendem por 11 pontos do país.

Reportando-se aos dados compilados pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul - em pesquisa antes referida - ressalta que os pedidos de medicamentos, dirigidos à Prodoctor, tinham o seu atendimento eivado de exigências, tais como quantidade mínima, limitação de vendas, do que resultava o seu não

atendimento ou o atendimento apenas parcial dos mesmos, conseqüentemente impedindo o regular atendimento aos usuários.

Comenta que o mercado escolhido pode ser considerado como expressivo, uma vez que abrange o 5º Estado da Federação, em termos econômicos, e por evidenciar uma prática com todas as características de ser generalizada, a nível nacional.

Acrescenta, a fls. 609, que diante, de tais fatos novos, "que suscitaram um novo enquadramento legal das condutas descritas nos autos, foi feito um aditamento à peça instauratória inicial".

Mas adiante, a fls. 612, faz ainda, outras considerações sobre a questão da distribuição dos medicamentos da Representada, com ênfase na constatação de que as empresas distribuidoras Prodoctor detêm 99% das vendas da Representada.

E mais: uma vez que, a Representada tem participação no controle de tais distribuidoras, terá o controle absoluto da distribuição dos medicamentos por ela produzidos.

Analisa, a seguir (fls. 613), uma declaração da Representada, às fls. 268 A/269, no sentido de que, na época em que ocorreram os fatos relacionados ao desabastecimento de medicamentos - 1º semestre de 1991 - a comercialização do produto ALDOMET 500 mg se manteve normal, através da sua substituição pelo ALDOMET 250 mg, não se constatando, assim, qualquer prejuízo ao consumidor.

No particular, a única consequência teria sido a extrapolação da venda do medicamento ALDOMET de menor dosagem.

Contesta o Inspetor-Chefe do DNPDE tal assertiva.

E o faz a partir da avaliação dos dados trazidos a fls. 16 dos autos pela própria Representada.

De fato, ali se constata, a partir do exame de um Quadro de evolução produzido e vendido do medicamento ALDOMET 250 mg, no período de janeiro de 1990 a junho de 1991, que a média mensal das vendas no ano de 1990, do citado remédio, elevou-se a 381.201 unidades, tal média se comparada àquela registrada no 1º semestre de 1991 - 379.095 unidades vendidas - acusa um pequeno decréscimo nas vendas do medicamento, no último período referido.

É de se concluir, portanto, que a comercialização do produto não se manteve normal, incorrendo a alegada extrapolação da venda do medicamento ALDOMET de menor dosagem.

Tal fato, por sinal, é corroborado pelo resultado da pesquisa realizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no

Estado do Rio Grande do Sul (fls. 335/457), antes mencionadas. Com efeito, é constatável, em um significativo número de depoimentos, que o medicamento ALDOMET 250 mg estava em falta no mercado.

A seguir, menciona-se no relatório, a fls 614, que a Representada, em sua Defesa Final, afirmara que, na denúncia oferecida, omitiu-se a época dos fatos nela narrados, do que resultaria a necessidade de se suprir a lacuna, sob pena de nulidade do ato jurídico (fls. 564).

Todavia, o representante do DNPDE observa, que, nessa mesma Defesa Final, a própria Representada, em passagens várias, reconhece a época em que os fatos ocorreram (v. fls. 568 e fls. 573). Invalida-se, assim, a partir do próprio texto subscrito pela Representada, a argumentação defensiva anteriormente deduzida.

Por último, enfatiza, às fls. 615/616, que a Representada, mesmo paralisando a produção e comercialização dos medicamentos ALDOMET 500 mg e MODURETIC 50 mg, não fez a devida comunicação ao órgão competente do Ministério da Saúde, conforme o exige o art. 13 do Decreto nº 79.094/77.

De fato, no caso do medicamento MODURETIC, a omissão da providência é expressamente atestada pelo Ministério da Saúde (fls. 559); já no que diz respeito ao remédio ALDOMET, não traz a Representada, aos autos, qualquer prova de haver cumprido o aludido dispositivo.

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

Em despacho proferido a 23.07.92, às fls. 617/618, o Sr. Diretor do DNPDE, Dr. Marcos Vinicius de Campos, reconhece exauridas as diligências necessárias para esclarecer as denúncias levantadas neste processo, e conclui pela procedência da Representação formulada contra a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

E assim o faz, por entender subsistentes, no caso, as ocorrências que determinaram a instauração do processo, ocorrências essas consubstanciadas na prática, por parte da Representada, de fixar artificialmente as quantidades produzidas ou vendidas, de impor quantidades e valores mínimos na comercialização dos medicamentos, de subordinar a venda de um bem à aquisição de outro e de diminuir a produção em condições de provocar escassez dos mesmos, capitulando-as nos incisos, I e VIII do art 3º da Lei nº 8.158/91, no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.002/90 e na alínea c, inciso III, do art. 2º da Lei nº 4.137/62.

Destaca, todavia, que a Representada fez cessar as práticas ensejadoras do processo, através da regularização do abastecimento e da inclusão de terceiros para distribuição de medicamentos, do que resulta inexistirem medidas de correção a serem recomendadas.

Tal despacho foi adotado, a 24.07.92, pelo Secretário-Substituto da SNDE, Dr. Luiz Igrejas, conforme consta de fls. 620.

Encaminhou, então, S. Sa. a 24.07.92, cópia do presente Processo Administrativo ao Dr. Procurador-Geral da República, em cumprimento aos disposto no art. 9º, parte final, do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 36, de 14.02.91, e, concomitantemente, encaminhou o processo a este Conselho, para julgamento, como determina o caput do art. 7º, da Lei nº 8.158/91 (fls. 622 e 623, respectivamente).

Distribuído o processo a este relator, conforme sorteio realizado a 30.07.92 (fls. 625), solicitei, nos termos do art. 18 do Regimento Interno do CADE, o parecer do Procurador deste órgão (fls. 626).

20. O parecer do Procurador do CADE

Em seu Parecer de fls. 627/628, datado de 27.08.92, o douto Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, sugere, como providência preliminar, que este Processo seja desmembrado, julgando-se, nesta oportunidade, a Representação, tão somente no que diz respeito à retenção dos remédios produzidos pela Prodome.

Isto porque - assinala S. Sa. - de acordo com os dados até então apurados pela SNDE, a exigência de pedido mínimo teria partido da Prodoctor Sul, empresa distribuidora do Grupo Aché e que tem personalidade jurídica própria, independente da Prodome.

Anota, no particular, a referência de fls. 465 dos autos, no sentido de que o tratamento dispensado pelo Grupo Aché às farmácias se faria através do seu braço distribuidor, a Prodoctor, e salienta que, a fls. 608, no relatório Final, reitera-se que a responsável pelos acontecimentos denunciados no Rio Grande do Sul seria a Prodoctor Sul.

Assim, julgar, nesta oportunidade, os acontecimentos que informam o aditamento à representação, seria "emitir juízo sem que o responsável pelos fatos tenha tido oportunidade de se defender"(fls. 630)

No que diz respeito à retenção de remédios pela representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., contesta o ilustre Procurador o argumento por esta utilizado, no sentido de que a acusação padeceria de

obscuridade, tanto por não mencionar as datas dos fatos relevantes, quanto por não especificar quais remédios teriam sido objeto da conduta tida por ilícita.

No primeiro caso, a crítica não resiste a um simples exame do teor do expediente que deu início ao Processo Administrativo e que foi encaminhado à Representada. Ali se constata que o problema de desabastecimento ocorrera no primeiro semestre de 1991, conforme denunciado pelo Vice-Presidente da República e é minuciosamente descrito na Nota Técnica aprovada pelo Diretor do DNPDE, na qual também se apontam os remédios sonogados à venda.

Além do mais - acrescenta S. Sa. - a censura perde substância, à vista de a empresa haver enfrentado em sua defesa prévia e final, os fatos referentes à Representação.

Refuta, após, a validade jurídica dos argumentos utilizados pela Representada, para a não comercialização do medicamento ALDOMET 500mg, com sustentação no fato de o Departamento de Administração de Preços (DAP) se haver equivocado no editar a Portaria nº 79/91, provocando uma redução no preço devido.

Se a empresa se sentia lesada com o aludido equivoco, "caberia a ela valer-se de outros meios legítimos para se ressarcir do que tinha como prejuízo, não lhe sendo facultado, porém, subtrair o remédio à comercialização."

Não se reconhece à empresa - enfatiza S. Sa. - valer-se de manobras, envolvendo a comercialização dos medicamentos, para, através do pânico instituído no mercado, predispor o governo a uma atitude favorável à política de preços almejada pelo agente.

Contesta, também, o fato de que não teria ocorrido prejuízo para o consumidor, em virtude da possibilidade de se substituir o ALDOMET 500 mg, pelo mesmo remédio na apresentação de 250 mg.

Isto porque, não há fungibilidade perfeita entre medicamentos e, ainda, considerando-se que, de acordo com os dados colhidos nos autos, o aumento das vendas do ALDOMET 250 mg ocorrido no 1º semestre de 1991, em relação ao 1º semestre de 1990, não equivale à redução das vendas do ALDOMET 500 mg.

Anota, depois, a fls. 634, que a irregularidade econômica também se repete com o remédio MODURETIC.

Os autos comprovam o efetivo desabastecimento do mercado, desse medicamento, no período correspondente ao 1º semestre de 1991, fato, aliás, não negado pela Requerida, que, todavia, invoca problemas técnicos para justificar a escassez do produto.

Todavia, a prova pretendida realizar pela Requerida se restringe a um documento encaminhado por outra empresa, em inglês - que bastaria para a sua desqualificação como prova - em que se descreve procedimento técnico para a produção do remédio à base de determinada substância.

Nada ali torna seguro - enfatiza o douto Procurador - "que tenha realmente havido problema com o método corrente de produção do medicamento, nem, tampouco, que o eventual contratempo tenha sido a causa determinante da cessação total da produção e venda do remédio."

"Persiste, pois, a convicção de que a produção e venda do medicamento atendeu ao propósito de pressionar o governo a autorizar aumento de preço", conclui.

Menciona, ainda, o caso do medicamento SINEMET 250 mg, cujo desabastecimento no mercado também é revelado nos autos. Um desabastecimento - enfatiza - provocado pela empresa em não o oferecer.

Por fim, procedendo a uma avaliação geral da matéria, assinala o Procurador, a fls. 637, que a falta de produção e de vendas dos remédios obedeceu ao propósito de majoração de preços, sendo que, no caso do ALDOMET 500 mg, a intenção é explícita.

Quanto aos outros dois medicamentos, tal propósito é inferido face à "inexistência de outra explicação comprovada para o fato e do conhecimento do notório conflito, à época da indústria farmacêutica com o governo, em torno da liberação dos preços dos medicamentos".

Consequentemente, a conclusão do seu parecer é pela procedência da Representação, configurada a prática, pela representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., de fato previsto na Lei nº 4.137/62, art. 2º, III, c, sem prejuízo da providência sugerida sobre o desmembramento do processo (fls. 638).

Brasília, 29 de outubro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: Retenção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório para pressionar o aumento ou liberação de preços. Inexistência de elemento probatório, a justificar a paralisação da produção e venda do medicamento. A invocação de equívoco na fixação do preço do remédio não pode justificar a sua subtração ao consumidor. Prática abusiva do poder econômico, assim comprovada nos autos. Procedência da Representação.

1. Consideração inicial

Tendo em vista a Representação formulada a 19.07.91, pelo Exmo. Sr. Presidente da República, em exercício, Dr. Itamar Franco, a Secretaria Nacional de Direito Econômico - SNDE, no uso da competência que lhe foi conferida pelo art. 1º da Lei nº 8.158, de 08.01.91, passou a apurar, através do seu Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica - DNPDE, procedimentos de empresas integrantes do setor farmacêutico, eventualmente caracterizáveis como formas de abuso do poder econômico.

Considerados os termos da Representação, o trabalho de apuração do SNDE/DNPDE objetivou, como ponto de partida, verificar a possível prática, por tais empresas, de desabastecimento de medicamentos, principalmente aqueles de uso contínuo e obrigatório, para pressionar a liberação de preços.

No curso de tais investigações, foi então instaurado este Processo Administrativo contra a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

As diligências efetuadas pelo DNPDE, as várias manifestações da Representada e a prova documental colhida então devidamente registradas no Relatório que precede esta manifestação de voto.

2. Providência preliminar

Em seu bem lançado parecer de fls. 627/638, o ilustre Procurador do CADE, Paulo Gustavo Gonet Branco, sugere, como providência preliminar, o desmembramento deste Processo Administrativo, de modo que se julgue, nesta oportunidade, a Representação, tão somente naquilo que se refere à denúncia de retenção de remédios produzidos pela Prodome, devendo as práticas, que ensejaram o aditamento à peça instauratória, ser levadas ao conhecimento de quem por elas se responsabiliza juridicamente (fls. 629).

A oportuna sugestão decorre do fato de que, no transcorrer das providências de apuração adotadas pelo DNPDE, neste processo, foram detectados, no setor específico da distribuição de medicamentos, indícios de procedimentos abusivos outros, não capitulados na peça inicial da denúncia, tais como, imposição de quantidades e valores mínimos na venda de medicamentos, exigência de aquisição de medicamentos não solicitados, limitação de vendas.

Sucedem que tais procedimentos teriam resultado da atuação direta da sociedade Prodoctor Sul Produtos Farmacêuticos Ltda., identificada nos autos como distribuidora dos medicamentos produzidos pela Prodome no Estado do Rio Grande do Sul, bem como daqueles fabricados pela Aché - Laboratórios Farmacêuticos S/A, havendo ainda, nos autos, informações de que se trata de uma rede própria de sociedades distribuidoras, com ramificações que se estendem por diversos pontos do País.

Veja-se, no particular, a referência constante da Nova Técnica do DNPDE, a fls. 465:

"... solicitei a juntada do ofício e demais anexos de 29 de agosto de 1991, do Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, que realizou pesquisa formal junto a seus associados (mais de 100 consultas, na segunda quinzena de agosto/91), sobre o tratamento dispensado pelo Grupo Aché às farmácias, evidentemente através de seu braço distribuidor, a Prodoctor"

(grifei)

Reporto-me, em complemento, aos documentos constantes de fls. 335/457, nos quais consta, em quase sua generalidade, a menção à Prodoctor, como a distribuidora dos medicamentos no Estado do Rio Grande do Sul.

Por dispor de personalidade jurídica própria, que não se confunde com a da Prodome, a Prodoctor, como é curial, responde juridicamente pelos autos que pratica.

Todavia, neste Processo Administrativo, não lhe foi conferida a oportunidade de defesa, um direito que lhe é constitucionalmente assegurado (art. 5º, inciso LV).

Consideradas devidamente tais razões, acolho, integralmente, a sugestão de autoria do ilustre Procurador do CADE, para que se proceda ao desmembramento deste processo, fazendo-se com que as peças relativas àqueles fatos que deram origem ao aditamento à Representação (ocorrido em conformidade com o doc. de fls. 467/468), sejam retornadas à SNDE/DNPDE, para adoção das providências cabíveis, as quais, por certo, não excluem a apuração da eventual responsabilidade, no caso, também da Prodome ou de outra empresa produtora de medicamentos.

Conforme, ainda sugerido no parecer do Procurador do CADE, deverão permanecer, nestes autos, cópias dos documentos resultantes da pesquisa realizada pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, eis que neles há elementos

que indicam o desabastecimento, no mercado, de medicamentos produzidos pela Representada.

Fica, portanto, para fins de julgamento, nesta oportunidade, delimitado o objeto deste Processo Administrativo, e é, a partir de tal delimitação, que tem sequência esta declaração de voto.

3. Análise da argumentação defensiva da Representada, à luz dos elementos constantes dos autos

Em sua defesa final, às fls. 564/575, a Representada reitera argumentos anteriores e acrescenta outros, os quais, ao seu entender, comprovam não haver ela cometido qualquer infração à ordem econômica, o que justificaria o arquivamento do processo.

Em caráter preliminar, levanta a questão de que a peça acusatória se resente de amparo jurídico, por deixar de especificar as datas ou mesmo a época dos fatos configuradores das supostas infrações disciplinares. E acrescenta que tal omissão se constitui em cerceamento de defesa (fls. 564/565).

Todavia, do exame dos autos, verifica-se que a própria Representada, em diversas passagens, demonstra estar perfeitamente ciente da época em que os fatos relevantes ocorreram.

Veja-se, por exemplo, que, a fls. 568, a Representada afirma:

"Se nos parece, a época dos alegados fatos só pode ser a da representação inicial do Exmo Sr. Presidente da República, Dr. Itamar Franco, de 19.07.91, conforme se infere às fls. 1, do relatório nos autos".

E, mais adiante, a fls. 573.

"Pelo expressivo volume de vendas do fabricante a apenas dois de seus distribuidores ... conforme comprovam as listagens computadorizadas, fica cabalmente comprovado que o mercado varejista se manteve abastecido e normal na alegada época dos fatos e atos". (grifei).

Aliás, de outra forma não poderia ser, eis que, desde o início da apuração, foi encaminhada à Representada documentação esclarecedora quanto aos fatos objeto da denúncia, e, por evidente, das datas ou época da sua ocorrência.

Menciona-se, por exemplo, o teor do documento de fls. 161, endereçado à Representada, quando da instauração deste Processo Administrativo. Ali consta, expressamente, que, para fins de defesa prévia, foram anexadas cópias da Representação, da Nota Técnica e do despacho que determinou a instauração do processo.

E, uma simples leitura da aludida Nota Técnica (fls. 163/166), revela que ali há referência, com detalhes, à época em que ocorreram os fatos relevantes - 1º semestre de 1991 -, aos medicamentos cujo desabastecimento foi detectado (SINEMET 250mg, ALDOMET 500mg e MODURETIC 50mg), a par de detalhada análise da sua produção e comercialização no período indicado.

A inconsistência do argumento mais se patenteia, quando se constata que, em suas diversas intervenções no processo, inclusive quando da apresentação da sua defesa prévia (fls. 225/230) e defesa final (fls. 564/575), a Representada, à toda evidência, deduziu seus argumentos a partir do conhecimento de tais dados.

Pelas mesmas razões, fica prejudicada a segunda preliminar argüida pela Representada, quando faz alusão à falta de precisão da denúncia, quanto aos medicamentos cujo desabastecimento ensejou a instauração do processo (fls. 566).

Portanto - ao contrário do que afirma a Representada - em todas as fases, neste processo, foram-lhe sempre assegurados contraditório e ampla defesa, cumprindo-se, assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Bem expressivo, a esse respeito, é o fato constatável de que, em boa medida, as análises efetuadas pelo DNPDE tiveram, como ponto de partida, os elementos fornecidos pela própria Representada, conforme está registrado, por exemplo, a fls 145.

No mérito, a Representada reitera, em sua defesa final, os argumentos de defesa anteriormente deduzidos, nestes autos.

Tais argumentos serão a seguir analisados.

3.1 - A fls. 573, argüi a Representada que o expressivo volume de vendas realizado por apenas dois de seus distribuidores, em consonância com as listagens computadorizadas, demonstra, cabalmente, que o mercado varejista se manteve abastecido e normal, na alegada época dos atos e fatos.

E, mais adiante, indaga:

"Porque a Representada reteria certos medicamentos em detrimento de outros, quando o sustentáculo da sua estabilidade econômica são as vendas?"

para, em seguida, esclarecer:

"A esta pergunta, só existe uma explicação plausível e lógica, a alternatividade de produção, a que se obrigam as indústrias em certas ocasiões, para regular estoques, deste ou daquele produto". (fls. 574)

Todavia, os elementos, dados estatísticos e informações que foram trazidos a estes autos, inclusive, em boa medida - reitere-se - pela própria Representada, contradizem, de maneira frontal, tais afirmativas, e apontam firmemente para o desabastecimento, no mercado, dos seguintes medicamentos de uso contínuo e obrigatório:

- ALDOMET 500mg (um antihipertensivo puro)
- SINEMET 250mg (um antiparkinsoniano)
- MODURETIC 50mg (íntegra, dentre outras, as seguintes classes terapêuticas: antidiabéticos orais; anticoagulantes não injetáveis; antihipertensivos puros, neurolégicos, antiparkinsonianos, anticonvulsionantes) (fls. 312).

A análise de tais dados e informações, tal como realizada neste processo, considerando cada um desses medicamentos, sob o aspecto de produção e comercialização, no período que ocorreram os fatos relevantes, ou seja, no 1º semestre de 1991, é mesmo muito significativa nesse sentido.

Por isso mesmo, inobstante o que já consta dos autos, inclusive às fls. 144/152, entendo que não será demasiado destacar os seguintes aspectos:

- Medicamento Sinemet - 250mg
 - os números que informam o documento de fls. 151 indicam uma produção de 175.167 unidades do medicamento, no 1º semestre de 1990, enquanto as vendas totalizaram, no período, 150.581 unidades. Já no 1º semestre de 1991, a produção não ultrapassou 115.938 unidades, enquanto as vendas limitaram-se a 79.557 unidades.
 - uma análise comparativa de tais dados revela que, no 1º semestre de 1991, houve uma redução da ordem de 34% na produção do medicamento e de 47% nas suas vendas;
 - outra constatação importante é a de que a média mensal de vendas, no 1º semestre de 1991, foi 55% inferior àquela ocorrida no ano de 1990 (fls. 151);

- acrescente-se que, no final do ano de 1990, a Representada manteve um estoque de 55.303 unidades do produto, enquanto que no ano de 1991, dispunha, até o mês de junho, de um estoque de 35.381 unidades, perfazendo um total de 91.684 unidades;

- todavia, no mês de junho de 1991, as vendas não ultrapassaram 19.888 unidades, cabendo anotar que a média mensal de vendas, no 1º semestre de 1990, elevou-se a 25.096 unidades;

- o anexo de fls. 151 revela, também, que nos meses de abril, maio e junho houve paralisação total da produção do medicamento e no mês de fevereiro não se realizaram vendas;

- por outro lado, os dados encaminhados pela Representada, que estão a fls. 233 dos autos, e que indicam a evolução da produção e comercialização do remédio, nos anos de 1987, 1988 e 1989, demonstram que, no mês de agosto de 1991, a quantidade de unidades vendidas somou 29.976 unidades, retomando, portanto, o valor da média mensal de vendas, no anos de 1990, o que indica que o mercado estava desabastecido, configurando-se, claramente, um quadro de demanda reprimida.

Em suma, a análise desses dados indica que houve, por parte da Representada, retenção de estoques, paralisação de produção por três meses, redução substancial nas vendas desse medicamento.

- Medicamento Aldomet - 500mg

- os dados que constam dos documentos de fls. 148/149 revelam que, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 1991, a comercialização do medicamento foi totalmente paralisada;

- a empresa alega, em sua defesa, que houve um erro na Portaria nº 79, de 07.02.91, do Departamento de Administração de Preços, órgão do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, do qual resultou substancial redução no preço do medicamento (fls. 08);

- mesmo considerando tal fato - por sinal objeto de retificação a 13.05.91 - é importante destacar que, em janeiro de 1991, a Representada mantinha, em estoque, 104.848 unidades; como em meses seguintes - março e abril - foram produzidas 188.000 unidades, acumulou-se um estoque de 292.848 unidades, uma vez que, como se disse acima, a Representada nada vendeu nos meses de fevereiro a maio de 1991;

- entretanto, o total de vendas no mês de junho de 1991 não ultrapassou a 76.860 unidades (reafirme-se que o indicado equívoco na Portaria já havia sido corrigido desde 13.05.91). Esse total de vendas equivale a 45% da média mensal de vendas realizadas no ano de 1990 e é também inferior à média mensal de unidades vendidas no 1º semestre de 1990, que atingiu 121.415 unidades (fls. 149).

- é importante destacar, ainda, que o número de unidades vendidas, no 1º semestre de 1990, elevou-se a 728.493 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1991, não ultrapassou 225.490 unidades.

- refletindo tal quadro, os dados que se encontram no documento de fls. 232, e que registram a evolução da produção e comercialização do medicamentos nos anos de 1987 a 1989, indicam que, nos meses de julho e agosto de 1991, as vendas somaram 162.960 unidades e 256.550 unidades, respectivamente, o que demonstra que o mercado se encontrava desabastecido, havendo forte demanda reprimida, também neste caso.

Em síntese, no 1º semestre de 1991, a Representada, durante 04 meses, paralisou totalmente as suas vendas, embora dispusesse de elevado estoque para tal fim, e no mês de junho, encontrando-se o mercado fortemente desabastecido, reteve também estoques do medicamento em quantidade apreciável.

- Medicamento Moduretic - 50mg

- os elementos informativos do documento de fls. 152 registram que, nos meses de fevereiro a abril de 1991, a Representada paralisou totalmente, a produção e venda do medicamento;

- como consequência de tal procedimento, a quantidade de unidades produzidas no 1º semestre de 1991 não ultrapassou 1.024.479 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1990, elevou-se a 2.086.581 unidades; de outra parte, no 1º semestre de 1991, venderam-se, apenas, 1.009.396 unidades, enquanto que, no 1º semestre de 1990, as vendas se elevaram a 2.065.066 unidades do medicamento;

- é plenamente constatável, portanto o desabastecimento do medicamento, no 1º semestre de 1991, como resultado da total paralisação de sua produção e comercialização, durante três meses daquele período;

- a Requerida, a título de explicação por tal desabastecimento, que, anteriormente a janeiro de 1991, vários lotes de produção desse remédio foram rejeitados pelo controle de qualidade da empresa, devido a problemas técnicos com um dos seus ingredientes ativos (fls. 08). Tal alegação será analisada, mais adiante.

3.2 - Assim sendo, ao contrário do que afirma a Representada, havia à toda evidência, um quadro generalizado de desabastecimento no mercado, dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório indicados, ocorrido em época correspondente ao 1º semestre de 1991. Tal desabastecimento, como também indicam os dados analisados, resultou de procedimentos da Representada, que consistiram na paralisação total ou parcial da respectiva produção, o mesmo ocorrendo com a sua comercialização, registrando-se retenção de estoques em quantidade apreciável.

Os resultados de tais práticas se patenteiam nas constatadas reclamações de falta dos produtos indicados, amplamente divulgadas pela imprensa, inclusive em decorrência de levantamentos realizados, à época, pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania em São Paulo (fls. 04, 187, 238/246, 253/258). Veja-se, no particular, o descompasso entre medicamentos pedidos e recebidos, às fls. 236/240.

De outra parte, o Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, em pesquisa, aqui referida, realizada à época dos fatos relevantes, junto a mais de 100 farmácias daquele Estado, revelou a falta generalizada dos medicamentos ALDOMET - 500mg e MODURETIC - 50mg (fls. 335/457).

Comentando o assunto, o Inspetor-Chefe do DNPDE enfatiza que se trata de um mercado expressivo, eis que abrangendo o 5º Estado da Federação em termos econômicos, anotando, ainda, que as práticas adotadas, pela Representada, reúnem todas as características de generalização, em nível nacional (fls. 609).

3.3 - Enfocando, agora, a matéria sob o aspecto da distribuição dos medicamentos, cumpre, de logo, reiterar a ressalva feita no item 2 desta manifestação de voto, no sentido de que tal questão deverá ser objeto de apuração específica pelo SNDE/DNPDE, em processo próprio.

Isto porque, como ali se ressaltou, os indícios de práticas abusivas, de outra natureza, dizem respeito à atuação - ao menos de forma direta - da distribuidora Prodoctor, que tem personalidade jurídica própria (v. fls. 538/539), que não se confunde, por evidente, com a da PRODOME.

Todavia, ao menos a título de ilustração, não seria razoável abstrair-se, nesta oportunidade, o fato de que as eventuais práticas abusivas, praticadas junto às farmácias, por certo teriam contribuído para agravar o quadro de desabastecimento dos medicamentos de que trata este processo, o que não condiz com o argumento invocado pela Representada, quanto à inexistência de pedidos desatendidos.

Transcrevo, nesse sentido, oportuna observação da parte do Representante do DNPDE:

"Vemos pelos dados compilados ... que os pedidos existem, mas como são dirigidos à Prodoctor e eivados de exigências, tais como quantidade mínima, limitação de vendas dos medicamentos, além da presença inconstante dos vendedores, fazem com que os mesmos não sejam atendidos, ou somente parcialmente atendidos ou que sejam atendidos com excessiva mora, conseqüentemente impedindo o regular fornecimento aos usuários" (fls. 609)

3.4 - Por certo que a Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda., invoca razões outras, que, a seu ver, justificariam as práticas identificadas neste processo.

3.5 - Assim, no caso do medicamento SINEMET - 250mg, alega a inexistência de pedidos em carteira (fls. 269).

Os números levantados, nestes autos, são, todavia, suficientemente expressivos para comprovar a improcedência dessa simples e vaga referência.

Basta que se verifique que, no mês de agosto de 1991, quando a Representada se predispôs a normalizar o abastecimento desse remédio, a quantidade de unidades vendidas quase igualou, de logo, aquela correspondente à média mensal de vendas no ano de 1990, o que é um seguro indicador de que o mercado se encontrava fortemente desabastecido sendo, por certo, despropositado, falar-se em inexistência anterior de pedidos desatendidos (fls. 151 e 233).

3.6 - Quanto ao medicamento ALDOMET - 500mg, a Representada afirma que ficara impossibilitada de realizar a respectiva comercialização, nos meses de abril e maio de 1991, em face de equívoco na publicação da Portaria governamental nº 79, de 07.02.91, do qual resultou uma redução de 70% no preço devido, só corrigido em junho de 1991.

Na verdade, conforme se constata dos levantamentos que compõem o documento de fls. 149 (elaborado a partir de informações recebidas da Representada - ver referência de fls 145), a comercialização do medicamento foi totalmente paralisada nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 1991; por seu turno, o indigitado equívoco na Portaria do Ministério da Economia Fazenda e Planejamento foi objeto de retificação em 13.05.91 (D.O.U., Seção I, pg. 8.977/8.978).

Mesmo considerando o equívoco referido, os elementos colhidos nestes autos comprovam que a Representada dispunha de estoques elevados nos meses de paralisação total das vendas, e só se preordenou a reativar a comercialização em junho de 1991, assim mesmo em quantidade equivalente a 45% da média mensal de vendas no ano de 1990 (fls. 146, 148 e 149).

No particular, o documento de fls. 10 comprova, de forma inequívoca, que a paralisação da comercialização do medicamento citado resultou de atitude deliberada da Representada. Veja-se que, no aludido documento, endereçado do Departamento de Abastecimento e Preços (DAP), a Representada declara, textualmente:

"Aguardamos com urgência a correção ora solicitada, pois esse equívoco causará transtornos na comercialização do produto. De nossa parte, estamos suspendendo a venda do mesmo, até que o erro seja corrigido, para evitar

maiores problemas no relacionamento com intermediários e consumidores". (grifei)

Reporto-me, aqui, por sua absoluta pertinência ao fato, a trecho do parecer emitido pelo ilustre Procurador do CADE:

"Se a empresa se sentia lesada com o invocado equívoco na fixação do preço do medicamento, cabia a ela valer-se de outros meios legítimos para se ressarcir do que tinha como prejuízo; não lhe era facultado, porém, subtrair o remédio à comercialização". (fls 633).

3.7 - Ainda com referência ao desabastecimento do medicamento ALDOMET - 500mg, assegura a Representada que, no período que se viu compelida a paralisar a sua venda, não sofreu o consumidor qualquer prejuízo, eis que houve a substituição pelo ALDOMET - 250mg. Assim, a única consequência, no caso, teria sido a extrapolação da venda do medicamento ALDOMET de menor dosagem (fls. 571).

Os elementos de prova, que integram estes autos, não se harmonizam, todavia, com tal assertiva.

Efetivamente, como observa, com propriedade, o Inspetor-Chefe do DNPDE, a documentação fornecida pela Representada, a fls. 16 dos autos, e que retrata um quadro de evolução do volume produzido e vendido do medicamento ALDOMET - 250mg, no período de janeiro de 1990 a julho de 1991 indica, ao contrário, um pequeno decréscimo nas vendas do produto de menor dosagem.

De fato, constata-se do exame do citado documento, que a média mensal de vendas do medicamento, no ano de 1990, elevou-se a 381.201 unidades, a qual, é ligeiramente superior à média mensal de vendas no 1º semestre de 1991, que representou 379.095 unidades (fls. 613/614).

Examinando também o assunto, o Procurador do CADE destaca que não procede a arguição da Representada, quanto à inexistência de prejuízo ao consumidor, não somente porque a fungibilidade entre medicamentos não é perfeita, como também, pelo fato de que, do exame das tabelas de fls. 16 e 17, é possível concluir que o aumento de vendas do ALDOMET - 250 mg, no 1º semestre de 1991, em relação ao 1º semestre de 1990, representou, apenas 13,3% (2.274.574 unidades contra 1.973.476 respectivamente).

E, tal volume não equivale à redução verificada nas vendas do ALDOMET - 500 mg (728.493 unidades no 1º semestre de 1990 e 255.490 unidades, no primeiro semestre de 1991) - fls. 634.

Observa, por seu turno, o Inspetor-Chefe do DNPDE, que a análise dos dados compilados do levantamento realizado pelo Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul indica que, um número significativo de depoimentos inclui o medicamento ALDOMET - 250mg, como em falta no mercado, à época dos fatos relevantes (fls. 335/457).

3.8 - Quanto ao medicamento MODURETIC 50 mg, justifica a Representada o seu desabastecimento, em decorrência de problemas técnicos com um dos seus ingredientes ativos, o que teria demandado a aplicação de procedimentos alternativos, a exigir testes de estabilidade por um período aproximado de 03 meses (fls. 08/09 e 572).

A esse propósito, juntou a Representada cópias de documentos, redigidos em inglês, nos quais uma outra empresa descreve procedimentos técnicos para a produção do medicamento, à base de determinada substância (fls. 13/15).

Avaliando tal argumentação, o ilustre Procurador do CADE assim se manifesta:

"... à alegação do problema técnico, a empresa tão-somente agregou uma cópia de comunicação com outra firma - em inglês, sem tradução oficial, nem muito menos livre (fls. 13/15). Bastaria essa circunstância para desqualificar o documento como meio de prova: afinal, a língua pátria é a única admitida em processos oficiais como este".

Para concluir:

"Ainda que assim não fosse, o documento trazido pela defendente simplesmente descreve o procedimento trilhado para a produção do remédio à base de determinada substância. Nada ali torna seguro que tenha realmente havido problema com o método corrente de produção do medicamento nem, tampouco, que o eventual contratempo tenha sido a causa determinante da cessação total da produção e venda do remédio.

A escusa da força maior não reúne condições de ter o seu mérito discutido, à falta de qualquer comprovação hábil dos fatos que a sustentariam." (fls. 635/636)

3.9 - Por fim, não se pode deixar de registrar que, inobstante haja a Prodome Química e Farmacêutica Ltda, paralisado, totalmente, a produção dos medicamentos SINEMET - 250 mg, nos meses de abril, maio e junho de

1991; do remédio MODURETIC - 50mg, nos meses de janeiro, março e abril de 1991 e de haver cessado, totalmente, a comercialização do ALDOMET - 500mg, nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 1991, deixou de fazer a devida comunicação ao órgão competente do Ministério da Saúde.

Descumpriu, assim, frontalmente, o disposto no art. 13 do Decreto nº 79.094, de 05.01.77, que assim se inscreve:

"As empresas que desejarem cessar a fabricação de determinada droga ou medicamento, deverão comunicar esse fato ao órgão de vigilância sanitária competente do Ministério da Saúde com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias."

Anote-se que a omissão de tal providência está expressamente comprovada, nestes autos, no que se refere ao medicamento MODURETIC, através de informação encaminhada pela Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária (fls. 559); quanto aos demais medicamentos, não fez a Representada, como lhe competia, a comprovação de que a providência fora adotada.

4. A comprovação de prática abusiva do poder econômico, por parte da Representada, assim capitulada na legislação de regência

Em face da análise realizada no item anterior deste documento, que considerou a argumentação defensiva da Representada, à luz dos elementos constantes dos autos, entendo comprovados os seguintes fatos:

- em período correspondente ao 1º semestre de 1991, o mercado apresentou um quadro geral de desabastecimento dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório SINEMET - 250mg, ALDOMET - 500mg e MODURETIC - 50mg, produzidos pela Representada;

- tal desabastecimento resultou de procedimentos da Representada, que consistiram na paralisação total ou parcial da produção de tais medicamentos, o mesmo ocorrendo com a respectiva comercialização, registrando-se considerável retenção de estoques;- a escassez desses bens de consumo provocou, por evidente, grave demanda reprimida por parte de segmento do mercado consumidor dos citados medicamentos essenciais;

- a argumentação defensiva, invocada pela Representada, não se conforma com a prova por ela pretendida realizar, não restando demonstrada a existência de óbices técnicos ou de outra natureza, que efetivamente obrigassem a Representada a reduzir, drasticamente, ou mesmo paralisar, por inteiro, a produção e comercialização dos medicamentos considerados. Enfatize-se que, deixar de produzir bem de que a população necessita, dispondo de insumos, matéria prima e equipamento, equivale a reter

inevitavelmente o produto e talvez seja mesmo, uma face mais perversa de tal procedimento, pois, por evidente, inviabiliza a eventual desapropriação do produto final;

- uma vez que não se pode deixar de reconhecer que o sustentáculo de estabilidade econômica de uma indústria são as suas vendas - e a Representada assim o afirma, textualmente, às fls. 574 - a prova colhida nos autos não autoriza outra conclusão, senão a de que a motivação do procedimento da Representada se prendeu à questão dos preços dos medicamentos. Um comportamento caracterizável como abusivamente especulativo, tendente a sensibilizar o governo, através de crise instaurada no mercado, a ceder aos seus desígnios de aumento ou liberação de preços, visando, assim, a obter a margem de lucro que estimava adequada;

- veja-se que, no caso específico do medicamento ALDOMET - 500mg, a intenção de pressionar o governo era explícita, sendo que, no concernente aos dois outros medicamentos - bem o assinala o Procurador do CADE, a fls. 637 - esse propósito se infere da inexistência de outra explicação comprovada para o fato;

- corrobora tal conclusão, a circunstância de que, no período em que ocorreram os fatos relevantes, era notório o inconformismo do setor farmacêutico com a política de preços adotada pelo governo, do que resultou, por exemplo, a própria Representação que deu origem a este processo. Não se pode abstrair, também, o fato de os julgamentos, até então realizados pelo CADE, virem reconhecendo uma generalizada prática abusiva de retenção de medicamentos, naquele período. Anote-se que tal inconformismo se revela, ainda, nas declarações da própria Representada, às fls. 08/09;

- é muito significativo, também, o fato de que a retomada, em níveis normais, da produção e comercialização dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório, houvesse ocorrido de uma forma geral, no setor, a partir dos meses de julho e agosto de 1991, época coincidente com a Representação da Presidência da República e a conseqüente interferência, no processo, da SNDE/DNPDE, e, mesmo com a quase concomitante edição da Portaria nº 156, de 19.08.91, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que reajustou os preços dos produtos farmacêuticos, inclusive daqueles de que trata o processo;

- tal constatação evidencia, uma vez mais, que a paralisação da produção e comercialização dos medicamentos essenciais decorreu de uma atitude deliberada da Representada, de uma manobra especulativa, enfim, eis que inexistiam obstáculos comprovados, de qualquer natureza, que a obrigassem a adotar tal medida. Reitere-se que, ao paralisar a produção de medicamentos, a Representada também descumpriu, frontalmente, o disposto

no art. 13 do Decreto nº 79.094, de 05.01.77, que obriga se faça a comunicação de tal paralisação ao órgão competente do Ministério da Saúde, com antecedência mínima de 180 (cento e oitenta) dias.

Assim sendo, a comprovação dos fatos, tal como aqui constatada, não me deixa dúvida quanto à ilicitude do procedimento da Representada.

E, face à natureza dos procedimentos adotados, dos objetivos visados, e das circunstâncias em que os fatos relevantes ocorreram, entendo perfeitamente caracterizada, no caso, a prática abusiva do poder econômico, na forma prevista no artigo 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 10.09.62, verbis:

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

III - provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços, por meio de:

c - retenção em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;

Em seqüência, farei algumas referências que entendo pertinentes, com vista a um mais completo entendimento da matéria em exame.

Reporto-me, em primeiro lugar, a uma oportuna observação de autoria do Procurador do CADE, que se inscreve às fls. 637/638, e que diz respeito à possibilidade de ocorrência de abuso do poder econômico, também com produtos que tenham o seu preço controlado pelo governo (como ocorria no 1º semestre de 1991).

A tal respeito, transcreveu S.Sa. os termos de parecer emitido no Processo Administrativo nº 12/91, e cujas características guardam perfeita relação com as destes autos:

"Cumpre deixar claro que o abuso do poder econômico pode também ocorrer com produtos que tenham o seu preço controlado pelo governo. O propósito de realizar manobras especulativas não se exclui simplesmente pela circunstância de a majoração de preços colimada depender de assentimento de órgãos governamentais. As empresas podem articular ações - valendo-se da sua singular posição no mercado e afetando a vida econômica do país -, tendentes a forçar a autorização do aumento de preços. A reação à política de preços imposta pelo governo, se é perpetrada com abuso do poderio da empresa, capitula infração. Os autos ilustram tal possibilidade.

No caso sob exame, o propósito de auferir lucros abusivos com a medida assumida pelo laboratório resulta cristalino do conhecimento de princípios da

economia. Não se entende racional uma estratégia da empresa de voluntariamente reduzir a produção ou a comercialização de seus bens - quando não ocorrem circunstâncias peculiares que o imponham - a não ser como artil direcionado à especulação".

Outro aspecto, que julgo importante enfocar, é aquele concernente às especificidades da indústria farmacêutica e a adoção de práticas abusivas.

No particular, o eminente Conselheiro do CADE, Marcelo Monteiro Soares, ao proferir os seu voto no Processo Administrativo nº 19/91, julgado recentemente pelo CADE, destacou que a indústria farmacêutica é caracterizada, pelos estudiosos do mercado, como pertencente à concorrência imperfeita, denominada "oligopólio diferenciado".

Nesse tipo de oligopólio - enfatiza S. Sa. - a concorrência de preços não é uma política utilizada com habitualidade; o esforço competitivo se concentra na publicidade, promoção de vendas, modificações ou inovações do produto.

Esta característica de atuação publicitária faz com que a classe médica e os consumidores estabeleçam escalas de diferenciação ligadas a hábitos e marcas, vindo a preferir mais firmemente um a outro produto, configurando-se a fidelidade à marca ou ao próprio produto.

Considerado tais fatos, anota S. Sa.: "Os consumidores de determinado produto passam a se identificar de tal forma com os mesmo, que se recusam a adquirir outras marcas ou produtos sucedâneos, particularmente marcas novas e desconhecidas".

Em uma tal estrutura, determinadas empresas, produtoras de bens indispensáveis, se podem colocar em posição privilegiada e dominante no mercado, passando a adotar práticas abusivas, face à dependência de determinado segmento do mercado aos seus produtos.

Em seqüência, uma palavra sobre a questão da ética da empresa.

E, nesse sentido, não se pode deixar de mencionar que a adoção de procedimentos abusivos, como aqueles constatados nestes autos, não se harmoniza com a postura ética que deve nortear a atuação de uma empresa produtora de bens que dizem com valor tão significativo, como o é da saúde da população.

E, no caso presente, tal questão assume aspectos particularmente graves, eis que abrange a produção e comercialização de três medicamentos necessários, que foram deliberadamente subtraídos do consumidor.

Veja-se que, no caso do medicamento ALDOMET - 500mg, a Representada decidiu paralisar a sua produção, em face de um invocado erro em Portaria governamental.

E, todavia - enfatiza o Procurador do CADE, às fls. 632/633 - "a indústria farmacêutica, quando se propôs a desenvolver atividade industrial e comercial, envolvendo a saúde da população, aceitou o compromisso moral de conferir o devido relevo a esse valor tão elevado. Nada justifica que deste faça uso, arriscando-o, no esforço por lucros que estime mais adequados, nos seus embates com o governo."

Adite-se que a prova dos autos não confirma a assertiva da Representada, de que não haveria prejuízo para o consumidor, eis que o remédio de dosagem menos (ALDOMET - 250mg) estaria disponível. Efetivamente, a quantidade oferecida deste medicamento não supria o desabastecimento do ALDOMET - 500mg, como o comprovam as informações e dados estatísticos levantados.

As irregularidades econômicas, na forma detalhadamente avaliada no item anterior deste documento, também ocorreram com os medicamentos MODURETIC - 50mg e SINEMET - 250mg, sendo que, as justificativas invocadas pela Representada, igualmente não se harmonizam com a prova que consta do processo.

Por fim, um enfoque constitucional da matéria.

E, no particular, o Procurador do CADE, em parecer lançado no Processo Administrativo nº 20/91, após invocar o § 4º do art. 173 da Constituição Federal, verbis:

"A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vier à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

destaca que tal dispositivo não limita a atuação do legislador; estabelece sim, o núcleo da lei que vier a regular o tema do abuso do poder econômico.

Observa, ainda, ao analisar situação que se identifica com aquela de que trata o presente processo, que o Laboratório visava, com o seu procedimento, a obter a margem do lucro que estimava adequada; e que, o aumento de lucro, assim objetivado, seria arbitrário.

Arbitrário, porque "discordante da remuneração do capital investido que o governo, à vista de considerações de ordem econômica e social, tinha como justa naquele instante".

5. Conclusão de voto

Considero este processo suficientemente instruído, reunindo, portanto, condições adequadas de julgamento.

Nesse sentido, os elementos informativos colhidos nos autos, como resultado das diligências realizadas pela SNDE/DNPDE, as análises e avaliações do seu corpo técnico, os pronunciamentos do seu setor jurídico, não me deixam dúvida quanto à tipificação, no caso, de prática abusiva do poder econômico, de responsabilidade da Representada, Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

Com efeito, conforme destacado anteriormente, toda a prova constante deste auto leva à conclusão de que a Representada exerceu especulação abusiva, com o fito de promover a elevação temporária ou liberação de preços, através da retenção de medicamentos de consumo contínuo e obrigatório, em condições de provocar escassez no mercado. Buscava, enfim, através de crise instaurada no mercado, sensibilizar ou pressionar o governo a ceder a seus desígnios.

Tal procedimento, que a lei condena, está expressamente capitulado no art. 2º, inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 18.09.62 - antes transcrito - como uma das formas de abuso do poder econômico.

Destaque-se, que, tendo em vista o disposto no art. 23 da Lei nº 8.158 de 08.01.91, foram mantidas as normas definidoras de ilícitos constantes da citada Lei nº 4.137, assim como de outros diplomas legais relativos a práticas de abuso do poder econômico.

Assim sendo, e, em face das considerações, razões, e conclusões expostas nesta manifestação de voto, bem assim acolhendo, em todos os seus termos e fundamentos, o Parecer do ilustre Procurador do CADE (fls. 627/638), o meu voto é pela procedência da Representação.

Em consequência, a penalidade cabível é a multa, assim prevista no art. 43 da Lei nº 4.137/62, com a redação introduzida pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 27.04.90, única sanção cabível na espécie, eis que o processo nos dá notícia de que a prática ilícita não perdura (fls. 617/618).

Multa que fixo em Cr\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros), em conformidade com a Resolução nº 02, de 21.10.92, do CADE, publicada D.O.U. de 26.10.92, seção I, pg. 14.966, e que deverá ser recolhida pela Representada, no prazo máximo de 10 (dez) dias, após a publicação da decisão do CADE.

Na fixação da multa - cujo valor se contém entre os limites legalmente determinados - embora considerando a gravidade do procedimento da Representada, ao deliberadamente desabastecer o mercado de três

medicamentos de uso contínuo e obrigatório, não deixei de levar em conta a transitoriedade da prática abusiva.

Reitero, por fim, seja adotada a providência de desmembramento do processo, tal como indicada no item 2 desta manifestação de voto.

Brasília, 29 de outubro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

O presente processo administrativo refere-se a denúncia de retenção de remédios produzidos pelo Laboratório Prodome Química e Farmacêutica Ltda., que ocorreram no 1º semestre de 1991. Na época em que ocorreram os fatos relevantes, os medicamentos cujo desabastecimento foi detectado foram os seguintes: SINEMET 250 mg, ALDOMET 500 mg e MODURETIC 50 mg, conforme registra a Nota Técnica do DNPDE/SNDE, às 163/166 dos autos.

Pode-se verificar nos autos, e traduzidos de forma irrefutável no bem lançado VOTO do I. Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, que ao contrário do que afirma a Representada, nas preliminares argüidas na sua defesa, em todas as fases do processo ora em julgamento, foram-lhe sempre assegurados contraditório e ampla defesa, cumprindo-se, assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. E isso pode ser constatado pelas análises efetuadas pelo DNPDE, que tiveram como base, os elementos fornecidos pela própria Representada.

No mérito o I. Conselheiro Relator demonstra de maneira clara que a defesa da Representada não se sustenta. Fica evidente que os elementos, dados estatísticos e informações que foram trazidos aos autos, em grande parte, pela própria Representada, contradizem, de maneira frontal, tais afirmativas, e apontam firmemente para o desabastecimento, no mercado, dos medicamentos anteriormente citados, que passarei a citar a seguir:

a) SINEMET - 250mg - Os dados estatísticos de produção e venda do medicamento, no 1º semestre de 1991, indica que houve, por parte da Representada, retenção de estoques, paralisação de produção e redução significativa nas vendas. Vide fls. 5/6 do Voto do Relator.

b) ALDOMET - 500mg - Houve de maneira deliberada, uma paralisação, durante 4 meses, no 1º semestre de 1991, nas vendas do produto, embora dispusesse a Representada de elevado estoque para tal fim. Houve ainda no

mês de junho daquele ano uma apreciável retenção de estoques do medicamento em questão.

Vide fls. 6/7 do VOTO do Relator.

c) MODURETIC - 50mg - Os dados constantes nos autos (fls. 152), demonstram que no período de fevereiro a abril de 1991, a Representada paralisou, totalmente, a produção e venda do medicamento. Essa paralisação de produção e comercialização provocou um cruel desabastecimento do medicamento no 1º semestre de 1991.

Concluo dessa forma, que ao contrário do que afirma a Representada, havia no 1º semestre de 1991, um quadro generalizado de desabastecimento no mercado dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório indicados. O referido desabastecimento, conforme retratam os dados analisados, resultou de procedimento da Representada, que consistiram na paralisação total ou parcial da produção, o mesmo ocorrendo com a comercialização, registrando-se retenção de estoques em quantidade apreciável. Essa situação foi muito bem retratada pela pesquisa realizada pelo Sindicato de Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Rio Grande do Sul (fls. 335/457), corroboradas pelas constantes denúncias de desabastecimento amplamente divulgadas pelos meios de comunicação do país, e de forma especial pelos jornais de maior circulação.

Quero destacar ainda no fundamentado VOTO do I. Conselheiro Relator, às fls. 13, quando alerta que:

"é muito significativo, também, o fato de que a retomada, em níveis normais, da produção e comercialização, dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório, houvesse ocorrido, de uma forma geral, no setor, a partir dos meses de julho e agosto de 1991, época coincidente com a Representação da Presidência da República e a consequente interferência, no processo, da SNDE/DNPDE, e, mesmo com a quase concomitante edição da Portaria nº 156, de 19.08.91, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que ajustou os preços dos produtos farmacêuticos, inclusive daqueles de que trata o processo".

Com efeito, estou convencido que a paralisação da produção e comercialização dos medicamentos essenciais mencionados, decorreu de uma atitude deliberada da Representada, através de uma manobra especulativa abusiva, que não deixa dúvida quanto a ilicitude do procedimento. Tal procedimento, que a lei condena, está expressamente capitulado no art. 2º,

inciso III, alínea c, da Lei nº 4.137, de 18.09.62, como uma das formas de abuso do poder econômico.

Manifesto-me assim, em consonância como parecer do I. Procurador do CADE (fls. 627/638), pelo desmembramento deste Processo Administrativo, de modo que se julgue, nesta oportunidade, a Representação, tão somente naquilo que se refere à denúncia de retenção de remédios produzidos pela Prodome, devendo as práticas, que ensejaram o aditamento à peça instauratória inicial, ser levadas ao conhecimento de quem por elas se responsabiliza juridicamente (fls. 629).

Assim sendo, e, em face das considerações, razões, e conclusões expostas, o meu VOTO é pela procedência da Representação. Razão pela qual acompanho integralmente o VOTO do I. Conselheiro Relator, e de maneira especial com a fixação da multa arbitrada em CR\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros), considerando a gravidade do procedimento da Representada, ao deliberadamente desabastecer o mercado, dos medicamentos de uso contínuo e obrigatório acima mencionados, levando em consideração ainda a transitoriedade da prática abusiva.

Brasília-DF, 29 de outubro de 1992

José Matias Pereira

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Acompanho o bem lançado voto do ilustre Conselheiro-Relator Carlos Eduardo Vieira de carvalho. A conduta abusiva praticada pela Representada é flagrante, pois nenhum fato econômico ou jurídico se apresenta para justificar a retenção dos estoques dos medicamentos em questão ou a paralisação da respectiva fabricação.

A Representada utilizou-se, sem dúvida, de expediente espúrio para forçar o aumento de preço pelo órgão governamental competente.

Correto, pois, o enquadramento da conduta da Representada no inciso III, alínea c, do art. 2º da Lei nº 4.137/62, pelo que inafastável se torna a repressão mediante a aplicação da multa no valor arbitrado pelo ilustre conselheiro Relator CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO.

Acompanho o voto do ilustre relator no tocante, ainda, à baixa à SDE da documentação constante dos autos, relativa a práticas abusivas outras que não aquela prevista no art. 2º, III, c, da Lei nº 4.137/62.

Se os autos dão conta de condutas abusivas praticadas por outros agentes econômicos, estes devem ser identificados e chamados a responder o competente processo administrativo, nos termos da Lei nº 8.158/91.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

As informações constantes dos autos comprovam que o mercado foi desabastecido no 1º semestre de 1991, verificando-se quedas expressivas tanto no volume produzido, quanto nas unidades comercializadas, registrando-se, também, a retenção de estoques os medicamentos Sinemet - 250 mg, Aldomet 500 m e Moduretic - 50 mg por parte do Laboratório PRODOME QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA.

Em nenhum momento a Representada negou tais fatos, tendo apenas levantado a ocorrência de problemas técnicos par explicar a escassez dos referidos produtos, sem , no entanto, justificá-la.

De igual modo, a alegada ocorrência de problemas no processo produtivo não foi comporvada pela empresa, como causa determinante da escassez do medicamento em nenhuma oportunidade.

Por outro lado, ficou evidenciado o descompromisso da Representada com os consumidores dos seus produtos, quando, em expediente ao DAP/MEFP, ao solicitar a correção da portaria de reajustes de preços, informou que estava suspendendo a venda do ALDOMET 500. A cessação da produção, como bem observou o Conselheiro relator, citando o Decreto n º79.094, de 05.01.77, deve ser precedida de comunicação ao Ministério de Saúde, com 180 dias de antecedência, fato que não se verificou.

Acresce-se a essas ocorrências, o fato de no período condiderado ter ocorrido pequena redução nas vendas do produto ALDOMET-250 mg que, segundo o Laboratório PRODOME, poderia substituir o ALDOMET-500.

Cumprе ressaltar que o mesmo após o reajuste de preços autorizado pelo DAP/MEFP, corrigindo o equívoco verificado na Portaria nº 79, a Representada colocou no mercado, em junho de 1.991, somente 76.860 unidades, volume este que corresponde a apenas 45% da média mensal de vendas verificado no 1º semestre de 1.990, embora dispusesse 104.848 unidades em estoque.

Entendo, portando, que está suficientemente comprovada nos autos a prática da especulação abusiva com o propósito de promover a elevação temporária dos preços imputada à Representada.

Manifesto-me igualmente de acordo com o desmembramento do Processo Administrativo julgando-se, neste momento, os fatos que dizem respeito a retenção dos medicamentos capitulados na peça inicial da denúncia.

Por estas razões, acompanho o bem elaborado Voto do ilustre Relator, Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no sentido de julgar procedente a Representação.

Este é o meu voto.

Marcelo Monteiro Soares

Recurso Administrativo no Processo Administrativo nº 13/91

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Recorrente: Prodome Química e Farmacêutica Ltda.

Objeto: Pronunciamento preliminar sobre a matéria, solicitado pelo Chefe de Gabinete do Ministério da Justiça

Este recurso foi interposto pela empresa farmacêutica de decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que a condenou à multa de CR\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de cruzeiros) por retenção de medicamentos de uso contínuo e obrigatório. Considerou-se violado o art. 2º, III, "c", da Lei nº 4.137/62.

O recurso visa ao reexame do julgamento do CADE, desenvolvendo censuras de forma e de mérito.

Em um primeiro instante, pretende a recorrente que o processo não deveria ter ido a julgamento pelo CADE, por força do estatuído no art. 5º do Decreto nº 36, de 14.02.91.

O argumento não conta chance de êxito.

Diz a norma:

"Se o agente, reconhecendo a procedência da representação ou do procedimento de ofício, compromete-se a fazer cessar a prática da infração, a SNDE suspenderá o processo pelo prazo que julgar conveniente, findo o qual determinará o prosseguimento ou o arquivamento, conforme a conduta do agente".

Basta compulsar os autos para observar que em momento algum a empresa reconheceu a procedência da acusação de desabastecimento, de retenção proposital de estoques de remédios ou de suspensão indevida de produção, com finalidade especulativa. Ao contrário, em todas as suas intervenções nos autos, buscou demonstrar que, se falta houve dos medicamentos, o problema não poderia ser carreado à sua responsabilidade.

Evidentemente, isso não é reconhecimento da procedência da representação ou do procedimento de ofício.

O ato referido no Decreto nº 36/91 corresponde ao reconhecimento do pedido de que fala o art. 269, II, do Código de Processo Civil. Aqui, quem assume tal comportamento, confirma os fatos alegados contra si e - mais do que isso - concorda com a juridicidade do que alega o seu adversário (cf. Humberto Theodoro Júnior - Curso de Direito Processual Civil. Rio. Forense. 1986, col. 1, pp. 347-348 e Moacyr Amaral Santos - Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. São Paulo. Saraiva, 1983, vol. 2, p. 107). opoente.

A recorrente, portanto, que nunca admitiu a sua responsabilidade legal pelos fatos de que foi acusada, não preenche os pressupostos da norma constante do decreto mencionado para os efeitos que pretende atingir.

Por outro lado, ainda que o agente econômico tivesse reconhecido a procedência da denúncia, nos termos previstos na norma do Decreto nº 36/91, não poderia deixar de ser penalizado.

O art. 43 da Lei nº 4.137/62 dispõe que, proclamado um ato como abusivo do poder econômico, o CADE fixará multa ao agente. A lei não faz da imposição da pena uma faculdade aberta ao CADE, mas um imperativo. A aplicação da multa não é um mero poder, mas aquilo que, em Direito Administrativo, se chama de um poder-dever. A propósito, Hely Lopes Meirelles esclarece:

"O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública - um Governador, por exemplo - abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular"(Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, RT, 1991, p.85).

Está evidente que, verificando o CADE a existência de um abuso econômico, não lhe é dado deixar de multar o infrator. Ainda que a empresa tivesse reconhecido a falta e sustado a sua conduta ilegal, a multa seria

devida, porque a lei não prevê que, em tal caso, a sanção deixe de ter pertinência. A regra do art. 5º do Decreto nº 36/91 não se presta ser interpretada de modo a se admitir que o reconhecimento da procedência da representação suste a exigibilidade da multa - sob pena de se conferir entendimento a uma norma infra-legal contraposto ao que comanda a lei que deveria regulamentar.

Anote-se, outrossim, que o art. 6º da Lei nº 8.158/91 não prevê o reconhecimento do ilícito como causa de extinção do processo no rol das hipóteses autorizadoras de arquivamento no âmbito da SDE.

Estranha a recorrente, ainda, que a Secretaria de Direito Econômico não tenha formulado recomendação, na forma do art. 7º da Lei nº 8.158/91. Não o fez, porém, porque a situação abusiva que ensejara o processo não se prolongou até o instante do relatório final daquela secretaria. Isso não obstava, está claro, à remessa do feito ao CADE para julgamento.

Não se justifica, tampouco, a surpresa da recorrente pelo fato de o CADE ter mantido cópia nos autos de alguns documentos que também podem vir a ser úteis para a instrução de novo processo a ser aberto na SDE. Não se vislumbra o motivo de perplexidade da recorrente com essa decisão do Plenário, de natureza tão singela e curial.

No mais, as razões do recurso não inovam os tópicos submetidos ao escrutínio do órgão judicante deste Ministério.

Reporto-me aos fundamentos do parecer de fls. 627/638 e de acórdão impugnado (fls. 645/691), suficientes para revelar a insubsistência das críticas da recorrente.

Brasília, 19 de novembro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 109

REPRESENTANTE: ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA

REPRESENTADA: SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS.

DECISÃO

Julgou-se procedente a representação por unanimidade, condenando-se a Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 10.500.000.000,00 (dez bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros), a ser rateada equitativamente pelos Representados, no prazo de dez dias, após a publicação da decisão no D.O.U., pela prática da infração prevista no art. 2º, item I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137/62.

Plenário do CADE, 16 de dezembro de 1992.

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

PARECER DO PROCURADOR

Em 1988, perante o antigo CADE, a empresa Elmo Segurança representou contra ato praticado pelo Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, SESVESP, que teria sido secundado pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional de São Paulo.

O sindicato publicou na imprensa - Folha de São Paulo de 5.9.88 (fls. 7) - um "comunicado de inidoneidade" em prejuízo à imagem da representante. Ali se fez referência à deliberação da assembléia geral do sindicato, ocorrida em 25 de maio do mesmo ano, quando se acertou que a entidade prepararia tabela com preços mínimos a serem observados pelas empresas do setor (fls. 11 e 12). Firmou-se que a "transgressão acerca dos preços estipulados na mencionada tabela" (fls. 12) seria examinada por comissão especial, podendo o sindicato considerar a empresa inidônea e "excluída de seu quadro social"(fls. 13). Constam dos autos as planilhas de preços elaboradas para o terceiro e o quarto trimestres de 1988.

A firma Elmo Segurança foi punida pelo SESVESP por ter participado de concorrência de preços. em 12 de julho de 1988, apresentando "preço abaixo da planilha aprovada pela Assembléia Geral Extraordinária"(fls. 23).

O processo administrativo teve o curso de praxe no antigo CADE. Os representados negaram que constituíssem um cartel ou que as planilhas fossem mais do que recomendações, com o fito de prevenir concorrência desleal.

Em certo momento, os defendentes pediram:

a. Que o Ministério da Justiça providenciasse a relação nominal e endereços das empresas autorizadas para operar em vigilância e segurança no Estado de São Paulo;

b. "Intimidação das empresas relacionadas pelo Ministério da Justiça para exibir, cada uma, o respectivo balanço geral e resultados com demonstração à parte, das contas constantes no demonstrativo de resultados descritos analiticamente e uma cópia de declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica correspondente aos dados contábeis do balanço e respectivas demonstrações, referente aos últimos 5 (cinco) exercícios e seus atos constitutivos e respectivas alterações, especialmente a empresa denunciante"(fls.447-448).

c. "Perícia para análise da documentação mencionada nos itens anteriores, mormente quanto aos custos e preços praticados por cada empresa, e tendo em vista o consignado no parecer, já referido anteriormente, protestando por apresentação de quesitos e indicação de assistente técnico"(fls. 448).

d. Oitiva de depoimentos.

O SESVESP, a fls. 34, garante que a planilha reflete os custos mínimos das empresas do setor e que preços inferiores àqueles somente seriam praticados se desrespeitadas obrigações legais de ordem trabalhista ou tributária.

No âmbito do antigo CADE, foram chamados ao efeito o sindicato e diversas empresas. Excluiu-se do processo a Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional de São Paulo. As vinte empresas que passaram a integrar o processo administrativo são as que o sindicato, a fls. 245/250, indicou como participantes da assembléia de 25 de maio de 1988, quando foi decidida, sem discrepância de votos, afixação de preços mínimos.

TESES DA DEFESA

A defesa comum dos representados alega que a representante não merece credibilidade, "pois simplesmente se mudou para lugar incerto e desconhecido"(fls. 986). Insiste na realização das provas requeridas ao fundamento de que seriam relevantes para esclarecer que as tabelas do sindicato somente traduzem os gastos mínimos suportados por cada empresa. Argumenta que o Judiciário já se manifestou sobre o problema proposto perante o CADE, concluindo pela inexistência de crime na conduta sob exame. Insurge-se contra a aplicação à espécie de Lei nº 8.158/91, invocada pela SDE, juntamente com a Lei nº 4.137/62, para tipificar a ação das representadas. Fala que os autos não apresentam dados indicativos da prática de atos ilícitos após a entrada em vigor da Lei nº 8.158/91. Recusa, enfim, que tenha havido imposição de preços.

DISCUSSÃO

A Lei Aplicável

Os fatos narrados na espécie não dão ensejo a serem examinados senão à luz da Lei nº 4.137/62.

Com efeito, perquire-se, aqui, a legalidade do ato das empresas que, congregadas no seu sindicato, resolveram que seria confeccionada tabela de preço a ser observada pelas firmas do ramo, sob pena de sanção. Consta da data assembleia:

"... foi a proposta aprovada pelos presentes, ficando deliberado que o Sindicato prepararia uma Tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor"(fls. 36).

Os autos referem à ocorrência de atos concretos ligados à essa decisão até janeiro de 1989. A deliberação impugnada necessita, para se aperfeiçoar, da elaboração das tabelas. Não há notícia de que estas tenham sido confeccionadas após janeiro de 1991. Não há prova de que outras tabelas

tenham sido concebidas após a entrada em vigor da Lei nº 8.158/91. Vale notar que, no seu compromisso de cessação, determinado pelo titular da SDE, as representadas declaram que "há muito não praticam tabela de preços, em especial aquela referida nos autos e objeto de Assembléia Geral Extraordinária do dia 25 de maio de 1988"(fls. 1070).

Desse modo, entendo que apenas a Lei nº 4.137/62 tem pertinência para tipificar a conduta dos representados.

Credibilidade da Representante

A defesa argúi a falta de credibilidade da firma representante para com isso desacreditar o processo. Esse debate, porém, é desprovido de importância prática. Há nos autos elementos objetivos, que independem da mera palavra da representante, para se formar um juízo seguro sobre os fatos.

Produção de Provas

Repisam as defendentes, ainda, a necessidade de se produzirem as provas requeridas perante o antigo CADE.

Andou bem a SDE/DPDE, entretanto, ao rejeitar a produção daquelas diligências que, da forma como requeridas, não revelam o que de útil e indispensável trariam à exposição de verdade.

É desnecessário que as empresas do setor tragam aos autos os seus elementos de contabilidade. Os custos variáveis de cada empresa não têm significado maior para o tipo de infração que se analisa. A imposição de preços por um grupo de empresas aos agentes econômicos do ramo, sujeitando os discordantes a punições que cerceiam as suas atividades, constitui, por si mesma, violação da liberdade de iniciativa e da concorrência que a legislação pretende resguardar. Ainda que a tabela, por mera hipótese argumentativa, correspondesse ao exato custo de todas as empresas, ainda que assim não seria dado que um grupo submetesse todos os agentes econômicos à planilha, ameaçando com penalidades. Esse fato, por si, atrai a censura do legislador. Assinale-se, que, no caso, não se confirma sequer que a tabela corresponderia ao custo mínimo das empresas.

Sobre a existência de decisão judicial no caso

Por outro lado, as defendentes pretendem que o processo administrativo não deve ter seguimento, porque os fatos já teriam sido analisados pelo Judiciário, afirmando-se a inexistência de crime na espécie.

O raciocínio da defesa não prospera

Os defendentes partem de uma premissa falsa para desenvolver o seu argumento. Assimilam à figura do crime qualquer infração de direito econômico e apontam que a Justiça criminal, analisando os fatos deste feito, neles não viu configurado crime. A vista disso, concluem que os efeitos da coisa julgada subtraem qualquer mérito a este processo.

A premissa desse raciocínio, como dito, não é exata. Seria até ociosa recordar que o conceito de crime, na teoria do direito, não se confunde com o de infração administrativa. É certo que, como ensina Heleno Fragosa, "já não há quem ponha em dúvida que o ilícito penal e o ilícito jurídico extrapenal (civil, administrativo, disciplinar, etc.) não apresentam distinção ontológica" - ressalta o autor, entretanto, que há diferença entre eles ainda que "extrínseca e legal (...) A diferença é de grau e de qualidade"(Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral. Rio, Forense, 1985, pp. 145-146).

Quando, portanto, um juiz de uma vara criminal assegura que não há crime na espécie, isto não significa, necessariamente, que não haja infração administrativa de direito econômico a ser considerada. Nem toda infração administrativa constitui também crime. O juiz criminal é competente para se manifestar apenas sobre esta espécie de ilícito - e não sobre ilícitos de ordem meramente administrativa. A circunstância, pois, de o juiz de direito do Estado de São Paulo tem concordado com o Ministério Público paulista em que não houve crime contra a economia popular não influi sobre a sorte deste feito.

A situação seria diferente se houvesse tipo penal idêntico ao tipo de direito econômico repressivo que se está analisando e se a sentença houvesse transitado em julgado.

Os autos, no entanto, não trazem prova do trânsito em julgado da sentença de fls. 806. Houve recurso de ofício, cuja sorte é relatada nos autos. Mais do que isso, a sentença é de 1989. Os crimes contra a economia popular, à época estavam tratados na Lei nº 1.521/51 e ali não se capitula como crime a conduta dos defendentes tal como descrita nestes autos. Não há se falar em repercussão da sentença criminal sobre o processo administrativo nestas circunstâncias.

A sentença da Justiça Federal tampouco afeta este feito. Ali, apenas se afirmou a incompetência daquela Justiça, uma vez que "os fatos não envolvem a produção de danos a interesses ou serviços da união, a tanto, por óbvio, não equivalendo a participação do CADE nas investigações de cunho administrativo" (fls. 825). Observe-se, ademais, que tampouco aqui se fez prova do trânsito em julgado do decisório.

Segura, portanto, a competência do CADE para examinar o processo segundo a sua convicção.

Mérito

No mérito, os defendentes recusam que a tabela que elaboraram possa constituir infração de direito econômico. Afirmam a "inexistência de tabelas de preços mínimos, que não podem ser confundidas com as planilhas de custos, elaboradas com apoio em dados reais e que se tornam imprescindíveis no estudo de fixação de valores de serviços" (fls. 803).

A assertiva, porém, não corresponde à realidade. O sindicato, espelhando a vontade das empresas representadas, elaborou, com efeito, documento que continha os preços mínimos que os agentes econômicos do setor deveriam cobrar por seus serviços. A própria assembléia geral de 25/5/88 chamou o documento de tabela de preços mínimos. Ali está dito claramente que "o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor" (fls. 11). Os documentos elaborados com consonância com esta determinação, ademais, chamavam-se "Planilhas de Preços". Nelas, após arbitrado um valor para os custos fixava-se um preço mínimo a cobrar.

É insofismável que as tabelas de preços não eram meramente indicativas. Pretendiam ter um cunho obrigatório, vinham reforçadas com a combinação de penalidades para as firmas insubmissas.

Os defendentes não impressionam quando insinuam que as tabelas teriam sido geradas como modo de prevenir o "dumping". Neutraliza essa perspectiva a consideração de que os preços mínimos eram sempre muito superiores ao dobro dos custos arbitrados. Os preços mínimos correspondiam, na verdade, a um patamar de lucros que as empresas pretendiam preservar dos efeitos da concorrência. Tanto não correspondiam aos custos das empresas que, em setembro de 1988, os preços mínimos foram reduzidos, sem qualquer evidência de redução de custos naquele período. O Sindicato, em circular aos filiados, divulgando as planilhas de preços de setembro/outubro/novembro de 1988, singelamente disse:

"... Nota-se que a presente planilha referente a serviços gerais teve seu preço final diminuído, tendo em vista a solicitação de diversos companheiros e uma notada recessão na contratação de nossos serviços"(fls. 105).

CONCLUSÃO

Os autos estampam fatos que se enquadram na Lei nº 4.137/62. As firmas participantes da assembléia geral de 25.5.88 do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, bem como este próprio, uniram-se para fixar preços, com vistas a garantir margem de lucro que estimavam propícia. Naquela reunião, estipularam-se sanções para o descumprimento das tabelas de preços mínimos. Essas penas visaram a dificultar a vida das empresas e se expressavam até mesmo por declarações públicas de inidoneidade, embaraçando a atuação da firma no mercado. No caso dos autos, está claro que as sanções foram aplicadas contra a empresa representante.

A ação concertada das empresas responsáveis pelas decisões assumidas pelo sindicato era apta para criar obstáculo ao desenvolvimento de empresas que pretendessem agir segundo as regras do mercado livre. A conduta dos defendentes predispunha-se a eliminar a concorrência dos que não se submetessem aos ditames da assembléia do sindicato.

Tais as circunstâncias, o comportamento do sindicato e das empresas representadas, que deram voz à deliberação de 25.5.88, realiza os tipos do art. 2º, I, "a" e "g" da Lei nº 4.137/62.

O parecer sugere a condenação das empresas.

Brasília, 7 de dezembro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

DA ORIGEM

O presente Processo Administrativo teve origem em 04 de outubro de 1988, quando a empresa ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA formulou representação ao CADE contra o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, secundado pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional

de São Paulo, por entender ter ocorrido prática de ilícito, quando da realização da Assembléia Geral Extraordinária pelo Sindicato.

Referida Assembléia teria examinado e aprovado em Ata um índice para fixação dos preços de serviços de segurança e vigilância, tendo igualmente deliberado que seria elaborada pelo Sindicato uma tabela abrangendo todos os postos de vigilância usuais, contendo os preços mínimos a serem praticado pelas empresas, bem como seria criada uma Comissão para julgar os possíveis casos de não atendimento ao decidido.

DA REPRESENTAÇÃO

Para o embasamento do pretendido, alega a Representante que na referida Assembléia Geral Extraordinária foi discutida e aprovada Ata estabelecendo:

a) " determinação de um índice para fixação dos preços de serviços de vigilância e segurança a bancos e instituições financeiras, assim como para serviços gerais, tendo como referencial o mês de junho de 1988, já agravada da respectiva - Unidade de Referência de Preços - URP ";

b) " Após demorados exames dos fatores que compõem o custo de atividade foi aprovado a aplicação do índice único, correspondente a 2,4 (dois vírgula quatro) ";

c) " que o Sindicato prepararia uma Tabela abrangendo todos os postos usuais contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor ";

d) " foi aprovada a constituição de uma Comissão para julgar os possíveis casos de não atendimento ao decidido, isto é, de prática de concorrência desleal";

e) " verificada a responsabilidade da empresa e, julgada esta culpada, o Sindicato tomará as seguintes providências:

a) A empresa será considerada inidônea perante o Sindicato representativo de sua categoria econômica, e, conseqüentemente, excluída de seu quadro social, se associada, ou impedida de nele ingressar se não o for, bem como da ABREVIS- Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança Regional de São Paulo, que se manifestou, através de seus diretores presentes, solidária às decisões do Sindicato,

b) O Sindicato, a seu critério, tomará outras providências, a saber: Comunicação ao Excelentíssimo Senhor Ministro da Justiça solicitando a cassação do Alvará de Funcionamento da transgressora; expedição de

correspondência às demais autoridades e órgãos tomadores de serviços sem prejuízo de quaisquer outras providências compatíveis com a falta praticada e adequadas a impedir a repetição do acontecido".

DAS SANÇÕES DO SINDICATO

Ao participar de uma Tomada de Preços, realizada pelo IAPAS, a Representante os cotou abaixo da Tabela de preços determinada pelo Sindicato, razão pela qual foi declarada inidônea, tendo tal declaração do Sindicato sido veiculada, através da imprensa no jornal "Folha de São Paulo", no dia 05.09.88.

DO EMBASAMENTO PARA A DENÚNCIA

Para melhor alicerçar a Denúncia de cometimento do suposto ilícito, a Representante juntou a documentação abaixo relacionada (fls. 07 a 26 e 87 a 114):

- Recorte do jornal "Folha de São Paulo", de 05.09.88, contendo a declaração de sua inidoneidade, de autoria do Sindicato;

- Recorte de jornal "Folha de São Paulo", de 06.09.88, contendo Nota, onde rebate a declaração do Sindicato, recusando-se a participar do que chama "Cartel de Preços";

- Cópia do Ofício nº 053/88, de 02.06.88, do Sindicato dirigido aos seus sindicalizados, onde declara a decisão de fixar preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor;

- Cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária, realizada no dia 25.05.88 onde consta o posicionamento favorável à confecção de uma tabela para preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor;

- Cópia de Notificação do Sindicato à Representante (OF. 103/88) para apresentar defesa pelo não cumprimento da planilha;

- Cópia de planilhas de Preços do Sindicato para os meses de junho, julho e agosto de 1988;

- Cópia da resposta da Representante ao Sindicato, defendendo-se da acusação contida na Notificação; e

- Cópia da publicação pelo D.O. do Estado de São Paulo, de 19.05.88, do edital de Convocação para Assembléia Geral Extraordinária.

DAS ALEGAÇÕES DAS REPRESENTADAS

Em 14 de janeiro de 1992, as Representadas apresentaram, através de seu Procurador que lhes é comum, suas alegações, que, em síntese, podem ser enunciadas (fls. 800 a 803):

- a ELMO SEGURANÇA DE PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA "tomou a iniciativa de provocar a instauração de três processos, todos de natureza criminal, sob a acusação de prática de crime contra a economia popular, sob a forma de constituição de um cartel de preços";

- sendo os fatos rigorosamente os mesmos, caracterizar-se-ia, desde logo, típico "bis in idem";

- denúncia de igual teor àquela encaminhada ao CADE foi também remetida à Justiça Paulista, "dando margem a instauração do inquérito policial, que veio a ser arquivado a requerimento do Ministério Público, no dia 14 de novembro de 1989" e à Justiça Federal," em decorrência de inquérito policial requerido pelo Ministério Público da União, mas cujo trancamento foi determinado, em 13 de fevereiro de 1991, pelo Juiz Federal Dr. Octávio Peixoto Júnior. Declarou-se a inexistência de produção de danos a interesses ou serviços da União";

- a Justiça Estadual reconheceu "a inexistência de crime, na espécie";

- na hipótese de prosseguimento do feito, manifesta seu interesse na realização das provas já requeridas:

- "reitera sua assertiva quanto à inexistência de tabelas de preços mínimos, que não podem ser confundidas com as planilhas de custos, elaboradas como apoio em dados reais e que se tornam imprescindíveis no estudo de fixação de valores de serviços";

- "o procedimento em curso nesse Departamento objetiva a dos mesmos fatos já submetidos à decisão do Poder Judiciário, inclusive com a formação de coisa julgada, constituindo-se em garantia constitucional para aqueles que estivessem eventualmente envolvidos nesses fatos";

- os três processos instaurados têm a mesma intenção punitiva.

Para a sua defesa, as Representadas requereram como provas a serem produzidas (fls. 984 a 989):

- Ofício ao Ministro da Justiça solicitando a relação nominal e o respectivo endereço das empresas autorizadas a operarem em vigilância e segurança no Estado de São Paulo;

- Intimação das empresas relacionadas pelo Ministério da Justiça para exibir, cada uma, o respectivo Balanço geral e resultados com demonstração à parte, das contas constantes nos demonstrativos de resultados

descritos analiticamente, além de uma cópia de declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica correspondente aos dados contábeis do Balanço e respectivas demonstrações referentes aos últimos 5 (cinco) exercícios e seus atos constitutivos e respectivas alterações contratuais, especialmente os da empresa denunciante;

- Perícia para análise da documentação mencionada nos itens anteriores, mormente quanto aos custos e preços praticados por cada empresa, e tendo em vista o consignado parecer, já referido anteriormente, protestando por apresentação de quesito e indicação de assistente técnico;

- Depoimento pessoal do Senhor Ilson Silva, representante legal do denunciante;

- Oitiva das testemunhas;

- Tentativa de caracterização do "bis in idem" praticado pela Representante por instauração de três processos na Justiça Estadual, Justiça Federal e CADE;

- Cópia de correspondência do Sindicato dos Empregados em Empresa de Segurança e Vigilância de São Paulo à Representada, onde aplaude a punição imposta à Representante, denunciando à mesma por irregularidades;

- Cópia de recorte de "O Vigilante", de 25.09.88, anunciando e conclamando para a greve os empregados da Representante.

As Representadas, através do seu procurador comum, em 10.07.92, encaminharam ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE a Defesa Final, cujas alegações principais podem ser resumidas (fls. 985 a 989):

- questionam inicialmente a credibilidade da Representada que deixou de atender diligência determinada pelo DPDE/SDE, alegando ser imprescindível à completa elucidação dos fatos e que só a queixosa poderia fazê-lo;

- insistem na realização das provas requeridas, ou seja, que a planilha de custos editada pelo Sindicato representava um referencial dos gastos mínimos suportados por cada empresa do mesmo setor;

- quanto à natureza das infrações denunciadas, argumentam que é insustentável a tese de que as Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91 tratam de infrações contra a ordem econômica e não contra a economia popular, pretendendo com isso sustentar que a Justiça do Estado de São Paulo já se pronunciou sobre os fatos narrados, tendo essa decisão transitado em julgado;

- que diante da irretroatividade da lei, já que o citado evento deu-se em 25.05.88 e a Lei 8.158 é de 08.01.91, não há que se falar no seu enquadramento;

- que a decisão do Diretor do DPDE/SDE, de não acatar a sugestão de medida preventiva, prova a inexistência nos autos da comprovação de conduta caracterizadora de formação de cartel, prejudicial à ordem econômica; e

- requer, diante do exposto, o arquivamento do processo.

DOS PROCEDIMENTOS DO CADE, SDE/DPDE E A CONDUTA DAS PARTES

A Denúncia foi apresentada pela empresa ELMO SEGURANÇA DE PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA., com seus anexos (fls. 01 a 26), ao CADE em 04.10.88, que à época tinha por competência apurar e reprimir abusos do poder econômico (Lei nº 4.137), tendo a sua Secretaria Executiva decidido pela instauração da Sindicância em 27.10.88, e dado ciência às partes por Ofício OF/CADE/Nº 822 e 820, solicitando informação e documentação a respeito.

Em resposta ao CADE as Representadas em 07.11.88 afirmaram literalmente: "... discutir e deliberar sobre os critérios a serem obedecidos na contratação de serviços de segurança e vigilância, realizada em 25 de maio último, decidiram as associadas que deveria ser adotado um índice único para apresentação de proposta, dando como resultado que os preços a serem ofertados dependeriam dos custos e da produtividade de cada empresa.", e, mais" para zelar pelo cumprimento do que foi deliberado, decidiu-se também a constituição de uma Comissão que mediante o procedimento legal adequado, examinaria a infringência das deliberações e aplicaria as penalidades adequadas... (G.N.).

Por sua vez, a cópia da Ata da Assembléia Geral Extraordinária registra "que o Sindicato prepararia uma Tabela abrangendo todos os postos usuais contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor..."e segue"... julgada esta culpada, o Sindicato tomará as seguintes providências:

a) A empresa será considerada inidônea perante o Sindicato representativo de sua categoria econômica" (G.N.).

Em 17.11.88 é realizada a juntada do Ofício/GS/CH/1465/88, da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo instando a atuação do CADE, visando à apuração dos fatos e À adoção de medidas cabíveis, tendo também sido adotado o mesmo procedimento em relação ao Ofício Nº 2865/88/CEXV/MJ, de 18.11.88, do Presidente da Comissão Executiva para Assuntos de Vigilância e Transporte de Valores, do Ministério da Justiça (fls 45 a 49).

Em resposta ao OF/CADE/Nº 820, A Representante, em 30.11.88 (às fls. 87 à 90), oferece as informações solicitadas - litteris - "... temos a esclarecer que os custos do homem/hora é realmente muito oscilante e variável de acordo com a administração de cada empresa (altos salários administrativos, excesso de pessoal) administrativo, sofisticação de instalações, administração da escola operacional e etc...), e que podemos afirmar é que o preço do homem/hora em hipótese alguma poderá ser um único para todas as empresas, o que vem confirmar nosso raciocínio é o próprio Sindicato das Empresas de Segurança, através do seu ofício nº 172/88 (Doc. nºs 1 a 14), no qual foi claramente comprovado e demonstrado que os preços que o mesmo queria impor aos seus associados para os meses de junho, julho e agosto (doc nºs 6 a 14), estavam bem acima dos custos reais das empresas, uma vez que o mesmo baixou seus preços (Doc. nº 15) nas planilhas para os meses subsequentes: setembro, outubro e novembro do corrente" (Doc. nº 16 a 24) (G.N.).

A Representante anexou cópia do ofício nº 053/88-C do Sindicato, ora figurando como Representado, de 02.06.88, onde o mesmo declarou - litteris - "... decidiu fixar preços mínimos a serem praticados em nossa atividade" (G.N.), e segue, "...A atualidade econômica nacional inviabiliza qualquer previsão que se faça..." Juntou ainda cópia da Ata de Assembléia Geral Extraordinária, planilha de Custos e os seus 3 (três) últimos balanços.

A Representante juntou, também, documento (às fls. 105), onde o Representado no OF/Nº 172/88-C. - informa aos associados - "Prazeirosamente comunicamos-lhe nossa vitória no trimestre passado (junho/julho/agosto), onde mercê da colaboração e compreensão de todos os companheiros, com raríssimas excessões, conseguimos manter nossos preços condizentes com o mercado e, conseqüentemente, atendendo nossas necessidades (G.N.).

Outrossim, nota-se que a presente planilha referente a serviços gerais teve seu preço diminuído tendo em vista a solicitação de diversos Companheiros"... e ainda," colabore com o sindicato comunicando imediatamente qualquer prática de preços abaixo da planilha..."(G.N.).

A Representante juntou também parecer exarado pela Procuradoria do Estado de São Paulo, datado de 28 de outubro de 1988, onde se manifesta o douto Procurador, Dr. José Edmar Hirt - verbis - " 28. Destarte, como os fatos configuram abuso de poder econômico, como tal prática é vedada por lei, como a lei comete ao Estado o exercício do Poder de Polícia, recomendamos a edição das seguintes providências, que afiguram indeclináveis, sob pena de clamorosa e injustificável omissão:

a) representação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão que por força do Artigo 17, alínea "b", da Lei nº 4.137, de 10.09.62, está incumbido de apurar, em face de representação abuso de poder econômico;

b) comunicação ao Departamento Estadual de Polícia do Consumidor objetivando a instauração de inquérito policial para apuração de eventual penal e identificação de sua autoria;

c) comunicação a todos os órgãos da Administração Centralizada e Descentralizada do Estado, por meio de publicação no Diário Oficial, dos fatos relatados na denúncia, com o feito de prevenir e resguardar o interesse público".

A Representante juntou cópias dos Pareceres da SESG/SEDAP/PR de 25.11.88 onde transcreve - "Contudo, não vamos nos abster de emprestar à causa a parcela do nosso esforço e, quem sabe, contribuir de algum modo para o deslinde do que, para nós constitui, senão transgressão da Constituição Federal e da Lei, ao menos a tentativa de induzir alguém a tal prática.

Por todo o exposto, é nosso entendimento que o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, por suas decisões adotadas em Assembléia Geral Extraordinária de 25 de maio último e outras que lhe seguiram, está induzindo as empresas filiadas ao seu quadro a deliberadamente contrariar a Constituição e as Leis vigentes, devendo por isso sofrer as sanções cabíveis no âmbito da competência da Comissão Executiva para Assuntos de Vigilância e Transportes de Valores, vinculada ao Ministério da Justiça, bem assim seja o assunto levado ao conhecimento do Ministério Público Federal para as providências que se impuserem, dentre as quais o oferecimento da competente denúncia, se o mesmo a entender, como nós entendemos, cabíveis à espécie".

As Representadas, levantam provável prática de ilícitos por parte da Representante em aspectos previdenciários e trabalhistas.

De outra parte, o parecer 056/88/DOPS/CCP do Departamento de Polícia Federal, enviado pela Representante ao CADE conclui:

"Com relação ao aspecto de funcionamento, a Empresa se apresentou bastante organizada, com seu efetivo de vigilantes, num total de 176 profissionais, devidamente habilitados, possuindo o respectivo curso de formação, estando em ordem toda a documentação necessária ao desenvolvimento de suas atividades, bem como os livros de registro de vigilantes e de controle de armas e munição. Também nos aspectos trabalhistas e previdenciários, a Empresa demonstrou sua regularidade, inclusive exibindo comprovantes de recolhimento de encargos sociais, numa

preocupação de operar no mercado em consonância com a legislação em vigor".

Em 27 de março de 1989, o então Conselheiro Relator do CADE, Dr. Mauro Grimberg, requer outras diligências, onde solicita cópia autêntica do Livro de Presença de Associados ou equivalente à parte relativa à Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 25 de maio de 1988, tendo sido cumprida a solicitação e toda documentação juntada aos autos (fls. 221/2).

Na Sessão Plenária do CADE, de 10 de agosto de 1989 (fls. 330 e 331), por unanimidade, é instaurado processo administrativo contra a Representada e diversas associadas, sendo sorteado como Relator o Conselheiro JEOVÁ MAGALHÃES SOBREIRA.

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO INSTAURADO

Referida representação permaneceu sobrestada no período 1989/90, em virtude de a Lei nº 8.158, de 08.01.91, ter atribuído competência à Secretaria de Direito Econômico - SDE para apurar as anomalias de comportamento de setores econômicos.

O Diretor do DPDE, através dos ofícios Of/DPDE/Nº 695/91, 696/91 E 697/91, dá notícia às partes, de que a instrução processual passa a ser efetuada por essa Diretoria, permanecendo o CADE com a competência de órgão julgante.

Em 14.01.92 a Representada e seus associados apresentaram sua defesa prévia ao DPDE, onde solicitaram o arquivamento do Processo Administrativo nº 109 (fls. 889 a 903).

Manifestou-se, também, a Representante dando ciência ao DPDE que move contra a Representada processo por perdas e danos perante a 20ª Vara da capital sob nº 1.335/90 (fls 828).

Em 23.03.92, novamente o DPDE procedeu a notificação da Representante e da Representada e de seus associados (fls. 844 a 903), solicitando cópia da tabela em vigor, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária o que foi cumprido pelos Representados.

Considerando a gravidade dos fatos e os prejuízos que poderiam estar sendo causados à livre concorrência, de difícil reparação, a Dra. Carla Barroso, Assessora Jurídica do DPDE, propôs ao Diretor do Departamento que, sem prejuízo da produção das provas requeridas pelos Representados e daquelas a serem levantadas pelo Departamento de Proteção e Defesa

Econômica - DPDE, a imediata adoção de medida preventiva nos termos do art. 12, da Lei nº 8.158 e do art. 14 do Decreto nº 36, de 14.02.91.

Propôs, também, a referida Assessora o enquadramento da Representada nos preceitos do Art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei 4.137/62 e do Art. 3º, incisos I, IV, XV, XVI e XVII da Lei 8.158/91 (às fls. 905 a 924).

O Diretor do DPDE acolhe parcialmente a referida proposição, negando a propositura de acordo para a cessação da prática e encaminha o Processo Administrativo nº 109 à Coordenação Jurídica do Departamento para pronunciar-se quanto à realização das provas requeridas pela Representada.

A Dra. Lázara Cotrim, Coordenadora Jurídica do DPDE, propõe o indeferimento do pleito das Representadas, por entender que as provas requeridas são desnecessárias e irrelevantes à elucidação dos fatos, sugere essa que é acolhida pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE.

A Representada e seus associados apresentam sua defesa final, onde entendem que inexistem nos autos comprovação "quantum satis" de conduta caracterizada de formação de cartel danosa à queixosa e prejudicial a ordem econômica.

O Relatório Final do DPDE, de 27 de agosto de 1992, manifesta-se favoravelmente pelo enquadramento do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e outros no contido no Art. 2º, inciso I, alíneas "a" e " " da Lei nº 4.137/62 e do Art. 3º, incisos I, IV, XVI e XVII da Lei nº 8.158/91 (fls. 990 a 1022).

Em 28 de agosto do corrente o P.A. nº 109 é encaminhado pelo Diretor do DPDE ao Secretário de Direito Econômico para as providências cabíveis.

Despacho do Secretário de Direito Econômico remete ao CADE o P.A. nº 109, em 20 de outubro de 1992, tendo o mesmo sido distribuído a este Conselheiro na mesma data.

Em 23 de outubro os autos foram encaminhados à apreciação do Sr. Procurador do CADE para o seu competente parecer, tendo, em 07 de dezembro, o mesmo se pronunciado pela procedência da representação.

Brasília, 16 de dezembro de 1992.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

EMENTA: *Caracterização de preços. Uniformização de conduta previamente concertada. Acordo expresse para fixação de preços mínimos iguais. Estabelecimento de preços mediante a utilização de meios artificiosos. Imposição de sanções às empresas dissidentes. Ampla defesa e clareza da denúncia. Infração ao art. 2º, inciso I, alínea "a" e "g" da Lei nº 4.137/62.*

I - A REPRESENTAÇÃO

Trata-se de Representação formulada em 04.10.88 ao antigo CADE pela empresa ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA, contra conduta do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo - SESVESP, secundado pelas empresas associadas ao Sindicato e pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança - Regional de São Paulo, dada como capitulada no art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137/62 e no art. 3º, incisos I, IV, XV, XVI e XVII da Lei nº 8.158.

Todos os atos praticados pela SDE/DPDE, bem como as manifestações da partes, provas documentais e oitiva de testemunhas estão devidamente contidos no Relatório que antecede este Voto.

II - CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A CONCORRÊNCIA E CONDUTAS CONCERTADAS.

Conforme ensina Guillermo Cabanellas, em outros sistemas jurídicos, como por exemplo, o dos Estados Unidos da América, o conceito de concorrência apresenta dois referenciais básicos. O primeiro deles é o de que a palavra concorrência denota a presença de mais um ofertante no mercado, identificando uma situação de rivalidade entre eles. O outro aspecto diz respeito à idéia de que a expressão concorrência deve ser entendida como antítese do monopólio, este compreendido como o poder de mercado que possui um vendedor ou um grupo de vendedores que atuam concertadamente, buscando auferir resultados anticompetitivos.

Ressalta o referido estudioso da defesa da concorrência, que o conceito clássico de ação concertada se dá a nível horizontal, ou seja, pela maneira como os competidores ajustam seus interesses mútuos e coordenam suas operações, eliminando, assim, os impulsos competitivos do mercado.

Aborda, ainda, Cabanellas dois outros aspectos referentes às práticas concertadas que entendo relevantes. O primeiro refere-se aos casos originais de ocorrência de condutas concertadas que normalmente estavam vinculadas a

acordos expressos, sendo que, posteriormente, com a evolução da jurisprudência a esse respeito observa-se que não se torna mais necessário que ocorra um acordo expresso, mas, sim, que se constate uma conduta concertada e que os agentes econômicos interessados se ajustem a ela.

Assim, as provas admissíveis para demonstrar a existência de ação concertada foram sendo ampliadas, incluindo novos elementos tais como a ocorrência de reuniões entre as partes, as correspondências trocadas entre elas e também a adoção de condutas só explicáveis em razão da existência de uma ação concertada subjacente.

Ao abordar o outro aspecto, Cabanellas considera que "o conceito de ação concertada supõe, se bem que não necessariamente, uma conduta idêntica de todas as partes envolvidas, algum tipo de similitude e simultaneidade, destinadas a lograr efeitos que não seriam possíveis mediante a ação isolada das partes envolvidas. Tal similitude e tais efeitos só são possíveis quando as empresas afetadas competiam previamente entre si". (DERECHO ANTIMONOPOLICO Y DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA pág. 248 a 279).

OTAMENDI J., por sua vez, entende que "competir é lutar pela clientela", ressaltando que "a essência da concorrência é liberar o comprador do poder de monopólio, permitindo-lhe o acesso a fontes alternativas do produto"(ou do serviço).

Observa ainda OTAMENDI J. que "basta a concorrência de vontades para que exista uma ação concertada" e "que nos defrontamos com uma prática ou ação concertada quando as partes se tenham postas de acordo para levar a cabo uma atividade conjunta..." (Presupuestos Básicos para la Aplicación de la Lei de Defensa de la Competencia)

Referidos estudiosos entendem que a concertação de ações anticompetitivas não é somente aquela que ocorre entre empresas concorrentes, mas, também, as que resultam da comunicação ou coordenação por intermédio de um terceiro, hipótese que compreende a determinados tipos de decisões de que podem envolver associações de empresas, entidades de classe e sindicatos, dentre outras.

Por outro lado, concordam outros estudiosos da defesa da concorrência que a maior dificuldade que as empresas de um determinado setor econômico encontram para articular políticas e diretrizes conjuntas, com o objetivo de fixar preços ou volumes a serem produzidos e/ou comercializados, é a dificuldade de coordenação e "enforcement" dos acordos firmados, notadamente se forem em grande número. (Hélson Braga e Jorge Smorigo - ESTABILIZAÇÃO, ABERTURA DA ECONOMIA E OS OLIGOPÓLIOS - "Folha de São Paulo").

III - DOS FATOS

Em 25 de maio de 1988, teve lugar no Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, a realização de Assembléia Geral Extraordinária, de onde foi extraída Ata, que determinou a instauração do presente Processo Administrativo nº 109 - verbis"... Fazendo uso da palavra o Sr. Presidente ressaltou a necessidade de se estabelecer, em termos de mercado, um preço condizente com as necessidades reais das empresas de Segurança e Vigilância, enfatizando que, atualmente, o mercado está se auto desvalorizando com a prática de preços absolutamente, inexequíveis. Assim, pela ordem, foi apresentada à Assembléia e discutida a seguinte proposta: - "DETERMINAÇÃO DE UM ÍNDICE PARA FIXAÇÃO DE PREÇOS DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA A BANCOS E INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, ASSIM COMO PARA SERVIÇOS GERAIS, TENDO COMO REFERENCIAL O MÊS DE JUNHO DE 1988, JÁ AGRAVADA A RESPECTIVA URP - UNIDADE DE REFERÊNCIA DE PREÇOS". Debatida longamente a questão, foi a proposta aprovada pelos presentes, ficando deliberado que o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor. (G.N.)

Para a elaboração dessa TABELA, após demorado exame dos fatores que compõem o custo da atividade, foi aprovado a aplicação do índice único..."

Deliberou, ainda, aquela Assembléia, que "se constituísse uma Comissão para julgar os possíveis casos não atendimento ao decidido..." Dentre outras atribuições conferidas a tal Comissão, configurou a de julgadora das empresas do setor que não cumprissem as deliberações da Assembléia. Uma vez decidida pela Comissão, o Sindicato executará suas determinações adotando providências da seguinte natureza:

"a) - A empresa será considerada inidônea perante o sindicato representativo de sua categoria econômica, e, conseqüentemente, excluída de seu quadro social, se associada, ou impedida de nela ingressar se não o for..."

Por não cumprir o deliberado pela Assembléia Geral, a Representada recebeu punição do Sindicato, sendo declarada empresa INIDÔNEA, conforme publicado, em 05.09.88, no jornal "Folha de São Paulo". (G.N.)

Cumprе ressaltar que a empresa ELMO SEGURANÇA foi punida por ter participado de concorrência promovida pelo IAPAS, em 12.07.88, e ter apresentado "preços abaixo da planilha aprovada pela Assembléia Geral

Extraordinária realizada no Sindicato, em 25 de maio de 1988"- conforme termos do Of/103/88, de 26.07.88 expedido pelo SESVESP, à Representante.

IV - A DEFESA COMUM DOS REPRESENTADOS

Os Representados alegam em sua defesa final - verbis - "...à falta de credibilidade da empresa representante que deixou de atender a diligência determinada pelo órgão processante, impedindo, dessa forma, a perfeita elucidação do feito".

Reiteram os Defendentes a assertiva quanto à inexistência de tabela de preços mínimos, ressaltando que esta não pode ser confundida com planilhas de custos, visto que estas são elaboradas com o suporte em dados reais no estudo de fixação de valores de serviços.

Alegam a falta de tipificação do ilícito e reafirmam a tese do "bis in idem".

Alegam, ainda, as Defendentes que os processos instaurados na Justiça Federal, Justiça Estadual e no CADE pela Representante são todos de natureza criminal e que a acusação ensejadora da instauração de tais processos é de crime contra a economia popular.

Argüem também, que o Judiciário já teria se manifestado sobre a questão em tela e se posicionado pela não ocorrência de crime na prática sob exame. Repele a aplicação da Lei nº 8.158/91, invocada pela SDE, complementarmente à Lei nº 4.137/62, para tipificar a ação das representadas.

Argumentam, ainda, quanto à inexistência nos autos de comprovação do "quantum satis" para caracterização da prática do ilícito, e, mais, a necessidade da produção das provas requeridas, em particular a pericial para demonstrar que a planilha "somente traduz aquém da realidade os gastos mínimos suportados por cada empresa, sem interferência qualquer no preço real cobrado por cada uma".

A Representada reitera, no mérito, os argumentos oferecidos anteriormente nos autos e recusa que tenha ocorrido imposição de preços.

V - ANÁLISE A ARGUMENTAÇÃO DOS REPRESENTADOS

a) A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Exame dos documentos constantes dos autos demonstram que a ocorrência dos fatos se deu no período compreendido entre 25.05.88 (data da realização da Assembléia Geral Extraordinária) até janeiro de 1989.

Releva salientar que inexistem elementos que comprovem a prática de ação concertada a partir da entrada em vigor da Lei nº 8.158, de 08.01.91, muito embora, em nenhum momento, a Representada tenha se manifestado quanto à revogação dos termos da Ata lavrada em 25.05.88.

Acolho, portanto, o bem fundamentado parecer do douto Procurador do CADE, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, quando afirma verbis - "... Não há notícia de que estas (as tabelas) tenham sido confeccionadas após janeiro de 1991..." "não há prova de que outras tabelas tenham sido concebidas após a entrada em vigor da Lei nº 8.158/91..." "vale notar que, no seu compromisso de cessação determinado pelo titular da SDE as Representadas declaram que" há muito não praticam tabela de preços, em especial aquela referida nos autos e objeto de Assembléia Geral Extraordinária do dia 25 de maio de 1988".

Desta forma, e à luz dos documentos contidos nos autos, entendo que somente a Lei nº 4.137/62 pode ser aplicada para tipificar a conduta dos Representados.

b) A CREDIBILIDADE DA REPRESENTADA

As Defendentes questionam, preliminarmente, a credibilidade da Representante em razão desta ter deixado de atender diligência efetuada pelo DPDE, alegando ser imprescindível à completa elucidação dos fatos e que só a queixosa poderia fazê-la.

Entendo oportuno destacar a manifestação do Ilustre Procurador deste CADE, que repele essa argumentação, pois, com esse procedimento, a Representada busca, tão somente, "desacreditar o processo". Conclui S. Sa. que "esse debate, porém, é desprovido de importância prática. Há nos autos elementos objetivos, que independem da mera palavra da representante, para se formar um juízo seguro sobre os fatos". Estou de pleno acordo com a competente manifestação.

c) A EXISTÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL NO CASO

As Representadas alegam que o processo administrativo não deve prosperar, visto terem sido os fatos objeto de análise pelo Judiciário, que conclui pela inexistência de crime na espécie.

Tal argumentação tem origem em falso pressuposto e é repelida, tanto pela bem fundamentada Nota técnica da lavra da assessora jurídica do DPDE, Dra. Carla Barroso, quanto pelo consistente Parecer do Ilustre Procurador deste Conselho, os quais acolhemos na íntegra.

A referida Assessora, com propriedade, argumenta: verbis - "Entretanto, duplamente equivocadas se encontram as Representadas.

Primeiramente, porque nem o processo, muito menos as infrações previstas nas Leis nºs 4.137/62 e 8/158/91, têm natureza criminal. O processo é administrativo e as condutas previstas como abusivas são infrações de natureza econômica. Tratam-se de infrações e não de crimes. Encontrar-se-á o tratamento para certos crimes previstos como infrações nesses diplomas legais retromencionados na Lei nº 8.137, de 27.12.90 (Define crimes contra a ordem econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências).

Em segundo lugar, em se admitindo, absurdamente, que as Leis nºs 4.137/62 e 8.158/91 tratam de crimes e não de infrações, ter-se-ia crimes contra a ordem econômica e não contra a economia popular. Problema grave então ter-se-ia, vez que, como anteriormente mencionada, outro diploma legal existia (Lei nº 8.137/90) em que são previstos como crimes, condutas em que naqueles outros dois textos de lei são previstos como infrações a serem apuradas e reprimidas administrativamente.

Se assim fosse, teria-se por caracterizado, desde logo, o "bis in idem".

Continua a Nota técnica: - "Data máxima vênia", mais grave e infundada se torna a alegação das Representadas quando se verifica que distintos são os objetos das ações propostas e o conteúdo das decisões proferidas no âmbito administrativo e judicial.

O objeto da ação em trâmite neste Departamento é o restabelecimento da ordem econômica, é a repressão ao abuso do poder econômico. A conduta adotada pelas representadas será apreciada em função de seus efeitos sobre a concorrência. A decisão versará sobre política de defesa econômica.

Em assim sendo, a apreciação da matéria, pelo DPDE, deverá se ater aos reflexos da conduta, sob análise, na ordem econômica e sua repressão nos termos das Leis nºs 8.158/91 e 4.137/62.

Quanto ao objeto da ação proposta e da decisão proferida no judiciário, estes são por demais evidentes a merecer maiores comentários.

Ressalto, ainda o posicionamento do Ministério Público do estado de São Paulo, "instaurou-se o presente inquérito policial para se apurar a existência, em tese, do crime contra a economia popular capitulado no Art. 3º, inciso III da Lei nº 1.521/51"(G.N.).

Arrimado nesse dispositivo conclui: "não ocorreu o delito ali apontado, mesmo porque a concorrência ali mencionada se refere a produção, transporte ou comércio, não falando sobre segurança privada. Outrossim, da leitura atenta dos autos não se infere a existência de crime algum contra a economia popular" (G.N.).

Encontra-se no pronunciamento acima citado da inexistência de crime contra a economia popular e não da inexistência de infração contra a ordem econômica, o que torna claro que a conduta das Representadas não as põe a salva da prática de ilícito contra a ordem econômica" (G.N.).

Pronunciando-se sobre a questão, o douto Procurador do CADE, diz :verbis-

"Os defendentes partem de uma premissa falsa para desenvolver o seu argumento. Assimilam à figura do crime qualquer infração de direito econômico e apontam que a Justiça criminal, analisando os fatos deste feito, neles não viu configurado crime. À vista disso, concluem que os efeitos da coisa julgada subtraem qualquer mérito a este processo".

A premissa desse raciocínio, como dito, não é exata. Seria até ocioso recordar que o conceito de crime, na teoria do direito, não se confunde com o de infração administrativa. É certo que, como ensina Heleno Fragoso, "já não há quem ponha em dúvida que o ilícito penal e o ilícito jurídico extrapenal (civil, administrativo, disciplinar, etc) não apresentam distinção ontológica"-ressalta o autor, entretanto, que há diferença entre eles ainda que extrínseca e legal (...) A diferença é de grau e de qualidade" (in.is)Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral, Rio, Forense, 1985, pp. 145-146).

Quando, portanto, um juiz de uma vara criminal assegura que não há crime na espécie, isto não significa, necessariamente, que não haja infração administrativa de direito econômico a ser considerada (G.N.). Nem toda infração administrativa constitui também crime. O juiz criminal é competente para se manifestar apenas sobre esta espécie de ilícito - e não sobre ilícitos de ordem meramente administrativa. A circunstância, pois de o juiz de direito do Estado de São Paulo ter concordado com o Ministério Público paulista em que não houve crime contra a economia popular não influi sobre a sorte deste feito.

A situação seria diferente se houvesse tipo penal idêntico ao tipo de direito econômico repressivo que se está analisando e se a sentença houvesse transitado em julgado (G.N.). Os autos, no entanto, não trazem prova do trânsito em julgado da sentença de fls. 806. Houve recurso de ofício, cuja sorte não é relatada nos autos. Mais do que isso, a sentença é de 1989. Os

crimes contra a economia popular, à época estavam tratados na Lei nº 1.521/51 e ali não se capitula como crime a conduta dos defendentes tal como descrita nestes autos. Não há se falar em repercussão da sentença criminal sobre o processo administrativo nestas circunstâncias.

A sentença da Justiça Federal tampouco afeta este feito. Ali, apenas se afirmou a incompetência daquela Justiça, uma vez que "os fatos não envolvem a produção de danos a interesses ou serviços da União, a tanto, por óbvio, não equivalendo a participação do CADE nas investigações de cunho administrativo" (fl. 825). Observe-se, ademais, que tampouco aqui se fez prova do trânsito em julgado do decisório.

Segura, portanto, a competência do CADE para examinar o processo segundo a sua convicção", conclui o Ilustre Procurador do CADE em seu bem fundamentado e consistente parecer.

A PRODUÇÃO DE PROVAS

As Representadas ratificaram a necessidade de produção das provas requeridas perante ao antigo CADE, notadamente a pericial, objetivando demonstrar que a tabela "somente traduz, aquém da realidade, os gastos mínimos suportados por cada empresa, sem a interferência qualquer no preço real cobrado por cada uma" (G.N.).

Ratifico o entendimento da Dra. Lázara Cotrim, Coordenadora Jurídica do DPDE, que as considerou "desnecessárias e irrelevantes à elucidação dos fatos imputados às representadas e revestem-se de natureza simplesmente protelatória do processo".

O mesmo entendimento foi também manifestado por S. Sa. , o Ilustre Procurador do CADE, ao afirmar que "não revelavam o que de útil e indispensável trariam à exposição da verdade".

Na realidade, o feito encontra-se pleno de elementos de provas veementes de incriminação das Representadas.

Assim, o levantamento pericial dos custos de cada empresa em nada acresceria ou favoreceria a elucidação do ato que foi praticado pelos defendentes.

Releva observar que, as apurações neste processo não dizem com saber se os preços praticados pelas empresas de segurança e vigilância de São Paulo eram a época, predatórios, justos ou abusivos, mas, sim, a ocorrência de uma prática concertada em que as empresas, juntamente com o Sindicato, teriam estabelecido um acordo formal, registrado em Ata, a fixação de preços mínimos uniformes a serem praticados por todas as empresas.

Acresce-se a esse fato, que o deliberado pelo Sindicato e seus associados em Assembléia caracterizou a prática de preços mínimos cartelizados, a serem praticados por todos os associados, sujeitando os discordantes a receberem punições.

Tal procedimento, que pode ser caracterizado como ilícito, pois visava a eliminação parcial ou total a concorrência, mediante ajuste ou acordo entre empresas, independentemente desses preços fixados serem os que representem a menor remuneração da atividade, o que, no caso não foi confirmado.

Portanto, entendo correta a posição adotada pelo Departamento de Proteção e de Defesa Econômica ao rejeitar a produção daquelas diligências, visto que não trariam ao feito fato novos, tidos como relevantes ou influentes, ou seja, em condições de poder influir na decisão da causa.

MÉRITO

As Representadas recusam que tenha havido imposição de preços e alegam que a "inexistência de tabelas de preços mínimos, que não podem ser confundidas com as planilhas de custos, elaboradas com o apoio de dados reais e que se tornam imprescindíveis no estudo de fixação de valores de serviços " (fl. 803).

Na realidade, a assertiva carece de fundamentação e não resiste a uma análise mais atenta dos fatos ocorridos.

Para tanto, vale repisar que, em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 25.05.88, o Sindicato com base na vontade das empresas representadas, a pretexto de estabelecer preços condizentes com as reais necessidades das empresas, visto que, segundo o seu entendimento, o mercado estava praticando preços inexecutáveis, propôs a determinação de um índice para fixação dos preços de serviços de segurança e vigilância, observando o referencial do mês de julho de 1988, já agravada da Unidade de Referência de Preços (G.N.).

Tal proposta foi aprovada pelos associados presentes a Assembléia, "ficando deliberado que o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor" (G.N.).

Na oportunidade, foi igualmente proposto e aceito, por unanimidade, a criação de uma Comissão que teria por competência julgar os eventuais casos de não atendimento ao deliberado, impondo aos dissidentes severas sanções.

Acresce-se, ainda, o fato de, em 02.07.88, o Sindicato da categoria ter enviado aos seus associados o Ofício nº 053/88-C (fls. 91/92), em que diz textualmente: "A última Assembléia Geral Extraordinária realizada em nosso Sindicato, no dia 25 de maio último; decidiu fixar preços mínimos a serem praticados em nossa atividade (G.N.).

Ultimamente, verificamos que algumas empresas praticam preços inviáveis, denegrindo a imagem do mercado. Cremos que os preços, ora ajustados, propiciarão a todas as empresas melhores condições de trabalho (G.N.).

Outrossim, não mediremos esforços a fim de que seja realmente cumprida a decisão soberana tomada pela Assembléia" (G.N.).

Em 01.09.88, através do Of/72/88-C, o Sindicato comunica aos seus associados: "Prazeirosamente, comunicamos-lhe nossa vitória no trimestre passado (junho, julho e agosto), onde mercê da colaboração e compreensão de todos os companheiros com raríssimas exceções, conseguimos manter nossos preços condizentes com o mercado e, conseqüentemente, atendendo nossas necessidades" (G.N.).

Finalmente, por intermédio do Of/103/88, o Sindicato dirigiu-se à Representante solicitando que esta apresentasse defesa pelo não cumprimento da planilha de preços aprovada pela Assembléia Geral Extraordinária (G.N.).

Como observado com acuidade pela Dra. Carla Barroso, do DPDE: -
verbis -

"pelos esclarecimentos trazidos aos autos, objetivam as empresas representadas, através do nome que querem dar ao meio empregado (planilha de custos) para a adoção da prática de fixação de preços mínimos, descaracterizar a ilegalidade que constitui referida prática.

A realidade é que, seja por meio de planilha de custos, seja por meio de tabela, há um preço mínimo a ser obedecido, abaixo do qual estaria a empresa que o praticasse sujeita às penalidades previstas em Assembléia".

Acrescenta a mencionada Assessora Jurídica, "indubitavelmente é o caráter obrigatório dessa planilha de custos ou tabela"... além do que, quem elabora e quem confecciona planilha de custos são as empresas e não o Sindicato... e se essa tabela o planilha de custos, como quer impropriamente denominar o Sindicato, tivesse caráter meramente orientativo, descabida seria a punição para aquela empresa que praticasse preço inferior àquele mínimo estabelecido.

Conclui a Dra. Carla Barroso: "a verdade é que seja qual for o título que se queira dar, ou que se queira melhor manobrar para denominar-se, o Sindicato fixou preço mínimo a ser cobrado pelos serviços de segurança e vigilância, impondo às empresas dissidentes severas sanções" (fls. 919 a 922).

Entendimento semelhante teve o douto Procurador do CADE ao pronunciar-se sobre a questão: verbis - "O Sindicato, espelhando a vontade das empresas representadas, elaborou, com efeito, documento que continha os preços mínimos que os agentes econômicos do setor deveriam cobrar por seus serviços. A própria Assembléia Geral, de 25.05.88, chamou o documento de tabela de preços mínimos. Ali está dito claramente que "o Sindicato prepararia uma tabela abrangendo todos os postos usuais, contendo os preços mínimos a serem praticados pelas empresas do setor" (fls. 11). Os documentos elaborados em consonância com esta determinação, ademais, chamavam-se "Planilhas de Preços". Nelas, após arbitrado um valor para os custos fixava-se um preço mínimo a cobrar.

É insofismável que as tabelas de preços não eram meramente indicativas. Pretendiam ter um cunho obrigatório, vinham reforçadas com a cominação de penalidades para as firmas insubmissas. (G.N.)

Os defendentes não impressionam quando insinuam que as tabelas teriam sido geradas como modo de prevenir o "dumping". Neutraliza essa perspectiva a consideração de que os preços mínimos eram sempre muito superiores ao dobro dos custos arbitrados. Os preços mínimos correspondiam, na verdade, a um patamar de lucros que as empresas pretendiam preservar dos efeitos da concorrência. Tanto não correspondiam aos custos efetivos das empresas que, em setembro de 1988, os preços mínimos foram reduzidos, sem qualquer evidência de redução de custos naquele período. O Sindicato, em circular aos filiados, divulgando as planilhas de preços de setembro/outubro/novembro de 1988, singelamente disse:

"... Nota-se que a presente planilha referente a serviços gerais teve seu preço final diminuído, tendo em vista a solicitação de diversos companheiros e uma notada recessão na contratação de nossos serviços" (fl. 105).

Os fatos contidos nos autos, após devidamente examinados e avaliados, nos permitem afirmar que:

a) segundo o Sindicato e seus associados, os preços dos serviços de segurança e vigilância não estavam condizentes com as reais necessidades das empresas e o mercado praticava preços inexequíveis;

b) houve a formalização de um acordo, pela declaração de vontades dos associados participantes da Assembléia Geral Extraordinária promovida

pelo SESVESP, estabelecendo preços mínimos a serem cobrados pelas empresas;

c) referido acordo formal - Ata da Assembléia - promoveu a uniformização das condutas das partes interessadas, estabelecendo preços mínimos iguais a serem praticados por todos os associados;

d) os chamados "preços mínimos" foram fixados em um patamar tão elevado que, no trimestre seguinte, tiveram que ser reduzidos por solicitação dos próprios associados;

e) houve restrição à independência das empresas, e aquelas que não cumprissem a deliberação da Assembléia sofreriam sanções e;

f) as empresas discordantes sofreram as punições previstas, cerceando suas atividades;

CONCLUSÃO

A comprovação dos fatos anteriormente mencionados e devidamente avaliados, não deixa dúvida quanto a ilicitude do procedimento das Representadas.

É fato inconteste a realização de um acordo formal entre empresas, coordenado pelo Sindicato de categoria, uniformizando condutas, previamente concertada na Assembléia Geral Extraordinária, com evidentes prejuízos à concorrência.

As empresas e o Sindicato representados, ao buscarem auferir resultados favoráveis, adotaram condutas só explicáveis em razão de uma ação concertada subjacente.

Assim, além de condutas idênticas, havia também a similitude de prática (preços iguais e índices de reajustes idênticos), e a simultaneidade de procedimentos (a mesma periodicidade dos reajustes dos preços); "buscando lograr efeitos que não seriam possíveis mediante a ação isolada das partes envolvidas"

Claro está que a ação concertada conduzida pelo Sindicato e seus associados visava, em última instância, falsear a essência da concorrência, eliminando os impulsos competitivos do mercado e a rivalidade que deveria existir entre as empresas concorrentes.

Tal procedimento, se alcançado o seu intento, de um lado, impediria que as instituições desejosas em contratar os serviços de segurança e vigilância tivessem condições de buscar fontes alternativas o serviço, já que o setor estava cartelizado. De outra parte, a prática concertada ao impedir a natural formação de preços, e estabelecer a sua fixação, ou seja, preços

arbitrários formados artificialmente ou por combinação dos interessados, poderia conduzir os associados do sindicato a obter resultados anticompetitivos, aumentando arbitrariamente os seus lucros.

Acresce-se a esses fatos, o caráter compulsório imposto à todas as empresas, inclusive com severas sanções, restringindo a atuação das mesmas.

Por todo o exposto, e face à natureza dos objetivos visados, das práticas adotadas e das circunstâncias em que os fatos relevantes ocorreram, entendo perfeitamente caracterizada, no caso, a flagrante eliminação da concorrência e de abuso do poder econômico praticado pelo Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e pelas empresas: Ronda Equipamentos e Serviços de Segurança Ltda., Agência de Segurança Vigil Ltda., Estrela Azul Serviços de Vigilância e Segurança Ltda., Sebil Serviço Especializado de Vigilância Industrial e Bancário Ltda., Treze Listras Segurança e Vigilância Ltda., Loyal Serviços de Vigilância Ltda., Emtesse Empresa Técnica de Sistemas, Oesve Segurança e Vigilância Ltda., ESV Empresa de Segurança Ltda., SEG Serviços Especiais de Guarda S/A., Alerta Serviços de Segurança S/C Ltda., Empasse Empresa Argos de Segurança Ltda., Servipro Serviço de Vigilância e Proteção Ltda., F. Moreira Serviço de Vigilância e Segurança S/C Ltda., Empresa Nacional de Segurança Ltda., Protege Proteção e Transporte de Valores S/C Ltda., Vanguarda Segurança e Vigilância Ltda., Officio Serviços de Segurança Ltda., Empresa de Segurança de Estabelecimento de Créditos Vigilância Itatiaia Ltda e Pires Serviço de Segurança Ltda.

Desta forma, considero procedente a representação, na forma prevista no art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137, de 10.09.62, 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:

a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;

.....

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou a desenvolvimento de empresas".

Destaque-se, que tendo em vista o disposto no art. 23 da Lei nº 8.158, de 08.01.91, foram mantidas as normas definidoras de ilícitos

constantes da Lei nº 4.137/62, assim como de outros diplomas legais relativos a práticas de abuso do poder econômico.

Desta forma, e em face das considerações, razões e conclusões expostas nesta manifestação de Voto, bem assim acolhendo, em todos os seus termos e fundamentos, o parecer do Ilustre Procurador do CADE (fls. 084 a 1095), o meu Voto é pela procedência da Representação.

Em consequência, a penalidade cabível é a multa, assim prevista no art. 43 da Lei 4.137/62, com a redação introduzida pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 27.04.90. Trata-se da única sanção cabível na espécie, eis que o processo nos dá notícia de que a prática ilícita não perdura (fls. 1070/71). Fixo a multa em Cr\$ 10.500.000.000,00 (dez bilhões e quinhentos milhões de cruzeiros) em conformidade com a Resolução nº 2 do CADE, de 21.10.92, publicada no D.O.U. de 26.10.92, pág 14.966, e que deverá ser rateada equitativamente pelos Representados, devendo ser recolhida, no prazo máximo de 10 (dez) dias, após a publicação da decisão do CADE no D.O.U.

Na fixação da multa - cujo valor se contém entre os limites legalmente determinados - embora considerando a potencialidade nociva do procedimento das Representadas, ao deliberadamente uniformizarem suas condutas, previamente concertadas em Assembléia Geral Extraordinária, realizada em 25.05.88, não deixei de levar em conta a cessação da prática em 1991.

A conduta visava atingir a Representante e, segundo os autos, causou embaraços à mesma, o que a compeliu a mover ação por perdas e danos junto à Justiça de São Paulo.

De outra parte, a conduta ilícita adotada pelas Representadas deve ser veementemente repelida, até porque a sua prática poderia motivar a que outros segmentos econômicos viessem, também, a adotar, esses condenáveis procedimentos.

Brasília, 16 de dezembro de 1992.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Manifesto minha concordância com o voto do ilustre Conselheiro-Relator, Dr. Marcelo Monteiro Soares.

Trata-se, com efeito, de peça bem fundamentada e que se harmoniza, por inteiro, com a prova colhida neste autos.

De fato, evidencia o processo que os Representados se uniram na Assembléia Geral Extraordinária, realizada a 25.05.88, no Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo - SESVESP, para autorizar o referido Sindicato a elaborar tabela de preços mínimos a serem observados pelas empresas do setor. Na verdade - segundo se pode concluir da prova colhida nos autos - visavam, com a medida, garantir um patamar de lucros, que ficasse preservado dos efeitos da concorrência.

Como bem destaca o ilustre Procurador do CADE, "tais tabelas não eram meramente indicativas. Pretendiam ter um cunho obrigatório, vinham reforçadas com a cominação de penalidades para as firmas insubmissas".

Um bom indicador de tal caráter coercitivo é a "declaração de inidoneidade" da Representante, publicada na Folha de São Paulo de 05.09.88. A punição decorreu de haver a sociedade ofertado, em licitação realizada pelo IAPAS, preço inferior ao da tabela mencionada.

Constata-se, portanto, no caso em julgamento, uma ação concertada dos Representados, com força para criar um obstáculo ao desenvolvimento de outras empresas, que se propusessem a atuar em um regime de livre concorrência e que se viam ameaçadas de punição, caso não concordassem com os critérios aprovados.

Sendo assim, bem andou o ilustre Conselheiro-Relator ao considerar procedente a Representação - no que o acompanho - identificando, na ação dos Representados, práticas abusivas previstas na Lei nº 4.137/62, especificamente em seu art. 2º, I, alíneas a e g, que, no caso, se complementam. Como decorrência, impõe-se a aplicação da multa, fixada nos termos e limites legais, pelo Conselheiro-Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 1992.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

Trata o presente processo administrativo de representação formulada ao antigo CADE, em 04.10.88, pela empresa ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C LTDA, contra conduta do Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo, secundado pelas empresas associadas ao Sindicato e pela Associação Brasileira de Empresas de Vigilância e Segurança Regional de São Paulo, dada como capitulada no art. 2º, incisos I, alínea "a" e "g" da Lei nº 4.137/62 e do no art. 3º, inciso I, IV, XV, XVI e XVII da Lei nº 8.158/91.

Ficou patente, conforme demonstra as informações e provas contidas nos autos, e relatadas de forma objetiva e consistente pelo ilustre Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, que o Sindicato e seus associados, formalizaram um acordo, pela declaração de vontades dos associados participantes da Assembléia Geral Extraordinária promovida pelo SESVESP, estabelecendo preços mínimos a serem cobrados de maneira uniforme pelos seus associados.

Estabeleceram ainda, além das tabelas de preços para os serviços de segurança e vigilância, que não eram meramente indicativas, que as empresas discordantes sofreriam sanções pelo descumprimento do referido acordo, que foi devidamente registrado em Ata da Assembléia, conforme consta dos autos. O que de fato ocorreu com as empresas discordantes, que sofreram as punições previstas, cerceando as suas atividades.

Diante da comprovação dos fatos contidos nos autos, que não deixa dúvida quanto a ilicitude do procedimento das Representadas, estou convencido que ficou caracterizada a realização de um acordo formal entre empresas, coordenado pelo Sindicato da categoria, uniformizando condutas, previamente concertada na Assembléia Geral Extraordinária, com evidentes prejuízos à concorrência.

Dessa forma, além de condutas idênticas, ocorreu também a similitude de prática de preços e índices de reajustes iguais, e a simultaneidade de procedimentos, através da prática da mesma periodicidade dos reajustes dos preços, com o objetivo claro de lograr efeitos que não seriam possíveis mediante a ação isolada das partes envolvidas.

Reafirmo portanto a minha convicção de que a ação concertada conduzida pelo Sindicato e seus associados visou falsear a essência da concorrência, eliminando os impulsos competitivos do mercado e a rivalidade que deveria existir entre as empresas concorrentes.

Razão pela qual estou de pleno acordo com o VOTO do I. Conselheiro-Relator, pela procedência da representação, na forma prevista no art. 2º, inciso I, alíneas "a" e "g" da Lei nº 4.137/62, e pela aplicação da multa, no valor e na forma estabelecida no mesmo.

Brasília-DF, 16 de dezembro de 1992.

José Matias Pereira

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Entendo, como o Sr. Procurador do CADE, que não há repercussão nesta instância administrativa da sentença judicial, porquanto não há prova nos autos de que se tenha decidido sobre a inexistência da conduta investigada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Ressalte-se, ademais, que os tipos administrativos são diversos dos penais, como também diversa é a consistência da prova exigível na esfera penal.

Por outro lado, a Lei nº 4.137/62 afirma a incomunicabilidade das instâncias, ao estabelecer no parágrafo único do art. 6º que, condenada a pessoa jurídica, as pessoas físicas que dela participam serão processadas civil e criminalmente.

No caso dos autos, parece-me bem delineada a figura do cartel - o ajuste, entre empresas concorrentes objetivando a fixação de preços ou o domínio do mercado.

Os cartéis, hoje em dia, têm agido sutilmente. A informalidade de sua estruturação, à margem da lei, impõe ao julgador a árdua tarefa de investigar as peculiaridades do mercado em que atuam, de acompanhar cada passo da conduta concertada, enfim, de buscar as provas circunstanciais para se chegar à conclusão de que houve o conluio.

In casu, todavia, não foi preciso muito esforço, pois fartas são as provas que vieram aos autos para demonstrar o conluio, de vez que o cartel organizado pelo Sindicato teve a ousadia de pactuar abertamente a fixação de preços e, comunicá-la oficialmente aos respectivos membros, chegando ao cúmulo de estabelecer sanções para as empresas que descumprissem o acordo.

De se observar que o alijamento da representante e as pressões contra ela exercidas constituem a mais fiel expressão da atividade sancionadora do cartel, que se preocupou até com o seu próprio "due process", notificando a "transgressora" para apresentar defesa pelo descumprimento de sua normas.

Pouco importa o nome que se dê à tabela aprovada pelos membros do Sindicato - se tabela de preços ou planilha de custos. O fato relevante é que ela foi elaborada com o objetivo de uniformizar os preços dos serviços prestados pelas indiciadas, em total desrespeito às regras mais elementares da livre concorrência, segundo as quais cada agente econômico tem os seus próprios custos, cabendo-lhe estabelecer o seu próprio preço.

A conduta ousada e ilegal das Representadas há de ser reprimida com todo o rigor. Por isso, acompanho o ilustre relator em seu voto.

Neide Teresinha Malard

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 07

REPRESENTANTE: SERPRO- SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS

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

DECISÃO

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

Plenário do CADE, 16 de dezembro de 1992.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

PAULO GUSTAVO GONET BRANCO - Procurador

PARECER DO PROCURADOR

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

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

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

O EDITAL DO SERPRO - CONCORRÊNCIA Nº 010/90

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A concorrência terminou por não prosperar.

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

O PROCESSO NA SNDE

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

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

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

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

O processo recebe crítica de vício de forma.

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

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

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

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

AS TESES DE MÉRITO DA DEFESA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LEGISLAÇÃO APLICÁVEL EM TESE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A COMPROVAÇÃO DE ACORDOS ILÍCITOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CARACTERIZAÇÃO DE CONLUIO NO CASO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

Brasília, 19 de outubro de 1992.

Paulo Gustavo Gonet Branco

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

1. A Representação

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

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

Na petição, são apontados os seguintes fatos principais:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. A instauração do Processo Administrativo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

$$P = x Vf$$

onde

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

x = fator de multiplicação

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

daí resultando

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

$$x = 653,01$$

$$650,00$$

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E, mais adiante, afirma:

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

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

E, conclui:

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

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

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

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

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

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

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

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

Mais adiante (fls. 347), indaga:

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

Alerta, todavia, que não concorda com tais práticas.

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

E, registra:

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

6. A primeira manifestação do setor jurídico do DPDE

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

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

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

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

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

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

7. A participação das Representadas em outras licitações

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

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

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

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

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

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

A Golden Ticket comenta o assunto da seguinte forma:

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

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

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

8. A informação da Secretaria Nacional do Trabalho

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

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

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

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

Dos documentos anexos à informação consta:

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

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

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

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

10. O parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia

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

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

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

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

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

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

11. A notificação das Representadas para especificação de provas

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

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

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

12. A Nota do DPDE

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

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

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

13. A reabertura de prazo para apresentação de defesa prévia

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

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

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

Registre-se que, aludido dispositivo assim se inscreve:

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

V - Exercer concorrência desleal, por meio de :

a)

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

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

14. O aditamento à defesa prévia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

15. Nova manifestação do DPDE

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

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

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

16. A defesa final das Representadas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

17. O Relatório final do DPDE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19. O parecer do Procurador do CADE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Enfatiza, a fls. 1.183:

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

E complementa o seu pensamento, mais adiante:

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

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

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

E, conclui, nesta parte:

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

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

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

E, invoca o subitem 11.1 do Edital:

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

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

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

E, exemplifica a fls. 1.189:

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

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

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

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

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

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

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

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

Brasília, 16 de dezembro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

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

1. Consideração inicial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

.....

V - Exercer concorrência desleal, por meio de:

.....

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

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

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

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

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

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

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

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

No caso presente, tal situação específica não se repete.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por certo, o Edital era pouco claro a respeito.

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

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

".....

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

.....

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Veja-se, exemplificativamente:

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

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

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

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

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

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

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

E, mais adiante:

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

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

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

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

Registre-se, a título de ilustração:

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Avaliação das razões de defesa invocadas pelas Representadas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

onde,

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

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

daí, resultando:

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

(fls. 204, 344, 899, exemplificativamente)

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

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

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

O entendimento da ilustre Coordenadora é respeitável.

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Conclusão de voto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E, mais adiante, conclui o Procurador:

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

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

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

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

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

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

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

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

Dentre tais fatos, enfatizo, uma vez mais:

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

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

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

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

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

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

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

Brasília, 16 de dezembro de 1992

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESNHA MALARD

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Brasília, 16 de dezembro de 1992

Marcelo Monterio Soares

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

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

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

Brasília-DF, 16 de dezembro de 1992

José Matias Pereira

