

JURISPRUDÊNCIA**PROCESSO ADMINISTRATIVO****Nº 08000.024581/94-77**

Representante: SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE, EX OFICIO.

Representados: SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE DERIVADOS DE PETRÓLEO DO DF, REDE GASOL (GRUPO CASÇÃO) E GRUPO IGREJINHA.

Advogados: DRS ARNALDO ROCHA MUNDIM JÚNIOR, FABIO DE O. RODRIGUES, FABIANO DE CRISTO CABRAL, ANTÔNIO GOMES FILHO, VIVIANE BERNARDES RODRIGUES, MARCELO LUIZ ÁVILA BESSA, LÍVIO RODRIGUES CIOTTI, KARLA APARECIDA DE SOUZA MOTTA, LUIZ JOSÉ GUIMARÃES FALCÃO, MÔNICA RUBINO MACIEL, BRUNO MACHADO MACIEL, ROBERTO CALDAS ALVIM DE OLIVEIRA, CAMILA G. FLORES, JOSÉ ALBERTO COUTO MACIEL, ARNALDO ROCHA MUNDIM JÚNIOR, ALESSANDRA TEREZA PAGI CHAVES, RENATA PAGY BONILHA, RODRIGO DA ROCHA LIMA BORGES E ROSEANE CARLA BARRETO C. CASTRO.

Relator: CONSELHEIRO ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Publicação do Acórdão: 16.04.2004

Decisão

O Tribunal, por unanimidade, considerou as Representadas como incurso no art. 20, inciso I, II e IV, combinado com o art. 21, incisos II, IV, V e X, todos da Lei nº 8.884/94, impondo, a cada uma, multa no valor equivalente a 5% de suas receitas brutas, em razão da prática de limitar a concorrência impedindo a entrada de novo competidor no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal, e apenas ao Sinpetro/DF, multa no valor equivalente a 5% de sua receita bruta, quanto à prática de cessação de venda de óleo diesel aditivado, além de outras determinações e cominações, nos termos do voto do Relator. Impedido o Conselheiro Cleveland Prates.

EMENTA

Processo Administrativo. Pressão exercida de forma coordenada para evitar à entrada de concorrente no mercado: art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21, incisos II, IV, V da Lei nº 8.884/94. Acordo para a não comercialização de óleo diesel aditivado: art. 20, inciso I c/c art. 21, incisos II e X da Lei nº 8.884/94. Mercado relevante de produto: serviço de revenda de combustíveis para o consumidor final. Mercado relevante geográfico: Distrito Federal. Possibilidade de entidade representativa de classe figurar como representada em processo administrativo que apura infração contra a ordem econômica. Existência de poder de mercado das representadas. Análise das condições estruturais do mercado relevante e dos efeitos potenciais e concretos das condutas. Configurada infração contra a ordem econômica. Inexistência de aplicação retroativa da Lei nº 8.884/94. Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 294/00 do Distrito Federal. Condenação do SINPETRO como incurso no art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21, incisos II, IV, V e art. 20, inciso I c/c art. 21, incisos II e X. Condenação das Redes Igrejinha e Gasol como incurso no art. 20, incisos I, II e IV c/c art. 21, incisos II, IV e V. Imposição de multa nos termos do art. 23 da Lei nº 8.884/94. Imposição de penas previstas no art. 24 da mesma lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. O Tribunal, por unanimidade, considerou as Representadas como incurso no art. 20, inciso I, II e IV, combinado com o art. 21, incisos II, IV e V todos da Lei nº 8.884/94, impondo, a cada uma, multa no valor equivalente a 5% (cinco por cento) de suas receitas brutas, em razão da prática de limitar a concorrência impedindo a entrada de novo competidor no mercado de revenda de combustíveis no Distrito Federal, além do que considerou, também, o Sinpetro/DF, quanto à prática de cessação de venda de óleo diesel aditivado, como incurso no art. 20, inciso I combinado com o art. 21, inciso II e X, do mesmo diploma legal, impondo multa no valor equivalente a 5% (cinco por cento) de sua receita bruta, além de outras determinações e cominações, nos termos do voto do Relator. Impedido o Conselheiro Cleveland Prates. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros, Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira e Luiz Alberto Esteves Scaloppe e a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília, 03 de março de 2004 (data do julgamento _ 315ª SO).

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR**ROBERTO PFEIFFER****I - DA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO**

A instauração do processo administrativo foi precedida de Averiguação Preliminar ensejada a partir de denúncia formulada pelo então Presidente do CADE na qual se chamava atenção para as reportagens vinculadas pela imprensa escrita. Ainda segundo a denúncia, haveria indícios de cartelização levada a cabo pelo Sindicato do Comercio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal, e pelo Grupo Cascão (do qual faz parte a Rede Gasol), definido como detentor de posição dominante na distribuição daqueles produtos. A conduta averiguada relaciona-se ao cerceamento da adoção de

práticas benéficas ao consumidor de combustíveis de derivados de petróleo em geral.

A instrução desta averiguação trouxe ao conhecimento da SDE indícios de condutas anticoncorrencias praticadas pelos representados, no que tange à limitação de acesso a concorrente ao mercado e a formação de conduta concertada entre concorrentes (acordo de não venda de óleo diesel aditivado no mercado do Distrito Federal).

Desta forma, em nota técnica datada de 26 de março de 1999, a então Inspetora-Chefe da SDE opinou pela abertura de Processo Administrativo contra o Sinpetro/DF, a Rede Gasol (Grupo Cascão), incluindo também no rol de representados o Grupo Igrejinha, sustentando que isto se dava "quer pela manifesta vontade em produzir os efeitos nocivos, ainda que não fossem alcançados, quer pela expressiva posição dominante da segunda e terceira representadas" (1), com base nos combinado com os artigos 21, incisos I, II, IV, V, e X e 32 e seguintes da Lei nº 8.884/94.

Nota:

(1) Nota Técnica da SDE, fl. 396 dos autos.

O então Secretário de Direito Econômico acatou as considerações tecidas e decidiu pela instauração do Processo Administrativo em 05 de abril de 1999, com a finalidade de apurar as práticas de condutas anticoncorrenciais passíveis de enquadramento no art. 21, incisos I, II, IV, V, e X da Lei nº 8.884/94, consistentes em: a) fixar ou praticar, em acordo com concorrente, preços e condições de venda; b) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes; c) limitar ou dificultar o acesso, o funcionamento e o desenvolvimento de empresa concorrente no mercado de venda a varejo de combustíveis; e d) regular mercado, estabelecendo acordo para limitar ou controlar a atividade de empresa concorrente. Aduzir que tais práticas, em tese, tipificariam as infrações definidas no art. 20, incisos I a IV do referida Lei, e determinou que os representados fossem notificados (fls. 399).

Entretanto, após a instauração do Processo Administrativo, a SDE optou por excluir do processo a conduta prevista no inciso I do art. 21 da Lei nº 8.884/94 (fls. 1021/1040), em razão da existência de outro Processo Administrativo versando a respeito da prática prevista no aludido dispositivo (fixação de preços de revenda).

II - DAS PRELIMINARES ALEGADAS

II.1 - Não Ocorrência de Prescrição

As representadas apresentaram petição postulando que fosse reconhecida a ocorrência de prescrição no presente Processo Administrativo (fl. 1716).

A Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, estabelece o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, e as razões de sua interrupção. Em seu artigo 1º determina que "prescreve em 05 (cinco) anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato, ou, no caso de infração permanente e continuada, do dia em que tiver cessado". O artigo 2º, entretanto, trata das razões que interrompem o referido prazo, in verbis:

"Art. 2º. Interrompe-se a prescrição:

- I _ pela citação do indiciado ou acusado, inclusive por meio de edital;
- II _ por qualquer ato inequívoco, que importe apuração do fato;
- III _ pela decisão condenatória recorrível".

Pela análise dos autos, tem-se que a averiguação preliminar foi instaurada em 25 de novembro de 1994. Em 13 de março de 1995, o prazo prescricional foi interrompido em relação ao Sindicato e à Rede Gasol (Grupo Cascão) em razão das notificações para prestarem esclarecimentos na averiguação preliminar (art. 2º, I, da Lei nº 9.873/99). Em 05 de abril de 1999 o prazo foi novamente interrompido em relação aos três representados, com o advento da instauração do presente Processo Administrativo pelo Sr. Secretário da SDE (art. 2º, II, da Lei nº 9.873/99).

Assevere-se, que o d. Ministério Público Federal em seu parecer rejeitou a alegação de prescrição do exercício da pretensão punitiva do Administração Pública, aduzindo que "de fato, o prazo prescricional começou a fluir em 25.11.1994, quando foi instaurada a Averiguação Preliminar, tendo sido interrompido em 13.03.1995, data na qual os Representados foram citados para prestarem esclarecimentos. (...) O prazo prescricional tornou a ser interrompido em 05.04.1999, quando o Secretário da SDE/MJ determinou a instauração do presente processo administrativo. (...) Assim, em nenhum momento foi ultimado o prazo quinquenal para a Administração Pública punir as infrações à ordem econômica praticadas pelos Representados (...)" (2).

Nota:

(2) Parecer acostado aos autos às fls. 1773.

Da mesma forma se manifestou a d. Procuradoria do CADE, in verbis: "Embora tenha sido instaurada Averiguação Preliminar em 25.11.1994, o prazo prescricional foi interrompido em 13.03.1995 com a notificação dos Representados para prestarem esclarecimentos, e em 05.04.1999 com a instauração do Processo Administrativo pelo Sr. Secretário da SDE, não se ultimando o prazo de 5 (cinco) anos para a extinção do exercício da pretensão punitiva pela Administração Pública" (3).

Nota:

(3) Parecer acostado aos autos às fls. 1800.

Acrescento, ainda, que as representadas foram intimadas para apresentar defesa no Processo Administrativo em 28.04.99 (Gasol e Sinpetro/DF) e 06.05.99 (Rede Igrejinha), operando-se nova interrupção do prazo prescricional (art. 2º, I, da Lei nº 9.873/99). Ademais, a remessa do processo a este Conselho, pela SDE, com parecer favorável à condenação, para fins de julgamento pelo CADE, deu-se em 21 de julho de 2003, tendo o prazo sido, uma vez mais, interrompido nesta data. De fato, o art. 39 da Lei nº 8.884/94 determina que, concluída a instrução processual, e após a apresentação de alegações finais, o Secretário de Direito Econômico deverá proceder remessa dos autos ao CADE através de relatório circunstanciado, para que este proceda ao julgamento. Tem-se, assim, que o parecer emitido pela SDE é ato inequívoco que importa em evidente apuração do fato, assemelhando-se, inclusive, a uma sentença condenatória recorrível (art. 2º, II e III da Lei nº 9.873/99).

Portanto, fica comprovado que o prazo previsto no artigo 1º da Lei nº 9.873/99 não decorreu até o presente momento, restando intacta a pretensão punitiva da Administração Pública em relação aos Representados, no caso de as práticas a eles imputadas constituírem de fato infrações contra a ordem econômica.

No que se refere ao prazo previsto no artigo 1º, § 1º (4), da referida lei, também não se vislumbra, pela análise dos autos, lapso temporal superior a três anos sem que o processo fosse devidamente impulsionado. Afasto também, desta forma, a prescrição intercorrente alegada.

Nota:

(4) "Art. 1º. (...)

Parágrafo 1º Incide a prescrição no procedimento administrativo paralisado por mais de 3 (três) anos, pendente de julgamento ou despacho, cujos autos serão arquivados de ofício ou mediante requerimento da parte interessada, sem prejuízo da apuração de responsabilidade funcional decorrente da paralisação, se for o caso".

II.2 - Prescrição do Ato Administrativo, em Função da Demora da Conclusão das Averiguações Preliminares

A prescrição argüida pelas requerentes Rede Gasol e pelo Sinpetro/DF não procede, uma vez que o prazo estabelecido para a conclusão das Averiguações Preliminares não é peremptório ou prescricional. Primeiro, por não possuir uma forma imperativa e, segundo, por não existir em outro ponto da lei uma consequência pela não observação do mesmo. Ademais, a Lei nº 9.873/99 estabelece de forma expressa as hipóteses de prescrição, sendo lei posterior à Lei nº 8.884/94. Afasto tal preliminar, tal qual o fez a d. SDE, adotando, para tanto, a fundamentação por ela tecida em seu parecer.

II.3 - Ausência de Averiguação Preliminar em Relação à Rede Igrejinha

A Rede Igrejinha argüiu a ocorrência de violação do devido processo legal, com o cerceamento de seu direito de defesa, em razão de não haver figurado no polo passivo da averiguação preliminar que antecedeu a instauração do presente processo administrativo.

Conforme já havia anteriormente sido salientado pela douta SDE tal alegação não procede, haja vista as Averiguações Preliminares tratarem-se de procedimento de caráter inquisitório, ocorrendo a apresentação de defesa somente após a instauração do Processo Administrativo, conforme estabelece o artigo 33 da Lei nº 8.884/94.

Ademais, resta claro pela dicção da supra citada lei, em seu artigo 32, que o processo administrativo pode ser instaurado independentemente de prévia instauração de averiguação preliminar, que não é, assim, obrigatória para todos os casos.

Afastado, portanto, tal preliminar.

II.5 - Ausência de indícios de infração à ordem econômica por parte da Rede Igrejinha

Tanto a alegação de ausência de poder de mercado quanto a de ausência de efetiva prática devem ser analisadas em conjunto com o mérito.

II.6 - Nulidade do despacho de instauração do processo administrativo

As Representadas Rede Gasol e Rede Igrejinha pugnaram pela nulidade do despacho de instauração do Processo Administrativo, sob os seguintes fundamentos:

- a) não ocorrência no despacho da discriminação dos fatos e das razões que ensejaram a instauração do Processo Administrativo;
- b) a falta de indícios de infrações e da motivação do ato administrativo.

Não merece guarida este pleito, na medida em que o despacho de instauração do Processo Administrativo acolheu e adotou como fundamento da decisão a Nota Técnica emitida pela Inspeção Geral da SDE (fls. 396/398), que especificou os fatos a serem apurados, descrevendo de maneira precisa as infrações supostamente cometidas, bem como a fundamentação da instauração do processo.

A possibilidade de adoção de manifestação anteriormente apresentada encontra-se prevista no art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/99, que dispõe acerca do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, senão vejamos:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:
(..)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

Ademais, as defesas apresentadas pelas Rede Gasol (fls. 591/611) e Rede Igrejinha (fls. 591/611) demonstram que houve perfeita compreensão sobre quais eram os fatos a que se reportava o despacho instaurador do processo administrativo, visto que as Representadas defenderam-se exatamente dos argumentos expendidos na Nota Técnica de fls. 396/398.

II.7 - Ilegitimidade Ativa da SDE para Analisar as Questões Investigadas

O artigo 14 e incisos da Lei nº 8.884/94 é bastante incisivo quanto às competências da SDE, não deixando margem de dúvida acerca de sua legitimidade para analisar as questões pertinentes à instrução e andamento do processo administrativo. Por esta razão, afastou totalmente a preliminar levantada.

III - POSSIBILIDADE DE ENTIDADE REPRESENTATIVA DE CLASSE FIGURAR COMO REPRESENTADA EM PROCESSO ADMINISTRATIVO

Tradicionalmente alega-se perante este Conselho a impossibilidade de Sindicatos figurarem no pólo passivo de Processos Administrativos cujo objetivo é apurar infrações à ordem econômica. Para tanto, utiliza-se o argumento de que tais instituições não configuram agentes econômicos, sendo, desta forma, destituídos de poder de mercado. Alegam, mais, que órgãos de natureza sindical teriam poder apenas para fazer recomendações aos seus filiados, e, portanto, seriam incapazes de impor aos postos de combustíveis a ele ligados qualquer tipo de obrigação por ele determinada. Tal alegação, entretanto, não pode prosperar, como será visto a seguir.

III.1 - Aplicação das Disposições da Lei nº 8.884/94 a um Amplo Rol de Pessoas Físicas e Jurídicas

Não se pode perder de vista que a Lei nº 8.884/94 submete à sua aplicação um amplo rol de pessoas físicas e jurídicas. Estipula, assim, o seu art. 15:

"Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal".

Comentando o referido preceito, Fábio Ulhoa Coelho leciona que:

"As práticas empresariais infracionais podem, por fim, se viabilizar através de associações ou sindicatos, como federações de indústria ou associações de determinado segmento de mercado ou de certa região. Essas entidades, instrumentalizadas na prática infracional, também podem ser responsabilizadas nos termos da legislação antitruste. A Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Regional de Medicina, o Sindicato dos Engenheiros e outras entidades de profissionais podem ser considerados, nos mesmos termos, agentes ativos de infração contra a ordem econômica" (5).

Nota:

(5) COELHO, Fábio Ulhoa. Direito Antritruste brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 40/41 (sem grifo no original).

No mesmo sentido, é a posição de João Bosco Leopoldino da Fonseca:

"O legislador procurou dar amplitude à norma para abranger todas aquelas situações em que se verifique a possibilidade de ocorrerem infrações à ordem econômica" (6).

Nota:

(6) FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da ordem econômica. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 81.

Assim, a princípio, não há qualquer impedimento a que sindicatos e associações de classe figurem como representados em processos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica.

Não resta dúvidas de que a Constituição Federal de 1988 reservou papel extremamente nobre aos Sindicatos: defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º da C.F.). Porém, isto não significa que tais entidades possam cometer infrações contra a ordem econômica, notadamente tendo em vista que esta é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros princípios, o da livre concorrência (art. 170, da C.F.).

No entanto, infelizmente, diversos sindicatos e associações de classe ainda extrapolam de suas funções institucionais, acabando por coordenar atitudes colusivas de seus representados no sentido da uniformização de condutas comerciais, seja influenciando a adoção de condutas comerciais uniformes, trabalhando para exclusão de empresas do mercado _ ambas as hipóteses são observadas no presente caso - seja editando tabelas de preços, dentre outras ações.

A doutrina tem entendido desta mesma forma. No sentido de que o abuso do poder econômico, na modalidade de cartel, deve considerar também a atuação de Sindicatos, trazemos à colação a doutrina de Sérgio Varela Brunna:

"2.8 O cartel

A análise até este ponto levada a efeito, no tocante aos oligopólios, pressupõe a inexistência entre eles de qualquer "acordo de preços", hipótese em que se configuraria um cartel.

Em verdade não há necessidade de que haja poucos competidores para viabilizar a formação de um cartel. Um sindicato de panificação ou de motoristas de táxi pode fazê-lo, mesma na presença de muitos competidores, através da divulgação de tabelas de preço obrigatórias. Mas é indubitavelmente mais fácil que o acordo de preços se forme em mercados oligopolizados.

O cartel age como um monopolista: procura dimensionar o nível da oferta global no ponto em que se igualem os custos marginais e a receita marginal; o preço, portanto, será o de monopólio, caso o cartel abranja todos os concorrentes" (7).

Nota:

(7) In, O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício. Editora Revista dos Tribunais pp. 53 e segs.

Ademais, como bem observa Neide Malard:

"No Brasil, ainda é possível encontrar o cartel formalmente organizado através de associações. Na medida em que a legislação de defesa da concorrência é efetivamente aplicada, a tendência do cartel é a clandestinidade.

(...)

Muitas vezes o acordo é intermediado por uma agência central, associação ou órgão similar, que se mantém neutra em relação aos membros individualmente considerados, podendo, assim, negociar as cláusulas do acordo de forma a beneficiar a todos, ainda que os benefícios sejam desiguais" (8).

Nota:

(8) Neide Teresinha Malard, O cartel. In: Revista de Direito Econômico nº 21, outubro-dezembro de 1995, pp. 39-40

E não se alegue que a função de representação permitiria às associações liderar processos de uniformização de conduta comercial. O CADE tem fortemente repellido tal conduta, condenando ações concertadas lideradas por associações de classe ou sindicatos.

Confira-se a respeito as diversas condenações aplicadas por este Conselho a entidades de classe que se reúnem com a finalidade de estabelecer condutas concertadas entre seus filiados. São exemplos as condenações efetivadas a Sindicatos que lideraram práticas cartelizadoras no Processo Administrativo nº 08012.007515/00-31, no qual figuravam como representados o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Minas Gerais _ Minaspetro e seu Presidente e a condenação aplicada ao Sindicato do Comercio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Goiás, após ter sido confirmada a inequívoca influência deste órgão e seu Presidente na adoção de prática comercial uniforme por parte de seus filiados.

III.2 - Configuração de Infração Contra a Ordem Econômica mesmo diante da Ausência de Poder Coativo do Sindicato sobre os Sindicalizados

Cabe, nesta oportunidade, ressaltar o fato de os Sindicatos disporem da possibilidade de impor aos postos a adoção efetiva de quaisquer recomendações ou determinações advindas de assembleias, não podendo sancionar eventuais desobediências.

A este propósito, devo salientar que prevalece, também, neste Conselho, o entendimento segundo o qual a caracterização da infração anticoncorrencial pela indução por sindicatos, associações ou outras entidades representativas de profissionais à adoção de conduta uniforme entre concorrentes, não pressupõe o caráter impositivo.

Destaco, inicialmente, o julgamento do Processo Administrativo nº 53/92 em que a ilustre Conselheira Neide Terezinha Malard, em seu voto vogal acentuou que:

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

(...)

"O que é ilegal, nos termos da Lei nº 8.158/91 (revogada) e da Lei nº 8.884/94 é limitar de fato, ou em potencial, a concorrência ou a livre iniciativa, por qualquer que seja a forma: acordo, convenção, por meio de associação ou não, e, a tabela comum a diversos concorrentes, conforme divulgada por estes sindicatos, é uma prova contundente de coordenação de preços patrocinada pelos mesmos "

(...)

"Não se requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que, utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos".

O Plenário do CADE vem, desta maneira, adotando a firme orientação de que mesmo quando utilizando tabela orientativa (sem imposição de obediência através de ameaça de desfiliação), resta claro o objetivo da associação de classe ou do Sindicato em influenciar a adoção de conduta comercial uniforme.

Deste modo, é de ser completamente afastado o argumento de que a circunstância de um sindicato apenas "sugerir" ou patrocinar reuniões cujo objetivo seja a adoção de conduta comercial uniforme não tornaria apta a permissão de sua inclusão como representado em um Processo Administrativo desta natureza.

IV - Delimitação do mercado relevante

IV.1 - Dimensão Produto/Serviço

Fixo como mercado relevante os serviços de revenda de combustíveis em geral, sendo que a investigação será, em determinado momento, centrada em práticas cometidas na revenda de óleo diesel aditivado, uma vez que a denúncia recai, também, sobre o cerceamento da venda deste produto pelos postos de combustíveis estabelecidos no Distrito Federal.

Neste contexto, para alicerçar a fundamentação quanto à definição do mercado relevante na categoria produto/serviço, transcrevo as seguintes considerações efetivadas pela d. SDE:

"Para efeitos de análise sobre as possíveis infrações à ordem econômica ora sob investigação, observa-se que não

existe nenhum serviço que possa substituir os serviços prestados pelo segmento varejista dos postos de combustíveis, tendo em vista que os proprietários de veículos necessariamente são servidos pelos postos de abastecimento.

Importante destacar, também, que os produtos gasolina, álcool e diesel não podem ser considerados substitutos próximos em razão do alto custo de uma eventual substituição de um pelo outro para o consumidor final" (9).

Nota:

(9) Parecer da SDE, fls. 1021 dos autos.

IV.2 - Dimensão Geográfica

No que tange à dimensão geográfica, adoto como mercado relevante, para fim da análise da presente conduta, o Distrito Federal.

Isto porque, como admitido pelos próprios representados, o Sindicato reúne a quase totalidade dos postos de revenda de combustível desta região, alcançando o patamar de 94,76%(10) dos postos ali instalados. Assim, a sua influência abarca a totalidade da área geográfica definida, motivo pelo qual é sobre tal região que deve ser averiguado o efeito danoso à ordem econômica advindo das condutas a eles atribuídas.

Nota:

(10) Parecer da SEAE, fls. 1095 dos autos.

Além disso, as Redes Gasol e Igrejinha detinham, em conjunto, à época dos fatos, mais de 40% do mercado (parecer SEAE, autos fls.), o que determina a sua presença na quase totalidade da área aqui definida como mercado relevante geográfico.

Vale ressaltar que a SEAE levantou a tese de que a melhor metodologia a ser adotada quando se trata da fixação do mercado relevante geográfico na área de revenda de combustíveis (em processo administrativo ou em ato de concentração) é a averiguação da área de influência dos postos envolvidos. A partir da delimitação de tal área de influência seriam delimitados círculos, para ver qual a abrangência do mercado relevante. Através de tal metodologia, o padrão normalmente adotado é de que os postos que oferecem concorrência entre si estão normalmente situados em uma esfera de dez quilômetros quadrados. Entretanto, a própria SEAE ressaltou que:

"Nos termos do teste do monopolista hipotético (...) a determinação da dimensão geográfica do mercado relevante consiste em estabelecer qual o raio em torno de cada posto de abastecimento de combustíveis que deveria ser controlado por um suposto monopolista de forma a possibilitá-lo praticar um pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços. Este pequeno porém significativo e não transitório aumento de preço poderia ser de 5%, 10% ou 15%, dependendo das circunstâncias.

Embora esse modelo contenha hipóteses simplificadoras, tais como, assumir que os motoristas não abastecem seus veículos ao longo de seus trajetos habituais, e sim próximo a suas residências, pode-se inferir, do seu raciocínio, que os postos de combustíveis competem mais intensamente com postos situados a uma distância limitada. Levando-se em conta que um consumidor padrão efetua abastecimentos em torno de 40 litros (11), e que o consumo por litro dos veículos raramente ultrapassa uma dezena de quilômetros por litro, é razoável supor, de acordo com o modelo sugerido, que postos de revenda competem mais intensamente em um raio não superior a 10 quilômetros .

Nota:

(11) Essa hipótese baseia-se na suposição que a grande maioria dos consumidores abastecem seus veículos quando seus tanques estão quase vazios.

Assim sendo, uma delimitação do mercado geográfico em estrita observância ao referencial teórico desenvolvido, pressuporia uma delimitação de círculos concêntricos com raios de aproximadamente dez quilômetros ao redor de cada posto. Como o número de círculos seria igual à quantidade de postos existentes na cidade de Goiânia, inevitavelmente

ocorreriam interseções, denotando a sobreposição de mercados. De acordo com essa lógica, os mercados definidos deveriam ser aqueles com o maior número de interseções de círculos. As aéreas com maior número de sobreposições indicariam a região onde é maior a contestabilidade para um eventual aumento de preços por parte de um monopolista hipotético.

Não obstante este procedimento revelar-se mais adequado do ponto de vista teórico-analítico, a delimitação de raios circunscrevendo cada posto no Distrito Federal representaria um custo de pouca contribuição prática para o resultado do presente parecer. Neste sentido, sem prejuízo da análise em curso, será considerada o Distrito Federal como o mercado relevante _ dimensão geográfica" (12).

Nota:

(12) Do ponto de vista teórico uma definição mais restrita seria mais correta. A definição nesses moldes poderia, de fato, levar a uma maior participação de mercado dentro das respectivas delimitações geográficas. O aumento do tamanho do mercado pode diminuir a acurácia no momento de aferição dos market shares, diminuindo a participação de mercado dos atores envolvidos. Na impossibilidade de delimitação do mercado da forma mais adequada, adotou-se a postura menos prejudicial às representadas, qual seja, uma delimitação geográfica menos restrita (mais ampla).

Ressalto que a adoção da metodologia acima descrita provavelmente traria resultado idêntico. Ademais, como elucidado na nota 18 do parecer da SEAE (fl. 1.093), a não adoção da metodologia traduz-se em medida mais benéfica para as representadas.

V - DO PODER DE MERCADO

Em sua defesa(13), a Rede igreja alegou não possuir poder de mercado, tampouco posição dominante, razão pela qual de modo algum poderia ser-lhe atribuída qualquer responsabilidade por limitação à entrada de concorrente no mercado.

Nota:

(13) (fls. 591/611 e 1521/1546).

Por seu turno, a Rede Gasol ressaltou que sua posição no mercado fora obtida em razão de sua maior eficiência econômica, o que atribui exclusivamente à sua gestão econômica e financeira. E complementa que, apesar de sua significativa posição no mercado, das atas não se pode extrair que houvera exercício de posição dominante.

Analisando, então, se as três representadas possuem efetivamente posição dominante, apta a permitir que eventuais condutas anticoncorrenciais tenham o potencial de surtir efeitos no mercado relevante. Ressalvo, no entanto, que a análise da efetiva existência de posição dominante dá-se apenas para averiguar se as representadas poderiam, em tese, em virtude de elevada participação de mercado, produzir efeitos anticoncorrenciais. Isto porque empresas com pequena participação não tiveram o condão de, com sua conduta, influenciar o mercado como um todo.

Importante também esclarecer que jamais se pune uma empresa ou conjunto de empresas por possuir posição dominante, mas sim apenas quando ela a utiliza de maneira abusiva, de modo a dominar mercado, limitar, falsear ou de qualquer modo prejudicar a concorrência (art. 173, § 4º da CF e art. 20 da Lei nº 8.884/94). Por isto, não cabe discutir a forma como foi alcançada a posição dominante, mas sim se o seu uso é abusivo ou não.

Início destacando que o setor de revenda de combustíveis no Brasil é um setor extremamente organizado, cuja atividade traduz um grande corporativismo e ajuda mútua entre os seus integrantes. Isso se deve, também, pelo longo período de tempo pelo qual a sua regulamentação ficou sob a guarda do governo.

Destaco, ademais, que o mercado de revenda de combustíveis normalmente apresenta particularidades e características que diminuem a possibilidade de concorrência neste mercado. Com efeito, os produtos são homogêneos, com pouca ou nenhuma diferenciação de qualidade; a troca de informações é uma constante, facilitando a fiscalização quanto ao cumprimento do que foi definido pelo cartel; há a existência de poucos grandes grupos dentro deste mercado, o que gera menor conflito na tomada de decisões constituem fatores que contribuem para a formação de conduta concertada por parte dos agentes econômicos.

Primeiramente, resta demonstrar o efetivo poder de mercado detido pelo Sinpetro/DF, fator fundamental para que se lhe possa imputar qualquer conduta anticoncorrencial.

O Distrito Federal congrega um grande número de postos de abastecimento, sendo que à época dos fatos possuía 172 postos espalhados por seu território(14). Deste número, 163 eram filiados ao Sindicato, ou seja, o grau de sindicalização era de 94,76%. Desta forma, a presença de um sindicato atuante, representativo da quase totalidade da categoria, como é o caso do Sinpetro/DF, é de fundamental importância não só na influência e facilitação da formação de conduta concertada, como também na fiscalização da mesma.

Nota:

(14) Parecer SEAE, autos fls. 1100.

Em relação às redes representadas, no que tange ao seu market share, juntas detém 40% do mercado relevante analisado(15). Além disso, as participações individuais das representadas já são suficientemente elevadas, principalmente tendo em vista as características do mercado em si, no qual elas são, respectivamente, a primeira e segunda maiores empresas do ramo.

Nota:

(15) Parecer SEAE, autos fls. 1100.

Importante ressaltar que o artigo 20, § 3º da Lei nº 8.884/94 estabelece apenas uma presunção relativa referente ao percentual de 20% ali estabelecido. Com efeito, a verdadeira expressão do poder de mercado das representadas não se extrai da sua participação isolada no mercado relevante em questão, mas sim da circunstância de que elas agiram de forma coordenada, lideradas pelo Sindicato da categoria, no sentido de estabelecer pressão que impedisse a entrada de concorrentes ligados a redes de supermercado e hipermercados.

Neste contexto, necessário efetivar-se a soma das participações de mercado dos envolvidos, para se atestar a incidência de posição dominante. Assim, uma vez constatado que o conjunto das empresas envolvidas em prática cartelizadora possui uma participação de mercado apta a lhe conferir posição dominante, configurado está o poder de mercado.

Na hipótese dos autos, o que se nota é que o conjunto das empresas envolvidas no conluio para impedir a entrada de novo concorrente atingiam parcela quase absoluta do mercado (94%). Assim, todos aqueles que, comprovadamente, participaram da prática anti-concorrencial devem ser responsabilizados, independente do percentual de sua participação individual no mercado.

Deste modo, devem ser repelidas as alegações efetivadas pelas representadas no que tange à ausência de posição dominante no mercado em questão. Como exposto, o fato de constituírem uma conduta concertada em conjunto com o Sindicato, que detém mais de 90% dos postos do Distrito Federal como filiados, dá às três posição de influenciar com a sua conduta. Ademais, ainda que não houvesse o concurso dos demais postos e do Sindicato _ o que se admite apenas para argumentar, já que no presente caso ocorreu a instituição de um conluio entre concorrentes- o Grupo Gasol e a Rede Igreja, em conjunto, já deteriam a necessária posição dominante, pois a participação de mercado de ambas é superior a 40%.

Tendo em vista o que prescrevem os parágrafos 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.884/94, resta clara a posição dominante das representadas(16).

Nota:

(16) Estabelece o art. 20, § 2º da Lei nº 8.884 que "ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa". Já o § 3º do mesmo artigo estipula que "a posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia".

VI - DEMOSTRAÇÃO DA EFETIVA PRÁTICA DA CONDUTA DE IMPEDIR À ENTRADA DE NOVO CONCORRENTE NO MERCADO DE REVENDA DE COMBUSTÍVEIS NO DF

"A natureza de um acordo é definida por determinados elementos como o domínio e o objetivo da cooperação, as relações de concorrência entre as partes e o alcance da combinação das suas actividades. Esses elementos constituem índices de probabilidade de uma coordenação do comportamento das partes no mercado" (17).

Nota:

(17) Orientações relativas aos acordos de cooperação horizontal _ Atividades da União Européia. <http://europa.eu.int/scadplus/leg/pt/lvb/126062.htm>.

No que tange às condutas que lhe são imputadas, as representadas deduzem diversas alegações, as seguir sintetizadas:

(i) Rede Igrejinha

Afirma que as atas não são capazes de comprovar seu envolvimento, seja direto ou indireto, em relação à conduta restritiva supostamente dirigida contra o Carrefour. Sustenta, ainda, que da mera filiação ao sindicato não pode resultar a responsabilização dos associados pelos atos daquele.

(ii) Rede Gasol

Em síntese a Rede Gasol alega em sua defesa(18) que não praticou qualquer ato visando à criação de barreiras à entrada de concorrente, inexistindo provas nesse sentido. Não somente nega a sua participação, mas também nega a ocorrência da própria ação concertada, afirmando que as atas são insuficientes e não apresentam indícios que a confirmem. A respeito dessas, alega que, contrariamente, prestam-se para demonstrar a boa-fé da Gasol no sentido de zelar pela livre concorrência.

Nota:

(18) fls. 411/445 e 1558/1566.

Ademais, afirma que desconhece "qualquer ação do SINDIPETRO, ou de seus associados, visando `limitar ou impedir' o ingresso de novas empresas no mercado" e que "algumas vezes houve a discussão interna acerca de empresas que visavam, de forma ilícita e irregular, ingressar no mercado através da mudança na destinação de terreno, em total arrepio às normas de tombamento desta capital e sem que houvesse a necessária licitação pública". Posteriormente frisa que tais discussões eram "raras" e "eventuais" e que nelas "nada havia de censurável do comportamento do SINDIPETRO e de seus associados; ao contrário, houve a preocupação de se preservar a estrita legalidade". Em suas Alegações Finais aduz: "o que restou acertado naquelas atas não foi a tentativa de impedir que o Carrefour entrasse no mercado de combustíveis, mas sim que ingressasse com preços muito inferiores aos preços praticados no mercado (...)". (fl. 1566)

Em suas Alegações Finais , a Rede Gasol ainda apresenta o problema de vigência da Lei nº 8.884/94, suscitando o princípio da irretroatividade da lei penal com o intuito de afastar sua incidência sobre a prática em comento. Sustentou , assim, que "a Lei nº 8.884/94 (...) somente veio à lume em 11 de junho de 1994 e que grande parte das reuniões realizaram-se no período de janeiro à primeira semana de junho de 1994, em período anterior, portanto, à edição da referida norma". (fl. 1558)

(iii) Sinpetro/DF

O Sinpetro/DF alega (fls. 644/663 e 1547/1557) a inexistência de impedimento ao ingresso do Carrefour ou de qualquer outro grupo empresarial no segmento de revenda de produtos derivados de petróleo. Ressalta, no entanto, estar ciente de que a entrada, no referido segmento, "de grupo empresarial, independentemente de sua denominação, que tenha por objetivo único impor uma concorrência predatória, com vantagens diferenciadas, não é de interesse da categoria e não representa nenhum benefício do setor".

Reforça que, como entidade de classe, a proteção aos interesses coletivos ou individuais da categoria representada constitui uma prerrogativa que lhe é constitucionalmente outorgada, e que "jamais adotou qualquer procedimento contra o hipermercado CARREFOUR; mas sim, em benefício de toda a coletividade (consumidor) e da categoria econômica que representa".

Afirma que o Carrefour pretende, por meio da alteração da destinação do uso do solo, instalar postos de combustíveis em terrenos que já estão sob seu domínio e que não são apropriados para tanto, em fraude ao Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal, bem como à necessária licitação pública para a aquisição de terreno com destinação específica, com o intuito de obter uma vantagem ilícita e estabelecer uma concorrência desleal e predatória, em detrimento da comunidade e do interesse público.

Passo a analisar como as condutas imputadas às representadas efetivamente foram implementadas e, ao longo do item, apreciar os argumentos por elas apresentados.

VI.1 - Da Participação nas Deliberações do Sinpetro/DF e sua Efetiva Ciência**VI.1.1 - Do modo como se realizam as Reuniões do SINPETRO/DF**

Da análise dos autos constatou-se que as reuniões promovidas pelo sindicato entre os associados eram freqüentes, regulares e formais. Os assuntos de maior relevância eram sempre discutidos em assembléias. Além disso, os associados tinham conhecimento prévio do que seria tratado nas reuniões. Desta forma, não pode prosperar a assertiva de ausência de conhecimento e participação das Redes Igrejinha e Gasol nas deliberações do sindicato, como passo a demonstrar.

O vice-presidente do Sinpetro/ DF, em depoimento às fls. 1235/1238 declarou que:

"... o sindicato sempre se reúne. Que são reuniões normais ordinárias do próprio sindicato ocorrendo eventualmente assembléias quando necessárias" e "que se o assunto for relevante á toda a categoria, convoca-se uma assembléia".

Já, as fls. 1244/1245, o diretor do Sinpetro/DF, Wanderley Gonzaga Jaime, afirmou que:

"... as pautas das reuniões são definidas dois dias antes da ocorrência da mesma e enviada por fax ou por telefone aos filiados".

Também em alusão ao aqui tratado, o presidente do Sinpetro/DF, Sr. Carlos Alberto Recch, sob a condição de informante às fls.1254/1257, disse que:

"... normalmente as reuniões são informais, não tendo uma pauta pré-definida, com exceção das assembléias que são exigidas por editais..." (19).

Nota:

(19) Todos os grifos nossos.

Da análise das atas juntadas aos autos, verificou-se que de janeiro de 1994 a março de 1995 foram realizadas 44 reuniões pelo Sindicato, incluindo as reuniões da diretoria (24) e as Assembléias Gerais Extraordinárias (20).

Nota:

(20) Depoimento da testemunha José Carlos Ulhoa Fonseca, do Posto dos Anões (fls. 1235/1238).

Esse fato demonstra que há uma grande união e um eficiente intercambio de informações entre os associados do sindicato.

Corroborando esse entendimento, às fls.1240/1242, o diretor do Sinpetro/DF em depoimento, afirmou que: "... a categoria que participa é razoavelmente unida, tanto no ano de 1994, quanto atualmente."

Adotando o mesmo entendimento em relação a categoria, o diretor do Sinpetro/DF, Wanderley Gonzaga Jaime, às fls. 1244/1245, afirmou que: "... a categoria que participa é mais ou menos unida".

VI.1.2 - Da Forma como são Tomadas as Decisões no Sindicato

Pode-se afirmar que as decisões tomadas pelos associados nas reuniões promovidas pelo Sindicato se dão sob duas formas: (i) a votação, quando há divergência de opiniões, e (ii) o "consenso" de todos. Ressalta-se que por consenso deve-se entender unanimidade, sem qualquer consideração contrária ao decidido.

Deste modo, as fls. 1248/1250 o representante da Rede Igrejinha, Wlaldecy Pereira da Silva, afirmou: "Que quando não existe um consenso nas discussões em assembléias, a questão é levada à votação".

O fato de uma questão importante para a categoria não ser levada a votação mostra que não há duvida quanto a qualquer aspecto da decisão a ser tomada.

VI.1.3 - Da Obediência às Decisões Tomadas nas Reuniões do Sindicato

A partir dos depoimentos prestados, verificou-se que as decisões tomadas pelos associados no sindicato eram efetivamente cumpridas pelos sindicalizados, como bem demonstram os seguintes depoimentos: Carlos Ulhoa Fonseca, vice-presidente do Sinpetro/DF em depoimento feito as fls.1235/1238 afirmou que: "... nos temos estatutários, as decisões são tomadas em assembléias, ordinárias ou extraordinárias, e devem ser cumpridas por todos os associados".

Também nos mesmos termos, às fls.1240/1242, o diretor do Sinpetro/DF em depoimento, afirmou que:"... uma decisão tomada em assembléia geral, em principio deve ser respeitada pelos filiados,...".

Às fls. 1248/1250, o representante da Rede Igrejinha, Wladecy Pereira da Silva, afirmou que: "... uma decisão tomada em assembléia deve ser respeitada pelos filiados. Que não sabe se existe previsão de alguma providencia por parte do sindicato, no caso de um filiado descumprir uma decisão tomada em assembléia".

Logo, não há a necessidade de haver uma sanção do sindicato no caso de descumprimento de uma decisão, visto que o prejuízo comprometeria a própria categoria. Assim, a obrigatoriedade das decisões tomadas pelo sindicato é insita à própria função que o mesmo assume em relação aos seus membros.

VI.1.4 - Do Conhecimento das Decisões Tomadas em Reuniões pelos Associados

Em relação à publicidade das decisões tomadas no sindicato, verificou-se que era prática corrente a comunicação a todos os associados ausentes e presentes dos atos ocorridos nas reuniões.

Afirmou o vice-presidente do Sinpetro/DF, as fls. 1235/1238: "... a publicidade das decisões tomadas em assembléia, normalmente são encaminhadas via fax ou pelo correio".

Do mesmo modo, as fls. 1244/1245, o diretor do Sinpetro/DF, Wanderley Gonzaga Jaime, declarou que: "... as decisões do Sindicato são comunicadas por fax, pelo correio ou por telefone, dependendo do número de filiados participantes da reunião".

Sem contrariar o entendimento acima, às fls. 1251/1253, o Sr. Luiz Imbrosi Filho em nome da Rede Gasol, afirmou que"... o sindicato envia correspondência comunicando os seus filiados das decisões tomadas em suas reuniões".

Diante de tais declarações torna-se pacífico que, embora nem todos os membros do sindicato estejam presentes às reuniões, todos são devidamente comunicados pelo sindicato das decisões ali tomadas.

VI.2 - Da Restrição à Entrada de Concorrente no Mercado de Revenda de Combustíveis

Dentre as imputações que recaem sobre as Representadas no presente Processo Administrativo, analisemos nesta oportunidade a infração tipificada no artigo 21, incisos II, IV e V, c/c o artigo 20, inciso I, II e IV da Lei nº 8.884/94, correspondente à restrição à entrada da empresa Carrefour no mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal. Resta, então, apreciar as seguintes questões: a) se houve efetivamente deliberação para que fossem tomadas medidas contrárias ao ingresso de novo concorrente no mercado de combustíveis do Distrito Federal; b) se houve a participação das três representadas no conluio; c) se a conduta em questão tinha o potencial de incidir nos efeitos descritos nos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94. Passo a enfrentar tais questões.

VI.2.1 - Do Acordo para Impedir a Entrada de Concorrente no Mercado de Revenda de Combustíveis do Distrito Federal

A existência do acordo restou plenamente comprovada. Na ata de reunião da Assembléia Geral Extraordinária do Sinpetro/DF (AGE), ocorrida no dia 18.04.94 (fls. 87/90) e na qual estiveram presentes os representantes das redes Igrejinha e Gasol, consta o seguinte registro:

" O Senhor Carlos disse que temos de continuar trabalhando para impedir o deferimento do pedido do Carrefour". (fl. 88)

A partir desse trecho, muito embora a Rede Gasol tenha alegado serem "raras" e "eventuais" as discussões a respeito do Carrefour, verifica-se o empenho contínuo por parte dos participantes da reunião no sentido de barrar sua entrada.

Com efeito, diversos foram os debates sobre a questão Carrefour com participação geral dos membros do sindicato, conforme depreende-se das atas de reuniões da Diretoria e da AGE do Sinpetro/DF, bem como dos registros acostados aos autos, verbis:

"Em seguida o Sr. Souza comentou sobre a matéria publicada em 06.06.94, pelo jornal 'O Globo' com a seguinte manchete: 'Supermercados recolhem cada vez menos ICMS no Rio', e alertou que a Shell deixou transparecer que a Ipiranga deseja abrir Posto CARREFOUR. O assunto foi bastante debatido (...)" _ Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF (fls.115/116), de 11.07.94. (Presentes os representantes das Redes Igrejinha e Gasol; negritamos e grifamos).

"O Senhor Presidente comentou sobre a aprovação da construção do Posto da Rede 'Carrefour' tendo sido discutido conseqüências e soluções para o seu impedimento" _ Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF (fl. 130), de 22.08.94. (Presente o representante da Rede Igrejinha; negritamos).

"Posteriormente houve um longo debate sobre (...) bem como sobre o caso 'Carrefour'" _ Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF (fl. 133), de 05.09.94. (Presentes os representantes das Redes Igrejinha e Gasol; negritamos).

"esse assunto foi levado ao Sinpetro, a época, para uma discussão normal entre os seus associados, que se sentiram lesados diante das circunstâncias com que a rede Carrefour estaria tentando entrar no mercado" 20. (negritamos)

"a (sic) mais de 10 anos exerce a função de diretor do Sinpetro (...) o depoente não se recorda exatamente o ano em que foi discutido no sindicato a questão do Carrefour ingressar no mercado de combustíveis no DF, mas que se

recorda que tal questão foi discutida em várias reuniões" (21). (negritamos e grifamos)

Nota:

(21) Depoimento da testemunha Sérgio Perrenoud Vignoli (fls. 1240/1242).

"há 04 anos exerce a função de Diretor do Sinpetro (...) havia comentário que o Carrefour iria instalar um posto em local proibido pela legislação local" (22). (negritamos)

Nota:

(22) Depoimento da testemunha Wanderley Gonzaga Jaime (fls. 1244/1245).

"era discutida a questão do Carrefour querer ingressar no mercado sem participar de licitações públicas" (23). (negritamos)

Nota:

(23) Depoimento da testemunha Wlaldecy Pereira da Silva - Rede Igrejinha (fls. 1248/1250).

"não tem conhecimento de quem levou a questão do Carrefour ingressar no mercado de revenda de combustíveis a debate no Sinpetro. Que o assunto surgiu com discussões (comentários) entre todos os revendedores" (24). (negritamos e grifamos)

Nota:

(24) Depoimento do Presidente do Sinpetro/DF, Carlos Alberto Recch (fls. 1254/1257).

"Em seguida, foi enfatizado sobre o caso Carrefour, tendo sido lido o ofício enviado a Sra. (...) da Secretaria de Viação e obras, ficando acertado entrar em contato com aquela Secretária" Ata de reunião da AGE do SINPETRO/DF (fl. 143), de 10.10.94. Presente o representante da Rede Gasol. (negritamos e grifamos)

E como expôs a própria Rede Gasol em suas alegações finais:

"o que restou acertado naquelas atas não foi a tentativa de impedir que o Carrefour entrasse no mercado de combustíveis, mas sim que ingressasse com preços muito inferiores aos preços praticados no mercado (...)". (negritamos)

VI.2.2 - Da Pressão junto a Membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo do DF

O trecho extraído da ata de reunião da AGE ocorrida em 18/04/94, acima colacionado, não somente comprova o envolvimento e a aprovação dos membros do sindicato (utiliza-se o eloqüente vocábulo "acertado"), como também expõe a questão da pressão sobre parlamentares e membros do Executivo do DF com o objetivo de barrar a entrada de concorrente, cuja comprovação constitui objeto do presente item.

A atuação sobre o Poder Executivo fica clara quando observamos os seguintes fatos. Em primeiro lugar, há ofício enviado pelo Sinpetro/DF ao Secretário de Viação e Obras, cujo teor contempla a restrição à entrada do Carrefour, verbis:

"Conhecedores da legislação em vigor, sentimo-nos no dever de, em defesa dos 187 Postos de Gasolina existentes no DF, esclarecer a V.Sa., os danos que poderão ocorrer se tal concessão for permitida" (25). (fl. 380).

Nota:

(25) Ofício nº 006/94 de 11.03.1994, assinado pelo Presidente do Sinpetro/DF Carlos Recch (fls. 380/381).

Ainda no referido ofício, os postos informam que as áreas nas quais o Carrefour pretende instalar postos "encontram-se bem servidas" e, após arrolar alguns dos postos então existentes, completa: "não justificando a instalação de novos postos, uma vez que os existentes encontram-se devidamente estruturados para prestar todos os serviços aos usuários" (fl. 380). E conclui:

"Outrossim, entendemos que o interesse de Supermercados na comercialização de combustíveis restringe-se a âncora promocional para venda de seus produtos, o que com certeza irá desestruturar a rede de Postos existentes (...) esperamos de V.Sa. (...) as adequadas e prontas providências para barrar a descabida e ilegítima pretensão do CARREFOUR". (negritamos e grifamos; fl. 381)

Em reuniões de Diretoria, o conteúdo do ofício foi lido e o seu envio comunicado.

"(..) o Sr. Presidente saudou os presentes e informou de que enviou o nosso ofício nº 006/94 SINPETRO/DF, ao Secretário de Viação e Obras, e procedeu a leitura do seu teor" (26).

Nota:

(26) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF (fl. 83), de 28.03.94. Presente o representante da Rede Gasol.

"O Sr. Carlos procedeu a leitura do ofício enviado ao (...), Secretário de Viação e Obras e em seguida (...)" (27). (negritamos)

Nota:

(27) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 09.05.94 (fls. 93/94). Presentes os representantes das Redes Igreja e Gasol.

Buscou-se, ainda, a realização de audiências com os funcionários pertencentes àquele órgão:

"O Senhor Presidente informou sobre a audiência prevista para às 16:30 horas do dia 08 de março de 1994, com o Secretário de Viação e Obras do DF, (...), na qual será enfocada a pretensão da Rede de Supermercados Carrefour, no sentido de obter a transformação do uso de parte de seus pátios de estacionamento para construção de Postos de Gasolina" (28). (negritamos)

Nota:

(28) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 07.03.94 (fl. 75). Presentes os representantes das Redes Igreja e Gasol

"Posteriormente o Sr. Presidente comentou sobre o caso CARREFOUR e o Sr. Clarindo Rocha propôs conversar com a Senhora (...) _ Secretária-adjunta de obras do DF, no sentido de evitar a entrada daquela rede de supermercados no segmento da revenda" (29). (negritamos e grifamos)

Nota:

(29) Ata de reunião da AGE do SINPETRO/DF, de 18.07.94 (fl. 118). O citado Sr. Clarindo Rocha é proprietário do Posto Ceilândia, o que já ilustra a intensa participação dos componentes do sindicato na perseguição de seus objetivos.

Saliente-se, ainda, que os membros do Sindicato expediram ofícios a outras autoridades do Poder Executivo, como fica claro nas Atas de Reuniões da Diretoria do Sinpetro/DF:

"O Senhor Presidente informou a todos sobre a pretensão da rede de Supermercados Carrefour, de construção, em parte dos seus pátios de estacionamento, de Postos de Gasolina. Sobre este assunto foi sugerido apresentação de Ofício ao Governador, solicitando providências no sentido de indeferir o pedido daquela rede de Supermercados" (30). (negritamos e grifamos)

Nota:

(30) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 21.02.94 (fl. 68).
Presente o representante da Rede Gasol.

"CARREFOUR _ O Senhor Marcos falou com o Governador (...) que o Sindicato estava formando uma comissão e iria marcar uma Assembléia em seu Gabinete. O Governador esclareceu que não seria necessário e que iria tomar providências contra a pretensão daquela Rede de Supermercados" (31). (negritamos e grifamos)

Nota:

(31) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 28.02.94 (fl. 71).
Presente o Representante da Rede Igrejinha. O senhor Marcos, acima mencionado, representa o B-4 Auto Posto.

"O assunto foi bastante debatido, tendo sido sugerido pelo Sr. José Carlos uma audiência com o Governador do DF" (32).
(negritamos)

Nota:

(32) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 11.07.94 (fls. 115/116).
Presentes os representantes das Redes Igrejinha e Gasol. Mencionado Sr. José Carlos representa o Posto dos Anões.

Transcrevo, ainda, a disposição encontrada em ata de reunião da AGE:

"(...) concedeu a palavra ao Deputado (...), que dirigiu-se aos presentes, externou sua preocupação sobre o caso Carrefour ao mesmo tempo que lamentou sua ausência a reunião prevista com o Sr. Carlos no Posto Nenen's Chopp (...) O Deputado enfatizou sobre a 'união' que deve existir entre os Revendedores; que a 'margem é pequena pela responsabilidade que temos'; que o Carrefour não precisa de combustíveis para sobreviver; que ele e o Deputado (...) mantiveram contato com o Governador do DF, e que o Sindicato Laboral deveria entrar nesta luta, tendo em vista demissões dos trabalhadores, caso o Carrefour se estabeleça (...) Por último o Deputado agradeceu a oportunidade e enfatizou mais uma vez o digo sobre o 'Espírito de União da classe' para que não haja guerra interna, acrescentando: 'não existe guerra entre as Distribuidoras'. O Sr. José Carlos agradeceu a presença honrosa do Ilustre Deputado e fez chegar as suas mãos as matérias publicadas (...) com os títulos Supermercados recolhem cada vez menos ICMS no Rio e Empresas não estão pagando a COFINS; visando apreciação e providências junto ao Governador do DF. Logo após mencionou a presença do Sr. Clarindo, candidato suplente a Senador, que está tomando providências sobre o churrasco previsto (...) com a presença dos candidatos do GDF, onde poderão ser tratados, dentre outros, os seguintes assuntos: Carrefour (...)" (33).(negritamos)

Nota:

(33) Ata de reunião da AGE do SINPETRO/DF, de 25.07.94 (fls. 122/123).
Presentes os representantes das Redes Igrejinha e Gasol.

O texto acima transcrito também comprova a pressão realizada junto a membros do poder legislativo. Não obstante, cabe destacar, através da colação de diversas outras disposições constantes das atas, a persistência dos concertantes em recorrer aos citados parlamentares no intuito de triunfar na tentativa de barrar a entrada do Carrefour:

"O sr. José Carlos acrescentou: - Nossa idéia é essa: padrão único, mencionando os nomes dos Deputados (...), que poderiam dar todo apoio ao nosso ideal" (34). (negritamos)

Nota:

(34) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 28.03.94 (fl. 83). Presente o representante da Rede Gasol. O citado Sr. José Carlos representa o Posto dos Anões.

"O Sr. Carlos disse que iria marcar audiência com os Deputados (...)" (35). (negritamos)

"O Senhor Presidente (...) informou da possibilidade da presença do Deputado (...), à presente reunião, tendo sido adiada para o próximo dia 25 de julho vindouro" (36). (negritamos)

Nota:

(35) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 11.07.94 (fls. 115/116). Presentes os representantes das Redes Igreja e Gasol. O referido Sr. Carlos é o presidente do Sindicato.

(36) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 20.07.94 (fl. 119). Presentes os representantes das Redes Igreja e Gasol.

Resta, assim, cláussimo que os representados, em conjunto com outras redes de gasolina do Distrito Federal efetivamente fizera gestões intensas e profundas, previamente acordadas, junto a autoridades do Poder Executivo e do Poder Legislativo do Distrito Federal, para que se impedisse o ingresso de concorrente no mercado, temerosos de que ele pudesse praticar preços mais baixos do que os executados por eles.

VI.2.3 - Do Envolvimento Direto na Edição da Lei nº 2.526/00

Tal foi o empenho dos concertantes no anseio de excluir qualquer possibilidade de ingresso do Carrefour, que chegaram a sugerir uma minuta de Projeto de Lei que proibisse a construção de Postos de Gasolina em pátio de hipermercados e outros, bem como debater a respeito dos seus termos, verbis:

"O Senhor Carlão disse que, do seu ponto de vista, só há uma saída para esse problema, enviar uma cópia, ao Secretário (...) da Lei proibindo a construção de Postos em pátios de Supermercados" (37). (negritamos e grifamos)

Nota:

(37) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 28.03.94 (fl. 83). Presente o representante da Rede Gasol. O citado Sr. Carlão é presidente do Sinpetro/DF.

"O assunto foi bem aceito por todos, sugerindo-se, em seguida, uma minuta de projeto de Lei, proibindo a construção de Postos de Gasolina em pátio de supermercados" (38). (negritamos e grifamos)

Nota:

(38) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 04.04.94 (fl. 85). Presentes os representantes das Redes Igreja e Gasol. Sublinhe-se, mais uma vez, ser facilmente perceptível a ocorrência de consenso geral para a adoção da prática anticoncorrencial, aspecto ao qual deve se atribuir importância quando da apuração da responsabilidade pela infração.

"O Sr. Carlos (...) submeteu a (sic) apreciação dos presentes uma minuta de projeto de Lei referente proibição da construção de postos em áreas de grande aglomeração, tais como cinema, igrejas e comércio de uma maneira geral, devendo-se ser observado um afastamento de 500 metros dessas áreas. O sr. Carlão não concordou, e deu a seguinte sugestão: art. 1º. Fica proibido a transformação ou extensão de uso de qualquer área para os fins de construção de Posto combustíveis. Art. 2º. A Terracap é a única empresa que poderá pleitear a criação dessas áreas e destinados, exclusivamente, através de licitações públicas. Art. 3º. A Terracap não poderá indenizar com terrenos os

postos de gasolina áreas que forem desapropriadas de outros donos de comércio" (39). (**negritamos**)

Nota:

(39) Ata de reunião da Diretoria do SINPETRO/DF, de 09.05.94 (fls. 93/94).
Presentes os representantes das Redes Igrejinha e Gasol.

Cabem aqui, quanto à alegação de que os representados estavam tentando evitar que o concorrente "burlasse a lei", entrando no mercado ao arre da legislação vigente, algumas considerações.

Em primeiro lugar, o que se extrai das atas são considerações quanto ao perigo da entrada de um concorrente diferenciado, combinando-se e concretizando-se pressões sobre autoridades para impedir a sua entrada se efetivasse. Não se extrai, assim, do teor das atas qualquer preocupação com a higidez do ordenamento jurídico distrital, mas apenas com a entrada de concorrente que pudesse diferenciar-se em relação ao padrão concorrencial estabilizado no mercado do Distrito Federal.

Em segundo lugar, cabe destacar as precisas considerações efetivadas pela SEAE, no sentido de não haver ilegalidade no pleito de empresas que exploram o setor de supermercados e hipermercados e desejam explorar o negócio de revenda de combustíveis:

"O Plano diretor do Ordenamento Territorial do Distrito Federal _ PDOT (Lei Complementar nº 17, de 28 de janeiro de 1997) é o instrumento básico da política territorial e de orientação aos agentes públicos e privados que atuam na produção e gestão das cidades e do Território do Distrito Federal (art. 1º). Com o intuito de garantir uma maior flexibilidade na definição de usos do solo no Distrito Federal, prevê instrumentos de política territorial e urbana que permitem esse fim".

A alegação das representadas acerca de seu interesse na questão, a defesa do Plano Diretor do Distrito Federal, não é, portanto, pertinente, uma vez que a suposta "rigidez" do uso do solo é plenamente passível de flexibilização por intermédio de instrumentos destinados para esse fim, conforme previsão legal.

A defesa do princípio da igualdade de condições de acesso à entrada no mercado por meio de licitação para aquisição do terreno destinado a instalação de postos de combustível, sustentado pelas representadas, também não é procedente. Conforme declarado pela Subsecretaria de Urbanismo e Preservação da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação do Governo do Distrito Federal, a forma de aquisição dos terrenos a postos revendedores de combustível pode ocorrer de duas formas: caso os terrenos forem patrimônio do Governo do Distrito Federal serão adquiridos mediante licitação pública; caso pertençam ao proprietário ou a terceiro, que seja destinado para outro fim, poderá ser alterada a finalidade do uso do solo mediante a aplicação do Instrumento de Outorga Onerosa da Alteração de Uso por meio de atos do poder legislativo (Projetos de Lei Complementar).

A Outorga Onerosa de Alteração de Uso do Solo constitui uma cobrança, mediante pagamento de valor monetário, pela modificação ou extensão dos usos e dos diversos tipos de atividades que os compõem, previstos na legislação de uso e ocupação do solo para a unidade imobiliária ou quaisquer dos seus pavimentos, que venham a acarretar a valorização dessa unidade imobiliária. É um instrumento da política territorial e urbana que permite o desenvolvimento de uma atividade não prevista para o fim da unidade imobiliária.

A atitude pleiteada pela Carrefour na extensão do uso do solo de seus estacionamentos para a implantação de postos de combustível, portanto, não estava revestida de qualquer ilegalidade, conforme pretendido pelas representadas. O pleito do Carrefour baseou-se na extensão do uso do solo mediante aplicação do Instrumento de Outorga Onerosa da Alteração do Uso do Solo, em razão dos terrenos em questão serem de propriedade particular e terem finalidade diversa da atividade pretendida. Conforme anteriormente mencionado, prescinde-se, nesse caso específico, da realização de licitação pública. O Anexo III descreve mais pormenorizadamente como se dá a alteração extensão do uso do solo no Distrito Federal.

Ademais, cumpre ressaltar que no processo nº 030.001.641/00, que versa sobre a solicitação do Carrefour para implantação de postos de gasolina nos estacionamentos de suas lojas localizadas nos Setores de Oficina Sul e Norte perante a Instituto de Planejamento Territorial e Urbano do Distrito Federal (IPDF), este manifestou-se favoravelmente à solicitação do Carrefour expondo que:

"(...) as normas de edificação, uso e gabarito para a área estão contidas na NGB 17/91, onde é permitido unicamente o uso comercial do tipo comércio de bens-atividade: hipermercado. No entanto, a definição de usos no Distrito Federal vem se configurando em uma maior flexibilidade de usos, onde observa-se a tendência de simplificar as Normas de Uso e Ocupação do Solo, restringindo-se as atividades em função do seu grau de incomodidade, principalmente com relação à proximidade de residências. Entendemos, portanto, que a atividade pleiteada é compatível com o setor no qual se insere.

Considerando, ainda a carência deste tipo de atividade no Setor, julgamos que o empreendimento em questão é de interesse coletivo, desde que aplicado o Instrumento de Outorga Onerosa de Alteração de Uso, cujo Projeto de Lei que o regulamentará, encontra-se em elaboração por parte da Gerência de Planejamento _ GEPLA/DIURB"

O IPDF salienta, ainda, que a proposta de alteração do uso fica condicionada aos pareceres técnicos dos órgãos responsáveis pela esfera ambiental, urbanística e de segurança, devendo ser apresentado pelo Carrefour, os seguintes documentos: 1) Memorial Descritivo do empreendimento; 2) Licença prévia por parte do IEMA; 3) Título de propriedade do imóvel; 4) Parecer favorável do Corpo de Bombeiros; 5) Consulta à CAESB, quanto à capacidade de abastecimentos" (40).

Nota:

(40) (Fl. 1100).

Em terceiro lugar cabe destacar que a pressão exercida foi pelo impedimento da entrada, pleiteando-se inclusive, a edição da lei que expressamente a proibisse, no que lograram êxito as representadas. Desta feita, pergunta-se: se havia tanta certeza na ilegalidade do pleito do concorrente, porque pressionar pela edição de lei que proibisse expressamente entrada de concorrentes do ramo do comércio atacadista?

Em quarto lugar, temos que o Sindicato e os postos sindicalizados jamais poderiam exercer a pressão que efetivaram junto a autoridades públicas, para limitarem a concorrência.

VI.3 - Da Participação dos Representados na Conduta em Questão

Não há qualquer dúvida quanto à efetiva participação do Sindicato na liderança da conduta investigada. Aliás, todos os pareceres são uníssonos quanto a isto e as atas transcritas não permitem qualquer dúvida.

Passo, então, a analisar se as outras duas representadas, Rede Gasol e Rede Igrejinha, também podem ser responsabilizadas pela conduta, como aduzem os pareceres da douta SEAE e do ilustre representante do Ministério Público Federal.

Em verdade, restou claro que todos os postos participantes das reuniões do Sindicato concorreram para a prática da conduta anticoncorrencial e deveriam, em princípio, ser responsabilizadas.

Com efeito, depreende-se das atas que houve diversas discussões a respeito das providências a serem tomadas para impedir a entrada de potencial concorrente, consoante confirmam depoimentos e registros nas atas, sobre os quais discorreu-se no item referente à existência de acordo para impedir o ingresso da rede de hipermercados. Nas colocações trazidas, verifica-se o envolvimento geral por parte de todos os membros da classe econômica reunidos no sindicato.

Ocorre que, por equívoco da autoridade instauradora, o presente administrativo foi instaurado tão somente em face das ora representadas, não envolvendo os demais postos de combustíveis que também tomaram parte na conduta concertada, restando impossibilitada a análise do mérito em relação a qualquer um deles. Determino, portanto, a remessa da presente decisão à Secretaria de Direito Econômico para que avalie a possibilidade de instauração de competente processo administrativo em relação aos demais postos de combustíveis estabelecidos no Distrito Federal, que tenham, de qualquer forma, tomado parte das condutas anticoncorrenciais presentemente analisadas.

De qualquer forma, o equívoco em não inserir a totalidade dos participantes do sindicato no pólo passivo do processo não pode levar à conclusão de que os representados possam ser eximidos de responsabilidade, mesmo que constatado seu envolvimento no acordo.

A respeito de suas participações, embora as Redes Igrejinha e Gasol as neguem, do levantamento das atas acostadas aos autos observa-se a assiduidade no comparecimento de ambas nas reuniões de Diretoria e da AGE, nas quais foi discutida a questão Carrefour. E sublinhe-se: ambas compunham a Diretoria do Sinpetro/DF à época da infração.

Das 46 atas, uma delas foi apresentada em duplicidade, enquanto outra registra reunião entre os sindicatos profissional e econômico da atividade econômica de que se trata. Deste modo, de um total de 44 atas, 24 são de reunião de Diretoria e 20 são de AGE. Tomando-se esse universo, faz-se a seguinte constatação:

Reuniões de Diretoria - Total: 24

REPRESENTADA	Nº DE REUNIÕES EM QUE ESTEVE PRESENTE	%
Rede Igrejinha	14	58,33
Rede Gasol	15	62,50

Reuniões da AGE - Total: 20

REPRESENTADA	Nº DE REUNIÕES EM QUE ESTEVE PRESENTE	%
Rede Igrejinha	14	70
Rede Gasol	17	85

Não restam dúvidas da grande participação de ambas nas reuniões sindicais, inclusive naquelas em que foi discutida a questão Carrefour, razão pela qual não podem se valer da alegação de não terem concorrido prática anticoncorrencial ali discutida.

REPRESENTADA	Nº DE REUNIÕES EM QUE ESTEVE PRESENTE	%
Rede Igrejinha	11	78,57

No que tange ao Sindicato, verifica-se que seu Presidente figurou como principal articulador do acordo. Em nome do Sindicato e em cumprimento à deliberações dos membros do sindicato, dentre os quais a Rede Gasol e a Rede Igrejinha, enviou ofícios e contactou diversas autoridades para que as empresas concertantes pudessem levar a efeito o seu objetivo de estabelecer barreiras à entrada no mercado para concorrentes diferenciados.

A frequência com que as reuniões foram efetivadas, a circunstância de que todas as decisões foram comunicadas aos sindicalizados e o fato dos Grupos Cascão e Igrejinha terem participado tanto da diretoria como da assembléia geral, inclusive na última com direito a vários votos, faz com que sejam desmentidos de forma cabal o argumento de ambas de que desconheciam e não tomaram parte nas decisões do Sindicato visando impedir a entrada de concorrente no mercado de combustíveis do Distrito Federal.

Impõe-se, nesse sentido, a responsabilização de todas as representadas pela infração ora comprovada.

VI.4 - Inocorrência de Aplicação Retroativa da Lei nº 8.884/94

Há, por fim, que ser afastada a tese que houve aplicação retroativa da Lei nº 8.884/94 para alcançar fatos anteriores à sua vigência. Há quatro fatores que afastam a possibilidade de acolhimento de tal alegação.

Em primeiro lugar, a leitura das atas demonstra que o concerto entre os integrantes do Sindicato, com intensa participação da Rede Gasol e da Rede Igrejinha, caracterizou-se como uma infração continuada. Com efeito, verifica-se que a prática concertada e a pressão sobre as autoridades do Poder Executivo e Legislativo perduraram pelo menos até o dia 10.10.94, data da última ata apresentada em que a questão Carrefour foi discutida. Trata-se de infração cuja execução prolongou-se no tempo, alcançando período posterior ao da promulgação da Lei nº 8.884/94.

Em segundo lugar, temos que as atas de 11.07.94, 20.07.94, 25.07.94, 22.08.94, 05.09.94 e 10.10.94 demonstram inequivocamente que em tais reuniões tratou-se intensamente da implementação de medidas aptas a impedir a entrada de concorrente no mercado. O teor de tais atas é suficiente, por si só, para demonstrar que houve continuidade da prática em data posterior à entrada em vigência da Lei nº 8.884/94.

Em terceiro lugar, como será demonstrado mais adiante, a conduta concertada dos postos pertencentes ao Sindicato surtiu efeitos plenos, havendo sido promulgada lei proibindo a instalação de postos em estacionamentos de hipermercados. A promulgação de tal lei deu-se em 2000, que é obviamente, data posterior à edição da Lei nº 8.884/94.

Em quarto lugar, temos que a Lei nº 8.158/91, (art. 3º, II, XV e XVI), e a Lei nº 4.137/62, (art. 2º) proibiam tais condutas, como fica claro na transcrição dos respectivos dispositivos legais abaixo elencados:

"Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta, ou prática tendo por objetivo ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

(...)

II _ limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado

(...)

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

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

"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 ao desenvolvimento de empresa".

Assim, neste particular, em nada inovou a Lei nº 8.884/94. Ou, em outras palavras, o acordo efetivado entre os postos de combustíveis liderados pelo Sinpetro/DF sempre configurou ilícito, infringindo o ordenamento jurídico nacional desde o seu início.

Por todos estes argumentos, não há que se falar em aplicação retroativa da Lei nº 8.884/94 no caso em tela.

VI.5 - Da Tipificação da Conduta

No caso sob análise resta patente que as condutas praticadas pelos representados possuíam o efetivo potencial de produzir os efeitos estabelecidos no art. 20, inciso I, II e IV da Lei nº 8.884/94, como será visto a seguir, bem como no artigo 21, incisos II, IV e V.

Primeiramente, tecerei considerações acerca dos tipos de barreiras à entrada no mercado para, posteriormente, proceder à análise das ações concertadas clássicas que implicam a criação de barreiras à concorrência e, ao final, identificar as especificidades da prática sob apreciação.

Distinguem-se as barreiras à entrada em (a) naturais, que surgem a partir das características próprias de determinado segmento de mercado, e.g., economias de escala, investimento inicial elevado, indisponibilidade de crédito, existência de custos irreversíveis; (b) decorrentes de ações concertadas entre empresas, e.g., acordos que visem à divisão de mercado,

fixação de preços; e (c) institucionais, impostas pelo Poder Público legislador e regulador, e.g., exigência de autorização para exercer determinada atividade econômica.

No presente processo verifica-se a presença de barreira resultante da ação concertada entre empresas, razão por que se faz necessário ater-se aqui à referida espécie. Numerosos são os exemplos de casos de cartéis enfrentados por órgãos de defesa da concorrência nacional e internacionalmente. Entendido como a ação concertada entre empresas com a finalidade de alcançar a eliminação da concorrência e a conseqüente maximização dos lucros, seja pela concentração horizontal ou pela integração vertical, o cartel tem sido universalmente encarado como uma das condutas anticoncorrenciais mais graves. Nesse sentido, confira-se o disposto no XXVIII Relatório Anual sobre a Política de Concorrência da Comunidade Européia, de 1998:

"Na tipologia das restrições de concorrência, os acordos e as práticas concertadas entre empresas sob a forma de acordos secretos constituem indubitavelmente o tipo mais prejudicial. Estas práticas concertadas agrupam muitas vezes um número importante de operadores econômicos de um determinado sector de actividade e têm por conseqüência uma incidência muito acentuada sobre os mercados em causa. Além disso, estes acordos dizem quase sempre respeito aos preços e conseguem deste modo falsear o jogo da concorrência de forma muito eficaz. A Comissão considera que face aos cartéis deve manifestar uma severidade particular (...)" (41).

Nota:

(41) XXVIII Relatório sobre a Política de Concorrência da Comunidade Européia, 1998, p. 26.

Retornando à questão da uniformização de condutas frentes ao mercado, constata-se que nos casos clássicos de cartel a barreira à entrada no mercado é criada de forma indireta, ou seja, a adoção daquela postura acordada leva ao fortalecimento dos concertantes os quais, conjuntamente, adquirem a posição de monopolistas e desfrutam de todas as vantagens que do monopólio decorrem, fechando o mercado em que atuam. Importante realçar que, para tanto, deve-se pressupor a existência de poder de mercado.

In casu, entretanto, analisa-se a formação de cartel que teve também por escopo impedir a entrada de potencial concorrente no mercado. A fim de alcançar esse objetivo, atuaram junto a membros do executivo e do legislativo para que não fosse autorizada a entrada de concorrente no mercado relevante, bem como fosse editada lei impeditiva de tal entrada, com o intuito de atendimento de seus interesses econômicos. Cabe ressaltar que, por visar à imposição de barreira à entrada no mercado, referida ação concertada configura ato discriminatório que prejudica a concorrência e afronta diretamente a Constituição Federal, no que tange aos seus princípios da isonomia, a livre iniciativa e defesa da livre concorrência.

De fato, constam dos autos provas suficientes para corroborar a pressão exercida pelas representadas sobre determinados parlamentares e membros do executivo do DF, bem como membros da Secretaria de Viação e Obras do DF, como intuito exclusivo de barrar a entrada do Carrefour no mercado de revenda de combustíveis.

Importante ressaltar que não se pretende aqui punir a atividade legislativa, já que entendo que a liberdade de se legislar é prerrogativa do Poder Legislativo, que não lhe pode ser retirada. Também não se trata de averiguar a conduta de nenhum membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo do Distrito Federal, dado que se está avaliando apenas a conduta de agentes econômicos privados. Tanto isto é verdade que não inclui em meu voto a menção a nenhum nome de autoridade constante nas atas, pois não se está em nenhum momento avaliando qualquer envolvimento destas autoridades na conduta em questão, pois elas não constam dentre as representadas. O que se pune aqui é a ação concertada dos representados no sentido de impedir a entrada de novo concorrente, agindo de forma concertada e exercendo grande e contínua pressão para que não fosse autorizada a entrada do concorrente do ramo do setor supermercadista.

Acentuo que sequer seria necessário que tal conduta surtisse efeitos concretos, como se vê da redação do caput do art. 20, o qual estabelece que, para a configuração de uma infração contra a ordem econômica, basta a potencialidade de um ato para gerar algum dos efeitos nele descritos(42).

Nota:

(42) Segundo o Conselheiro Thompson Andrade, no julgamento do Processo Administrativo nº 08000.007201/97-09, instaurado contra a Associação Médica Brasileira - AMB, no caso não se deveria questionar as intenções da AMB e o eventual sucesso obtido em suas empreitadas, mas verificar se a elaboração e divulgação das listas de honorários, especificamente, poderia, independentemente de culpa, ter como conseqüência uma infração à ordem econômica, ao falsear os mecanismos de formação de preços de serviços médicos. "Para tanto, é desnecessário que existam mecanismos formais de imposição aos demais concorrentes, bastando a possibilidade de facilitar a coordenação entre concorrentes".

Em outras palavras, não se exige que o efeito tenha sido alcançado para incidência do jus puniendi do Estado. Interessante as seguintes considerações efetivadas em Processo Administrativo analisado pelo CADE:

"... é preciso admitir que o art. 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos (...) concorrentes _ mesmo porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo -, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado..." (43)

Nota:

(43) (Conselheiro Ruy Santacruz - PA 08000.011520/94-40 CIEFAS/ Soc. Méd. de Alagoas). Destaco, também, as seguintes ponderações efetivadas no Processo Administrativo nº 08012.007620/97-49, relator Conselheiro Thompson Andrade: O CADE, entretanto, não se limita à contabilização dos danos causados. Ao contrário, aprecia também a potencialidade danosa dos atos praticados pelos agentes econômico, nos termos do artigo 20, da Lei nº 8.884/94 (...).

Neste sentido são as palavras do Professor Calixto Salomão Filho:

"... a lei brasileira não impõe a produção concreta de efeitos para caracterizar a ilicitude. Basta a potencialidade de sua ocorrência. Além disso, os efeitos (ou sua potencialidade) não são um critério único, mas apenas uma alternativa à existência da intenção (objetivo) de eliminar os concorrentes do mercado" (44).

Nota:

(44) FILHO, Calixto Salomão. "Direito Concorrencial _ As Condutas". São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 95.

Trata-se de disposição de suma importância, já que engloba não apenas os atos que efetivamente produziram efeitos, mas também aqueles que poderiam produzir tais efeitos, ainda que não tenham sido alcançados. Assim, não se exige a comprovação de que os efeitos foram efetivamente atingidos, mas apenas que possuam o potencial de sê-lo.

No entanto, no caso em questão os atos praticados surtiram efeitos concretos, pois o concorrente não logrou êxito na entrada no mercado relevante em questão, tendo sido editada lei que proíbe que concorrentes potenciais específicos adentrem o mercado de combustíveis do Distrito Federal.

A tipificação resta, assim, evidente. Transcrevo, a propósito, as disposições dos art. 21, IV e V da Lei nº 8.884/94:

"Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

II _ obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

(...)

IV _ limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V _ criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

(...)"

Por todo o exposto, verifica-se que as representadas praticaram a conduta anticoncorrencial descrita no artigo 21, incisos II, IV e V, da Lei nº 8.884/94, ao agirem conjuntamente com a finalidade de impedir a entrada do Carrefour no mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal, incidindo em infração à ordem econômica por atentarem contra a livre concorrência. Suficientes são as provas que corroboram a formação de cartel com o intuito de impedir a entrada daquela rede de hipermercados no segmento em que atuam, sendo que a ação concertada, que culminou com a edição da Lei nº 2.526/00, ocasionou danos não somente ao Carrefour, mas a outros potenciais concorrentes que ficaram impedidos de entrar no mercado.

Como a, efetiva tipificação de infrações contra a ordem econômica não se encontra no art. 21 da Lei nº 8.884/94, mas sim no art. 20 deste diploma legal. Resta analisar se tal conduta se enquadra na tipificação efetivada pelo art. 20 da Lei nº 8.884/94. É o que passo a fazer(45).

Nota:

(45) A este respeito, cumpre salientar as seguintes assertivas de Fábio Ulhoa Coelho: "A interpretação do art. 21 não pode ser feita de maneira isolada. As condutas descritivas nos vinte e quatro incisos do dispositivo não configuram, por si só, infração contra a ordem econômica. Para a caracterização do ilícito administrativo, é necessário que a conduta descrita tenha ou possa ter alguns efeitos precisamente delineados pela norma constitucional programada da legislação antitruste (art. 20, I, III)". Esclarece, assim, o ilustre professor que "haverá infração contra a ordem econômica apenas se a conduta descrita no art. 21 implicar de fato ou puder implicar em tese a eliminação da concorrência, o domínio de mercado ou o aumento arbitrário de lucros. Se a conduta em foco não produzir, mesmo potencialmente, qualquer um dos efeitos lesivos às estruturas do livre mercado não desejados pelo constituinte, ainda que represente o exercício do poder econômico não existirá ilegalidade". (in: Direito Antitruste Brasileiro _ Comentários à Lei nº 8.884/94, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 53).

Transcrevo, a propósito, a norma do art. 20, incisos I, II e IV da Lei nº 8.884/94:

"Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I _ limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II _ dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- IV _ exercer de forma abusiva posição dominante".

Resta absolutamente comprovado que o conluio efetivado pelos membros do Sindicato visava a impedir que fosse autorizada a instalação de posto de gasolina em estacionamento de hipermercado, ocasionando, em conseqüência nítida limitação à concorrência, pois um importante agente econômico deixou de entrar no mercado de revenda de combustível no Distrito Federal. A sua não entrada, assim, redundou nitidamente nos efeitos descritos no inciso I do art. 20 da Lei nº 8.884/94, na medida em que houve limitação, falseamento e prejuízo à estrutura concorrencial do mercado de revenda de combustível do Distrito Federal, que se viu privado da possibilidade de atuação de novo agente econômico em a região pouco atendida (fl. 1100) e com capacidade de praticar preços mais competitivos.

A constatação de que a conduta dos representadas incorreu no tipo descrito no art. 20, I já seria suficiente para embasar a conclusão sobre a efetiva prática de infração contra a ordem econômica.

Não obstante, a fim de reforçar a constatação acerca da caracterização da conduta como hipótese de infração contra a ordem econômica cumpre acentuar o seu enquadramento nos tipos dos incisos II e IV do aludido art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Com efeito, as representadas utilizaram-se, abusivamente, do seu inegável poder econômico (cujas demonstrações foram efetivadas no item V do presente voto), com o intuito de eliminar a possibilidade da concorrência potencial a ser exercida por redes de hipermercados. Nítido, assim, o enquadramento da conduta das representadas no tipo do inciso IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Finalmente, resta claro o efeito de dominação de mercado perpetrado com a prática da conduta. Ao impedir-se que concorrente diferenciado adentrasse o mercado relevante do Distrito Federal com a instalação de posto de revenda de combustível, os representados atingiram o efeito de perpetrar a estrutura concorrencial existente, altamente concentrada (tanto que apenas dois agentes econômicos, a rede Gasol e a rede Igrejinha detêm 40% da participação de mercado) e com condições propensas à prática de preços uniformemente elevados. Desta forma, nítido o enquadramento da conduta analisada no tipo do art. 20, inciso II da Lei nº 8.884/94.

VI.6 - Jurisprudência Comparada

Na Romênia caso semelhante de ação concertada visando a impedir a entrada de potenciais concorrentes no mercado foi objeto de apreciação pelo respectivo órgão competente para questões concorrenciais, sendo que esse, ao enfrentar o problema, decidiu pela condenação da representada, na forma transcrita:

"Associação Comercial dos Farmacêuticos Romenos

Seguindo a representação recebida de diversas pessoas, naturais e jurídicas que tem a intenção de entrar no mercado de distribuição de medicamentos contra os membros da Associação dos Farmacêuticos, que estão também presentes no mesmo mercado como empresários (clientes) e colocaram barreiras à entrada neste mercado, o Conselho de Concorrência abriu procedimento investigativo, que foi finalizado com a decisão tomada em Dezembro de 2000.

- 1)
 - a) (...)
 - A data aproximada do início do acordo entre os farmacêuticos existentes no mercado, que são também gerentes dentro da Associação Comercial dos Farmacêuticos da Romênia coincide com a data de (...)
 - b) As provas da colusão foram diretas, i.e., notas de critérios aprovados, motivação de recusa a submissão de aprovação, publicações sobre o fechamento do mercado de medicamentos, etc.
 - c) (...) Tendo em vista que a organização da estrutura da Associação Farmacêutica cobre todo o território da Romênia,

o acordo visou dividir este mercado entre os empresários (clientes) existentes, já que a entrada no mercado de novos competidores poderia diminuir o lucro existente entre os empresários já estabelecidos.

d) (sic) Sanções: A multa aplicada de acordo com a Competition Law foi calculada como um percentual sobre o lucro da Associação de Farmacêuticos (este lucro é diferente do lucro obtido pelos membros da associação enquanto empresários (clientes).

2.

(...)

(b) Os efeitos nos preços e vendas em função do fechamento do mercado para novos concorrentes não podem ser estimados neste caso. Por outro lado, é óbvio que através desta prática anticompetitiva os membros da Comissão Administrativa da Associação tiveram a intenção de eliminar concorrentes em potencial a fim de obter vantagens, afastando o interesse dos consumidores;

(c) A Associação foi declarada culpada, em função de:

- em conjunto com o Ministro da Saúde ter estabelecido o critério geográfico (...) e o critério demográfico (...) que foram regulamentados através de uma ordem ministerial;

- em conjunto com o Ministro da Saúde ter estabelecido através da mesma ordem que o estabelecimento de uma nova farmácia necessita da aprovação da Associação de Farmacêuticos que irá checar, dentre outras coisas, o preenchimento dos critérios acima mencionados;

- a Associação de Farmacêuticos também apresentaram, através de uma nota, outros critérios de aprovação, tais quais casos em que o direito de propriedade do farmacêutico sobre a sua própria farmácia não está legalmente garantido.

- a Associação de Farmacêuticos de alguns condados e Bucharest listaram as cidades nas quais o critério demográfico não mais permitia que nenhuma farmácia pudesse se estabelecer naquelas localidades.

- por razões diferentes, a Associação de Farmacêuticos recusaram a aprovação do estabelecimento de novas farmácias por empresários (clientes) que já eram proprietários de outras farmácias" (46). (negritamos e grifamos)".

Nota:

(46) Tradução livre Caso submetido pela Romênia ao "OECD Global Forum on Competition", realizado em 05.10.2001. Original em inglês disponível no endereço eletrônico www.oecd.org.

VI.7 - Da Inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 294/00

Entendo importante no presente voto, na linha do que efetivaram os pareceres da SEAE e da Procuradoria do CADE tecer considerações acerca da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 294/00. Chamo a atenção, porém, que tal constatação não pode ser entendida como censura ao Poder Legislativo do Distrito Federal ou qualquer forma de cerceamento à sua liberdade legislativa. Trata-se apenas de cumprimento de um dever do CADE (art. 7º, X, da Lei nº 8.884/94) no sentido de identificar normas que tragam restrições à livre concorrência e solicitar das autoridades competentes as medidas necessárias à higidez concorrencial. Feitos estes esclarecimentos, passo a tecer os argumentos para demonstração da inconstitucionalidade material da lei em questão.

Preliminarmente, sublinhe-se que a livre concorrência constitui princípio da constituição econômica e encontra fundamento no princípio constitucional da isonomia, princípio esse dirigido tanto ao legislador quanto aos particulares e a partir do qual depreende-se que deve ser assegurada a igualdade de condições de acesso ao mercado, repelindo-se qualquer tipo de restrição que imponha a discriminação não razoável de oportunidades. Portanto, qualquer que seja a lei editada, não poderá se ver revestida de constitucionalidade senão após a verificação de tal preceito. De fato, o artigo 170 da Constituição Federal dispõe:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

(...)"

V - defesa do consumidor"

Ainda, a Carta Magna em seu artigo 173, § 4º, preceitua, in verbis:

"Art. 173. (...)

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros".

Percebe-se, claramente, a grande preocupação existente no bojo das normas constitucionais no que concerne à liberdade de atuação no mercado e à preservação de um ambiente econômico sadio, com o escopo de que seja preservada a

sobrevivência das empresas atuantes no território nacional, dentro das condições normais de concorrência. Assevere-se, ainda, a efetiva preocupação da Constituição Federal com a defesa do consumidor, alçada à categoria de princípio conformador da ordem econômica (art. 170, V) e direito fundamental dos brasileiros (art. 5º, XXXII).

Por seu turno, o artigo 2º, § 3º da Lei Complementar/DF dispõe, in verbis:

"Art. 2º. A outorga onerosa da alteração do uso constitui-se em cobrança, mediante pagamento de valor monetário, pela modificação ou extensão dos usos e dos diversos tipos de atividades que os compõe, previstos na legislação de uso e ocupação do solo para a unidade imobiliária ou quaisquer dos seus pavimentos, que venham a acarretar a valorização dessa unidade imobiliária.

(...)

§ 3º Fica expressamente vedada a edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, shopping centers, escolas e hospitais públicos.

(...)"

Ora, o texto legal supra citado é claro, e não esconde o seu desígnio de limitar o mercado de revenda de combustíveis do Distrito Federal, restringindo os locais em que os postos podem ser instalados, vedando a possibilidade de potenciais concorrentes que visam ingressar de forma diferenciada no mercado de efetivamente vir a fazê-lo.

Assevere-se que o Supremo Tribunal Federal tem sido rigoroso na interpretação de leis que, sem uma motivação razoável, restringem a concorrência, valendo destacar o enunciado da Súmula 646, abaixo transcrito:

"Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área" (47).

Nota:

(47) Enunciado publicado no DJ de 09.10.03.

Destaco, a propósito, um dos acórdãos que embasou a edição da citada Súmula:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 1º DA LEI Nº 6.545/91, DO MUNICÍPIO DE CAMPINAS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA À INSTALAÇÃO DE DROGARIAS. INCONSTITUCIONALIDADE.

1. A limitação geográfica à instalação de drogarias cerceia o exercício da livre concorrência, que é uma manifestação do princípio constitucional da liberdade de iniciativa econômica privada (CF/88, artigo 170, inciso IV e § único c/c o artigo 173, § 4º).

2. O desenvolvimento do poder econômico privado, fundado especialmente na concentração de empresas, é fator de limitação à própria iniciativa privada à medida que impede ou dificulta a expansão das pequenas iniciativas econômicas.

3. Inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.545/91, do Município de Campinas, declarada pelo Plenário desta Corte. Recurso extraordinário conhecido, porém não provido" (48).

Nota:

(48) RE-199517 / SP Min. CARLOS VELLOSO Rel. Acórdão Ministro MAURICIO CORREA _ J. 04.06.1998 - TRIBUNAL PLENO DJ, DATA 13.11.98, p. 00015, EMENT VOL-01931-03, p. 00608.

Tal acórdão deixa absolutamente claro o posicionamento do STF no sentido de que a excessiva concentração de empresas, à medida que limita a possibilidade de livre concorrência, significa perigo à liberdade de iniciativa, por impedir ou dificultar a expansão de outras empresas(49).

Nota:

(49) Cumpre também recordar que diversos artigos da Lei nº 8.884/94 foram objeto de discussão em sede de ação direta de inconstitucionalidade, tendo sido negada a medida cautelar pleiteada. Assim, muito embora o mérito da ação ainda deva ser apreciado, em sede de cognição sumária o Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela compatibilidade dos preceitos

impugnados com a Constituição da República. Ver, a propósito, a ADI nº 1094-8/DF, relator Min. Carlos Velloso. Foram impugnados os seguintes artigos da Lei nº 8.884/94: art. 20, art. 23, I, art. 24, II e IV, art. 55, art. 64, art. 65 e art. 66.

Ademais, deve ser ressaltado que a restrição efetivada, além de incidir em afronta direta aos artigos 170, IV e V e art. 173, § 4º, viola o princípio da proporcionalidade, como passo a demonstrar.

Em primeiro lugar, cabe destacar o significado do princípio da proporcionalidade, bem sintetizado por Gilmar Ferreira Mendes:

"A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

Essa nova orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (Gesetzesvorbehalt) no princípio da reserva legal proporcional (Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes) (Pieroth e Schlink, Staatsrecht II _ Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 70), pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos (Geeignetheit) e a necessidade de sua utilização (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) (Pieroth e Schlink, Staatsrecht II _ Grundrechte, Heidelberg, 1988, p. 72)" (50).

Nota:

(50) Gilmar Ferreira Mendes, apresentação do livro O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, de Suzana de Toledo Barros, Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 13.

Em segundo lugar, cumpre acompanhar a evolução jurisprudencial do STF neste sentido. Costuma-se apontar a decisão exarada no RE nº 18.331, da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, como a primeira decisão que levou em consideração o critério da proporcionalidade, ao ressaltar que: "o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade" (51).

Nota:

(51) RE nº 18.331, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, RF 145 (1953), pp. 164 e segs.

Posteriormente o STF declarou a inconstitucionalidade de norma constante da Lei de Segurança Nacional, que obstava a que o acusado de prática de crime contra a Segurança Nacional desempenhasse qualquer atividade profissional ou privada (art. 48 do Decreto-Lei nº 314, de 1967). Entendeu o Tribunal que a referida restrição era desproporcional e, portanto, inconstitucional, por afronta ao direito à vida(52).

Nota:

(52) HC nº 45.232, Relator Ministro Themístocles Cavalcanti, RTJ, nº 44, pp. 322; 327-328.

Após a edição da Constituição Federal de 1998, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos e incisos da Lei nº 8.713, de 30 de setembro de 1993, que disciplinava a participação de partidos políticos nas eleições presidenciais. Na decisão de mérito, o Ministro Moreira Alves procedeu à associação do princípio da proporcionalidade com a cláusula do devido processo legal prevista no art. 5º, LIV, da Constituição. Destaco o seguinte trecho de seu voto:

"A meu ver, o problema capital que se propõe, em face dessa lei, é que ela fere , com relação a esses dispositivos que estão sendo impugnados, o princípio constitucional do devido processo legal.

A Constituição no seu art. 5º, inciso LIV _ e aqui trata-se de direitos não apenas individuais, mas também coletivos e

aplica-se, inclusive, às pessoas jurídicas - estabelece que 'ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal'.

Processo legal, aqui, evidentemente, não é o processo da lei, senão a Constituição não precisaria dizer aquilo que é óbvio, tendo em vista inclusive o inciso II do art. 5º que diz: 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei'.

Esse princípio constitucional, que tem a sua origem histórica nos Estados Unidos, lá é interpretado no sentido de abarcar os casos em que há falta de razoabilidade de uma norma. Por isso mesmo já houve quem dissesse que é um modo de a Suprema Corte americana ter a possibilidade de certa largueza de medidas para declarar a inconstitucionalidade de leis que atendem contra a razoabilidade.

Ora, esta lei, estes dispositivos que estão em causa são evidentemente dispositivos de exceção, no sentido de dispositivos ad hoc, tendo em vista a circunstância de que partem de fatos passados, já conhecidos pelo legislador quando da elaboração da lei, para criar impedimentos futuros e, portanto, para cercear a liberdade desses partidos políticos.

Ora, Senhor Presidente, em face disso, e não preciso estender-me mais a esse respeito, porque me basta esse aspecto, deixo de lado aquele outro problema mais delicado, que é o de saber se realmente a Constituição permite ou não que a lei estabeleça, para o futuro, restrições a esse nosso pluripartidarismo (...). Fico apenas nesse outro que é o da falta de razoabilidade desse princípio".

Transcrevo, ainda, trechos julgados mais recente, em que novamente foi feita referência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

"EMENTA _ Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e PARS., 25, PAR. 2., 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida(53).

Nota:

(53) STF _ Pleno ADIMC nº 855 _ Rel. Min. Sepúlveda Pertence _ DJU 01.10.93, p. 20212 Ement. Vol. 01719-9, p. 71

"EMENTA - Concurso público. Altura mínima. Requisito. Tratando-se de concurso para o cargo de escrivão de polícia, mostra-se desarrazoada a exigência de altura mínima, dadas as atribuições do cargo, para as quais o fator altura é irrelevante. Precedente (RE 150.455, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 07.05.99)(54).

Nota:

(54) RE 194952, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 11.10.2001, p. 18 Ement. Vol. 0247-03, p. 489.

No preciso ensinamento de Suzana Toledo de Barros:

"O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a adequação traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o pressuposto da necessidade é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela proporcionalidade em sentido estrito, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus" (55).

Nota:

(55) Op. Cit., p. 212.

No caso da Lei Complementar nº 294/2000, a proibição não é adequada aos fins colimados e muito menos necessária, pois medidas menos gravosas aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência poderiam ser adotadas a fim de preservar a segurança da população do Distrito Federal.

Com efeito, a completa proibição a instalação de postos de revenda de combustíveis não me parece adequada aos imperativos de segurança da população, pois ela não se figura indispensável aos imperativos da segurança da população do DF, pois para tanto bastaria que fossem estabelecidos rígidos padrões de garantia da segurança que, caso desatendidos,

gerariam a impossibilidade da concessão de autorização da instalação dos postos em estacionamentos. Assim, seria mais eficaz determinar que a autorização somente fosse efetivada caso atendidas medidas rigorosas de preservação da segurança (como distância mínima dos automóveis, padrões dos tanques, autorização do corpo de bombeiros, etc), e garantia de adequado abastecimento (como ao do tamanho da área destinada ao posto, número de bombas, etc.). Existindo medida mais eficaz que alcançasse o imperativo da segurança, resta claro que não havia a necessidade de se infringir os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, tornando patente também a violação ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Não se está dizendo com isso que o CADE não está sensível às questões relacionadas com o bem estar da população no que tange à saúde e segurança. Porém, como bem colocado no parecer da SEAE, cujo trecho se encontra acima transcrito, caberá às autoridades competentes determinarem as regras que deverão ser obedecidas a fim de que se preserve a população de qualquer efeito nocivo decorrente da instalação de postos de combustível em determinada localidade:

"A Supramencionada Lei Complementar Distrital estabelece uma restrição que inibe a liberdade de acesso ao mercado, ao vedar a edificação de postos de combustíveis nos estacionamentos de centros comerciais e de lazer do Distrito Federal. Antes, para que um empresário pudesse dispor de um terreno que não fosse destinado à construção de posto de combustível, deveria solicitar a alteração ou extensão do uso do solo perante o Governo do Distrito Federal, podendo lograr êxito segundo critérios de aprovação legalmente estabelecidos (vide Anexo III). Após a edição da Lei nº 2.526/00, e posteriormente a Lei Complementar nº 294, essa possibilidade foi extinta para supermercados, hipermercados, shopping centers, teatros, cinemas, escolas e hospitais, independentemente do interesse público vislumbrado.

Tal restrição foi apresentada na Câmara dos Deputados do Distrito Federal e justificada com base na necessidade de se garantir a segurança e o bem-estar de todos os sentidos da população, dado que os produtos comercializados são altamente inflamáveis e tóxicos. (...)

Não se pretende questionar, com esse parecer, a necessidade de se impor restrições legais ou regulatórias que visem garantir a saúde da população. No entanto, dois fatos devem ser mencionados nesse caso específico.

Em primeiro lugar, em geral, áreas destinadas a hipermercados são razoavelmente grandes, permitindo que, na eventual construção de postos, a área destinada a "conglomerados humanos" — mais especificamente as lojas — estejam localizadas a uma distância segura do local onde se armazena combustíveis. Caso a lógica proposta no texto da Lei Distrital tenha validade para Supermercados, o mesmo deveria ocorrer para outras regiões da cidade, ou seja, em qualquer local onde houver (ou puder haver acúmulo de pessoas) não poderiam ser construídos postos. O ponto fundamental seria garantir que haja normas rígidas de segurança como existem em outros postos localizados em outras localidades.

Em segundo lugar, convém ressaltar outro ponto de fundamental importância. A edição dessas normas é posterior à suposta conduta imputada às representadas. A vedação legal à alteração do uso do solo coincidente com o interesse do Grupo Carrefour ocorreu após as deliberações sob análise ocorridas no Sinpetro/DF. Além disso, como já destacado nesse parecer, em nenhum momento consta nas atas de reunião a que a Seae teve acesso uma preocupação com aspectos regulatórios de saúde pública. Ao contrário, evidencia apenas a preocupação com a entrada de um novo concorrente no mercado (concorrente esse que, como destacado pelas próprias representadas, tem a fama de propagar uma acirrada concorrência nas cidades onde abrem postos).

A restrição criada pelo Distrito Federal para a instalação de postos em hipermercados, portanto, aumenta e dificulta ainda mais a entrada no segmento analisado, ocasionando nítido prejuízo à concorrência". (Parecer da SEAE, fls. 15 e 16)

Assim, a desproporcionalidade entre a medida adotada e a lesão a que alegadamente se pretendia evitar resta patente, havendo uma indevida distribuição de ônus, violando frontalmente os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade ora invocados. Patente, portanto, a inconstitucionalidade da Lei Complementar/DF 294/00, em face à Constituição Federal de 1988.

Por fim, a ilustre Procuradoria do CADE acentua que, por se tratar de matéria de competência dos municípios, conforme dita a própria Carta Magna em seu artigo 30, incisos I e VIII, a Lei Complementar DF nº 294/200 não está abrangida pelo controle abstrato de normas perante a Constituição Federal. Porém, pode ser suscitado controle de sua compatibilidade com a Lei Orgânica do Distrito Federal, que também alberga a livre iniciativa e a livre concorrência como princípios formadores da Ordem Econômica do Distrito Federal. Reproduzo, por oportuno, o seguinte trecho do Parecer da Procuradoria do CADE:

"A Lei Complementar/DF nº 294/2000 apesar de conter dispositivo flagrantemente inconstitucional (art. 3º, § 2º), em clara ofensa ao art. 170 da CF/88, por tratar de matéria de competência dos Municípios (art. 30, incisos I e VIII da CF), não está abrangida pelo controle abstrato de normas em face da Constituição Federal.

A alternativa cabível seria a propositura de Representação de que postulasse a declaração de inconstitucionalidade da Lei em face da Constituição Estadual, no caso presente Lei Orgânica do Distrito Federal.

A lei de Organização Judiciária do Distrito Federal — Lei nº 8.185/99 expressamente admitiu o controle abstrato de normas, via ação direta de inconstitucionalidade, no âmbito do Distrito Federal.

Assim sendo, compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal a Adin ou ato normativo do DF em face de sua Lei Orgânica.

São legitimados para propor a Adin/DF (art.8º, § 3º da Lei nº 8.185/91):

- I _ o governador do Distrito Federal;
- II _ a mesa da Câmara Legislativa;
- III _ o Procurador-Geral de Justiça;
- IV _ a OAB, seção do DF;
- V _ entidades sindicais ou de classe;

VI _ partidos políticos com representação na Câmara Legislativa.

Nesta esteira, a Adin terá como fundamento jurídico a ofensa ao art. 158, inciso IV da Lei Orgânica do Distrito Federal, que expressamente consagra como princípio da Ordem Econômica do Distrito Federal a livre concorrência, verbis:

"Art. 158. A ordem econômica do Distrito Federal, fundada no primado da valorização do trabalho e das atividades produtivas, em cumprimento ao que estabelece a Constituição Federal, tem por fim assegurar a todos existência digna, promover o desenvolvimento econômico com justiça social e a melhoria da qualidade de vida, observados os seguintes princípios:

I _ autonomia econômico-financeira;

II _ propriedade privada;

III _ função social da propriedade;

IV _ livre concorrência;

V _ defesa do consumidor;

VI _ proteção ao meio ambiente;

VII _ redução das desigualdades econômico-sociais;

VIII _ busca do pleno emprego;

IX _ integração com a região do entorno do Distrito Federal.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão públicos, salvo nos casos previstos em Lei".

É evidente que não cabe neste voto adotar uma posição final quanto à natureza da lei em questão (ou seja, se foi editada para regular matéria de competência dos Estados ou dos Municípios). Com efeito, tal questão deve ser interpretada pelos entes legitimados à propositura de ação apta à declaração da inconstitucionalidade da indigitada lei.

Entendo, assim, pertinente que se envie cópia do presente voto ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal, para que tome as medidas que entender pertinentes. Deve ser enviada cópia igualmente ao Excelentíssimo Procurador-Geral da República, para que também tome as providências que entender cabíveis.

VII - DA SEGUNDA CONDUTA APURADA: ACORDO PARA A NÃO COMERCIALIZAÇÃO DE ÓLEO DIESEL ADITIVADO

Na Ata da Assembléia Geral Extraordinária do SINPETRO/DF ocorrida no dia 23 de maio de 1994 (fls. 99/100) restou estabelecido entre todos os membros do Sindicato que "após debate geral houve consenso no sentido de não trabalhar com o óleo diesel aditivado".

Dentre os presentes que constam em ata podemos listar os seguintes filiados ao Sindipetro/DF: Kaled Faraj _ Posto Faraj Combustíveis, Sergio Fernandes de Faria _ Posto Zillertal, Gilmar Souza Araújo _ Posto Núcleo, Dara T. Toledo _ Sam Remo Posto de Serviço, Luiz Roberto Rocha _ Posto Bracopel, Amador P. de Sousa _ Posto Planalto, Magda S. M. Barros _ Auto Shopping, Marcos Antonio Domingos _ B-4 Auto Posto, Braz A. Moura _ Posto JB, Roberto Regal _ Rodoposto RR, Heleno Vaz Mesquita _ Auto Shopping Park Way, Mauricio A. C. de Souza _ Posto Esso Guará, José Joaquim de Castro _ Posto Brasal, Manoel de Souza _ Posto 314 Norte Ltda., Marco Aurélio M. de Souza _ Posto Valparaíso Ltda., Carlos F. Rosas _ Rede Touring.

Segundo depoimento do presidente do SINPETRO/DF a disposição acima foi determinada em reunião que tinha como objetivo esclarecer aos associados o teor da portaria DNC nº 20 de 18 de maio de 1994, que dispõe sobre a obrigatoriedade de se vender produtos aditivados ao preço de produtos comuns caso o consumidor não possa optar, sob pena de aplicação de multa no valor de 5.000 UFIR. A necessidade da reunião deu-se em razão de alguns membros do Sindicato terem sido multados por só disporem de óleo diesel aditivado e não reduzirem o preço de venda ao do produto comum, como impõe a Portaria.

Em que pese a reunião ter sido convocada para esclarecer o teor da Portaria DNC nº 20, a decisão tomada pelos associados possui caráter anticoncorrencial e expressa de forma inequívoca a vontade dos associados de implementá-la. Essa afirmação encontra respaldo no fato de ter sido esta decisão tomada durante uma Assembléia Geral Extraordinária, e devidamente registrada em ata, caracterizando a formalidade do ato.

Nesse sentido, assinala Calixto Salomão Filho que:

"(os) documentos internos da empresa podem representar verdadeira intenção na medida em que essa tenha uma mínima capacidade de atingir os objetivos desejados. Admitida a racionalidade dos agentes econômicos, o maior indicio de que uma determinada conduta anticoncorrencial visa efetivamente a um objetivo anticoncorrencial é que seja possível atingi-lo. Assim, o círculo se completa a sua volta. Os efeitos (potenciais) levam às intenções, e vice-versa" (56).

Nota:

(56) FILHO, Calixto Salomão. "Direito Concorrencial _ As Condutas". São Paulo, Malheiros, 2003, p. 96.

É pacífico entre os doutrinadores que o acordo entre concorrentes para ser considerado uma conduta colusiva horizontal

com potencial anticoncorrencial (cartel), deve ter um conteúdo que torne previsível a política empresarial das empresas envolvidas e resulte em certa estabilidade quanto a sua durabilidade e efetividade(57).

Nota:

(57) JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz "Estudo, documentos, debates" _ Indício e Prova de Cartel. nº 24, São Paulo, FIESP/CIESP, p. 45.

De acordo com este entendimento ensina Calixto Salomão Filho:

"Existem casos, (...) em que do acordo e das intenções a ele implícitas é possível deduzir o risco para a concorrência. (...) Nessas hipóteses a possibilidade de obtenção desse efeito ulterior deriva de características específicas do acordo. São elas: (i) a estabilidade, i.e., sua permanência sobretudo se comparada a uma mera reação fática à conduta alheia que se verifica no comportamento paralelo intencional e (ii) seu conteúdo que deve tornar previsível a política empresarial das empresas envolvidas.

Em presença dessas características e admitida a teoria da incipiência, é preciso reconhecer que o acordo, mesmo em ausência de elementos estruturais a garantir de forma absoluta a dominação do mercado, cria o razoável risco de gera-la. Anunciada ou disponível aos concorrentes uma ou mais políticas empresariais de agentes econômicos, e havendo uma garantia de sua durabilidade, há um verdadeiro convite à adesão ao incipiente cartel" (58).

Nota:

(58) FILHO, Calixto Salomão. "Direito Concorrencial _ As Condutas". São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 305/306.

No caso em tela, pode-se afirmar que esses dois elementos foram verificados. Em relação ao conteúdo do acordo, resta claro que se objetivou a uniformização da conduta dos agentes em relação à venda de óleo diesel aditivado. Já, quanto à estabilidade, esta se verifica na medida que além de se tratar de um acordo formal, este foi ratificado pela a totalidade dos membros dessa categoria que é compreendida por 94,76% dos posto do Distrito Federal.

VII.1 - Da Implementação do Acordo

Apesar de não ser necessária a análise da ocorrência de efeitos concretos para a caracterização da ilicitude da conduta em questão, uma vez que a potencialidade de tais efeitos anticoncorrenciais já restou comprovada, passarei à análise dos dados que comprovam a implementação da conduta.

Segundo relatório enviado pelas distribuidoras de combustíveis, Shell, Ipiranga, Texaco e BR, a pedido do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, contendo o volume de vendas mensais de óleo diesel aditivado feitas para as revendedoras nos anos de 1993 a 1995, restou comprovada implementação do acordo ora analisado.

Com efeito, de todos os postos da bandeira Ipiranga que comercializavam normalmente o óleo diesel aditivado, em volumes razoáveis, tem-se que apenas dois continuaram a vender o produto após junho de 1994, sendo que todos os demais suspenderam a compra nesta data e até o final do ano de 1995 ainda não tinham retomado a atividade(59).

Nota:

(59) Informações prestadas pela distribuidora às fls. 1276/1277

Da mesma forma, os postos da Bandeira Shell interromperam drasticamente a compra do óleo diesel aditivado, sendo que em um universo de 21 postos que comercializavam o combustível, apenas um continuou a fazê-lo após junho de 1994. Dos demais, todos interromperam a compra no mês de junho de 1994, ficando demonstrado que onze deles não voltaram a comercializar o combustível pelo me nos até o final de 1995. Somente sete postos retomaram a comercialização do produto, descritos na tabela abaixo:

POSTO	INTERRUPÇÃO DA COMPRA	RETOMADA DA COMPRA
Posto Brasal	Junho de 1994	Agosto de 1994
Saída Sul Hospedagem	Junho de 1994	Setembro de 1994
Posto São Roque	Junho de 1994	Janeiro de 1995

Sem título1

San Remo Posto	Junho de 1994	Outubro de 1994
Asa Branca Com.	Junho de 1994	Fevereiro de 1995
LR Com.	Junho de 1994	Março de 1995
San Remi Posto	Junho de 1994	Junho de 1995

Importante ressaltar que na reunião realizada em 23 de março de 1994 estava presente pelo menos um representante de cada um dos postos listados acima.

Segundo parecer da SDE, às fls.1653, "dos 29 (vinte e nove) postos revendedores de óleo diesel aditivado das bandeiras Ipiranga e Shell, quase 90% deixaram de comercializar o produto no mês de junho de 1994, logo depois, portanto à reunião ocorrida no SINPETRO/DF". Logo, a partir dos dados apresentados, pode-se concluir que a prática colusiva foi implementada gerando efeitos anticoncorrenciais concretos.

Cumpra acrescentar que a demonstração da produção dos efeitos advindos do conluio para cessar a oferta de óleo diesel demonstra que o acordo não se resumiu à deliberação efetivada na reunião, mas se estendeu durante todo o segundo semestre do ano de 1994 e parte do ano de 1995. Neste contexto, resta claro que a conduta foi de caráter continuado, sendo praticada mesmo após a promulgação da Lei nº 8.884/94.

VII.2 - Da Tipificação da Conduta

O acordo efetivado entre os associados no sentido de não trabalhar com óleo diesel aditivado caracteriza a conduta exemplificada no art. 21 inciso, II da Lei nº 8.884/94(60). Em que pese a Constituição Federal garantir no seu art. 5º, inciso XVI, o direito de reunião e em seu art. 5º, XVII, a liberdade de associação, não admite que esses direitos sejam exercidos com o objetivo de se praticar condutas atentatórias à ordem econômica, como já esclarecido no início do voto.

Nota:

(60) "obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes".

Assim, no caso em tela, restou caracterizada a infração contra a ordem econômica, já que a associação entre os membros do sindicato visava a restringir a concorrência, de modo a impedir que aqueles que dispunham de meios para a comercialização tanto do óleo diesel aditivado quanto do comum não o fizessem, eliminando assim uma vantagem competitiva em relação aos demais, além de subtrair do consumidor o direito de optar por um produto de melhor qualidade.

A conduta ora analisada também se encontra descrita no exemplo do art. 21, inciso X, da Lei Antitruste, uma vez que impediu que fossem feitos investimentos em infra-estrutura por parte dos associados que não dispunham de condições físicas para a comercialização de óleo diesel aditivado. Evidentemente que a concorrência entre as empresas propicia incentivos aos aperfeiçoamentos tecnológicos, uma vez que o mercado consumidor tende a optar por empresas que investem em infra-estrutura e desenvolvimento de novas tecnologias visando propiciar ao público maior comodidade(61).

Nota:

(61) "Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição".

Assim, é certo que a necessidade de uma empresa investir em infra-estrutura e novas tecnologias é diretamente proporcional à sua vontade de permanecer no mercado, visto que ao se tornar obsoleta não terá condições de competir com as demais empresas.

Essa preocupação expressa-se em nível mundial como se pode apreender das considerações feitas abaixo:

"A pesquisa tecnológica é talvez a principal preocupação da política industrial da maioria dos países modernos. Nos países industrializados o desenvolvimento tecnológico de há muito já se transformou em sinônimo de competitividade internacional" (62).

Nota:

(62) FILHO, Calixto Salomão. "Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)". São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 119.

Deixo absolutamente claro de que no presente caso o que constitui infração contra a ordem econômica é o conluio, a uniformização da conduta. Não se puniria se cada agente econômico, isoladamente, sem prévio conluio e em momentos distintos, deixasse de ofertar o produto, pois esta decisão individual e isolada pertence a cada um. O problema foi que a quase totalidade dos agentes econômicos que ofertavam o produto deixou de fazê-lo de forma coordenada, o que causou inequívoca limitação na concorrência, havendo cessação substancial da oferta do produto, em nítido prejuízo ao consumidor. Caracterizou-se, assim, a hipótese do art. 20, I, da Lei nº 8.884/94(63).

Nota:

(63) Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I _ limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

Sobre esta questão, a SEAE assim se manifestou, in verbis:

"A questão a ser analisada nesse ponto específico, não se refere à prática de vender ou não o diesel aditivado. Decisões a respeito de práticas comerciais são únicas e exclusivas dos estabelecimentos. A questão relevante é o acordo estabelecido entre os concorrentes com o intuito uniforme de não oferecer o produto no comércio. Essa conduta adquire caráter ilícito quando decorre de um acordo entre os concorrentes com o objetivo de não competirem, prejudicando o livre mercado" (64).

Nota:

(64) Parecer da SEAE acostado aos autos, p. 14.

Logo, verificou-se que tanto a conduta como seu efeito concreto possibilitaram a caracterização da ilicitude do fato analisado, já que houve limitação, falseamento e prejuízo à livre concorrência, tipificando a conduta descrita no art. 20, I, da Lei nº 8.884/94.

Não há qualquer dúvida quanto à circunstância de que a conduta influenciadora dos Sinpetro/DF possuía o potencial de causar lesão à livre concorrência: foi determinada a adoção de prática comercial uniforme consistente na decisão de não se vender óleo diesel aditivado, fato este expresso em ata de reunião do sindicato. Além disso, resta clara a intenção deste representado em alcançar tais efeitos, dado que o Sindicato, sem qualquer dissimulação, orientava os seus filiados a adotarem tal conduta anticoncorrencial.

Entretanto, quanto às demais representadas, não se vislumbra que ambas tenham tomado parte desta prática. Isso porque, não obstante serem membros do sindicato, como visto anteriormente, não aderiram ao acordo ali firmado, não havendo, igualmente, assinado a lista de presença da ata em que o acordo de suspensão de fornecimento de óleo diesel, liderado pelo Sindicato, foi implementado.

De fato, pelos relatórios enviados pelas distribuidoras Ipiranga, Shell, Texaco, BR e Esso acostados aos autos(65), a Rede Igrejinha à época dos fatos possuía apenas um único posto que comercializava tal combustível, de bandeira Ipiranga, sendo que ele continuou a vendê-lo após a decisão tomada na reunião do Sinpetro/DF, conforme se depreende dos dados abaixo:

Nota:

(65) às fls. 1276/1277, 1288/1295, 1266/1297, 1397/1399, 1829, respectivamente.

- 5 postos de bandeira Ipiranga, sendo que somente um comercializava o produto e continuou a fazê-lo após a decisão do sindicato.

- 5 postos de bandeira Petrobrás, sendo que nenhum deles comercializava óleo diesel aditivado.
- 5 postos de bandeira Esso, sendo que pelo relatório enviado por esta distribuidora não é possível inferir se houve ou não interrupção na venda deste produto.
- 3 postos de bandeira Texaco, sendo que nenhum deles comercializava o produto.
- 1 posto de bandeira Shell, que não consta da relação de postos enviada por aquela distribuidora.

Ademais, segundo os mesmos relatórios acima listados, depreende-se que a Rede Gasol não comercializava óleo diesel aditivado à época da reunião, tendo iniciado a sua comercialização a partir do segundo semestre de 1994, conforme os dados abaixo:

- 48 postos de bandeira Petrobrás, que não comercializavam o produto à época da reunião e passaram a comercializá-lo na segunda metade do ano de 1994.
- 7 postos de bandeira Texaco, que não comercializavam o produto.
- 1 posto de bandeira Ipiranga, que não consta do relatório enviado por aquela distribuidora.

Da mesma maneira se manifesta a d. SDE, in verbis:

"Sobre a Rede Igrejinha, não restou configurada a adesão da mesma no acordo realizado, posto que pelo menos um de seus estabelecimentos adquiriu óleo diesel aditivado até setembro de 1994, deixando a partir desse mês de adquirir o produto.

Quanto à Rede Gasol, não restou configurado nos autos que a mesma deixou de comercializar o produto após o referido acordo".

Assim, ao contrário da conduta anterior, não há elementos que permitam concluir que as representadas Rede Gasol e Rede Igrejinha tenham tomado parte seja na decisão concertada, seja na sua implementação. Desta forma, outra alternativa não há senão o arquivamento do presente processo administrativo, no que tange a conduta de realização de acordo para a não revenda de óleo diesel aditivado, relativamente às representadas Rede Gasol e Rede Igrejinha. Recomendo, entretanto, que a SDE instaure processo administrativo para apurar a conduta dos representantes legais dos postos que participaram da reunião de deliberação da cessação de oferta de óleo diesel e implementaram tal prática.

De forma diversa, pelos argumentos expostos, o representado Sinpetro/DF enquadra-se perfeitamente na tipificação contida no art. 20, I c/c art. 21, II e X da Lei nº 8.884/94, devendo ser sancionado pela infração à ordem econômica cometida.

IX - SANÇÕES APLICADAS

IX.1 - Das Sanções Aplicadas pela Prática de Limitar a Concorrência Impedindo a Entrada de Novo Competidor no Mercado de Revenda de Combustíveis no Distrito Federal

Comprovada a ocorrência de infração contra a ordem econômica, uma vez que a conduta dos representados enquadra-se no tipo descrito no art. 20, I, II e IV combinado com o art. 21, II, IV e V da Lei nº 8.884/94, cumpre estabelecer as sanções, o que passo a fazer.

IX.1.1 - Sanções Impostas ao Sindipetro/DF

Com fundamento no art. 23, I e III, da Lei nº 8.884/94 c/c o art. 11 da Lei nº 9.021/95, imponho ao Sindicato multa equivalente 5% (cinco por cento) da sua receita bruta, excluídos os impostos, referente ao ano anterior à instauração do presente processo administrativo. Para a fixação de tal multa levei em consideração as agravantes do art. 23, a seguir expostas:

- I - a gravidade da infração: é extremamente grave a conduta de influenciar a adoção de conduta comercial uniforme.
- II - a boa-fé do infrator: não há como se imputar boa-fé à conduta do Sindicato. Assim, afasto tal circunstância atenuante.
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: o Sindicato buscou auferir nítida vantagem econômica aos seus filiados, consistente na proteção da estrutura do mercado, uma vez que sua conduta efetivamente impediu a entrada de novos concorrentes no mercado.
- IV - a consumação ou não da infração: por todas as evidências trazidas a infração não somente foi consumada como apresentou nítidos efeitos;
- V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: o grau de lesão foi máximo, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração.
- VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado: são claramente deletérios, devendo ser salientado que o cerceamento de entrada de novo concorrente no mercado gera diversos inconvenientes não só ao ambiente concorrencial, como também lesa, sobremaneira, os consumidores.

VII - a situação econômica do infrator: leva-se também em conta a situação econômica do infrator no cálculo da percentagem a ser aplicada.

VIII - a reincidência: a reincidência é o único fator agravante não presente. Inclusive, se houvesse reincidência, a sanção deveria ser aplicada em dobro, a teor do que estipula o art. 23, parágrafo único da Lei nº 8.884/94.

Adicionalmente, nos termos do art. 24, inciso III da Lei nº 8.884/94, determino que o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal _ Sinpetro/DF seja inscrito no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Determino, ainda, a imediata cessação da prática infrativa, abstendo-se o SINPETRO-DF liderar, ou participar de qualquer conluio entre os seus filiados, seja para evitar a entrada de outros competidores no mercado relevante do DF, seja para adotar conduta comercial uniforme.

IX.1.2 - Sanções à Rede Gasol

Com fundamento no art. 23, III, da Lei nº 8.884/94 c/c art. 11 da Lei nº 9.021/95, imponho à Rede Gasol multa equivalente a 5% de seu faturamento bruto, excluídos os impostos, referente ao ano anterior à instauração do presente processo administrativo. Para a fixação de tal multa levei em consideração as agravantes do art. 23, a seguir expostas:

I - a gravidade da infração: é extremamente grave a conduta de participar de combinação tendente a impedir o acesso de novo concorrente ao mercado, limitando a concorrência no mercado de combustíveis do DF.

II - a boa-fé do infrator: não há como se imputar boa-fé à conduta da representada. Assim, afasto tal circunstância atenuante.

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: a representada buscou auferir vantagem consistente no cerceamento à entrada de concorrente no mercado, o que preservaria a sua posição no mercado. Ademais, como destacado pela SEAE, a existência de menor número de concorrentes e, principalmente, de concorrentes de menor diversificação constitui fator facilitador para a prática de condutas colusivas.

IV - a consumação ou não da infração: por todas as evidências trazidas a infração não somente foi consumada como apresentou nítidos efeitos;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: o grau de lesão foi alto, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração.

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado: são claramente deletérios, devendo ser salientado que o cerceamento de entrada de novo concorrente no mercado geram diversos inconvenientes não somente ao ambiente concorrencial, como também lesam, sobremaneira, os consumidores.

VII - a situação econômica do infrator: ela é levada em conta tendo em vista que foi aplicada sanção compatível com a sua situação econômica e patrimônio, uma vez que a Rede Gasol, à época dos fatos, era a maior rede de distribuição de combustíveis do Distrito Federal.

VIII - a reincidência: a reincidência é o único fator agravante não presente. Inclusive, se houvesse reincidência, a sanção deveria ser aplicada em dobro, a teor do que estipula o art. 23, parágrafo único da Lei nº 8.884/94.

Nos termos do art. 24, inciso III, determino a inscrição da Rede Gasol no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Determino, ainda, a imediata cessação da prática infrativa, abstendo-se de estabelecer, com ou sem a intervenção do SINPETRO-DF, qualquer conluio com concorrentes, para evitar a entrada de outros competidores no mercado relevante do DF.

IX.1.3 - Sanções Aplicadas à Rede Igrejinha

Com fundamento no art. 23, III, da Lei nº 8.884/94 c/c art. 11 da Lei nº 9.021/95, imponho à representada Rede Igrejinha, multa equivalente a 5% do faturamento bruto, excluídos os impostos, referente ao ano anterior à instauração do presente processo administrativo. Para a fixação de tal multa levei em consideração as agravantes do art. 23, a seguir expostas:

I - a gravidade da infração: é extremamente grave a conduta imputada e comprovada em relação à requerente.

II - a boa-fé do infrator: não há como se imputar boa-fé à conduta da representada. Assim, afasto tal circunstância atenuante.

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: a representada buscou cercear à entrada de concorrente no mercado, o que preservaria a sua posição no mercado.

IV - a consumação ou não da infração: por todas as evidências trazidas a infração não somente foi consumada como apresentou nítidos efeitos.

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: o grau de lesão foi alto, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração.

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado: são claramente deletérios, devendo ser salientado que o cerceamento de entrada de novo concorrente no mercado geram diversos inconvenientes ao ambiente não só concorrencial, como também lesam, sobremaneira, os consumidores.

VII - a situação econômica do infrator: ela é levada em conta tendo em vista que foi aplicada sanção compatível com a sua situação econômica e patrimônio, uma vez que a Rede Igrejinha, à época dos fatos, era a segunda maior rede de distribuição de combustíveis do Distrito Federal, possuindo 19 postos revendedores.

VIII - a reincidência: a reincidência é o único fator agravante não presente. Inclusive, se houvesse reincidência, a

sanção deveria ser aplicada em dobro, a teor do que estipula o art. 23, parágrafo único da Lei nº 8.884/94.

Nos termos do art. 24, inciso III, determino a inscrição do Representado no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

Determino, ainda, a imediata cessação da prática infrativa, abstendo-se de estabelecer, com ou sem a intervenção do SINPETRO-DF, qualquer conluio com concorrentes para evitar a entrada de outros competidores no mercado relevante do DF.

IX.2 - Das Sanções Aplicadas pela Prática de Cessação de Venda de  leo Diesel Aditivado

Comprovada a ocorrência de infração contra a ordem econômica por parte do Sinpetro/DF, uma vez que o conluio entre diversos postos de revenda de combustível, por ele liberado, para suspender a venda de óleo diesel aditivado no Distrito Federal, enquadra-se no tipo descrito no art. 20, I, c/c o art. 21, II e X da Lei n  8.884/94, passo a especificar as sanções a serem efetivadas.

IX.2.1 - Das Sanções Aplicadas ao Sinpetro/DF

Com fundamento no art. 23, I e III, da Lei n  8.884/94 c/c art. 11 da Lei n  9.021/95, imponho ao Sindicato multa equivalente 5% (cinco por cento) da sua receita bruta, excluídos os impostos, referente ao ano anterior   instauração do presente processo administrativo. Para a fixa o de tal multa levei em considera o as agravantes do art. 23, a seguir expostas:

- I - a gravidade da infração:   extremamente grave a conduta de influenciar a adoção de conduta comercial uniforme.
- II - a boa-fé do infrator: não há como se imputar boa-fé   conduta do Sindicato. Assim, afasta tal circunstância atenuante.
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator: o Sindicato buscou auferir nítida vantagem econômica aos seus filiados, liderando-os em sua conduta de suspender, coordenadamente, o fornecimento de óleo diesel aditivado.
- IV - a consuma o ou não da infração: por todas as evidências trazidas a infração não somente foi consumada como apresentou nítidos efeitos.
- V - o grau de lesão, ou perigo de lesão,   livre concorrência,   economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros: o grau de lesão foi máximo, valendo destacar mais uma vez a gravidade da infração.
- VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado: são claramente deletérios, devendo ser salientado que a ausência de produto   disposi o para venda gera diversos inconvenientes ao ambiente concorrencial, como também lesa, sobremaneira, os consumidores e usuários finais.
- VII - a situa o econômica do infrator: ela   levada em conta na fixa o do percentual da multa a ser aplicada.
- VIII - a reincidência: a reincidência   o único fator agravante não presente. Inclusive, se houvesse reincidência, a sanção deveria ser aplicada em dobro, a teor do que estipula o art. 23, parágrafo único da Lei n  8.884/94.

IX.2.2 - Do Arquivamento em Rela o  s Redes Gasol e Igrejinha

Uma vez não que não restou comprovado o envolvimento das redes Gasol e Igrejinha no estabelecimento ou implementa o do acordo liderado pelo sindicato, a fim de que não se comercializasse óleo diesel aditivado no Distrito Federal, determino o arquivamento do processo administrativo em rela o a ambas, especificamente no que tange tal conduta.

Entretanto, determino a remessa dos presentes autos   Secretaria de Direito Econômico, para que proceda   apura o acerca da omissão da Rede Igrejinha em prestar as informa es a ela requeridas por aquela Secretaria, dado que nos termos do art. 26,   3  da Lei 8.884/94 cabe   autoridade requisitante a aplica o da multa prevista no caput daquele artigo.

VII.4 - Outras Determina es

Determino a publica o, em meia página do primeiro caderno e às expensas dos Representados, no jornal diário de maior circula o no Distrito Federal, por um período de dois dias seguidos, durante duas semanas consecutivas, no prazo de 15 dias a partir da data de publica o do acórdão, de extrato descritivo da decisão condenatória, de cujo teor não constará qualquer alusão ou opinião a respeito da decisão deste Conselho. O referido extrato deverá ser previamente submetido   aprecia o do Conselheiro Relator, ou, na sua ausência,   Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE _ CAD/CADE, em até sete dias após a publica o do acórdão.

O descumprimento das obriga es de fazer estipuladas no voto, bem como a ausência de cessação da conduta infrativa, sujeitará os representados ao pagamento de multa diária entre R\$ 6.000,00 (seis mil reais) e R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), incidente a partir do primeiro dia de atraso, até a data em que o órgão competente para a aplica o da sanção se tornar ciente do atendimento efetivo das condi es exigidas, nos termos do art. 26 da Lei n  8.884/94. A sua execu o será procedida segundo reza a Resolu o n  09/CADE.

Determino, ainda, a remessa de cópia do acórdão e dos votos deste Processo Administrativo   Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ao Ministério Público Federal, ao Ministério Público do Distrito Federal,   Secretaria da Receita Federal,   Agência Nacional do Petróleo - ANP, com as determina es e recomenda es nele contidas, para as providências de suas alçadas.

É como voto.

Brasília, 03 de março de 2004.

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER
Conselheiro-Relator