

A EXTENSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES DO SBDC SOBRE O CONTROLE DE PREÇOS

THE EXTENT OF THE EFFECTS OF DECISIONS OF SBDC ON THE CONTROL OF PRICES

Daniel Francisco Nagao Menezes¹

Resumo

A proposta do presente artigo é discutir a possibilidade de atuação do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) no controle dos preços dos produtos e serviços e, eventuais consequências sobre o controle da inflação. O estudo proposto tem por base o Processo Administrativo 08012.006516/2001-20 movido em face da Volkswagen do Brasil Ltda. para análise da prática de preços abusivos na cadeia de reposição de peças de veículos automotores. A intenção do artigo é demonstrar, com fundamento no Direito Constitucional, a possibilidade que as decisões do SBDC venham a interferir nas políticas governamentais de controle de preços aos consumidores finais, em contrariedade a Decisão do SDE no citado Processo Administrativo.

Palavras Chave: SBDC; Controle de Preços; Defesa da Concorrência.

Abstract

The purpose of this paper is to discuss the possibility of operation of the SBDC (National Competition Policy) in the control of prices of products and services, and possible consequences on inflation control. The proposed study is based on the Administrative Procedure 08012.006516/2001-20 moved in the face of Volkswagen do Brazil Ltda. for the analysis of abusive pricing in the chain of spare parts of motor vehicles. The intent of the article is to demonstrate, based on constitutional law, the possibility that decisions of the

¹ Advogado e Professor Universitário. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2002), especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente é doutorando em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie.

SBDC will interfere with government policies to control prices to final consumers, in contradiction to the decision of the Administrative Procedure mentioned in SDE.

Keywords: SBDC, Price Controls, Protection of Competition.

Introdução

O Brasil efetiva com a Constituição Federal de 1988 um modelo de intervenção do Estado no Domínio Econômico que permite uma gama de ações estatais para controle de uma série de questões econômicas. Dentre essas várias possibilidades que vão deste o monopólio estatal até o simples monitoramento de índices econômicos, encontramos a Defesa da Concorrência que, a partir de 1988 é tratada como Princípio da Ordem Econômica pelo art. 170, V da Constituição Federal.

No âmbito infraconstitucional é criado o SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cuja missão fundamental é a manutenção da competição entre os agentes econômicos no modelo econômico brasileiro. O SBDC, por sua vez, é formado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculado ao Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), vinculado ao Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

O problema a ser debatido no presente texto é se o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve se limitar a atuar somente na sua atividade fim (Defesa da Concorrência) ou, se suas decisões podem refletir em outras searas da Ordem Econômica, como por exemplo, o controle da inflação. A análise do problema implicará necessariamente no estudo da existência ou não de uma ordem econômica sistematizada na Constituição Federal e, a aplicação prática desta conclusão nas decisões do CADE.

O Modelo Sistemático da Constituição Federal

O sistema econômico capitalista, que sempre vigorou no Brasil, possui alguns elementos gerais com a existência de propriedade privada e livre iniciativa, questões estas que passaram a ser tratadas a partir do século XVIII como direito fundamentais individuais, bastando para tal comprovação uma leitura simples dos documentos no período constituinte norte-americano ou, das Declarações Universais pós Revolução Francesa.

Este modelo que inculcia os elementos básicos do sistema econômico capitalista nos direitos fundamentais individuais, por sua vez, jamais pode prescindir da presença do Estado para proteger o livre desenvolvimento dos princípios econômicos com a proteção da propriedade privada e garantia da execução forçada dos contratos – Tratava-se do Estado Liberal. A única função do Estado Liberal, no século XVIII, era garantir que nenhum dos direitos individuais, que na verdade, são os princípios econômicos capitalistas, seriam ameaçados.

Este modelo de Estado Liberal não é imune à críticas, principalmente ocorridas no século XIX, dentre elas a de John Stuart Mill² que já em 1848 defendia o protecionismo estatal no âmbito do comércio internacional para fins de desenvolvimento econômico. A Revolução Industrial por sua vez, é o episódio histórico que vem a demonstrar as contradições e falhas do Estado Liberal. Com a Revolução Industrial há a organização das massas trabalhadoras que passam a reivindicar a atuação do Estado no sentido de fornecer o que hoje denominamos de direitos sociais.

Num primeiro momento há a negação da prestação dos direitos sociais reivindicados com a proibição e criminalização dos movimentos operários, numa contradição com as liberdades (de reunião, associação e expressão) previstas das Declarações liberais. Já num segundo momento, diante de tais reivindicações e, diante do poder dos trabalhadores demonstrado durante a Comuna de Paris³ (1871), o Estado Liberal se reformula passando a não mais a liberalidade econômica, intervindo na economia através da regulação e, no âmbito social através da prestação de serviços públicos criando um protótipo do modelo de Estado Intervencionista.

A partir de então o Estado evolui acompanhando as mudanças sociais, tendo na I Guerra Mundial uma nova alteração substancial. Tal mudança ocorre principalmente devido ao fato da I Guerra Mundial, ser a primeira guerra total da história, na qual, todas as atividades econômicas e sociais são voltadas para a guerra. Toda a atividade econômica e social deve ser centralizada e controlada pelo Estado com um objetivo único de vencer a guerra, estendendo assim, o Estado, sua atuação, sobre todos os setores sociais.

² MILL, John Stuart. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social** (2 volumes). Introdução de W. J. Ashley; apresentação de Raul Ekerman; tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Economistas).

³ “Comuna de Paris é o nome dado à primeira experiência histórica de um governo proletário, ocorrida entre março e maio de 1871, na França. O movimento que levou à formação da comuna, entretanto, contou com a participação de outros extratos e segmentos político-sociais, como a pequena burguesia francesa, membros da Guarda Nacional e partidários do regime republicano, proclamado em setembro de 1870.” in ANGELO, Vitor Amorim de. Comuna de Paris – Conheça a Primeira Experiência de Governo Proletário. <http://educacao.uol.com.br/historia/comuna-de-paris.jhtm>. acessado em 31/03/2012.

Já a II Guerra Mundial amplia e aperfeiçoa o modelo de intervenção voltado para os esforços de guerra, principalmente criando ações estatais direcionais aos ex-combatentes, permitindo assim, a criação do Welfare State após o término do conflito. Com isso, as legislações pós segunda guerra tentam humanizar as relações econômicas e sociais, vinculando, na seara econômica a valorização do trabalho humano – e dignidade humana também, aos pilares do sistema econômico.

A Constituição brasileira de 1988, segue este caminho, criando todo um sistema econômico capitalista que tem os velhos pilares do liberalismo econômico do século XVIII porém, mitigados pela possibilidade de intervenção do Estado seja para garantir a sobrevivência do próprio sistema como para respeitar os direitos fundamentais. Assim leciona Tércio Sampaio Ferraz⁴ sobre a livre iniciativa no contexto atual:

“Nestes termos, o art. 170, ao proclamar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica está nelas reconhecendo a sua base, aquilo sobre o que ela se constrói, ao mesmo tempo sua conditio per quam e conditio sine qua non, os fatores sem os quais a ordem reconhecida deixa de sê-lo, passa a ser outra, diferente, constitucionalmente inaceitável. Particularmente a afirmação da livre iniciativa, que mais de perto nos interessa neste passo, ao ser estabelecida como fundamento, aponta para uma ordem econômica reconhecida então como contingente. Afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Isto não significa, porém, uma ordem do ‘laissez faire’, posto que a livre iniciativa se conjuga com a valorização do trabalho humano, mas a liberdade, como fundamento, pertence a ambos. Na iniciativa, em termos de liberdade negativa, da ausência de impedimentos e da expansão da própria criatividade. Na valorização do trabalho humano, em termos de liberdade positiva, de participação sem alienações na construção da riqueza econômica. Não há, pois, propriamente, um sentido absoluto e ilimitado na livre iniciativa, que por isso não exclui a atividade normativa e reguladora do Estado. Mas há ilimitação no sentido de principiar a atividade econômica, de espontaneidade humana na produção de algo novo, de começar algo que não estava antes. Esta espontaneidade, base da produção da riqueza, é o fator estrutural que não pode ser negado pelo Estado. Se, ao fazê-lo, o Estado a bloqueia e impede, não está intervindo, no sentido de normar e regular, mas está dirigindo e, com isso, substituindo-se a ela na estrutura fundamental do mercado”.

⁴ FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **A economia e o controle do Estado**, parecer publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", p. 50, em 04.06.1989, apud GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 232.

A simples reunião de livre iniciativa e dignidade do trabalho humano realizada no *caput* do art. 170 da Constituição Federal por si só já possui força suficiente para lastrear a afirmação que toda a ordem econômica brasileira funciona como um organismo integrado e, seus vários elementos somente tem sentido se pensados dentro deste todo.

Os princípios da ordem econômica previstos nos nove incisos do art. 170 da Constituição somente possuem sentido lógico se pensados conjuntamente. Assim, o conceito de soberania nacional de início já demonstra o controle do Poder Econômico pelo Poder Político (único efetivamente soberano) e a plena capacidade de intervenção do Estado na esfera da economia. A colocação concomitante de propriedade privada e função social da propriedade representa que a propriedade dos meios de produção permanece com o particulares porém, esta propriedade somente se justifica se inserida num contexto social que a justifique.

A livre concorrência prevista no inciso V do art. 170 da CF, praticamente é uma derivação da livre iniciativa, como já falou Eros Roberto Grau⁵:

"A afirmação, principiológica, da livre concorrência no texto constitucional é instigante. De uma banda porque a concorrência livre – não liberdade de concorrência, note-se – somente poderia ter lugar em condições de mercado nas quais não se manifestasse o fenômeno do poder econômico. Este, no entanto – o poder econômico – é não apenas um elemento da realidade, porém um dado constitucionalmente institucionalizado, no mesmo texto que consagra o princípio. (...) De outra banda, é ainda instigante a afirmação do princípio porque o próprio texto constitucional fartamente o confronta. A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – 'livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela' -, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal. Essa igualdade, contudo, é reiteradamente recusada (...). O que se passa, em verdade, é que é outro, que não aquele lido no preceito por quantos se dispõem a fazer praça do liberalismo econômico, o sentido do princípio da livre concorrência. Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento –compõe-se no primeiro. É que o poder econômico é a regra e não a exceção. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural. (...) Livre concorrência, então – e daí porque não soa estranho nem é instigante a sua consagração como princípio constitucional, embora desnecessária (bastava, nesse sentido, o

⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed.. São Paulo: Malheiros. 2000. p. 234.

princípio da livre iniciativa) –, significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública".

Os princípios da defesa do consumidor e do meio ambiente trazem a proteção as pontas do ciclo econômico, ou seja, a proteção do destinatário do ciclo produtivo isto é, o consumidor, evitando a sua superexploração pelo sistema econômico e; de outro lado a manutenção dos insumos produtivos evitando que os mesmos se esgotem (proteção ao meio ambiente) trazendo ainda a ideia de desenvolvimento sustentável isto é, a possibilidade de degradação do meio ambiente desde que reparado o dano ambiental.

A diminuição das desigualdades sociais muito mais que uma norma diretiva de cunho social, possui por fundo, a intenção de homogeneização dos mercados de consumo e produção, estando este artigo aguardando aplicação prática até a presente data.

A busca do pleno emprego e do tratamento privilegiado a pequena empresa são temas correlatos a questão do trabalho. Indubitavelmente o trabalho é questão crucial possuindo tratamento privilegiado em todas as concepções ideológicas de Davi Ricardo à Karl Marx. Embora pleno emprego seja algo impossível num sistema capitalista, vide a Lei de Ferro dos Salários de Davi Ricardo, a diminuição de seus efeitos deletérios são buscados pelo Estado embora quase impossíveis de se concretizar. O apoio e incentivo à micro e pequena empresa é no contexto trabalhista pois, são nas pequenas empresas que se concentram os maiores índices de emprego.

Ora, um sistema econômico que não tenha ao mesmo tempo regulação do trabalho, regras de uso da propriedade, regulação da produção (proteção ao consumidor), não pode ser considerado um sistema econômico.

Dos Instrumentos de Defesa da Concorrência

Um dos princípios da ordem econômica é a Defesa da Concorrência o qual, reitere-se, somente possui sentido lógico e teleológico se considerado dentro da ordem econômica como um todo.

A política de defesa da concorrência⁶ no Brasil, criada em 1988 com a Constituição Federal e regulamentada com maior ênfase a partir de 1994, insere-se no contexto do Estado

⁶ Carl Kaysen e Donald Turner afirmam que os objetivos gerais desta política devem ser: i) *limitação do poder de mercado das grandes firmas em indústrias não competitivas*; ii) *preocupação com a "performance", ou seja, a eficiência técnica (utilização de métodos produtivos eficientes, planta com escala eficiente e eficiente localização) e o progresso tecnológico*; iii) *proteção do processo competitivo através da limitação do poder de mercado*; iv) *negociação justa ou incentivos às boas práticas de negócios. Os dois últimos itens poderiam ser*

regulador⁷ pois, com a privatização/concessão dos monopólios (empresas) estatais, fez-se necessário que os novos agentes econômicos responsáveis por explorar estas atividades econômicas privatizadas, especialmente no que concerne a condutas e tarifas, fossem fiscalizados por órgãos independentes do Poder Executivo, de maneira a se evitar que o Poder Executivo voltasse a usar suas tarifas para controlar a inflação, como no passado.

Este modelo de defesa econômica da concorrência é o que permeou o modelo brasileiro desde a criação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, no ano de 1962 (lei 4.137/62), sua reforma em 1994 com as leis 8.884/94 e 9.021/95 com as alterações da lei 12.529/11 que remodela todo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência transformando o CADE em Tribunal Administrativo com função judicante.

Observa-se neste modelo, um afastamento do SBDC, em especial do CADE – que é um membro do sistema de defesa da concorrência – da ordem econômica geral, prevista no art. 170 da Constituição Federal.

A leitura tanto da lei 8.884/94 e da nova lei 12.529/11 formam um sistema autopoietico de defesa da concorrência pouco ou nada interagindo com a Ordem Econômica prevista da Constituição Federal. A estruturação do CADE é voltada para a punição de atos previstos em lei como violares da livre concorrência, nada mais. Não há uma previsão legal de atuação do CADE para atuação regulamentar para evitar as práticas de ofensa a livre concorrência nem uma interação com o mercado para a efetivação dos demais princípios da ordem econômica que podem ser tratados e desenvolvidos pelo CADE.

Chega-se aqui ao problema principal do texto: A atuação do CADE dentro de um sistema legal autopoietico que trata somente da defesa da concorrência, está correto ou atua contrariamente a lógica sistemática que a Constituição Federal adotou para o sistema econômico?

A resposta, adiantando-se a conclusão do artigo, é que a postura do CADE está desconexa com o sistema (ordem) econômico previsto na Constituição Federal agindo o sistema de defesa da concorrência de forma isolada em relação aos demais meios de intervenção do Estado no Domínio Econômico.

satisfeitos através da regulação de condutas das firmas que visem criar ou manter poder de mercado “indesejável”. In KAYSEN, Carl, TURNER, Donald F. **Antitrust Policy: an economic and legal analysis.** Cambridge: Harvard University Press, 1959. p. 44.

⁷ O conceito de Estado Regulador trabalhado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é muito próximo do utilizado pela Escola de Chicago. Esta escola, por sua vez, defende ser a correção das falhas do mercado, o objetivo da regulação. A escola de Chicago alega ainda que a intervenção estatal deve ser limitada, bem como deve ser estimuladas a liberdade individual e a regulação espontânea da sociedade. Aqui o papel do Estado é subsidiário à economia de mercado.

O CADE não pode e não deve atuar de forma exclusiva na defesa da concorrência vez que, sua natureza estrutural é instrumental, ou seja, o CADE é um meio de exercício da política (ordem) econômica prevista no art. 170 da Constituição Federal. Como já demonstrado acima, todos os princípios da ordem econômicos compõem um todo, sendo impossível a atuação isolada de um deles.

Logo, o CADE, na sua atuação como instrumento de política econômica de Estado, deve, atuar pensando em todos os princípios da ordem econômico e não única e exclusivamente na defesa da concorrência, como molda a lei 12.529/11 e suas antecessoras.

Todos os instrumentos colocados pelo Estado para a efetivação dos princípios da ordem econômica somente atingem seus fins se atuarem visando a efetivação de todos os princípios da ordem econômica constitucional, como bem notou a professora Paula Andréa Forgioni⁸:

"em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869, de 1938, e Decreto-lei 7.666, de 1945), o que, sem sombra de dúvidas, já lhe atribui um caráter instrumental ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor. O caráter instrumental da proteção da concorrência permanece na atual Constituição, que manda reprimir o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (art. 173, §4º), em atenção ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV). Manda, também, reprimir o aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º), conforme o princípio da defesa do consumidor (art. 170, inc. V). Essa proteção, entretanto, vai inserta no fim geral e maior, qual seja, "assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social"

No mesmo sentido temos o voto do então Ministro Eros Grau no V. Acórdão de sua relatoria na ADI 1.950/SP:

"É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário.

A ordem econômica ou Constituição econômica pode ser definida, enquanto parcela da ordem jurídica, mundo do dever ser, como o sistema de normas que define, institucionalmente, determinado modo de produção econômica. A ordem econômica diretiva contemplada na Constituição de 1.988 propõe a transformação do mundo do ser. Diz o seu art. 170 que a ordem econômica [mundo do ser] deverá estar fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa e deverá ter por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios. É a Constituição diretiva. Mais do que simples instrumento de governo, a

⁸ FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170.

nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. Os fundamentos e os fins definidos em seus artigos 1º e 3º são os fundamentos e os fins da sociedade brasileira.”

Como bem ponderou Eros Grau em seu voto, a atuação do Estado na economia se dá por uma ação global, isto é, em todas as frentes, motivo pelo qual, não pode o CADE, limitar-se a atuar somente no controle da concorrência como prevê a lei 12.529/11. O CADE, ao analisar uma conduta prevista na lei 12.529/11 deveria não somente se ater a defesa da concorrência, mas a todos os efeitos da ação analisada na ordem econômica.

Críticas ao modelo de atuação do SBDC

Inicia-se aqui, o capítulo sobre a atuação do SBDC em casos concretos, com análise de um caso concreto que o é Processo Administrativo 08012.006516/2001-20 no qual a empresa Volkswagen do Brasil Ltda. foi acusada de aumento abusivo de preço na venda de peças de reposição em suas concessionárias autorizadas.

Para melhor colocação do caso em análise, transcrevemos os principais pontos da Introdução:

- 1. O presente Processo Administrativo tem por objeto a suposta prática de preços abusivos da VOLKSWAGEN DO BRASIL nas vendas de peças de reposição de veículos à sua rede de concessionárias.*
- 2. A representação, protocolizada sob o número 08012.00487/2000-40 (fls.03-89), pela Federação Nacional de Distribuidores de Veículos Automotores – Fenabrave contra as quatro maiores montadoras do país (FORD, FIAT, GENERAL MOTORS, VOLKSWAGEN), tendo apontado como “assistente litisconsorcial” a Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores – ANFAVEA.*
- 3. A representação, no entanto, tinha um objeto mais amplo. A Fenabrave acusara as quatro principais fabricantes de veículos do país de abusar do poder econômico em face da categoria da distribuição, o que estaria provocando um achatamento generalizado das margens dos concessionários e levando inúmeros deles a deixar a atividade. Segundo a Representante, as montadoras mencionadas estariam abusando do poder econômico sobre suas redes de distribuição através das seguintes condutas:*
 - (i) abuso de preços de veículos novos,*
 - (ii) abusos de preços de peças de reposição,*
 - (iii) abusos de preços de mão-de-obra e peças em garantia;*
 - (iv) obrigatoriedade de aquisição pela transferência compulsória de veículos e pela venda casada;*
 - (v) recusa de contratar;*
 - (vi) discriminação entre concorrentes; e*
 - (vi) cláusula de exclusividade.*

A peça apresentada fora dividida em cinco capítulos principais, a seguir:

- i) O Mercado Automobilístico No Brasil;*
- ii) A Relação Jurídica Entre Concessionários e Montadoras;*
- iii) Os Abusos Praticados Pelas Montadoras;*
- iv) Negociação Compulsória: Padrão da Relação Montadora-Concessionário;*
- v) Aplicabilidade da Lei 8.884/94.*

4. A representação deu ensejo à Averiguação Preliminar nº 08012.000487/00-40 e esta Secretaria, após receber parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE/MF opinando pelo arquivamento e realizar a devida instrução, decidiu arquivar o feito, entendendo que a matéria tratada na representação versa sobre assuntos de natureza contratual, estranhos à intervenção antitruste.

5. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no recurso de ofício, como se verá abaixo, ratificou o arquivamento em relação a todos os tópicos da representação menos um, dando provimento ao recurso apenas quanto à denúncia de preços abusivos de peças de reposição. Atualmente, pois, tramitam na SDE quatro processos administrativos para apurar referida denúncia em relação a cada uma das montadoras mencionadas. São eles: PA 08012.006516/2001-20 (Volks); PA 08012.006517/2001-74 (GM); PA 08012.006518/2001-19 (Ford); e PA 08012.006519/2001-63 (Fiat).

6. Seguem, de forma resumida, os principais argumentos da representação no tocante à suposta abusividade nos preços praticados nas peças de reposição:

- i) existência de cláusula de exclusividade entre montadoras e revendedoras: a montadora é a única fornecedora da revendedora; a fixação do preço do veículo é realizada de forma unilateral pela montadora;*
- ii) investimentos feitos pelas revendedoras impossibilitam deixar o negócio sem sofrer grandes perdas;*
- iii) evolução do setor automobilístico teria beneficiado sobretudo as montadoras, em detrimento das margens de lucro das revendedoras;*
- iv) as peças fabricadas pela própria montadora se limitariam aos itens de lataria, na medida em que as demais seriam adquiridas de outros fabricantes da indústria de autopeças, limitando-se, a montadora, a etiquetá-las com sua marca e revendê-las a suas revendedoras – a diferença de preço seria decorrente do sobrepreço ocorrido em razão do exercício abusivo de poder pela montadora;*
- v) a prática teria demonstrado que os preços praticados pelas montadoras, ao fornecer tais peças para as revendedoras, seriam muito superiores aos preços praticados no mercado pelos fornecedores. O denominado índice de fidelidade, ao contrário de concentrar o poder de compras na montadora e aumentar o poder de barganha perante os fornecedores, com o intuito de beneficiar toda rede, acaba por prejudicar, ainda mais, os concessionários, na medida em que se torna foco de mais uma prática anticoncorrencial;*
- vi) a prestação de assistência técnica durante o período de garantia dos veículos tem sido importante fonte de prejuízo para os revendedores – as tabelas de preços existentes para a troca de peças em garantia teria sido elaborada unilateralmente pelas montadoras.*

Pelo exposto fica demonstrado que a Federação dos Distribuidores de Veículos (Concessionárias) entrou com o processo administrativo questionando a ação das montadoras de veículos de imporem a comercialização para os consumidores finais de peças de fabricação

das montadoras. Alegou a Fenabrave que as montadoras adquirem as peças de fabricantes de auto peças e somente colocam um selo ou adesivo com sua marca e as repassa para as concessionárias que devem comercializar as peças com preços pré fixados pelas montadoras. Alega ainda que preço imposto pelas montadoras é em muito superior ao praticado no mercado e que, na prática não existem razões técnica, como diferença de qualidade, para justificar a diferença de preço.

De fato, o setor de distribuição e manutenção de veículo automotores tem como característica uma alta concentração do poder de decisão (econômica), ocasionadas não só pelas características do mercado como pela legislação aplicável – lei 6.729/79.

Pela lei Ferrari (lei 6.729/79) as montadoras de veículos não comercializam diretamente com o consumidor final, valendo de uma rede de distribuidores instalados geograficamente por interesse da montadora e, em contrapartida as concessionárias tem exclusividade para comercialização dos produtos da montadora.

Neste modelo de negócio, a montadora cede o uso da marca, centraliza o marketing, cede o know-how de vendas, fornece o produto, determina as margens de preços dos veículos e, impõe metas de compra pelas concessionárias. Este poder econômico das montadoras sobre as concessionárias se impõe também sobre os serviços de manutenção e vendas de peças de reposição, controle que é feito não só pela imposição de compras pelas concessionárias de quantidades mínimas mas, pelo tabelamento dos preços.

No tocante as peças, a denunciante tentou demonstrar que a montadora não produz a peça, adquirindo a mesma de um terceiro (fábrica de auto peças), fato que, impediria a exclusividade na distribuição pelas concessionárias de peças fornecidas pelas montadoras vez que, as mesmas peça sem o “selo” da montadora são comercializadas por preços muito inferiores sem contudo, existir diferença de qualidade entre as peças.

O SDE em sua R. Decisão⁹ entendeu que não haveria prática de preço abusivo pelas montadoras pois, além de uma série que questões comerciais decorrentes de falhas de

⁹ Nas Conclusões do SDE: “A investigação realizada por esta SDE no âmbito do presente Processo Administrativo permitiu concluir que: a. Montadoras detêm poder de mercado em segmentos do mercado de peças em razão de deterem informações sobre os projetos dos automóveis que são segredos industriais ou objetos de proteção legal. b. A exclusividade do canal de vendas Rede Autorizada, aliada à proteção legal dos projetos das peças, permite às montadoras exercerem poder de mercado unilateral nestes segmentos de peças. c. O índice de fidelidade é apenas parte das causas do alto preço das peças originais: v. A assimetria de informação referente à qualidade das peças confere à montadora um ágio informacional. vi. A montadora detém também uma posição privilegiada para monitorar a qualidade das peças na linha de montagem e aprimorar a qualidade das que seguem para o mercado de reposição, o que confere à peça original uma diferença de qualidade esperada em relação à peça independente, justificando, pelo menos em parte, um diferencial de preço. vii. Além disso, impedindo as vendas dos fornecedores diretamente a terceiros por força de contratos de exclusividade ou de propriedade de ferramental, as montadoras dificultam o acesso de concorrentes a peças de

qualidade equivalente. viii. Por fim, dificultando o acesso aos desenhos e gabaritos técnicos, as montadoras dificultam a entrada de concorrentes de alta qualidade e a sua certificação de equivalência. Cumpre notar que, embora a exclusividade das vendas pela Rede Autorizada (distribuição seletiva) seja garantida pela Lei Ferrari, o impedimento do bypass não o é. O problema é que uma intervenção antitruste que agisse sobre esta vedação do bypass seria inócua ou entraria em conflito com o marco legal do setor, podendo nele causar desequilíbrio e, por conseguinte, na relação entre os agentes econômicos ao longo da cadeia. Isso dá a esta SDE a certeza de que uma medida de promoção da concorrência deve ser pensada globalmente para o setor, requerendo-se uma revisão abrangente do marco legal para que a informação sobre a qualidade das peças seja mais equitativamente distribuída, o acesso a informações técnicas seja facilitado e as distorções à concorrência possam ser eficazmente sanadas. d. Por outro lado, a proteção dos desenhos é justificada pela necessidade das montadoras obterem retorno a suas criações e inovações, que, em sua ausência, seriam desencorajadas. Embora a Comissão Européia proponha a extinção da proteção dos desenhos e modelos de peças de aparência externa no âmbito do mercado pós-venda, algumas comissões do Parlamento Europeu têm dado pareceres não tão favoráveis a esta medida. Em face dessas conclusões, não se pode dizer que os preços cobrados pelas montadoras às concessionárias sejam “abusivos”, pois resultam de falhas de mercado (assimetria de informação) ou de Leis específicas que regulam as relações entre os agentes econômicos ao longo da cadeia produtiva. O exercício regular de poder de mercado e o exercício regular de direitos conferidos pelo marco legal existente afastam uma conclusão pela existência de comportamento abusivo das montadoras e, por esta razão, tornam incabível a intervenção punitiva do CADE em razão dos contratos firmados ao abrigo destas Leis. Frise-se que, consoante a sistemática da Lei 8.884/94 (assim como de qualquer norma jurídica reguladora de condutas dos particulares), a intervenção do CADE em condutas dos particulares deve ocorrer à luz da hipótese de abuso. Em nosso ordenamento jurídico, sanções por ilícitos administrativos podem ser tanto uma restrição ao patrimônio como alguma restrição à liberdade do infrator. No primeiro caso, trata-se das penas pecuniárias. No segundo, das obrigações de fazer ou de não fazer. Tanto é assim que o inciso V do artigo 24 da Lei Antitruste, que atribui ao CADE poder para adotar “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”, localiza-se no Capítulo III, intitulado “Das Penas”. Por outro lado, como mencionado acima, ao atuar apenas nas práticas verticais não alcançadas pelas Leis 6.729/79 e 8.132/90, corre-se o risco de criar uma distorção ainda maior na correlação de forças da cadeia produtiva. Em vista disso, esta SDE recomenda que o CADE reitere a recomendação à Presidência da República acerca da constituição de um grupo de trabalho encarregado de uma revisão profunda e abrangente das citadas Leis 6.729/79 e 8.132/90. Este grupo envolveria: i. Órgãos governamentais, como esta SDE (DPDE e DPDC), a SEAE/MF, o MDIC, o DENATRAN, o CONTRAN, o INMETRO, o IBAMA, o INPI e a SUSEP; ii. Montadoras, representadas pela ANFAVEA, e importadoras de automóveis, representadas pela ABEIVA; iii. Fabricantes de autopeças, representados pelo SINDIPEÇAS ou pela ABIPEÇAS; iv. Concessionárias, representadas pela Fenabrave; v. Varejistas independentes de automóveis e peças; vi. Reparadores de veículos independentes, representados pela ABRIVE; vii. Sindicatos de metalúrgicos e outras categorias profissionais ligadas ao complexo automobilístico e ao varejo de automóveis e peças; viii. Instituições de normatização, certificação e controle de qualidade automotiva, como a ABNT; ix. PROCONs e Organizações Não-Governamentais de defesa do consumidor, como IDEC e Pró-Teste. x. Seguradoras, representadas pela FENASEG. Para ser mais preciso no direcionamento dos trabalhos deste grupo, recomenda-se tomar como ponto de partida o conjunto de reformas empreendidas na União Européia (Resolução CE 1400/2002 e o que tiver sido aprovado da proposta de diretiva COM 2004-582), cujos autores deverão ser consultados através dos canais já existentes de cooperação com o Governo brasileiro. Esta SDE destaca os seguintes pontos afetos ao objeto do presente Processo Administrativo como primordiais na pauta deste grupo de trabalho: 1. Cessão, pelas montadoras, das especificações técnicas de todas as peças cuja propriedade intelectual não esteja protegida, a qualquer interessado que desejar copiá-las e a qualquer instituição de controle de qualidade e/ou certificação de produto acreditada pelo INMETRO. 2. Constituição de um comitê envolvendo fabricantes de autopeças, montadoras, concessionárias e reparadores e varejistas independentes: a. com estatuto aprovado por todos seus membros; b. autorizado por todos os seus membros a servir como árbitro entre eles de quaisquer conflitos que surgirem da aplicação da medida anterior. c. encarregado de definir todos os requisitos para a certificação de autopeças com qualidade equivalente às originais. Vale observar que, uma vez definidos critérios objetivos de certificação de qualidade equivalente entre peças, é desnecessário, do ponto de vista do regulador, forçar a revelação da informação de que o fabricante original é ou não o fornecedor da montadora (o que tornaria nula, no caso em tela, a cláusula 24 dos “Termos e Condições Gerais”, citada na seção 2.2 acima), pois será suficiente para o consumidor a certificação. Estas medidas ajudariam a reduzir a assimetria de informação sobre a qualidade da peça entre o produtor e o consumidor, ao mesmo tempo em que daria acesso de firmas menores às especificações técnicas das peças, que são condição necessária para um sadio aumento da concorrência intra-marca no mercado de reposição. Cabe notar que isso não eliminaria completamente o ágio informacional das montadoras, na medida em que, como comentado anteriormente, elas: i. conhecem melhor o veículo e podem

mercado (ausência de produtores de peças no Brasil) e, de uma legislação que permite a imposição do poder econômico das montadoras em toda cadeia de produção das peças pois, as montadoras possuem a possibilidade de testes na fase de desenvolvimento do veículo, analisando quais os fornecedores que possuem peças de melhor qualidade; manter a fidelidade do consumidor para promover o retorno de seus investimentos e; possibilidade jurídica de impedir o fornecedor a vender as peças para terceiros.

A SDE se exime, em sua R. Decisão, de aplicar os demais princípios da ordem constitucional previstos no art. 170 da Constituição Federal, assumindo a postura acima denominada de autopoietica, ou seja, circunscrita a análise da concorrência deixando os demais princípios econômicos para os demais órgãos estatais, como se observa em fls. 87 da R. Decisão:

259. O que se percebe, na verdade, é que, por muitos anos, os órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica foram confundidos com os extintos CIP e SUNAB, órgãos do Governo que tinham por objetivo empreender

transmitir mais rapidamente ajustes e melhoras nos seus projetos; ii. devido ao impacto da qualidade das peças na sua competitividade inter-marca no mercado primário, têm maior incentivo em realizar tais aperfeiçoamentos; iii. contam com economias de escopo associadas ao uso das peças na linha de produção, que geram spillovers para as peças que são distribuídas no mercado de reposição; iv. contam com economias de escopo inigualáveis no teste conjunto das peças em pista, avaliando sua performance em conjunto com os demais componentes dos seus veículos. Sem perder de vista que esta vantagem não seria dissipada, outras medidas visando a aumentar a escolha consciente e informada dos consumidores e eliminar restrições verticais verossimilmente obsoletas, e, em última análise, promover uma maior concorrência intra-marca no mercado secundário, poderiam ser contempladas em tal reforma da legislação: 3. Anulação de qualquer cláusula contratual que impeça ao fornecedor da peça original a aposição de sua marca nas embalagens das unidades destinadas à venda através das (intermediadas pelas) montadoras. 4. Relaxamento da exclusividade das montadoras de venderem peças apenas para concessionárias, e permitir que qualquer oficina compre diretamente da montadora ou de distribuidores logísticos por elas constituídas. Como a suspensão desta restrição teria um alto impacto na relação de seletividade entre montadora e concessionária, certamente esta precisaria ser revista de maneira bastante abrangente, de modo a que haja compensações. A este respeito, é oportuno citar o Regulamento 1400/2002 da Comunidade Européia (Jornal Oficial das Comunidades Européias, L 203/32, 01/08/2002): “(23) A fim de garantir a concorrência efectiva nos mercados da reparação e da manutenção e permitir que as oficinas de reparação ofereçam aos utilizadores finais peças sobressalentes concorrentes, tais como peças sobressalentes originais e peças sobressalentes de qualidade equivalente, a isenção não deve abranger os acordos verticais que restrinjam a possibilidade de as oficinas de reparação autorizadas no âmbito do sistema de distribuição de um construtor de veículos, os distribuidores independentes de peças sobressalentes, as oficinas de reparação independentes ou os utilizadores finais adquirirem as peças sobressalentes aos fabricantes dessas peças ou a um terceiro a sua escolha. Tal não afecta a responsabilidade civil dos fabricantes de peças sobressalentes.” 5. Redução do índice de fidelidade na compra de peças a um patamar suficientemente baixo (a título de sugestão, cabe observar que a Resolução CE 1400/2002 estipulou 30% como máximo de índice de fidelidade). 6. Revisão do direito de propriedade sobre os desenhos e modelos das peças atualmente cativas, destinadas ao mercado de reposição, na direção do que se está discutindo na União Européia, mas à luz do ambiente legal brasileiro. 7. Revisão do modelo de concessão integrada, em direção a um modelo mais flexível, em que concessionárias poderão especializar-se na revenda ou nos serviços de oficina, se assim desejarem. Em última análise, as medidas propostas visam a aperfeiçoar o marco legal que rege a atividade de distribuição de veículos no Brasil, assegurando um acesso dos consumidores a peças de qualidade a mais equivalente possível das originais, a preços mais competitivos. A queixa da Fenabrave serve, portanto, de reflexão para a sociedade brasileira sobre que grau de concorrência que ela deseja para os mercados de peças de reposição de veículos automotores. Por todo o exposto, sugere-se o arquivamento do presente processo administrativo e o encaminhamento dos presentes autos ao CADE para recurso de ofício, nos termos do art. 39 da Lei 8.884/94 e do art. 54 da Portaria MJ nº 4/2006.”

ações de controle de preços puro e simples. Neste contexto, foram encaminhadas várias denúncias de aumento abusivo de preços para a SDE, sobrecarregando sobremaneira esta Secretaria, na sua tarefa de averiguá-las.

260. Neste sentido, o CADE publicou no Relatório Anual de 1997, como jurisprudência em condutas anticompetitivas, as Representações nºs 275 a 281/92, nas quais teve o seguinte entendimento em matéria afim, de aumentos abusivos de preços de medicamentos: “Não é do entendimento desse Colegiado que cabe ao CADE ou a qualquer órgão do governo empreender ações que tenham como resultado o controle de preços puro e simples sem a observância de posição dominante da empresa ou de sistemáticas falhas de mercado. O CADE entende ser fundamental que o órgão não exerça aquele tipo de intervenção de controle de preços próprio da lógica de funcionamento dos extintos CIP e SUNAB, característica da vertente da chamada ‘defesa da economia popular’. Isso se coaduna com a ideia de que as ações do Estado devem estar mais voltadas a propiciar as condições necessárias ao funcionamento do mercado, corrigindo suas eventuais falhas, do que no sentido contrário ao mesmo. O Conselho considera, baseado na experiência passada, que esse tipo de intervenção foi um grande gerador de distorções:

- pela natural assimetria de informações que o órgão controlador detinha acerca das empresas controladas, baseando sua ação em planilhas de custos facilmente manipuláveis e pela simples comparação do reajuste com a inflação passada e;*

- pelo fato do CIP ter servido muitas vezes como elemento de coordenação entre empresários do mesmo setor em torno do preço fixado, tornando-se, involuntariamente, um promotor de cartéis.*

As ações do CIP e SUNAB no sentido de controlar preços colidem com a própria essência da natureza do CADE, enquanto agência de defesa da concorrência.”

261. Destarte, o CADE firmou jurisprudência no sentido de que a repressão ao aumento/preço abusivo deve ser exercida pelos órgãos de proteção e defesa econômica desde que configurado o abuso de posição dominante por parte dos agentes econômicos, o que não pode ser confundido com o controle puro e simples exercido pelos extintos CIP e SUNAB.”

A postura restritiva dos componentes do SBDC não pode continuar, sob pena da nova lei de defesa da concorrência não efetivar toda a Ordem Econômica mas tão somente a defesa da concorrência que é um dos incisos (art. 170, V da CF) da Ordem Econômica Constitucional.

Desta forma, *data máxima vênia* a R. Decisão da SDE, é dever de todos os órgãos que compõem o SBDC a análise de todas as questões econômicas que envolvem suas decisões, ampliando a extensão e efeitos das mesmas não sendo tolerada a limitação à análise somente das questões que envolvam liberdade de concorrência como ficou explícito no Processo Administrativo supra citado.

O princípio da máxima efetivação da Constituição leva o Estado ao atuar através de seus instrumentos a tratar de todas as questões constitucionais envolvidas, motivo pelo qual, a

regulação dos preços das peças vendidas nas concessionárias deveria sim, ser objeto de análise no Processo Administrativo em epígrafe.

A Decisão da SDE acaba por ficar contraditória pois, afirma e descreve o domínio econômico das montadoras sobre o setor de autopeças através do domínio do método de produção e, de benefícios da legislação em vigor, porém, decidindo que nada pode fazer em razão de tais circunstâncias simplesmente sugerindo à sociedade brasileira “reflexão” sobre o tema.

CONCLUSÕES

Como colocado no início do trabalho, a Constituição é um sistema integrado, o qual somente possui sentido se compreendido como um todo, sendo impossível se falar em efetividade constitucional de partes da Carta Magna.

O que o SBDC vem realizando é a aplicação individualizada do art. 170, V da Constituição Federal, isto é, o patrocínio da defesa da concorrência na economia brasileira, não atuando em relação aos demais princípios da ordem econômica.

Sendo um instrumento, isto é, uma rede de órgãos que representação a atuação direta do Estado na sociedade, o SBDC deve se preocupar em sua atuação com toda a ordem econômica e não somente com um único inciso, mesmo que tal inciso seja sua função principal.

Assim, nada impedia o SBDC ao atuar no caso concreto do Processo Administrativo 08012.006516/2001-20 realizasse o controle de preços que é desejado pela sociedade e, era obrigação do Estado intervir no domínio econômico que as montadoras possuem no setor automobilístico, rogando-se para a nova lei e a nova composição dos membros do CADE e do SDE não cometam os erros do passado.

BIBLIOGRAFIA

ANGELO, Vitor Amorim de. Comuna de Paris – Conheça a Primeira Experiência de Governo Proletário. <http://educacao.uol.com.br/historia/comuna-de-paris.jhtm>. acessado em 31/03/2012.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Processo Administrativo 08012.006516/2001-20.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.950/SP.

FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. **A economia e o controle do Estado**, parecer publicado no jornal "*O Estado de S. Paulo*", p. 50, em 04.06.1989, *apud GRAU*, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

FORGIONI, Paula Andréa. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 5ª ed.. São Paulo: Malheiros. 2000.

KAYSEN, Carl, TURNER, Donald F. **Antitrust Policy: an economic and legal analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 1959.

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política: com algumas de suas aplicações à filosofia social** (2 volumes). Introdução de W. J. Ashley; apresentação de Raul Ekerman; tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Economistas).