

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA****CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA****Ato de Concentração n.º:** 08012.002611/98-51**Requerentes:** Herbitécnica Indústria de Defensivos S/A e Defesa S/A**Apenso:** Procedimento Administrativo de nº 08012-001002/98-58**Representante:** Nortox S/A.**Representada:** Herbitécnica Indústria de Defensivos S/A e Defesa S/A**Relator:** Conselheiro Mércio Felsky.

*EMENTA: Ato de Concentração. Unificação das empresas Herbitécnica Indústria de Defensivos S/A e Defesa S/A. Mercados relevantes de herbicidas e inseticidas/fungicidas no território brasileiro. Obrigação de apresentação em razão do faturamento do grupo. Apresentação tempestiva. Aumento de participação acionária. Aprovação sem restrições. Aplicação de multa em virtude da não notificação de operações anteriores. Presentes os elementos necessários para atuação coordenada. Aprovação sem restrições das operações anteriores não apresentadas por já estarem disponíveis os elementos suficientes à apreciação.*

**ACÓRDÃO**

*Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração, sem restrições, bem como as 2 (duas) operações não notificadas, aplicando-se, conseqüentemente, às requerentes, 2 (duas) multas, cada uma no valor de 120.000 UFIR, correspondente a R\$ 117.240,00 (cento e dezessete mil e duzentos e quarenta reais), as quais deverão ser recolhidas no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação do acórdão, adotando a Procuradoria do CADE as providências cabíveis, na hipótese de ausência de pagamento; determinando, ainda, que seja encaminhada à Secretaria de Direito Econômico cópia da decisão para a verificação da existência de indícios de infração à ordem econômica, nos termos do objeto da averiguação preliminar 08012.008515/98-18. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, declarando-se impedida, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 28 de abril de 1999 (data do julgamento).*

## *Relatório*

### I. Da Operação

Herbitécnica Indústria de Defensivos S.A., doravante denominada simplesmente Herbitécnica, e Defesa S.A., doravante denominada simplesmente Defesa, submetem à apreciação do CADE, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, Protocolo de Intenções firmado entre si, visando o desenvolvimento conjunto das atividades produtivas e comerciais.

O acordo, firmado em 01 de abril de 1998, estabelece que previamente aos atos jurídicos e econômico-financeiro necessários para a concretização da unificação das empresas, serão, a título experimental, prestados serviços recíprocos, em especial nas áreas comerciais, com vistas à comercialização dos produtos fabricados pelas requerentes (fls. 06/14).

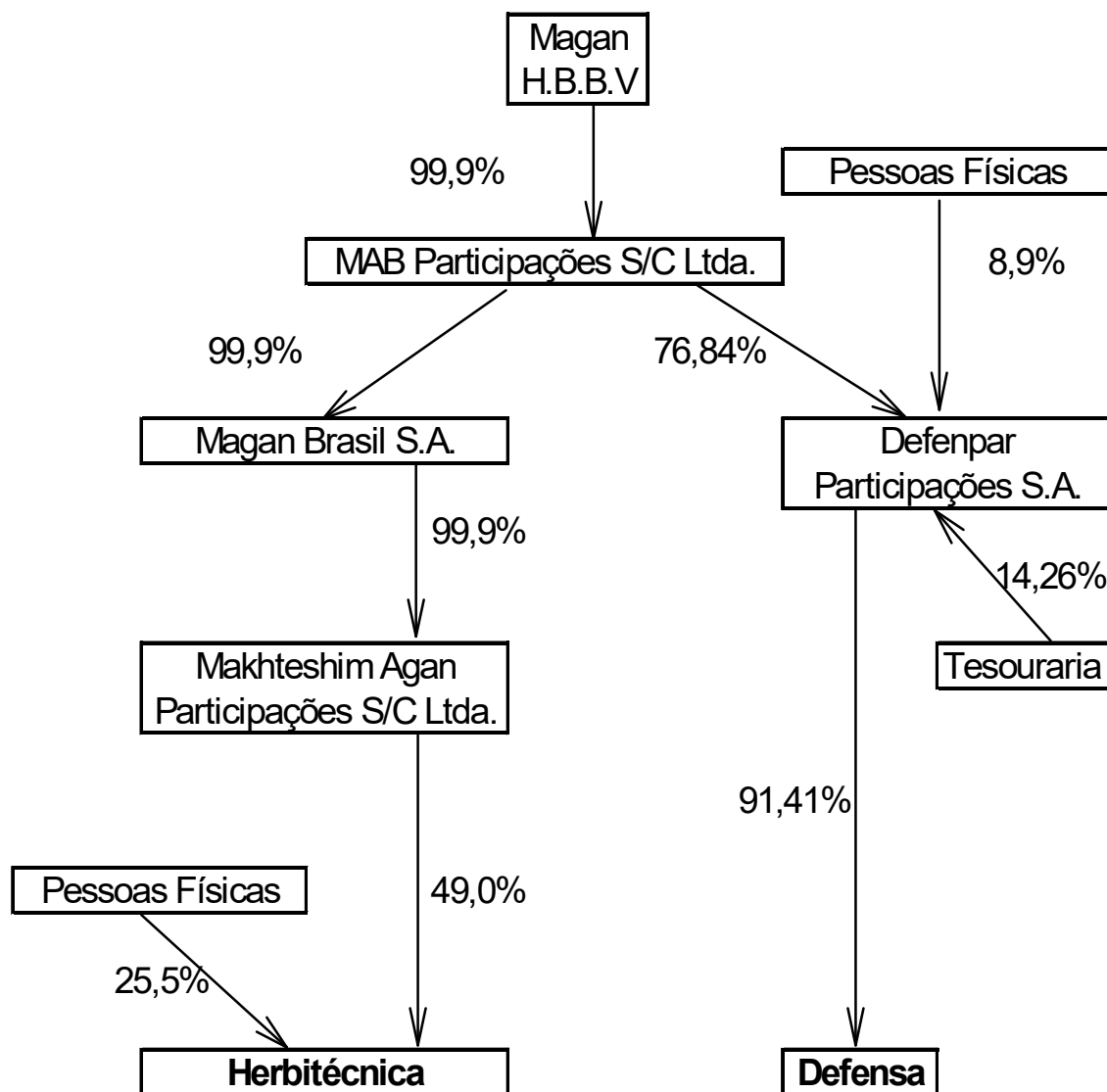
Segundo as requerentes, já na fase experimental haverá ganhos de eficiência decorrentes da otimização das condições de distribuição e comercialização, o que deverá ser revertido em benefícios aos clientes e aos consumidores finais, mediante a prestação de melhores serviços, assistência técnica, redução do tempo de entrega, etc. Posteriormente, com a unificação definitiva das requerentes, haverá economias de escala e de escopo resultantes da racionalização na utilização dos recursos financeiros e técnicos despendidos com pesquisa e desenvolvimento de processo e de novos produtos, bem como proveniente da adequação das instalações fabris à sazonalidade da demanda, por meio da especialização das linhas de produtos, o que proporcionará uma elevação do grau médio de utilização da capacidade produtiva instalada (fls. 226).

As requerentes alegam que a operação ora em exame, não acarreta prejuízo à concorrência, considerando que não haverá alteração na estrutura de mercado, tendo em vista que ambas empresas são controladas indiretamente pela MAB Participações S/C Ltda., portanto, trata-se de unificação entre empresas do mesmo grupo econômico (fls. 207).

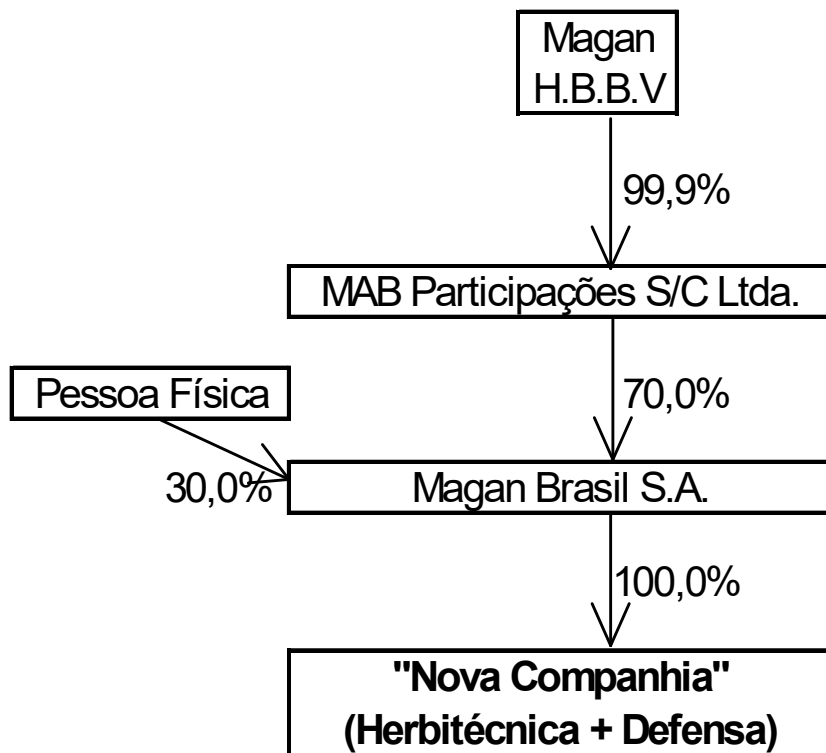
Nesse contexto observam que caso a experiência de integração das áreas comerciais progrida em direção à unificação das requerentes, será iniciado o processo de reestruturação societária, quando se constituirá uma “nova” empresa, a qual será subsidiária integral da Magan Brasil S.A., que por sua vez será controlada pela MB Participações S/C Ltda.

Os organogramas abaixo apresentam a posição acionária atual do grupo Magan e as mudanças de posição que deverão ocorrer, caso venha a ser implementada a unificação das requerentes.

### Situação Atual



### Situação Futura



## II - Do Mercado

As requerentes alegam que os efeitos da operação ocorreram sobre o mercado de defensivos agrícolas, onde se acomodam diversos tipos de produtos cujas funções básicas desempenhadas para a agricultura permitem agrupá-los em três segmentos de mercado: inseticidas, fungicidas e herbicidas (fls. 209:211).

Ao definir o mercado as requerentes consideraram que os defensivos agrícolas constituem um único produto relevante devido à substituíbilidade pelo lado da oferta, uma vez que a base tecnológica é comum, os conhecimentos adquiridos em P&D podem ser utilizados em seus diferentes segmentos e há elevada flexibilidade dos processos produtivos, cujos custos de conversão ou adaptação de determinada linha de produto são baixos.

Ademais, pelo lado da demanda, a escolha do tipo de defensivo é determinada por um somatório de variáveis, sintetizadas na relação custo/benefício do produto vis-à-vis seus substitutos. A opção do agricultor por um produto depende dos ingredientes ativos de cada classe de produtos, do tipo de cultura, dos equipamentos disponíveis e, sobretudo, do preço relativo dos diferentes produtos.

No que diz respeito ao espaço geográfico relevante para a análise argumentam as requerentes que é o nacional, tendo em vista as barreiras institucionais existentes para a comercialização dos defensivos agrícolas no País - faz-se necessário registro junto ao Ministério da Agricultura, Saúde e Meio Ambiente - e o fato das importações concentrarem-se em princípios ativos e não em produtos finais (fls. 227).

Segundo as informações prestadas pelas requerentes, considerando um faturamento estimado do mercado relevante de US\$ 2.181,0 milhões, a Herbitécnica possui uma participação de 4,5% enquanto a Defesa participa com 2,9%. Assim, ocorrendo a unificação, a “nova” empresa passará a deter 7,4% do mercado.

Ressaltam ainda que existem vários produtores instalados no mercado nacional, com a presença de empresas de variados portes (fls. 227 A). A título de demonstrar o quanto esse mercado é pulverizado destacam, por serem as maiores, as participações da Novartis (11,6%), DuPont (8,9%), Zeneca (8,3%), Cyanamid (7,8%), Monsanto (7,2%) e Bayer (6,8%).

### III. Dos fatos relevantes que permearam o processo de instrução

Em 27.02.98 a empresa Nortox S/A., com base em notícias veiculadas na imprensa, protocolou representação na Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ) dando conta, que não foi submetida à apreciação do CADE, em obediência ao art. 54 da Lei 8.884/94, a operação realizada por Makhteshim Chemical Works Ltd. e Agan Chemical Manufacturers Ltd. visando adquirir o controle da Defenpar Participações S.A. - controladora das empresas Defesa, Geratec; Comdef Comercial; Inagro Indústria Agroquímica e Defesa SRL.

Afirma também que, em 1996, as referidas empresas Makhteshim e Agan, **por meio de subsidiárias, teriam adquirido 49% das ações da Herbitécnica, sendo que atualmente sua participação passou para 65% do capital social.**

**De acordo com a Nortox S/A tais operações teriam obrigatoriamente que ser submetidas à apreciação do CADE observados os índices de jurisdição dispostos no § 3º do art. 54, da Lei 8.884/94. Destacou-se também que o faturamento do grupo Koor Industries Ltd. era superior a US\$ 3 bilhões<sup>1</sup> e o resultado das transações noticiadas acarretavam concentração de mais de 20% do mercado relevante de produtos, em particular dos produtos trifluralina glifosato e dinitro, além do que deveria alcançar importante participação em mercados de outros tipos de defensivos (fls. 03/24, Apenso).**

Após verificar a inexistência de qualquer procedimento administrativo na SDE em nome da Herbitécnica, Defenpar Participações S.A. e/ou de suas subsidiárias, em 13.03.98, a Secretaria notificou as referidas empresas para apresentarem esclarecimentos quanto à denúncia apresentado pela Nortox S/A., originando o procedimento administrativo de nº 08012-001002/98-58 (fls. 25:26, Apenso).

As empresas Herbitécnica e Defenpar alegaram, em 08.04.98, não ter conhecimento do teor da denúncia e dos documentos juntados, solicitando prazo adicional de quinze dias para a apresentação das informações requeridas (fls. 30, Apenso).

Um novo pedido de dilatação de prazo foi apresentado em 23.04.98 sob alegação das empresas terem constituído um novo Procurador Legal (fls. 38, Apenso).

Em resposta aos esclarecimentos requeridos pela SDE, em 15.05.98, as empresas apresentaram resumidamente a petição protocolada por ocasião da notificação da operação ora em exame. Adicionalmente, as empresas requerem o arquivamento do procedimento administrativo por perda de objeto, uma vez que a referida operação resultante do Protocolo de Intenções já se encontrava sob análise do CADE e tendo em conta que *“qualquer reestruturação societária que possa ter ocorrido, bem como a operação noticiada no Protocolo de Intenções, não resultam ou resultarão em dominação de mercado relevante, inexistindo condições para limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”* (fls. 43:56, Apenso).

---

<sup>1</sup> Não foi informado o ano referente ao volume faturamento.

Em nota técnica de fls. 79:80, Apenso, a Inspeção Geral sugeriu ao Senhor Secretário de Direito Econômico que o procedimento administrativo nº 080012.001002/98-58 fosse apensado aos autos da operação ora em exame, ou seja, ao Ato de Concentração nº 08012.002611/98-51, tendo **em vista que** um dos aspectos a serem analisados nas operações de que trata o art. 54 é o cumprimento do prazo legal de apresentação, conforme disposto no seu § 4º. Concluiu ainda que o referido ato de concentração foi apresentado tempestivamente.

Em 01.10.98 publicou-se no DOU despacho do Senhor Secretário acatando esse entendimento.

Em 19.05.98 a empresa Nortox S/A reitera a denúncia de que os atos originários da presente operação não foram devidamente apresentados para apreciação do CADE, requerendo portanto a suspensão do exame da presente operação até o julgamento dos atos praticados anteriormente, que no seu entendimento deveriam ser reunidos por conexão. Aduz ainda documentação referente às ações cautelar e ordinária movidas na 10ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre contra as referidas empresas, que têm por objeto assegurar a vigência do dispositivo contido no § 7º do art. 54, que condiciona a eficácia dos atos de concentração à aprovação pelo CADE, além de buscar indenizações pelos prejuízos causados em função de práticas anticoncorrenciais (fls. 83:256, Apenso).

As empresas Herbitécnica e Defesa ao se manifestarem em relação à petição da Nortox S/A requerem preliminarmente o seu desentranhamento, lembrando a determinação do Senhor Secretário de Direito Econômico, em despacho exarado em 01.10.98, e alegando que o princípio processual do contraditório não se aplica nos procedimentos previstos para os atos de que trata o art. 54 (fls. 257:281, Apenso).

A SDE procedeu ao desentranhamento da documentação relativa ao procedimento administrativo de nº 08012.001002/98-58, o qual foi encaminhado ao CADE e apensado aos autos da operação ora em exame (fls. 341), sem contudo proceder a devida renumeração dos autos.

Cabe registrar que tramita na SDE averiguação preliminar (nº 08012.008515/98 - 18), cuja representante é a Nortox S.A. e as representadas são as empresas Herbitécnica e Defesa. Em obediência ao art. 30 da Lei 8.884/94, omite-se nesse relatório o teor da representação.

Já quanto ao mérito argumentam que as operações pelas quais as empresas Markhteshim e Agam adquiriram parcelas dos capitais da Defesa e da Herbitécnica foram comunicadas no bojo da operação ora em exame, até porque foram partes de um processo contínuo de reestruturação, tratando-se apenas de fases preparatórias para a presente operação. Assim, a obrigação de comunicação conforme previsto no art. 54 ocorreu com a formalização do Protocolo de Intenções, ocasião em que as empresas Defesa e Herbitécnica passaram a ter alguma forma de união.

Nesses termos, alegam que a entrada da Markhteshim e da Agam no mercado relevante não alterou sua estrutura, provocando qualquer dano à concorrência ou em dominação de mercado. Portanto, não está presente a regra geral do caput do art. 54, por conseguinte não se aplica o disposto no § 3º.

Da leitura das informações prestadas por ocasião do preenchimento do formulário da Resolução/CADE nº 5/96, mais precisamente do campo 11.3 (fls. 233), verifica-se que as requerentes ao relacionar as operações realizadas nos últimos 5 anos descrevem que: *“Em março de 1996, a Makhteshim Agan adquiriu 49% de participação acionária na Herbitécnica e em novembro de 1996, o Grupo Makhteshim Agan adquiriu o controle acionário da Defenpar. Posteriormente, houve apenas atos corporativos que significaram reestruturação acionária dentro do grupo.”*

Com intuito de afastar as dúvidas em relação à obrigação de apresentação dos atos acima mencionados, solicitou-se os contratos e acordos de acionistas firmados entre a *Makhteshim Agan* e as requerentes, no período de 1996 a 1998.

As requerentes, em 25/03/98, ao apresentarem os contratos e acordos firmados, solicitaram confidencialidade da petição e de todos os documentos a ela anexados, bem como que fossem devolvidos após análise pelo Conselho. Requereu-se ainda confidencialidade do pleno teor dos documentos relativos ao presente processo de ato de concentração. A justificativa apresentada foi de que o conteúdo dos documentos diziam respeito única e exclusivamente às Requerentes, assim objetivavam obter garantias de que não seria



dado conhecimento à terceiros, como já ocorrido na SDE que, indevidamente, autorizou cópias de partes dos autos à empresa Nortox S/A.

Cabe registrar que o requerimento de confidencialidade foi deferido parcialmente, tendo sido determinado que fossem juntados em apartado sigiloso apenas o acordo de acionistas e partes da petição que a ele se referem, respeitando-se assim o disposto no art. 118, da Lei 6.404 de 15.12.76 (fls. 01:27, Apartado Sigiloso).

O não tratamento sigiloso dos demais documentos anexados à petição foi fundamentado na presunção de que as requerentes já haviam dado publicidade a eles, por ocasião da realização das assembleias ordinárias e extraordinárias, em cumprimento ao disposto no art. 134 § 5º e art. 135 § 2º, da Lei 6.404/76.

Considerou-se ainda inadequado a devolução da documentação, pois não se tratavam de documentos originais, além serem peças importantes para fundamentar a decisão do Colegiado.

Para o indeferimento do tratamento sigiloso do inteiro teor do presente processo de ato de concentração, considerou-se que a documentação e as informações disponíveis não tratavam das estratégias de crescimento das requerentes, tampouco de segredos industriais. Ademais, sem apresentação delas a decisão do Colegiado não teria sustentação, infringindo portanto o art. 93 inciso IX da Constituição Federal, que dispõe sobre a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões nas esferas administrativa e judiciais. Ressaltou-se ainda que a lei 8.884/94 não prevê a possibilidade de julgamento em Sessão Reservada dos atos elencados no art. 54, respeitando o princípio da publicidade administrativa prescrito no art. 37, *caput* da Constituição Federal.

Diligência complementar foi realizada no sentido de aferir a participação das requerentes no mercado de herbicidas e no de inseticidas/fungicidas, bem como solicitou-se que fosse informado o faturamento do grupo no mesmo ano. Como resposta obteve-se que o grupo Magan registrou, no ano de 1995, faturamento bruto da ordem de US\$ 449,4 milhões. Já as participações de mercado estão discriminadas no quadro abaixo.

## Participações de Mercados

Requerentes	Produto Herbicidas		Produto Inceticidas/Fungicidas	
	1995	1996	1995	1996
<b>Herbitécnica</b>	<b>4,81%</b>	<b>5,10%</b>	<b>4,60%</b>	<b>5,20%</b>
<b>Defensa</b>	<b>4,20%</b>	<b>3,10%</b>	<b>1,70%</b>	<b>3,40%</b>

Fonte: Requerentes

## IV. Dos Pareceres

1.A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE/MF considerando a interseção das áreas de atuação das requerentes define, em termos de produto, o mercado como sendo o de defensivos agrícolas. Em termos geográficos considera o mercado nacional, em razão da existência de barreiras institucionais e das dificuldades para se importar os produtos (fls. 309:312).

De acordo com a SEAE não se trata de um mercado concentrado, pois as cinco maiores empresas, com vendas superior a US\$ 150 milhões, detêm cerca de 44,0% do mercado de defensivos agrícolas, enquanto as requerentes possuem participações não muito significativas (7,4%).

Concluí, portanto, que de um ponto de vista estritamente econômico, é passível de aprovação pois não elevou significativamente o grau de concentração do mercado. Ademais, a operação refere-se a um processo de reestruturação acionária, haja vista que as requerentes são controladas pelo mesmo grupo econômico.

2.A SDE manifestou-se preliminarmente pela tempestividade da apresentação do ato, observando que as informações e documentos exigidos na Resolução CADE n.º 5/96 só foram devidamente preenchidos após provocação da SEAE (fls. 338:340).

Na sua análise chama atenção para as manifestações contrárias apresentadas pela concorrente Nortox S/A e sobre a denúncia quanto à não apresentação de operações ocorridas anteriormente.

A SDE considerou que, independente das providências a serem tomadas com relação à denúncia, a presente operação não afeta substancialmente os atuais níveis de concentração do mercado e não acarreta prejuízo à concorrência. Nesses termos recomenda a sua aprovação pelo CADE.

3.A Procuradoria do CADE, em parecer nº 25/99 também manifesta-se pela tempestividade da apresentação da presente operação à apreciação do CADE.

No que diz respeito ao mérito, entende que o Plenário deve conhecer o presente ato e aprová-lo, tendo em vista que não resulta em dominação de mercado e não traz efeitos adversos à concorrência.

Todavia, ressalta que após a análise das informações prestadas no preenchimento do formulário da Resolução/CADE nº 5/96, mais precisamente no campo 11.3 (fls. 233) e pelas documentações trazidas ao conhecimento do CADE pela Nortox S/A, não restam dúvidas quanto ao descumprimento da obrigação de submeter ao CADE as operações de aquisição das requerentes pela Makhteshim Agan, em conformidade ao previsto no § 4º do art. 54.

Nesse contexto, sugere que as requerentes sejam oficiadas para apresentar operações infra mencionadas, oportunidade em que se decidirá sobre o cabimento da multa prevista no § 5º do mesmo art., observando que tal decisão estará também apreciando o procedimento administrativo em apenso.

Do procedimento administrativo, em apenso, também consta parecer da Procuradoria (fls. 326:328), no qual reitera o seu entendimento quanto à apreciação pelo CADE ocorrer na mesma ocasião da análise da operação realizada entre Herbitécnica e Defesa.

Este é o relatório.

### **VOTO**

*EMENTA: Unificação das empresas Herbitécnica Indústria de Defensivos S.A. e Defesa S.A. Mercados relevantes de herbicidas e inseticidas/fungicidas no território brasileiro. Obrigação de apresentação em razão do faturamento do grupo superior a R\$ 400.000.000,00, conforme §3º do art.*

*54 da Lei nº 8.884/94. Apresentação tempestiva. Aumento do poder de Influência sobre as decisões das empresas. Aprovação sem restrições. Aplicação de multa em virtude da não notificação de operações anteriores, em descumprimento do referido §3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Presentes os elementos necessários para atuação coordenada. Aprovação das operações anteriores sem restrições por já estarem disponíveis os elementos suficientes para apreciação.*

As empresas Herbitécnica Indústria de Defensivos S.A. e Defesa S.A. submetem à apreciação do CADE Protocolo de Intenções firmado entre si, visando o desenvolvimento conjunto das atividades produtivas e comerciais.

Considerando que o grupo Magan a partir de 1996 passou a deter participações acionárias indiretas em ambas as empresas, ou seja, 49% do capital social da Herbitécnica e 91,4% da Defesa, as requerentes alegam que a operação ora sob exame trata de mera reestruturação societária.

Vale registrar que esse entendimento é compartilhado pelos pareceres que antecederam essa análise. Ademais, a jurisprudência firmada pelo CADE é extensa quanto ao exame de atos dessa natureza. O CADE tem sido eloqüente ao decidir pela impropriedade de apresentação das operações que dizem respeito a alterações na configuração interna dos grupos econômicos, cujo resultado não implica em qualquer mudança da estrutura de propriedade acionária.

No presente caso não me parece tão simples assim, pois conforme os organogramas apresentados a unificação pretendida levará o grupo Magan a deter o controle acionário da empresa resultante, ou seja, sua participação corresponderá a 70% (ver organogramas, pag. 3 e 4 do Relatório).

Em presença de tal situação, entendo bastante útil relacionar as estruturas societárias de ambas as empresas às suas respectivas estruturas econômicas, visando observar se as empresas já atuavam como um único agente, agindo como se houvesse um só centro decisório. Essa noção é importante para aferir se há capacidade de exercício de influência sobre as decisões do concorrente, neutralizando-se assim o fator rivalidade entre integrantes do mercado. Em outras palavras significa aferir se as alterações societárias ocorridas podem ser caracterizadas como operações de concentração no sentido *latu sensu*, ou se resultam na formação de uma estrutura apta à cooperação.

Cabe notar que, em tese, para caracterizar a existência de influência sobre a estratégia concorrencial de uma empresa não é necessário que haja controle acionário e com isso domínio sobre todas as decisões sociais, basta que haja controle ou poder de deliberação sobre áreas estratégicas das estruturas societárias, em especial naquelas diretamente relacionados à produção e atuação no mercado da empresa<sup>2</sup>. Tal controle pode ser tanto efetivo como potencial e a primeira questão que se coloca é quando houve a unificação efetiva ou potencial dos centros decisórios e, portanto, foi eliminado o fator concorrência.

Valho-me neste ponto dos ensinamentos de Calixto Salomão<sup>3</sup>, para quem *“quatro áreas são consideradas fundamentais para permitir esse controle do planejamento empresarial: pesquisa e desenvolvimento; investimento; produção e vendas.”* (pp. 245)

Da leitura da Ata da 1º Assembléia Geral Extraordinária realizada em 18.03.96 e sobretudo do acordo de acionistas firmado, na mesma data, entre a Makhteshim-Agan participações S/C Ltda. e os acionistas brasileiros, não restam dúvidas de que a participação acionária minoritária (49%) adquirida pelo grupo Magan possibilitou o exercício de influência sobre as decisões da empresa Herbitécnica.

O preenchimento dos requisitos que demonstram essa influência estão evidenciados com clareza nas cláusulas 3.3.2; 3.3.5 e 3.4.1 do referido acordo de acionistas. À Makhteshim-Agan Participações S/C Ltda. foi atribuída a condição de (...) <sup>4</sup>, note-se ainda os artigos 17; 19; 20 e 21 da Ata da 1º Assembléia Geral Extraordinária, que definem a composição do Conselho de Administração e as prerrogativas e competência dos cargos de Diretoria da Herbitécnica.

Ademais, o firmado na cláusula 11 e seguintes do acordo de acionistas demonstra efetivamente o interesse, do ponto de vista econômico e societário, do grupo Magan sobre a Herbitécnica.

---

<sup>2</sup> Ver Salomão, Calixto Filho in “Direito Concorrencial - as Estruturas” e Carvalho, Nuno T. P. in “As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste”.

<sup>3</sup> Op. citado.

<sup>4</sup> Informações sigilosas, atuadas em apartado às fls. 26 e 29.

Por sua vez não há dúvidas de que a estratégia concorrencial da Defesa, a partir de novembro de 1996, passou a ser determinada pelos interesses do grupo Magan, pois a ele foi atribuído esse direito mediante aquisição do controle do capital social da empresa.

Em princípio uma situação de prevalência das regras de concorrência fariam com que as requerentes, mediante obtenção de eficiência, buscassem ganhar fatias de mercados uma da outra, o que por sua vez levaria à perda de lucratividade da perdedora. Todavia, é inconcebível supor que permanece intacto o interesse concorrencial quando o mesmo grupo econômico adquire participações relevantes dos capitais sociais de empresas que atuam no mesmo mercado, pois estaria prejudicando a si mesmo.

Entendendo, pois, que estão presentes as condições para que as duas empresas tenham um comportamento paralelo no mercado, funcionando de forma coordenada para obter maiores lucros.

Nesses termos considero que, desde a ocasião em que adquiriu as participações acionárias, o Grupo Magan passou a exercer efetivamente influência sobre as estratégias concorrenciais das requerentes, o que implica dizer que foi nesse momento que ocorreram impactos sobre a concorrência. Assim sendo, o ato ora em análise trata de uma operação societária, cujo o escopo é permitir que um dos acionistas, no caso o grupo Magan, assuma o controle do capital social da empresa resultante da unificação da Herbitécnica e Defesa.

O grau de coordenação preexistente à unificação das empresas Herbitécnica e Defesa, com o fato do grupo Magan passar a deter 70% do controle do capital da empresa resultante, do ponto de vista da concorrência, foi levado ao limite, pois acentuou-se o poder de interferência sob a atuação dos negócios.

Dessa perspectiva a operação não acarreta alterações na estrutura dos mercados relevantes afetados pela operação: o de inseticidas/fungicidas (todas as culturas) e herbicidas. O espaço geográfico relevante para a análise é o nacional, tendo em vista as barreiras institucionais. Adoto, assim, o entendimento do CADE quando da análise do Ato de Concentração nº 08000.003.675/97-73, realizado entre as empresas Ciba-Geigy Química S.A. e Sandoz S.A.

Ademais, não há elementos que indiquem que a operação em tela aumenta o poder de mercado do grupo Magan, sendo passível de provocar qualquer dos efeitos previsto no *caput* do art. 54 da Lei 8.884/94.

Isto posto entendo que a operação de unificação das empresas Herbitécnica e Defesa deve ser aprovada. Chamo atenção para o fato de que ao aprovar a referida operação estará o CADE, ao mesmo tempo, decidindo pela aprovação das duas operações realizadas pelo grupo Magan de aquisição de participações acionárias das empresas Herbitécnica e Defesa.

Ocorre, contudo, que as operações que originaram os efeitos sobre a ordem concorrencial não foram devidamente notificadas ao CADE, em atendimento ao disposto no art. 54 e seus parágrafos.

Note-se que o CADE tem determinado que as operações sejam formalmente apresentadas, adiando assim a análise dos efeitos sob a concorrência para cumprir os procedimentos processuais fixados na Lei e, na maioria das vezes, movido pela necessidade de informações adicionais.

No caso presente entendo que uma decisão dessa natureza apenas acarretaria em custos adicionais à administração pública. Por outro lado, a tomada de decisão pelo CADE não provocaria qualquer prejuízo aos requerentes, até porque foram dadas várias oportunidades para que se manifestassem com relação as duas operações realizadas anteriormente.

Entendo, pois, que as informações trazidas aos autos pela instrução realizada pelas Secretarias de Acompanhamento Econômico e de Direito Econômico, bem como as que realizei adicionalmente, permitem ao CADE decidir com segurança jurídica-econômica.

Também, considero cumprido o § 6º do art. 54. Argumento adverso me parece contraditório, pois é lógico supor que a aprovação sem restrições de uma operação à frente, como é o caso da unificação das empresas Herbitécnicas e Defesa, como sugeridos pelas Secretarias em seus pareceres, tem como pressuposto que, no mérito, as operações originárias não limitam ou de qualquer forma prejudicam a livre concorrência ou resultam na dominação de mercado, efeitos previstos no *caput* do art. 54.

Ademais, argumenta-se que a operação não altera substancialmente os níveis de concentração do mercado afetado pela operação. Essa observação, presente em todos pareceres que antecedem esta análise, teve como base

uma análise de estrutura de mercado que apresenta os *market-share* das requerentes individualmente. Assim, pode-se afirmar que a análise, do ponto de vista econômico, reflete uma situação do mercado em que a atuação das requerentes é tida como independente.

Acredito útil transcrever trechos dos pareceres elaborados pelas Secretarias, em cumprimento ao § 6º.

A SEAE opina pela aprovação da operação, destacando que *“A operação é passível de aprovação dentro de um ponto de vista estritamente econômico, porque não elevou significativamente o grau de concentração do mercado. Além disso, a operação refere-se a um processo de reestruturação acionária, haja vista que as Requerentes são controladas pelo mesmo grupo, devendo culminar com possível fusão das mesmas.”*

Por sua vez, a SDE ressalta que a operação de unificação das empresas Herbitécnica e Defesa é *“alcançada pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94 em face, exclusivamente, do faturamento obtido no último exercício pelo grupo a que pertence as interessadas.”* Quanto ao mérito consideram que *“a presente operação não afetará substancialmente os atuais níveis de concentração do mercado, nem acarretará prejuízos à concorrência do setor (...).”* Acrescenta-se que o Secretário de Direito Econômico, adotando os termos do despacho da Diretora do DPDE sugere a aprovação do ato pelo CADE, nos termos propostos pelas requerentes.

O parecer emitido pela Procuradoria do CADE corrobora a formação de minha convicção. Inicialmente, manifesta-se pelo conhecimento do ato pelo CADE, por força do disposto no § 3º do art. 54. No que diz respeito ao mérito, manifesta-se favoravelmente à aprovação, tendo em vista que *“a operação que envolve as Requerentes não traz prejuízo à concorrência nem resulta em dominação de mercado, gerando mínima alteração do grau de concentração do mercado original.”*

Concluo, portanto, que estão presentes as condições para o CADE decidir sobre as operações de aquisição de 49% do capital social da Herbitécnica e 91,4% da Defesa.

**É importante notar que, segundo as informações prestadas, o grupo Magan ingressou no mercado relevante mediante a primeira operação,**



ou seja, em março de 1996, com a Makhteshim Agan adquirindo 49% de participação acionária na Herbitécnica.

No quadro da pp. 9 do relatório, observa-se que a Herbitécnica possuía um *market-share* no mercado nacional de herbicidas, em 1996, de 5,10%. No mercado de inseticidas/fungicidas o *market-share* da empresa ficava em patamares similares, 5,2%.

Conforme apurado, o faturamento bruto do grupo em 1995 foi de US\$ 449,37 milhões, o equivalente à R\$ 490,04 milhões<sup>5</sup> ou à 616.245.181 UFIRs<sup>6</sup>.

Não restam dúvidas de que tal operação está sujeita ao controle do CADE, portanto deveria ter sido apresentada com base nos critérios objetivos do § 3º do art. 54, visto que preenche pelo menos um deles, o do faturamento.

Uma segunda operação foi realizada em novembro de 1996, com a Makhteshim Agan adquirido 91,4% do capital social da Defesa. Nesse caso, é admissível somar os *market-shares*, ainda assim é o critério do faturamento que vai determinar a obrigatoriedade de apresentação do CADE. Note-se que o grupo Magan passou a deter uma participação no mercado nacional de herbicidas de cerca de 10,3% e no de inseticidas/fungicidas de 8,6%.

Reiteradamente, as requerentes alegaram que, embora tenham ocorrido operações envolvendo-as, essas não afetaram a estrutura de mercado, uma vez que suas atuações davam-se de forma independente. Com efeito, essas operações não tinham que ser trazidas ao conhecimento do CADE, pois não se enquadravam entre os atos que o *caput* do art. 54 visa prevenir.

Também segundo as requerentes, tais operações trataram-se apenas de fases de um processo que culminou na unificação da Herbitécnica e Defesa. É nesse momento que se pode falar na ocorrência de alterações nas estruturas de mercado, quando, então a operação foi tempestivamente apresentada ao CADE.

Argumentam ainda que à época em que ocorreram as operações, o ano de 1996, era considerado bastante controverso adotar o critério de fatura-

---

<sup>5</sup> Utilizou-se a cotação do dólar comercial americano, média anual do ano de 1995. (Fonte: BACEN).

<sup>6</sup> Utilizou-se o valor da UFIR de Dezembro de 1995. (Fonte: Receita Federal).

mento para tornar obrigatório a apresentação de operações ao CADE. Ressaltando que, até o final de 1996, não havia decisão desse Conselho impondo multa pela não apresentação de operações que atendiam ao critério faturamento.

**Tais argumentos já foram, por diversas vezes, discutidos por esse Plenário. Note-se que todos foram rejeitados, portanto, seria repetitivo estender-me nessa discussão. Nesse sentido entendo suficiente reproduzir trechos do voto exarado pelo Conselheiro Marcelo Calliari, no caso Agco e Iochpe-Maxion, que tratou de forma extensa os argumentos contrários aos trazidos pelas requerentes, em especial no que diz respeito à existência de dúvidas quanto a interpretação da Lei pelo CADE.**

“ (...) não se pode alegar ignorância da lei para eximir-se de seu cumprimento, não faz sentido permitir que se alegue dúvida ou interpretação divergente da lei para eximir-se do seu cumprimento. E não se pode tampouco imaginar que há dúvida apenas porque a autoridade judicante ainda não se manifestou sobre o assunto. Seria algo como assumir que qualquer um pode descumprir novas regras do imposto de renda, e isentar-se de pagar multa por atraso, apenas por alegar dúvida e notar que ainda não havia manifestação judicial “esclarecendo” a questão. Seria abrir as portas para a desobediência de toda nova norma até que se tenha uma decisão a respeito da autoridade competente, (...)”

Argumenta-se ainda que admitir a tese de que haviam dúvidas quanto a obrigatoriedade de notificação de atos não danosos à concorrência, mesmo que envolvendo partes com faturamento superior a R\$ 400 milhões, seria o mesmo que “ (...) *permitir que as empresas determinassem ex ante aquilo que causa ou não dano à concorrência para notificar apenas em caso positivo, mesmo nos termos do par. 3º do art. 54. Seria portanto igualar o par. 3º ao caput do mesmo art. 54, tornando aquele inútil.*”

Houve inobservância da Lei. A não apresentação ao CADE de atos de concentração, dentre aqueles elencados no § 3º do art. 54, constitui conduta grave, uma vez que impõe dificuldade adicional para que as autoridades reguladoras, no exercício de suas funções, zelem pelo bom funcionamento do mercado.

Não apresentando as duas operações desrespeitou-se o prazo legal previsto no § 4º do art. 54, cabendo portanto a multa prevista no § 5º, não interessando para aplicação desse dispositivo se houve ou não dano à concorrência. Como na sua aplicação deve-se ter em conta o princípio da razoabilidade, a ausência de dano é uma atenuante.

Destaco que não restou claro que as requerentes objetivaram, ao longo da instrução processual do presente ato, corrigir o equívoco cometido de não apresentar ao CADE as operações, o que poderia ser considerado como mais uma atenuante na definição do valor da multa.

Na fixação da multa adoto o princípio de que uma apresentação tardia em alguns dias é menos grave do que em alguns meses, e a falta total de apresentação é a mais grave possível.

Tendo em conta a situação econômica do grupo Magan, haja visto o valor de faturamento bruto registrado no ano de 1995, determino a imposição de multa no valor de R\$ 117.240,00 (cento e dezesseis mil e duzentos e quarenta reais), o equivalente a 120.000 UFIRs, às requerentes por cada uma das duas operações não notificadas, que corresponde ao dobro da multa mínima estipulada pela lei, devendo as mesmas procederem ao recolhimento dos valores no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do acórdão, sob a supervisão da Procuradoria do CADE, que, na ausência dos pagamentos, adotará as providências cabíveis previstas na Resolução nº 9/97.

No mérito, entendo que as operações não elevaram substancialmente a concentração no mercado relevante afetado ou acentuaram as barreiras à entrada existentes. Inexistindo, portanto, qualquer forma de danos à concorrência pelo que sou pela aprovação dos atos sem restrições.

Isto posto, entendo que a decisão ora exarada supri o objeto do procedimento administrativo de nº 08012-001002/98-58, apensado aos autos do ato ora em exame, determinando o seu arquivamento.

Determino ainda à Secretaria do Plenário encaminhar à SDE cópia do voto e do acórdão dessa decisão para, se for o caso, ser levado em conta na análise da averiguação preliminar existente naquela Secretaria.

Este é o Voto.

Brasília, 28 de abril de 1999.

Mércio Felsky  
Conselheiro-Relator