

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
Auto de Infração 07/99 (AC 89/96)
Impugnante: NHK Cimebra Indústria de Molas Ltda.
Relator: Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca

EMENTA: Impugnação da decisão do AC 86/96 que determinou a aplicação de multa por intempestividade na apresentação da operação. Alegação de que a impossibilidade de dano à concorrência pelo fato da adquirente não atuar no Brasil exclui a obrigatoriedade de cumprimento dos prazos da Lei 8.884/94. Rejeição da impugnação. Manutenção da penalidade pecuniária (multa).

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, por unanimidade de votos, i) a análise da possibilidade de dano à concorrência e a definição do mercado relevante devem ser feitas pela autoridade e não pelas empresas interessadas, ii) a não atuação da empresa adquirente no mercado brasileiro não exclui a possibilidade da operação causar impactos no mercado do país, iii) rejeitar a impugnação, iv) manter a penalidade pecuniária estabelecida no julgamento do AC 86/96.

RELATÓRIO

1. Trata-se de processo referente à execução de decisão emanada, por unanimidade, do Plenário do CADE, no sentido de aprovar, sem restrições, o AC 89/96, relatado pelo ilustre Conselheiro Marcelo Caliarí. Todavia, a mesma decisão, também à unanimidade, impôs às requerentes daquele ato de concentração, multa de RS 57.666,00 (equivalentes a 60.000 UFIR's) em função da intempestividade na apresentação da operação.

2. Publicada a decisão, em conformidade com o ordenamento legal, foi lavrado o auto de infração nº 03/99, o qual, por falha de digitação, foi tornado sem efeito e substituído pelo de nº 07/99, ao qual o presente feito se refere.

3. A empresa autuada, por meio de sua controladora, inconformada com a decisão, apresentou a sua defesa. Na peça em que expõem as suas razões, os ilustres patronos da defendente argumentam que:

- Apenas os atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência precisam ser submetidos ao CADE no prazo determinado pela Lei 8.884/94 em seu

art. 54, § 4º. Como a empresa adquirente não atuava no Brasil, direta ou indiretamente, não poderia ocorrer qualquer limitação ou prejuízo à concorrência. Assim sendo, não caberia a exigência de cumprimento do prazo legal para apresentação da operação envolvendo a Sea Grove, a Sudamericana¹ e a Fabrini;

- Não haveria um momento relevante para apresentação da primeira operação ao CADE, visto que não teria havido alteração na concorrência no setor;
- Que a segunda operação, envolvendo a Rassini e a NHK, realmente poderia ter um potencial anti-competitivo e, assim sendo, esta foi apresentada ao CADE no prazo definido em lei.

4. Com estes argumentos, a impugnante requer o cancelamento do auto de infração e o seu arquivamento.

5. Este arrazoado foi submetido à Procuradoria do CADE, que sobre ele, resumidamente, assim se manifestou:

- O § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94 define quais os atos que devem ser submetidos ao CADE para exame, pelo que o CADE tem o poder-dever de examinar os atos que preencham os requisitos estabelecidos em lei para, então, avaliar os seus efeitos;
- O *caput* do art. 54 da Lei 8.884/94 aplica-se aos atos que produzam ou possam produzir efeitos no ambiente concorrencial. O ato a ser apresentado por força do § 3º não precisa ser, necessariamente, anti-competitivo, mas deve, de todo modo, ser trazido a exame;
- A multa é sanção administrativa pecuniária, a ser aplicada independentemente de culpa do agente.

6. Com estes argumentos, conclui, de modo semelhante àquele já exposto na análise do Ato de Concentração, pelo cabimento da aplicação da multa e, conseqüentemente, pela rejeição da impugnação oferecida pelas empresa.

É o relatório.

1 Controlada da Rassini

VOTO

1. Antes de expor meu juízo sobre o caso, considero de grande relevância lembrar um trecho do voto do ilustre Conselheiro Marcelo Caliaro ao julgar o AC 89/96, que originou o atual feito. Consta naquele voto:

“Este Conselho já afirmou que a realização da operação do ponto de vista da legislação anti-truste pode dissociar-se da sua concretização jurídico-formal.....a preocupação concorrencial dispensa a forma, privilegiando o efeito do ato sobre o mercado, não sendo o momento do aperfeiçoamento do ato negocial necessariamente o da realização da operação.....o que é importante para estabelecimento do marco inicial do prazo de 15 dias, para comunicação da operação aos órgãos de defesa da concorrência, é o instante em que esta passou a ter relevância econômica do ponto de vista concorrencial.

Neste sentido, parece inescapável a conclusão de que as duas transações em questão constituem na verdade, etapas de uma mesma operação. A primeira etapa, a compra da Fabrini pela Rassini, ainda que não envolvendo diretamente a NHK, inseriu-se no contexto da associação das duas multinacionais. Representou apenas um passo, imediatamente sucedido pela segunda transação e realizado tendo em vista esta continuação, levando em conta ainda os acordos já existentes entre as empresas no exterior.

A declaração das requerentes de que a denominação da RN Investments, adquirente da Fabrini, refere-se aos nomes Rassini (R) e NHK (N) basta para demonstrar que a primeira transação não constitui operação independente, sem participação da NHK, mas sim uma das etapas necessárias à consecução do objetivo do ato de criação do controle conjunto, etapa realizada mesmo apenas em função da sua sucessora. Não fosse para compor a relação societária com a NHK, não haveria razão para que a Rassini se referisse ao nome da empresa japonesa na sua controlada.....

.....Se as duas transações constituíram na verdade uma única operação, mesmo formalmente, é a data da primeira que dá início à contagem do prazo legal para apresentação. Em relação aos efeitos do ato sobre a concorrência, a conclusão é a mesma. É difícil imaginar, iniciada a operação com a compra pela RN da Fabrini, que Rassini e NHK, por meio de suas controladas operacionais Fabrini e NHK Cimebra, continuassem a operar como concorrentes no Brasil, de forma totalmente independente entre si. A relação concorrencial foi afetada desde este primeiro momento, na medida em que as empresas já se encontravam em meio ao processo de criação de um controle conjunto.”

2.No mesmo diapasão, o ilustre Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho opinou ao julgar o AC nº 08000.025541/94-98 (CARAÍBA METAIS S/A e MINERAÇÃO CARAÍBA):

“Tentando..... justificar a não apresentação dos atos de concentração na forma que a lei o determina, alegam que não o fizeram porque o ato não teria qualquer efeito anti-concorrencial. Ora, a lei não dá às empresas competência para julgar quando um ato de concentração é, ou não, potencialmente ofensivo à concorrência. Esta competência é privativa do CADE e os § 3.º e 4º do art. 54 da lei 8.884/94 definem a obrigação de apresentar. Às empresas cabe, tão somente, cumprir o que a lei manda, e apresentar os atos enquadrados nas premissas legais.

De resto, a aceitação deste argumento esbarra em uma dificuldade lógica. Não seria de se esperar que as empresas aqui se apresentassem apenas quando, ao seu arbítrio, considerassem os seus próprios atos como anti-competitivos, assim o confessassem e, após o fazê-lo, pedissem a aprovação do CADE para os mesmos, com base em eficiências, muitas vezes, não específicas do ato em questão ou de difícil constatação.....

....algumas das empresas envolvidas tentaram se furtar à responsabilidade legal alegando as mais diversas filigranas jurídicas para demonstrar que as operações não haviam sido apresentadas porque lhes faltavam alguns requisitos de ordem formal. É essencial que fique bem claro que a lei 8.884/94 é uma lei cujo objeto é econômico, ou seja, é à realidade econômica que ela destina a sua tutela. O bem jurídico protegido é a ordem econômica, sob o prisma da concorrência. Logo, os detalhes formais dos contratos não alteram a obrigação de apresentar, se os efeitos sobre o mercado se fazem sentir. Assim, se uma empresa assume efetivamente o comando da outra, sob o ponto de vista concorrencial, pouco interessa se falta este ou aquele detalhe formal e esta alegação não é aceita neste Colegiado para isentar qualquer empresa de cumprir o que a lei determina”

3.Isto posto, e considerando os argumentos da Procuradoria, parecem não restar dúvidas do ponto de vista jurídico, da obrigatoriedade de apresentação da operação (ou operações, como as empresas envolvidas consideram). Também não parece haver contestação ao fato de que as empresas não apresentaram tempestivamente a operação, ou seja, faltaram com a sua obrigação legal.

4.De fato, parece ter escapado às empresas envolvidas o disposto no § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94. Não pode ser aceita a argumentação de que o ato não foi apresentado porque não havia possibilidade de dano à concorrência. Ora, como sabê-lo, sem a análise pela autoridade competente (no caso, o CADE) ? Admitir esta argumentação seria o equivalente a conferir às empresas o papel

de juízas dos seus próprios atos. Esta situação lhes poderia ser muito conveniente, mas vai de encontro ao que dispõe a lei e, por conseguinte, não pode ser admitida.

5. Ainda que parecesse extremamente evidente que a operação não traria danos ao mercado, o simples cumprimento da lei já seria motivo bastante para que se exigisse das empresas a apresentação da operação. Mas há ainda os aspectos econômicos.

6. Os ilustres patronos referem-se ao fato de que a Rassini, por meio das suas controladas, não atuava, direta ou indiretamente no mercado brasileiro e descrevem o mercado como sendo o de molas helicoidais e de molas de feixe para uso automotivo.

7. Ora, como se sabe, é normal que, como estratégia de defesa, num procedimento legítimo, as empresas tentem minimizar o impacto da sua operação no mercado. É, também, patente o fato de que o ponto crucial da análise anti-truste é exatamente a definição do mercado relevante, o que engloba os aspectos “produto” e “área geográfica”. No caso em comento, este é particularmente importante, pois um dos argumentos da impugnante é o de que a empresa não atuava no mercado brasileiro e portanto a operação (na sua primeira etapa) não poderia ter impactos no nosso mercado. A afirmativa de que se o adquirente não atua no mercado do país a sua entrada não tem impactos naquele mercado pode ser verdadeira, mas apenas se o mercado relevante geográfico é menor ou igual ao mercado nacional. Se o mercado é internacional a afirmativa não pode ser aceita tranquilamente. E como saber a dimensão geográfica do mercado sem a análise do ato pelo CADE? Este fato impõe a sua apresentação a este Colegiado.

8. Mesmo no que se refere à dimensão “produto” do mercado relevante, a entrada de uma nova firma pode ter impactos no mercado se há uma possibilidade de verticalização no processo produtivo. Mais uma vez, este efeito só será conhecido após a análise da operação, que as impugnantes pretendem ser desnecessário.

9. Assim sendo, com base nos aspectos jurídico e econômico, não vejo como decidir pela anulação da multa. Decido, portanto, rejeitar a impugnação e manter a aplicação da penalidade pecuniária estabelecida no valor de R\$ 57.666,00 (cinquenta e sete mil seiscentos e sessenta e seis reais).

É o voto.

Brasília, 09 de junho de 1999

João Bosco Leopoldino da Fonseca
Conselheiro Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
Pedido de Reconsideração do Auto de Infração N.º 0007/99 (Ac 86/96)
Requerente: NHK Cimebra Ltda
Conselheira Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva

RELATÓRIO¹

Trata-se de pedido de reconsideração relativo ao auto de infração nº 0007/99, relatado pelo ilustre Conselheiro João Bosco. Tal pedido faz referência à execução de decisão emanada do Plenário do CADE, quando este, aprovando por unanimidade o Ato de Concentração nº 86/96, relatado pelo ilustre Conselheiro Marcelo Calliari, igualmente determinou à ora requerente o pagamento de multa equivalente a 60.000 UFIRs, tendo em vista a intempestividade na apresentação da operação (nos termos do art. 54, parágrafo quarto da Lei 8884/94).

O supra citado ato de concentração diz respeito às seguintes transações, apresentadas na SDE em 01/08/96:

- Compra, em 24/06/96, de 95,9% das ações da Fabrini S/A pela RN Investments Overseas, empresa controlada pela Rassini Autopartes através da Corporación Sudamericana S/A; o valor da operação foi de R\$ 3.370.000,00.
- Compra, em 10/07/96, de 48,449% do capital da NHK – Cimebra Indústria de Molas LTDA pela Sudamericana, sendo que a NHK, anterior controladora da NHK – Cimebra, manteve 50% do capital desta empresa. Conforme as requerentes, na mesma data ocorreu a associação da NHK com a RN Investments, sendo que as ações desta última restaram constituídas da seguinte forma: Sudamericana 51%, NHK 44%, e 5% nas mãos de acionistas minoritários (Nisho Iwai); o valor desta operação foi de US\$ 7.920.025,00.

O Plenário do CADE, ao apreciar o Ato de Concentração, concluiu tratar-se de duas etapas de uma mesma operação, considerando a data de 24/06/96 como o marco inicial para a contagem do prazo estabelecido no art. 54, parágrafo quarto da Lei 8884/94.

¹ Este trabalho contou com a colaboração do integrante do programa de intercâmbio Francisco Bloch, sob a supervisão da Conselheira Lucia Heleena Salgado e Silva.

Inconformada, a ora requerente apresentou pedido de impugnação ao auto de infração, pedido este julgado improcedente pelo Conselho.

Na presente, os dignos patronos da empresa requerente, novamente inconformados com a decisão do plenário, expõem os seguintes argumentos em seu pedido de reconsideração ao Auto de Infração 0007/99:

Apesar de, num primeiro momento, ter havido a intenção, por parte das empresas Rassini e NHK, de constituírem uma empresa para a aquisição de ações da Fabrini S/A, tal fato foi impedido devido a desentendimentos havidos entre elas quanto à forma pela qual se daria tal aquisição. Por tal razão, conforme demonstrado no Ato de Concentração 86/96, afirmam os patronos que a RN Investments Overseas foi constituída em 03/05/96 somente pelas empresas Sea Grove e Rasini, sem participação acionária da NHK.

Afirmam, assim, que o fato da NHK só haver trocado participações recíprocas da Fabrini e da NHK Cimebra (concorrente no mesmo mercado relevante e sua controlada operacional) em 10/07/96, quando a RN Investments adquiriu o controle da Fabrini em 24/06/96, implica inexistência de potencial ameaça à livre concorrência e à livre iniciativa até o momento em que NHK Spring e Rasini obtiveram controle conjunto das empresas NHK Cimebra e Fabrini.

Desta forma, afirmam os ilustres patronos da empresa requerente, somente em 10/07/96, com a assinatura do contrato de troca de participações recíprocas supra referido, constituiu-se ato passível de prejudicar a livre concorrência, resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ou, de modo geral, incorrer nas infrações previstas na Lei 8884/94

A razão para isto é que, muito embora a NHK Spring, anteriormente à operação acima descrita, já se fizesse representar no mercado nacional de feixes de molas através de sua controlada operacional, NHK Cimebra, a Corporación Sudamericana (controlada da Rassini) e a Sea Grove, que constituíam a RN Investments quando da compra da Fabrini por esta, não haviam tido até então nenhuma atividade direta ou indireta no Brasil.

Portanto, os dignos patronos da empresa requerente, considerando como mercado relevante o da produção e venda de molas helicoidais e molas de feixe no Brasil, concluem que ao CADE cabe ser informado de operações que pudessem afetar este ou outros mercados relevantes de produtos ou serviços.

Consideram, igualmente, que foi isto o que ocorreu, vez que o contrato assinado em 10/07/96 foi devidamente apresentado ao Conselho no prazo regular de 15 dias, não havendo motivo que ensejasse a apresentação do contrato de 24/06/96 (compra da Fabrini pela RN Investments, sem interveniência da NHK, esta sim já atuante no mercado relevante acima descrito).

Por fim, a requerente afirma que, apesar da denominação RN Investments de fato referir-se aos nomes das empresas Rasini e NHK (R e N, respectivamente), e mesmo sendo tal empresa a compradora da Fabrini antes da entrada da NHK nas operações aqui relatadas, afirmar que as duas transações constituíram etapas de uma mesma operação é absurdo.

Com tais argumentos, a ora requerente pede a total improcedência do auto de infração 0007/99, protestando por seu arquivamento.

Não há parecer da Procuradoria do CADE tendo em vista a nota técnica n.º 079/99, da parte da mesma Procuradoria, relativa a suas atribuições em caso de pedidos de reconsideração.

É o relatório.

VOTO

O presente pedido de reconsideração refere-se ao auto de infração n.º 0007/99 (AC 86/96), relativo à execução de multa por intempestividade na apresentação de operação ao CADE. Resumidamente, houve uma compra, por parte de um grupo até então sem atuação no mercado brasileiro (grupo Rassini) da empresa nacional Fabrini, atuante na área de molas helicodais para veículos, em 24/06/96; seguidamente, em 10/07/96, o grupo NHK, já presente no mercado supra citado, associou-se com o grupo Rassini.

A requerente, inconformada, alega que as operações eram independentes entre si, não sendo etapas de uma mesma transação. E, considerando que a primeira operação não tinha como prejudicar a livre concorrência, por tratar da entrada de uma empresa até então sem atuação no mercado, não haveria porque apresentá-la ao CADE, ou contar o prazo de submissão ao Conselho a partir da data de sua concretização.

Considerando os argumentos apresentados pela requerente, face aos pressupostos do direito concorrencial, parece não restarem dúvidas acerca da improcedência do pedido feito pela mesma ao final de sua peça

Conforme sólido entendimento deste Egrégio Conselho, já referendado pelo ilustre Conselheiro Marcelo Calliari e trazido à baila pelo ilustre Conselheiro João Bosco neste mesmo processo, cabe ao CADE analisar quais as operações que podem gerar efeitos sobre o mercado, uma vez preenchidos os requisitos legais, quais sejam, 20% de concentração no mercado relevante ou faturamento bruto superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). De fato, o art. 54, “caput” da Lei 8884/94, cominado com o parágrafo terceiro do mesmo artigo, é claro ao declarar que “os atos, sob qualquer forma manifestados...”, que possam afetar a livre concorrência, deverão ser submetidos à apreciação desse Conselho.

Neste sentido, é lógica a conclusão de que cabe ao CADE decidir se um determinado ato ou operação, que vise ou de que resulte concentração econômica (conforme o parágrafo terceiro do artigo supra citado enuncia), deve ou não ser submetido à análise do Conselho. Igualmente, cabe ao Conselho determinar em que momento isto ocorre, real ou potencialmente.

A requerente afirma, em sua peça, que caberia a ela, não ao CADE, determinar o momento no qual a operação apresentada (ou operações, conforme afirma) passa a tornar-se relevante sob o aspecto concorrencial; elaborando por si só as delimitações do mercado relevante em questão, tanto quanto ao aspecto do produto quanto sobre a área geográfica, a requerente conclui em sua defesa, por conta própria, que a primeira etapa da operação não afetaria o mercado brasileiro de molas helicoidais (pelo fato das empresas atuantes, nesta fase da operação, não exercerem quaisquer atividades no país). Ocorre que, conforme apontado pelo ilustre Conselheiro João Bosco ainda neste processo, cabe ao Conselho definir se o mercado em questão é menor ou igual ao mercado nacional, não à empresa: caso, ao contrário, fosse definido pelo CADE como sendo internacional, não se poderia aceitar tal afirmação com tranquilidade, e não há maneira de saber a dimensão geográfica de um mercado sem submeter a operação à autoridade antitruste.

Desta forma, com base tanto nos aspectos jurídicos quanto nos aspectos econômicos do pedido ora analisado, conclui-se que não há como decidir pela anulação da multa. Decido, portanto, por rejeitar o pedido de reconsideração e manter a aplicação da penalidade pecuniária, estabelecida no valor de 60.000 (sessenta mil) UFIRs, equivalente à época a R\$ 57.666,00 (cinquenta e sete mil seiscentos e sessenta e seis reais).

É o voto.

Brasília, 19 de janeiro de 2000

Lucia Helena Salgado e Silva

Conselheira Relatora