

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 8 número 5 - 2001

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 8 número 5 - 2001

ISSN 1517-1957

*INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC*

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Editor: : José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 12 números em 2001

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO**DOCTRINA**

JOINT VENTURES: O CONSÓRCIO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO	
Marcos Vinício Chein Feres	3

A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO	
Maria Cecília Andrade.....	41

JURISPRUDÊNCIA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.015337/97-48	
Representante: SDE “ex-officio”	
Representadas: Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	
Relator: Conselheiro Ruy Santacruz	
ACÓRDÃO.....	73
RELATÓRIO.....	75
VOTO	128

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.003303/98-25 (COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA)	
Representante: Philip Morris Brasil S/A	
Representada: Souza Cruz S/A	
Relator: Conselheiro Mércio Felsky	
ACÓRDÃO.....	189
RELATÓRIO.....	190
VOTO	198
TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO	231
<i>Relação de matérias publicadas na Revista do IBRAC.....</i>	<i>241</i>

JOINT VENTURES: O CONSÓRCIO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO

Marcos Vinício Chein Feres

*Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela UFMG
Professor Assistente da UFJF*

SUMÁRIO

Introdução.

1 *Joint ventures*: uma abordagem genérica

1.1 Breve noção econômica de *joint ventures*.

1.2 O contorno jurídico do instituto

1.3 O alcance prático das *joint ventures*

2 Espécies de *joint ventures*

2.1 *Noncorporate* e *corporate joint venture*

2.2 *Equity* e *nonequity joint venture*

3 Consórcio: a *joint venture* brasileira

3.1 A sociedade em conta de participação e o consórcio3.2

Conceito, características e requisitos legais3.3 Algumas figuras
similares no direito estrangeiro

3.4 Consórcio e livre concorrência

4 Estudo de caso – Antartica e Anheuser Bush

4.1 Os fatos

4.2 A decisão final do CADE

4.3 Legislação aplicável

4.4 A Solução seguida pelo Conselho em detalhes

4.5 Jurisprudência

4.6 Doutrina aplicável ao caso

4.7 Doutrina geral básica

Conclusão

Bibliografia

Introdução

A separação rígida entre as disciplinas do Direito está em decadência. Não se pode mais conceber um tema como monopólio exclusivo desta ou daquela disciplina específica. Por isso, estudar o consórcio significa não só compreen-

dê-lo dentro da estrutura do Direito Comercial mas também analisá-lo do ponto de vista do Direito Econômico. O problema central aqui consiste em verificar a natureza jurídica do consórcio e algumas de suas espécies, assim como seus efeitos no ambiente econômico.

Partindo-se da análise econômica e comercial do consórcio, pretende-se aplicar esse aparato teórico na elucidação de questões práticas que começam, hoje, a surgir com o aumento de cooperação empresarial entre empresários nacionais e estrangeiros. Verificando a estrutura teórica da *joint venture* brasileira, torna-se possível analisar e avaliar, de maneira razoável, o reflexo deste tipo de concentração econômica no mercado brasileiro.

Num primeiro momento, parte-se de uma abordagem genérica das *joint ventures*, definindo-as não só do ponto de vista econômico mas também do ponto de vista jurídico. Num relance ainda, procura-se demonstrar o alcance prático dessas instituições dentro da atual era da internacionalização da economia.

Dentro dessa noção genérica de *joint ventures*, recorre-se a uma antiga técnica doutrinária, a saber, a classificação das espécies hoje mais comuns. Distingue-se, assim, a *corporate joint venture* da *noncorporate joint venture*, assim como a *equity* da *nonequity joint venture*.

Quanto ao consórcio, além da necessidade de desenvolver um conceito teórico-prático e, por isso, transdisciplinar que envolva não só elementos jurídicos mas também econômicos, atém-se, mais adiante, as suas específicas características jurídicas, requisitos legais e, principalmente, a inter-relação dele com a livre concorrência.

Na tentativa de evitar um trabalho exclusivamente teórico, como objetivo final, serve-se de um caso realmente ocorrido e julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que possa comprovar a utilidade desse estudo e, sobretudo, a premente necessidade de analisar esses institutos num contexto de transdisciplinaridade.

Como conclusão, é necessário visualizar uma reformulação de antigos conceitos e preconceitos que acabam fazendo do Direito uma ciência antiquada. Não se pode continuar a sustentar um estudo estanque das diversas disciplinas jurídicas, sendo, pois, fundamental esta integração disciplinar entre Direito Comercial e Econômico.

1 *Joint ventures*: uma abordagem genérica

1.1 BREVE NOÇÃO ECONÔMICA DE *JOINT VENTURES*

De acordo com Maristela BASSO (1998), a expressão *joint venture* não possui equivalente precisa na língua portuguesa¹, tendo, pois, sua origem na prá-

¹ No entanto, SANTOS *et al.*(1998) traduzem a expressão por empresa comum.

tica da *common law*. Pode-se dizer, com isso, que este tipo de associação assumirá as mais diversas formas jurídicas institucionais, dependendo do país em que se busque realizar o empreendimento comum.

Maristela BASSO (1998: 41) leciona que “*joint venture* corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes”. Partindo-se dessa premissa, não seria incorreto afirmar que o conceito de *joint venture* ultrapassa os contornos jurídicos que ela possa vir a apresentar. Em suma, a *joint venture* consiste numa forma de organização empresarial em que os interessados se agregam a fim de alcançar um objetivo comum.

Trata-se de um conceito mais econômico que jurídico à primeira vista.

Do ponto de vista econômico, não parece difícil verificar o contorno e os objetivos da instituição da *joint venture*. De fato, esta consiste num modo de se agrupar, por prazo determinado, empresas que atuem no mesmo ou em diferentes níveis do processo produtivo a fim de atingirem economias de escala ou de escopo² e reduzirem custos de transação³ numa situação de mercado concorrencial imperfeita⁴.

Neste sentido o conceito de RASMUSSEN (1991: 177) para *joint ventures*:

² Economia de escala consiste em produzir mais de uma mesma espécie de bem a custo mais baixo, tendo em vista o tamanho da empresa, ao passo que economia de escopo caracteriza-se pela redução de custos com a produção de bens de espécies distintas.

³ Na versão de COASE (1988), custos de transação são aqueles necessários para descobrir com quem se deseja contratar, para chegar àquele com quem se escolheu contratar, negociar os termos do contrato e conduzir a negociação até a conclusão do contrato e, sobretudo, verificar se os termos e cláusulas do contrato vêm sendo observados no momento da execução (cf. COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago : The University of Chicago Press, 1988, p. 114).

⁴ John H. DUNNING (1992: 235) demonstra que “*in imperfect markets, a firm may seek the ownership or control over mutiple activities for three reasons. The first is that it believes such a governance is more likely to advance its goals than if the activities were under separate ownership. The second is to reduce the perceived transaction costs (including risk) of organizing activities in a way that best advances its objectives. The third is to increase the economic rent earned on the activities and/or to control the use made of the final output*”. Ora, perceba-se que, num mercado de concorrência imperfeita, é natural a associação de pessoas e capitais a fim de realizar com mais segurança um determinado empreendimento econômico. De acordo com o economista DUNNING (1992), uma *joint venture* pode ser iniciada por uma ou mais partes para realizar uma nova empresa com intuito de oferecer um determinado tipo de produto ou serviço.

Uma fusão de interesses entre uma empresa ou um grupo econômico, pessoas jurídicas ou pessoas físicas que desejam expandir sua base econômica com estratégias de expansão e/ou diversificação, com propósito explícito de lucros ou benefícios, com duração permanente ou a prazos determinados.

Observe que o autor não coloca o prazo determinado como característica diferenciadora do instituto, o que merece reparo, pois a *joint venture* não se confunde com fusões e aquisições que tendem a assumir uma conformação permanente. Assim nada mais acertado que considerar a *joint venture* como transitória e, por vezes, um momento preliminar e experimental em relação à definitividade das fusões e incorporações.

Todavia, é necessário ressaltar que o conceito do economista supracitado apresenta uma importante característica a de que as empresas se unem tendo em mira expandir sua planta de produção ou diversificá-la. Esse parece ser, em princípio, o motivo maior da *joint venture*, uma busca por eficiência e lucratividade.

A noção econômica de *joint venture* está, ainda, intimamente ligada à necessidade de desenvolvimento de novos produtos e processos para que a empresa⁵ assuma uma posição de destaque no mercado. Conforme salienta FARINA (1997), a busca pelo poder de monopólio através da inovação leva as empresas a investir em pesquisa e desenvolvimento (P&D), visto que a diferenciação de produtos é essencial para o aqumbarcamento de fatia de mercado mais e mais expressiva. Por tudo isso, as empresas se associam em *joint ventures* com o objetivo imediato de aprimorar seus processos de produção e mediato de aumentar suas margens de lucro.

Dessa forma, ainda que de modo superficial, pode-se dizer que *joint venture*, do ponto de vista econômico, consiste num meio pelo qual as empresas que atuem nos mesmos ou em diferentes níveis da produção se associam, por pra-

⁵ Deve-se salientar que *empresa*, para o Direito Comercial, significa, segundo BULGARELLI (1995: 99), “atividade econômica organizada de produção de bens e de serviços para o mercado, com a finalidade de estabelecer um regime jurídico específico”. Esse conceito de empresa parece ser o adotado tanto por COELHO (1995) quanto por GOMES (1996) que não a consideram nem sujeito nem objeto de direito, mas mera atividade econômica organizada, ou seja, o modo pelo qual o titular exerce o direito de propriedade (cf. GOMES, 1996). De outra parte, REQUIÃO (1989) é taxativo ao classificar a empresa como abstração e mero objeto de direito. Todavia, como se está a definir a noção econômica de *joint venture*, justifica-se a utilização da expressão *empresa* no sentido que os economistas lhe dão. Assim, fica esclarecido, desde então, o emprego da palavra no sentido de entidade hierarquicamente organizada tendo em vista a redução de custos de transação (cf. WILLIAMSON, 1987).

zo certo, a fim de realizarem economias de escala ou de escopo e reduzirem custos de transação.

1.2 CONTORNO JURÍDICO DO INSTITUTO (*JOINT VENTURE*)

A noção jurídica de *joint venture* encontra seu fundamento na realidade econômica que a justifica. Por isso, há uma tendência a confusões entre os conceitos jurídico e econômico dessa forma de atuação empresarial. Não se pode, todavia, deixar de considerar que a realidade fática econômica acaba por influir na configuração jurídica do instituto, haja vista uma característica comum ao Direito Comercial e Econômico, a preponderância do substrato fático na elaboração de instituições jurídicas e normas específicas.

Juridicamente, pode-se conceituar *joint venture*, conforme BLACK'S LAW DICTIONARY(1991: 584), como “*a legal entity in the nature of a partnership engaged in the joint undertaking of a particular transaction for mutual profit*”. Consiste ainda numa associação por tempo limitado de pessoas físicas ou jurídicas para juntas assumirem um determinado empreendimento econômico, sendo que, geralmente, todos contribuem para a formação do ativo, assim como partilham os riscos do negócio (cf. BLACK'S LAW DICTIONARY, 1991).

Como a expressão *joint venture* é de origem anglo-saxã, é prudente verificar a conformação que a doutrina norte-americana lhe dá. De acordo com GLOVER (1992: 7-4), “*joint ventures – arrangements in which two or more parties combine forces to engage in a specific economic activity – are quite common in the business world*”. A partir desses sucintos conceitos do instituto, pode-se verificar que a natureza jurídica dele é contratual. A *joint venture* funda-se num acordo, num contrato que assumirá contornos diversos tendo em vista os critérios e as necessidades dos agentes econômicos interessados no empreendimento conjunto.

No entanto, é importante verificar qual é a espécie de contrato que serve para configurar juridicamente o instituto em estudo. Nesse passo, força é indagar se a *joint venture* deve ser considerada um contrato de intercâmbio ou de comunhão de escopo, conforme leciona GRAU (1990). Valendo-se do magistério de *Ihering*, GRAU (1990: 6) disserta que “nos contratos de intercâmbio, os interesses das partes estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue seus próprios interesses”, enquanto “nos contratos de comunhão de escopo [...] os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam” (GRAU, 1990: 6).

A partir das claras lições de GRAU (1990), pode-se concluir que não existe sinalagma entre os que realizam uma *joint venture*. A vantagem de um não configura prejuízo para o outro. Trata-se, sim, de um contrato de comunhão de escopo, pois os contratantes pretendem um mesmo objetivo, isto é, a reali-

zação do empreendimento econômico. Há, assim, interesses paralelos e não contrapostos. Eis aí a exata configuração do contrato plurilateral de que AS-CARELLI se utiliza para demonstrar a natureza das sociedades comerciais (**apud** REQUIÃO, 1989).

O fato de considerar-se uma *joint venture* um contrato plurilateral ou de comunhão de escopo não a transforma automaticamente numa sociedade comercial, visto que pode, em ocasiões outras, conforme pretendam os envolvidos, assumir a forma contratual sem, no entanto, converter-se numa das formas societárias existentes.

Dentro dessa perspectiva, GLOVER (1992: 7-6) ensina que “*joint ventures ordinarily take one of four basic forms: the corporate joint venture, the partnership joint venture, the limited liability company joint venture and the contractual joint venture*”. Partindo dessa linha de raciocínio, constata-se que as *joint ventures* estadunidenses podem assumir a forma de uma sociedade anônima, de uma sociedade de responsabilidade limitada ou ilimitada ou de um simples contrato. Conforme o mesmo autor, os direitos e obrigações dos *venturers* serão estabelecidos num acordo de acionistas (*shareholders agreement*) ou no próprio estatuto social se a *joint venture* consistir numa sociedade anônima, no contrato social se assumir uma das outras formas de sociedade e no próprio contrato instituidor da relação de *venture* caso não se converta em uma entidade separada (cf. GLOVER, 1992).

Observando o contorno das diversas faces de uma *joint venture* nos Estados Unidos, não seria incorreto afirmar que a base jurídica desse tipo de associação pode ser similar no Brasil. Nesse sentido, a natureza jurídica da *joint venture* será um contrato plurilateral ou de comunhão de escopo, não importando se assuma ou não uma forma societária prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Reforçando essa idéia, BAPTISTA (1981: 53), alicerçado na concepção jurisprudencial norte-americana, salienta que “como um conceito jurídico, uma *joint venture* não é um *status* criado (diretamente) pela lei, mas sim uma relação jurídica assumida voluntariamente e nascida totalmente *ex contractu*”. No mesmo sentido, ZALDIVAR *et al.* (1989) definem a *joint venture* como um contrato de agrupamento empresarial em que duas ou mais sociedades civis ou comerciais dividem trabalho e responsabilidades.

Por tudo isso, parece não importar a forma societária que venha assumir a *joint venture* cuja natureza jurídica é contratual.

1.3 O ALCANCE PRÁTICO DAS *JOINT VENTURES*

1.3.1 O intercâmbio qualitativo entre empresas

O economista Lester THURLOW (1997) evidencia que o binômio recursos naturais e mão-de-obra não mais se torna preponderante na composição da equação competitiva. Hoje mais do que nunca a atenção se volta para a tecnologia, o mais novo fator nessa equação. E, para garantir desenvolvimento tecnológico, novos instrumentos jurídicos vêm sendo postos em prática pelos agentes econômicos no intuito de obterem vantagens competitivas.

Nesse mesmo sentido, verifique que a tecnologia, na concepção de BASSO (1998), é um elemento essencial na formação de uma *joint venture*. Ora, segundo a autora, isso pode ser comprovado pelo interesse no parceiro estrangeiro não só com intuito de trazer aporte de capital em divisas para dentro do país, mas também com vistas a utilizar-se dos conhecimentos tecnológicos de ponta detidos pelos nacionais de países desenvolvidos⁶ (cf. BASSO, 1998). Assim, de acordo com a professora da USP, “o resultado dessa parceria é sempre excelente: expansão da capacidade produtiva dos dois (ou mais) parceiros; inserção em novos mercados; utilização e desenvolvimento de novos produtos e tecnologias” (BASSO, 1998: 95).

Esse intercâmbio de tecnologia pode-se dar através de contratos de *know-how*, de transferência de tecnologia, de exploração de marcas e patentes (licença ou cessão), conforme ressalta BARBOSA (1988). Essa troca de conhecimento se encaixa perfeitamente numa *joint venture* cujo objetivo econômico imediato é aumentar a eficiência das plantas de produção. Através do contrato de associação, procura-se pôr em prática um empreendimento comum, promovendo uma real sinergia de informações e conhecimentos técnicos.

Realizando, no contexto da *joint venture*, contratos de transferência de tecnologia, de *know how*, de licença de uso de patentes, reduzem-se os custos que os empresários arcaiam se tivessem de negociar esse intercâmbio de conhecimentos em contratos específicos e diversos no largo âmbito do mercado.

BAPTISTA (1982: 264) também enuncia as vantagens diretamente revertidas para um determinado país ou região com a implementação de *joint ventures* entre empresários nacionais e estrangeiros:

As necessidades locais por outro lado fixam os demais objetivos: contribuição em capital ou bens de produção; treinamento de mão-de-obra local; diminui-

⁶ STUBER (1988), ao comentar a estrutura jurídica estabelecida pela antiga lei de informática (Lei 7232, de 29.10.84), conclui que uma alternativa à proibição de empresas estrangeiras explorarem, diretamente, dentro do território brasileiro, atividades do setor de informática seria a formação de consórcios entre empresários nacionais e estrangeiros. GRAU (1990) também chegou a dissertar sobre a realização de consórcios entre estrangeiros e nacionais com vistas ao intercâmbio tecnológico, desde que não se atentasse contra os mandamentos da Lei de Informática que não admitia fosse o controle de capital, decisório e tecnológico transferido ao parceiro estrangeiro.

ção, por via de substituição, das importações (que contribui para o equilíbrio do balanço de pagamentos); [*sic*] o aumento das exportações, através dos recursos do investidor estrangeiro; transferência de tecnologia e de *know how*; acesso a fontes produtoras de novas técnicas ou de pesquisa e desenvolvimento; finalidades sócio-políticas, como o desenvolvimento regional; ou criação da infra-estrutura, tal como rodovias, portos, escolas, centros de treinamento, etc.

Dessa forma, é redundante dizer que esse tipo de associação traz enormes benefícios para o país em que se opere o contrato entre os capitalistas nacionais e estrangeiros.

1.3.2 *Joint ventures* para pequenas e médias empresas⁷

Há, ainda, de se levar em consideração que a *joint venture* não se trata de um mecanismo único e exclusivo para implementação de agrupamento de empresas de nacionalidades diversas. Esse instituto possui uma aplicação prática dentro de um determinado território nacional.

Dissertando sobre o consórcio de empresas, Fábio Konder COMPARATO (1976) revela que as pequenas e médias empresas não foram absorvidas pelo processo de concentração que ocorreu nos países desenvolvidos capitalistas. Infere-se dessa afirmação que a concentração econômica não necessita, para seu sucesso, de aniquilar o pequeno e médio empresário. Além disso, COMPARATO (1976: 5) aponta que “nos Estados Unidos, 90% do total das empresas emprega, em média, menos de dez pessoas”. Isso, sem dúvida, reforça a idéia de que, mesmo num grande centro capitalista, como o norteamericano, há lugar de destaque para as empresas de pequeno e médio porte. COMPARATO (1976: 6) ainda chama a atenção para o fato de que “nem todos os insucessos do desempenho empresarial poderiam ser atribuídos ao naniquismo, pois as pequenas e médias empresas costumam apresentar virtudes em geral desconhecidas pelos gigantes econômicos”. Continua, assim, o autor dizendo que se comprova tal eficiência por parte das empresas menores, já que estas possuem “grande capacidade de inovação; flexibilidade de estru-

⁷ Em determinados momentos desse trabalho, o uso da expressão “empresa” não se encaixará na conformação que lhe dá o Direito Comercial (como explicado em nota supra). Isto porque se trata de um trabalho transdisciplinar em que se procura produzir um campo único de conhecimento para o qual convergem não só estruturas juscomercialista, mas também juseconômicas e até puramente econômicas. Conforme ressaltado na introdução, o objetivo desse trabalho é produzir um estudo da realidade e da teoria a respeito dos consórcios.

turas, ensejando pronta adaptação às novas situações de mercado; rapidez de decisão; atendimento personalizado da clientela” (COMPARATO, 1976: 6).

A partir daí, é preciso compreender que o processo de concentração de empresas, por si só, acaba gerando obstáculos ao desenvolvimento das pequenas unidades de produção, já que estas não possuem substrato financeiro, tecnológico e logístico para competirem com as grandes empresas no mercado. De acordo com COMPARATO (1976), o Estado poderia solucionar tais empecilhos através da concessão de financiamentos e empréstimos bancários. No entanto, o próprio COMPARATO (1976: 6) demonstra que “as verdadeiras soluções parecem advir das próprias empresas em si, por meio de técnicas adequadas de colaboração”.

É, dentro desse contexto, que a *joint venture* brasileira ou consórcio se revela interessante como instrumento a serviço do fortalecimento de pequenas e médias empresas no esforço de concorrerem, em igualdade de condições, com as macro-empresas. Aliando tecnologia, avançado esquema de distribuição, suprimento de matérias-primas, algumas pequenas empresas podem se tornar extremamente eficientes para competirem no mercado interno e, quiçá, no internacional.

Neste caso, é claro, não deixa de haver uma espécie de concentração, mas temporária, não implicando, porém, a extinção das empresas de pequeno e médio porte que continuarão a atuar, no seu próprio ofício, de forma independente. Essa é, sem dúvida, uma importante vantagem prática da *joint venture* que não incentiva a formação de macro-estruturas, na maior parte das vezes, anticoncorrenciais.

Mauro Rodrigues PENTEADO (1979) também defende a tese de que pequenas e médias empresas podem se valer do consórcio (*joint venture* brasileira) para inserirem-se no mercado e sedimentarem sua participação sem, no entanto, se renderem às fusões e aquisições. Por esse prisma, o consórcio deixa de ser uma alternativa à concentração de grandes unidades empresariais apenas e revela-se como elemento de conservação das pequenas e médias empresas presas fáceis das macro-empresas no processo concorrencial.

Dentro dessa perspectiva, vale ressaltar a conclusão de PENTEADO (1979: 14) quanto às vantagens do consórcio em detrimento do processo de concentração empresarial:

Neste sentido, em que avultam as vantagens da concentração, podemos lembrar a utilização do consórcio de empresas para a participação em grandes empreendimentos; para exploração de serviços comuns, em benefício das empresas consorciadas (centros de compras, rede de distribuição e vendas, centros de processamentos de dados, laboratórios de pesquisas, escritórios de exportação e importação, contabilidade e mecanografia etc.); para o fortalecimento da posição das participantes, na obtenção de empréstimos e financiamentos etc.

Em nível interno, a *joint venture* assume uma importante função de dar sustentação às pequenas e médias empresas no sentido de obterem vantagens competitivas que lhes garantam uma posição dentro do mercado. Isso não se fará a curto prazo, mas depende, fundamentalmente, de um processo de conscientização e educação do empresário brasileiro. Assim, cabe mostrar-lhe a possibilidade de sedimentação de sua empresa se atuar em conjunto com outros empresários à jusante ou à montante⁸, ou ainda, no mesmo estágio da produção⁹.

2 Espécies de *joint ventures*

2.1 CORPORATE E NONCORPORATE JOINT VENTURES

De acordo com BASSO (1998), a *corporate joint venture* distingue-se da *noncorporate* pela formação de uma pessoa jurídica ao final da conclusão do acordo base. As *joint ventures* contratuais, como são também conhecidas as *noncorporate joint ventures*, caracterizam-se pelo compartilhamento dos riscos, mas isso não significa que elas se converterão em uma nova pessoa jurídica com aporte de capital.

A *joint venture* societária consiste, basicamente, na necessária contribuição de capitais dos interessados no empreendimento comum para que uma nova sociedade seja estruturada a fim de atender aos objetivos do acordo base. Uma vez

⁸ Neste caso, refere-se à integração vertical em que fornecedores e distribuidores se unem no sentido de reduzirem seus custos e otimizarem o processo produtivo em cadeia. Do ponto de vista do Direito da Concorrência, cautelas devem ser tomadas no sentido de evitar o abuso do poder dominante, que pode vir a ocorrer com eliminação de concorrentes ou domínio do mercado relevante de bens e serviços (art. 54 e art. 20 c/c 21 da Lei 8884/94). Todavia, esse pode não ser o caso quando se trata de pequenas e médias empresas cujo objetivo é inserirem-se no mercado e garantirem uma participação efetiva no processo concorrencial. Em suma, essa eficiência revertida em favor do pequeno concorrente vem aprimorar um ambiente cada vez mais competitivo.

⁹ Trata-se de integração horizontal quando empresas, no mesmo estágio da produção, resolvem se associar, ainda que temporariamente. Ora, a Lei de Proteção à Concorrência (Lei 8884/94) adotou a regra da razão que deve ser aplicada nesse caso específico, pois as pequenas e médias empresas que se associam para obterem ganhos de eficiência podem não estar enquadradas na presunção do parágrafo 3º do artigo 54 da lei, pois a associação delas provavelmente não chegará a atingir 20% do mercado relevante de bens ou serviços ou o faturamento anual legal previsto que autorizaria a intervenção do CADE.

formada a pessoa jurídica, tem início a atividade econômica que os *co-venturers* desejam desenvolver para a realização de objetivos comuns.

Nesse tipo de associação, elementos específicos do contrato de sociedade integram o acordo base (cf. BASSO, 1998), consolidando-se, assim, o empreendimento comum através de um tipo societário. Atualmente, a tendência é a opção pela forma das sociedades por cotas de responsabilidade limitada e pelas sociedades anônimas. Como exemplo, pode-se citar o caso Antártica e Budweiser em que se pretendia formar a seguinte *joint venture* societária, Budweiser do Brasil Ltda., uma típica sociedade por cotas de responsabilidade limitada¹⁰. De acordo com o relatório do acórdão do CADE (1999), a Anheuser-Bush International Inc. participaria desta sociedade com 51% e a Cia. Antarctica Paulista, com 49%.

Por outro lado, as *joint ventures* meramente contratuais apresentam uma vantagem expressiva a de não criar um novo vínculo societário entre os empresários, com novas contribuições para a formação de um novo capital social. Em verdade, elabora-se um contrato no qual ficam devidamente estabelecidos os direitos e deveres do contratantes, independentemente da criação de uma pessoa jurídica. Nesta situação, existe uma comunhão de interesses e objetivos comuns que podem levar empresas¹¹, em princípio, concorrentes a atuarem concertadamente por um período determinado.

CARVALHOSA (1998) afirma que a *joint venture agreement* e a *joint venture corporation* diferenciam-se simplesmente pelo fato de a segunda determinar a constituição de uma nova sociedade com o fim específico de levar adiante o empreendimento comum. Na *joint venture* contratual, como não há uma nova sociedade criada para realizar o objetivo da associação, um operador que pode ser qualquer um dos contratantes (qualquer uma das sociedades envolvidas) terá por função a realização da atividade econômica com vistas a implementar, num certo espaço de tempo, a comunhão de propósitos dos *co-venturers*.

2.2 EQUITY E NONEQUITY JOINT VENTURE

Para BASSO (1998), nas *equity joint ventures*, há associação de capitais, o que não acontece com as *nonequity joint ventures*. Mais preciso BAPTISTA

¹⁰ ver BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n.º 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília. Disponível [Online] in ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip, 22.11.1999.

¹¹ A expressão está sendo utilizada de acordo com a Legislação de Proteção à Concorrência e à Teoria Geral do Direito Econômico. Em Direito Comercial, o termo equivalente seria sociedade ou empresário.

(1981) afirma que as *equity joint ventures* se caracterizam pelo investimento direto de capital em empresas preexistentes ou criadas a partir do acordo base. Assim, no entendimento de BAPTISTA (1981), as *non equity joint ventures*, embora utilizadas como forma de investimento, não se exteriorizam pelo aporte direto e em espécie de capital. Nesse tipo de associação, há uma transferência de meios e bens necessários à realização do empreendimento comum, assumindo, pois, ambas as partes contratantes responsabilidade conjunta (cf. BAPTISTA, 1981).

Em verdade, as *equity joint ventures* correspondem às *joint ventures corporation*, enquanto as *nonequity joint ventures* não deixam de ser uma reprodução das *joint ventures* contratuais. Este critério classificatório em estudo apresenta-se como uma forma secundária de compreender o fenômeno de formação das *joint ventures*. Diante da argumentação de ambos os autores citados, fica claro que, se há uma associação ou aporte direto de capital, uma nova sociedade será formada, o que transforma a *equity joint venture* numa subespécie do consórcio societário.

É importante destacar que *equity*, nesse sentido aqui abordado, não se confunde com a noção de equidade ou *justice as fairness*, mas antes significa os fundos que os interessados trazem para a formação de uma sociedade em troca de ações ou cotas (cf. BLACK'S LAW DICTIONARY, 1991). Por isso, é fácil concluir que essas espécies de *joint ventures* revelam uma característica específica e singular que diferencia a *joint venture* societária da contratual. Assim, no consórcio contratual, não há aporte de capital em troca de ações ou cotas de uma nova sociedade, o que parece lógico tendo em vista a sua própria natureza.

3 Consórcio: a *joint venture* brasileira

3.1 A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O CONSÓRCIO

Antes da instituição do consórcio, já havia um tipo societário que fazia as vezes de uma *joint venture*, a saber, a sociedade em conta de participação. Esta consiste na possibilidade de associação de duas pessoas físicas ou jurídicas em que um dos sócios é oculto e o outro, ostensivo. Em verdade, comerciante individual ou coletivo deve ser o sócio ostensivo e sobre este é que recaem todas as responsabilidades perante terceiros. No entanto, no contrato que organiza a sociedade em conta de participação, deve-se estabelecer a divisão de lucros e prejuízos entre os sócios ostensivos e ocultos.

Tanto REQUIÃO (1989) quanto BORGES (1971) concordam com relação ao caráter peculiar da sociedade em conta de participação. Segundo REQUIÃO (1989: 305), “é curiosa a sociedade em conta de participação. Ela não tem razão ou firma social; não se revela publicamente, em face de terceiros; não

tem patrimônio, pois os fundos são entregues, fiduciariamente, ao sócio ostensivo que os aplica como seus...”.

Nesse mesmo sentido, Eunápio BORGES (1971: 318) apresenta como características das sociedades em conta de participação as seguintes:

1) não é uma pessoa jurídica, mas simples contrato entre um sócio ostensivo e um ou mais sócios ocultos ou participantes; 2) não tem firma ou denominação social[...]; 3) é, pois uma sociedade oculta ou anônima, como a denomina o art. 325. E, com efeito, embora a designação pertença hoje às companhias ou sociedades anônimas por ações, a sociedade verdadeiramente anônima é a em *conta de participação*, que não tem nem firma, nem denominação[...]; 4) o sócio ostensivo ou gerente será sempre um comerciante[...]; 5) a sociedade pode constituir-se verbalmente, ou por escrito, prova-se por todo o gênero de provas admitido nos contratos comerciais, não se estendendo a elas as exigências relativas à constituição, arquivamento e publicidade das demais sociedades.

A partir da noção econômica e jurídica de *joint venture*, não é difícil verificar que a sociedade em conta de participação atende aos requisitos mínimos para ser considerada instrumento a serviço de empreendimentos comuns com finalidade lucrativa, como definem os próprios comercialistas supracitados¹². Dessa forma, embora hoje o consórcio venha sendo mais explorado quer pelo setor público quer pelo setor privado, não se nega a real importância e o caráter precursor da sociedade em conta de participação como forma societária a serviço de associações empresariais temporárias.

Atualmente, as sociedades em conta de participação ressurgem no cenário nacional. De acordo com REQUIÃO (1989: 306), “capitalistas emprestam seus capitais a comerciantes, para aplicação em determinadas operações, repartindo-se o lucro a final. É comum nos negócios momentâneos de importação, ou quaisquer outros negócios que envolvam aplicação imediata de expressivos capitais”. Segundo o mesmo autor, as financeiras acabam, hoje, funcionando como sociedades em conta de participação quando captam poupança particular para aplicarem estes recursos de acordo com os interesses do Fundo.

Por fim, ROCHA (1997) afirma que tanto o consórcio quanto a sociedade em conta de participação têm a forma societária, embora despersonalizados, sendo rigidos por um contrato base que determina as relações entre os associa-

¹² Nesse ponto, gostaria de destacar a contribuição do professor Osmar Brina Corrêa-Lima que me aconselhou a pesquisar as sociedades em conta de participação como verdadeiras instituições legais precursoras do consórcio, tal qual concebido atualmente pela Lei das Sociedades Anônimas, o que pude verificar ao longo desse trabalho monográfico.

dos. Todavia, do consórcio, exige-se o registro, o que já não ocorre com a sociedade em conta de participação. Assim, parece correto dizer que esta seria a forma embrionária do consórcio. Isso não significa que ela tenha sido substituída por este, continuando a ser utilizada ainda hoje como forma societária a serviço de *joint ventures*¹³.

3.2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS LEGAIS

3.2.1 Conceito

Sabendo-se que o consórcio pode ser utilizado como um instrumento jurídico de efetivação de *joint ventures*, não há dúvidas de que a sua natureza jurídica seja a de um contrato de comunhão de escopo ou plurilateral. Além disso, CARVALHOSA (1998: 339) afirma que “o consórcio constitui um contrato associativo, sem personalidade jurídica”. Embora sem personalidade jurídica na acepção clássica, o consórcio assume personalidade contratual e jurídico-processual (cf. CARVALHOSA, 1998).

Não há uma definição legal para o consórcio, o que é louvável. De regra, não cabe à lei conceituar institutos, mas antes determinar os modos de sua utilização e os efeitos decorrentes desta. É, sim, tarefa da doutrina conceber o conteúdo conceitual de qualquer instituto. Dessa forma, o consórcio é o contrato pelo qual se viabiliza a união de esforços e recursos no sentido de realizar um empreendimento comum, o que não seria possível de alcançar-se, separadamente, por cada um dos empresários envolvidos.

Mais especificamente, o consórcio é o contrato plurilateral ou de comunhão de escopo que organiza os meios necessários para a efetivação da colaboração empresarial e do objetivo comum, seja este qual for¹⁴.

¹³ Sem descartar a possibilidade de as sociedades em conta de participação serem utilizadas como forma de cooperação empresarial, COMPARATO (1976) afirma, porém, que a sociedade em conta de participação apresenta características que a tornariam imprópria para o fim de colaboração entre empresas atuantes no mesmo estágio da produção, a saber: a posição oculta de alguns dos sócios e a responsabilidade exclusiva do sócio ostensivo. Num outro aspecto, PENTEADO (1979) considera que as sociedades em conta de participação viabilizam mais efetivamente a associação entre capital-empresa do que a colaboração entre empresas propriamente dita.

¹⁴ A partir do fim que se pretende alcançar com a união empresarial, CARVALHOSA (1998) classifica o consórcio em operacional ou em instrumental. De acordo com este autor, se a colaboração empresarial visa a viabilizar atividades e pesquisas, ficará configurado um consórcio operacional, ao passo que, se a associação pretende capacitar as empresas para contratar com terceiros a execução de obras, serviços ou concessões, o tipo de consórcio será instrumental.

Dependendo do ponto de vista adotado, o consórcio pode ser de empresas ou de sociedades. Tendo em vista que, para uma grande parte da doutrina, a empresa se revela ora como objeto de direito ora como atividade econômica organizada, enquanto a sociedade é a pessoa jurídica, o sujeito de direito, a conclusão mais lógica seria a de confirmar a prevalência da expressão consórcio de sociedades. No entanto, esta não é a melhor qualificação para o instituto.

Mauro Rodrigues PENTEADO (1979) opta pela denominação consórcio de empresas. Este mesmo autor considera que o fato de assim qualificar o consórcio não significa uma adesão à teoria institucionalista e subjetiva com relação ao conceito de empresa. O consórcio, segundo a doutrina, será de empresas, porque “diz respeito a uma das formas de combinação da atividade organizada pelo empresário, e, ainda, pela sua abrangência, [...] se estende em relação a empresas cujos titulares tanto podem ser pessoas físicas como jurídicas” (PENTEADO, 1979: 31).

Assim, ao se falar em consórcio de empresas, está-se mudando o foco da forma societária para a idéia de atividade econômica organizada, pouco importando se envolvidas sociedades anônimas, limitadas ou mesmo pessoas físicas. O consórcio é uma relação contratual que se estabelece a fim de congregiar recursos e esforços, independentemente dos sujeitos envolvidos.

3.2.2 Características

Para CARVALHOSA (1998), o consórcio apresenta, antes de tudo, uma conformação contratual que desnatura qualquer possibilidade de considerá-lo uma nova pessoa jurídica¹⁵ (artigo 279 da Lei 6.404/76). Além disso, este instituto possui natureza mercantil, porque a lei societária assim o concebeu. O mesmo autor esclarece ainda que os empresários envolvidos guardam sua autonomia, apresentando funções diversas na persecução do empreendimento comum (cf. CARVALHOSA, 1998).

No entanto, como se explica o consórcio societário? Neste caso, o consórcio mantém sua natureza contratual, mas assume a forma societária desejada a fim

¹⁵ Do mesmo teor é a dissertação de BARROS LEÃES (1973: 145): “como se vê pela Lei n. 4137, o consórcio é tratado como se fora uma sociedade – e como sociedade aliás é expressamente chamado. Ora, no agrupamento de empresas, não há falar em sociedade consórtil, pois, mediante o consórcio, não se constitui uma nova pessoa jurídica. Ao contrário, no contrato de consórcio, as empresas se agregam umas às outras, preservando cada uma delas a sua individualidade jurídica própria”. Neste sentido, também se pronuncia REQUIÃO (1988) ao tratar do consórcio de empresas. No entanto, apesar disso, Osmar Brina Corrêa LIMA (1995) classifica o consórcio como grupo de direito, o que é pertinente, tendo em vista a natureza do instituto.

de alcançar os objetivos comuns das partes contratantes. Desse modo, nada impede em considerar o consórcio uma sociedade¹⁶, ainda que desprovido de personalidade jurídica própria. Ele apresenta, em síntese, apenas a estrutura societária, mas sua característica de fundo continua sendo a de um contrato plurilateral.

Quanto ao patrimônio do consórcio, ele é tido como de destinação ou apartado, segundo CARVALHOSA (1998). Isso quer dizer que este patrimônio é voltado especificamente para a realização dos objetivos consorciais. Há assim uma autonomia patrimonial instrumental.

CARVALHOSA (1998: 341) disserta que “as prestações de cada consorciada não se fundem nem se confundem”. No consórcio, são identificáveis as contribuições de cada associado, embora sejam utilizadas conjuntamente na instrumentalização dos meios necessários para atingirem o objetivo comum. Esta é, sem dúvida, uma característica distintiva do consórcio em relação à sociedade, pois aquele, ainda quando assume a forma societária, não produzirá uma massa homogênea do total de contribuições que se converte no capital inicial na estrutura societária clássica (cf. CARVALHOSA, 1998).

Pedro Paulo CRISTÓFARO (1981) é preciso ao caracterizar o consórcio como uma forma temporária de concentração. Por essa perspectiva, o consórcio não se confunde com a fusão e a incorporação, pois estas têm em vista atender a uma necessidade permanente de incremento de economias de escala. No dizer de CRISTÓFARO (1981: 15), “a concentração é temporária. Dura enquanto dura o empreendimento. Defaz-se quando ele termina”. Por isso, o instrumento contratual que institui o consórcio e com o qual este se confunde não põe fim à individualidade das partes consorciadas.

3.2.3 Requisitos legais

Antes mesmo da publicação da Lei de Sociedades Anônimas (Lei n° 6404/76) que fez inserir em seu texto o instituto do consórcio, Walter T. ÁLVARES (1976: 35) já dizia, com base em outras legislações e estudos doutrinários, que o instrumento ou pacto consorcial, de natureza plurilateral, deve, em suma, apresentar como requisitos os seguintes: “1 – objeto; 2 – duração; 3 – sede; 4 – obrigação dos consorciados; 5 – atribuições e poder do órgão consorcial; 6 – admissão e exclusão de consorciados; 7 – sanções por inadimplência; 8 – o fundo consorcial”.

Atualmente, a Lei 6404/76, em seus artigos 278 e 279, estabelece os requisitos essenciais e facultativos para a elaboração do contrato que dá origem a instituição consorcial.

¹⁶ ROCHA (1997) também vê o consórcio como sociedade, em alguns casos.

No documento contratual que exterioriza o consórcio, é importante a qualificação das partes, não sendo essencial a presença no acordo base de uma S.A.. PENTEADO (1979) confirma esse requisito quando esclarece que o artigo 278, ao mencionar “as companhias e quaisquer outras sociedades”, alargou o campo de abrangência do consórcio que, embora previsto pela Lei das Sociedades Anônimas, aceita como parte qualquer um tipo societário, sendo desnecessária a participação de uma sociedade anônima para que seja perfeito o ato consorcial.

Quanto ao objeto do consórcio, deve constar do instrumento contratual a determinação do empreendimento que se pretende realizar, assim como a duração deste. PENTEADO (1979) ressalta que a designação deste objeto deve ser bem precisa. Embora transitória a relação contratual entre as partes, é fundamental que haja, no contrato, uma delimitação do objeto que se intenta explorar. Isso tem por fim evitar desvios na administração dos fundos consorciais pelo empresário-líder ou administrador.

Conforme salienta CARVALHOSA (1998: 370), “terá, sempre, o consórcio, propósito específico ou único, não podendo abranger todas as atividades e objetivos das companhias consorciadas”. Nesse caso, é condição indispensável e requisito inafastável para a realização do contrato a descrição clara do empreendimento comum que não se deve confundir com os objetivos específicos de cada um dos associados.

A duração está diretamente ligada ao objeto do contrato. A associação costuma durar o tempo necessário para a execução do empreendimento. Se for possível prever o prazo para a realização do fim comum, o contrato deverá trazer a limitação temporal expressa de antemão, assim como a possível prorrogação (cf. PENTEADO, 1979). No entanto, é aconselhável que não se fixe, previamente, o lapso de tempo, pois o fim do contrato coincidirá, naturalmente, com a conclusão do projeto inicial que gerou o processo de colaboração entre as empresas.

A lei estabelece que se conste do instrumento contratual o endereço onde serão realizadas as transações necessárias ao cumprimento dos objetivos consorciais. Perceba que a lei não se refere à sede, o que, em suma, reforça a inexistência de personalidade jurídica do consórcio (cf. PENTEADO, 1979). Por um deslizamento do legislador, todavia, no parágrafo único do artigo 279 quando se trata do lugar para o registro do consórcio, fez-se alusão à sede em vez de endereço. No entanto, entende-se, neste caso, que o lugar para arquivamento do contrato consorcial é o do endereço do consórcio que não possui sede, porque não tem personalidade jurídica (cf. CARVALHOSA, 1998).

Quanto ao foro, não é preciso que seja o do endereço do consórcio, visto que as partes podem convencionar um foro diverso da localização da empresa líder ou administradora do consórcio. Trata-se de um foro de eleição, perfeitamente cabível, se estiverem de acordo as partes associadas.

As obrigações, as responsabilidades e as prestações de cada um dos consorciados devem constar do instrumento contratual a fim de evitar dúvidas que podem comprometer o funcionamento do consórcio e, além disso, o cumprimento do objetivo comum. No dizer de CARVALHOSA (1998: 372), “essa determinação das obrigações e das responsabilidades visa a compensar a ausência de presunção de solidariedade entre as consorciadas”.

Do contrato devem ainda constar regras sobre como serão partilhadas as receitas e resultados entre os associados. Isso é exigível, porque não se pode partir do pressuposto de que as contribuições das consorciadas serão iguais e proporcionais. Como se trata, muitas vezes, de aliarem-se diferentes habilidades e até montantes diversos de capital, é essencial que se estabeleça, no contrato, a porcentagem de participação de cada uma das empresas envolvidas no processo de colaboração.

A administração e a representação do consórcio devem ser minuciosamente previstas no contrato a fim de evitar disputas pelo poder após o natural desenrolar das atividades consorciais. Nesta situação, é interessante dotar a empresa líder do poder de administrar e representar o consórcio. O termo exato é representar, como ressalta PENTEADO (1979), pois não se trata da apresentação orgânica comum às sociedades típicas.

No entanto, quem é a empresa líder que deverá administrar e representar o consórcio? A empresa líder deve ser a que, por reunir um maior potencial não só financeiro mas também organizacional e tecnológico, decidirá com maior segurança e eficiência quais os meios necessários para se alcançar o fim comum. Além disso, será aquela que mais bem equipada estará para transacionar com terceiros.

Por fim, devem fazer parte do contrato de colaboração regras sobre como as partes vão deliberar a respeito de assuntos de interesse comum. Neste caso, o peso do voto de cada uma das consorciadas deverá ser estabelecido tendo em vista a efetiva participação delas no contexto da realização do empreendimento comum. Como diz CARVALHOSA (1998: 375), “o *quorum* deliberativo não será idêntico ao aporte de recursos financeiros ou operacionais, mas livremente estabelecido pelo critério da *relevância estratégica* da participação de cada consorciada”.

São elementos não essenciais ou facultativos, segundo PENTEADO (1979), a designação do consórcio, a taxa de administração e o fundo consórcil (contribuições para as despesas comuns), dentre outros.

A designação, de acordo com CARVALHOSA (1998), não deveria ter sido considerada faculdade dos consorciados, porque visa a identificar e singularizar o consórcio perante terceiros. É interessante que a designação seja elaborada tendo em vista o objeto do empreendimento comum ou, antes, faça menção às empresas consorciadas.

A taxa de administração passa a ser necessária quando se entrega a um terceiro a administração do consórcio operacional (cf. CARVALHOSA, 1998).

O fundo consórcil é composto de parcelas que as partes consorciadas contribuem a fim de dotar a administradora ou líder dos meios necessários para a implementação do objetivo comum. É importante o estabelecimento deste fundo para o qual as contribuições da consorciadas são vertidas, pois facilita o pagamento de despesas ordinárias pela empresa líder que acaba se valendo de um verdadeiro patrimônio separado para a administração do consórcio.

3.3 ALGUMAS FIGURAS SIMILARES NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.3.1 Agrupamentos de interesse econômico e agrupamento europeu de interesse econômico

No Direito Francês, o agrupamento de interesse econômico apresenta alguns pontos semelhantes ao consórcio brasileiro, principalmente no que diz respeito à realização de um contrato para alcançar um objetivo comum. O agrupamento de interesse econômico, conforme define GUYENOT (1971: 111), consiste na *“reagrupación de unidades económicas aisladas, en un conjunto dotado de una estructura unitaria, con el objeto de obtener eficiencia económica que no podría alcanzarse aisladamente”*.

De acordo com o autor francês (GUYENOT, 1971), o agrupamento de interesse econômico tem por meta a união de esforços e atuação em comum de empresas a fim de atingirem objetivos determinados. Assim como no consórcio brasileiro, no agrupamento de interesse econômico, as empresas que se associam mantêm a personalidade jurídica própria e suas atividades específicas.

O agrupamento de interesse econômico somente apresenta natureza mercantil quando comercial for o seu objeto. Em vista disso, ele pode ser formado de sociedades e associações civis, bem como de pessoas físicas, por exemplo, profissionais liberais (cf. GUYENOT, 1971).

Segundo GUYENOT (1971), o agrupamento consiste numa forma de cooperação entre empresas que lhes permite a possibilidade de desenvolver atividades paralelas ou complementares durante certo tempo.

Todavia, quanto à forma e à estrutura societária, o agrupamento de interesse econômico apresenta diferença com relação ao consórcio brasileiro. O agrupamento de interesse econômico possui personalidade jurídica, o que, de acordo com a Lei das S.A., não acontece com o consórcio brasileiro. Os integrantes do AIE (agrupamento de interesse econômico) são solidariamente responsáveis pelas dívidas deste como em uma sociedade em nome coletivo, diversamente do consórcio no Brasil (cf. GUYENOT, 1973).

Por fim, de acordo com GUYENOT (1973), o AIE enquadra-se na categoria dos contratos *intuitu personae*, visto que o agrupamento de empresas se realizou levando em consideração a pessoa (quer física quer jurídica) dos seus integrantes.

Este tipo de colaboração empresarial foi transportada para o contexto da União Européia. Segundo SANTOS *et al.* (1998: 327-328), “o agrupamento europeu de interesse econômico é [...] uma figura auxiliar de um conjunto de empresas, cujo sentido é facilitar o desenvolvimento da actividade económica dos seus membros, na área da produção, da distribuição ou dos serviços”. Uma diferença básica em relação ao instituto francês é que, neste caso, criou-se um tipo societário comunitário cujo objetivo é reger a cooperação entre empresas na União Européia.

Semelhante ao AIE, o AEIE (agrupamento europeu de interesse econômico) adquire personalidade jurídica com a inscrição do contrato, só que esta será realizada no Estado-Membro da União Européia em que se localizará a sua sede (cf. SANTOS *et. al.*, 1998).

3.3.2 Contratos de colaboração empresarial

No Direito Argentino, os contratos de colaboração empresarial referem-se a dois tipos específicos de atuação conjunta de empresas: os agrupamentos de colaboração e as uniões transitórias de empresas. Diferentemente do que ocorre no Brasil, os agrupamentos de colaboração seriam uma segunda opção em relação ao consórcio. AGUINIS (1994) afirma que não existe, hoje, no direito brasileiro, uma figura que se aproxime dos agrupamentos de colaboração. De acordo com AGUINIS (1994), para fins de harmonização dentro do contexto do MERCOSUL, seria interessante que o Brasil preenchesse essa lacuna.

Os agrupamentos de colaboração apresentam pontos de contato com o agrupamento de interesse econômico europeu, à exceção de não possuírem personalidade jurídica como acontece com estes últimos. O objetivo dos agrupamentos de colaboração é reunir esforços no sentido de intensificar e otimizar o desenvolvimento da atividade econômica própria de seus integrantes.

ZALDIVAR *et al.* (1993: 109) definem os agrupamentos de colaboração como “*una organización común, permanente [...], establecida por dos ou más empresarios – individuales o colectivos – que tiene por finalidad facilitar o desarrollar determinadas fases de su propia y particular actividad empresarial en beneficio próprio, o de perfeccionar o incrementar su resultado*”.

Os mesmos autores ainda explicam que os agrupamentos de colaboração não se constituem em pessoas jurídicas ou assumem uma das formas societárias. Em suma, o agrupamento de colaboração nada mais é do que um contrato consensual, plurilateral, oneroso e típico (cf. ZALDIVAR *et al.*, 1993).

Dessa forma, os agrupamentos de colaboração representam uma categoria para a qual não existe similar idêntica no Direito Brasileiro. No entanto, parece que o legislador brasileiro, ao utilizar na Lei Societária a expressão “determinado empreendimento” de cunho genérico¹⁷, transformou o consórcio num instrumento abrangente de realização de atividades econômicas paralelas e complementares aos objetos sociais dos empresários que se associam.

Ao contrário do que pensa AGUINIS (1994), o consórcio brasileiro não se presta somente à realização, desenvolvimento ou execução de obra ou serviço, pois esta seria uma interpretação muito restrita de um instituto que veio para viabilizar qualquer forma de colaboração empresarial no Brasil. E, acima de tudo, o consórcio é um instituto de direito societário e não apenas um tipo legal restrito às sociedades anônimas.

Já as uniões transitórias de empresas do ordenamento argentino aproximam-se do chamado consórcio instrumental, uma vez que as empresas se agregam a fim de executar obras ou serviços concretos. ZALDIVAR *et al.* (1993) ressaltam que essa associação, como o nome está indicando, deve ser temporária, assim como as obras e os serviços que pretendem executar ou desenvolver devem ser complementares ou acessórios ao objeto social das empresas associadas.

As UTE (uniões transitórias de empresas) não possuem personalidade jurídica nem assumem uma determinada forma societária. De acordo com ZALDIVAR *et al.* (1993), a natureza jurídica destas uniões transitórias de empresas é de um contrato de coordenação entre os colaboradores, tendo em vista que eles se unem a fim de operacionalizar a execução da obra ou serviço, com divisão de tarefas e otimização da capacidade de cada um na realização do objetivo comum desejado.

Assemelham-se ao consórcio brasileiro as UTE, pelo fato de não serem pessoa jurídica e terem, necessariamente, que registrar o seu contrato no Registro de Comércio. Não se confundem com o consórcio pátrio, porque não podem assumir forma societária, assim como têm um campo de atuação restrito que as aproxima apenas do consórcio instrumental, tal qual definido por CARVALHOSA (1998).

3.4 CONSÓRCIO E LIVRE CONCORRÊNCIA

¹⁷ AGUINIS (1994) considera a expressão legal “determinado empreendimento” ambígua, devendo o legislador brasileiro ter sido mais específico ao definir o consórcio como instrumento de execução de obra ou serviço. No entanto, não procede a crítica da autora, uma vez que não se trata de ambigüidade mas antes um termo genérico que admite interpretação ampla e extensiva para a configuração do instituto consorcial.

Compreendida a forma pela qual se pode estruturar um consórcio, é fundamental verificar se essa expressão de concentração econômica pode causar dano à estrutura concorrencial vigente hoje no mercado interno.

O consórcio, sem dúvida, pode atender à necessidade de incremento e eficiência empresarial assim como pode representar um meio de agregar forças entre pequenas e médias empresas. No entanto, como exteriorização da *joint venture* no ordenamento jurídico brasileiro, ele deve-se sujeitar à estrutura normativa de concorrência que estabelece os parâmetros para o controle preventivo de determinadas formas de concentração econômica no mercado.

O consórcio é uma espécie de *joint venture* que mais se aproxima de cooperação empresarial do que concentração econômica. A cooperação consiste num acordo entre agentes econômicos por um determinado espaço de tempo a fim de atingirem-se objetivos comuns no mercado. No entanto, a Lei de Concorrência (Lei n.º 8884/94) condena esses acordos quando promovam uma atuação concertada entre estes agentes que, em última análise, venha a causar prejuízo ao mercado e ao consumidor. Trata-se do cartel em que as empresas atuam de forma paralela a fim de controlar, principalmente, os preços dos seus produtos e serviços no mercado.

SALOMÃO FILHO (1997), ao dissertar sobre concentração horizontal (fusão ou aquisição de empresas no mesmo nível do processo produtivo), aventa a possibilidade de determinadas eficiências secundárias, como redução de custos na distribuição, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, economias de escala com fornecedores, serem alcançadas antes pela formação de *joint ventures* do que pela concentração em si. Não que o autor não veja risco para o mercado nesta forma de cooperação, como o consórcio, mas antes demonstra ser este menos nocivo porque pode tal associação de empresas ser apenas temporária e não gerar aumento definitivo no poder de mercado.

Dentro desse contexto, HOVENKAMP (1994) esclarece que os consórcios se formam tendo em vista a busca das empresas por economias e redução de custos de transação. Na verdade, ao se associarem, as empresas procuram, com a colaboração, produzir por si mesmas aquilo que elas teriam de adquirir no mercado. De acordo com HOVENKAMP (1994), poucas são as *joint ventures* que se formam tendo por meta a restrição da produção, a divisão de mercado e a fixação de preços. Segundo ele, não há tendência, na maioria delas, para a cartelização.

Todavia, o comportamento concertado pode acontecer quando a cooperação empresarial se instala com uma certa frequência no mercado interno. Isso não quer dizer que as empresas, ao assumirem compromissos de colaboração quer com a formação de uma nova sociedade quer simplesmente com a elaboração de um contrato consorcial, pretenderão assumir posição dominante em determinado mercado. A cartelização ou paralelismo consciente pode ocorrer independentemente da criação de *joint venture*. É comum o estabelecimento de

preços e a restrição da produção por meio de uma empresa líder que, por dominar o mercado, determina o comportamento de suas concorrentes.

4 Estudo de caso – ANTARCTICA E ANHEUSER-BUSH¹⁸

4.1 OS FATOS¹⁹

A Companhia Antártica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, sociedade controlada pelo Grupo Antártica e a Anheuser Bush International Inc. – ABII, fabricante da cerveja Budweiser, juntamente com sua subsidiária, Anheuser Bush International Holding Inc. – ABIH notificam o CADE da presente associação, nos seguintes termos:

as participações acionárias da Cia. Antártica Paulista nas empresas integrantes do Grupo Antártica são transferidas para a Antártica Empreendimentos e Participações – ANEP, empresa constituída com o objetivo de viabilizar a associação entre a Cia. Antártica Paulista e a ABIH.

a ABIH fica com 5% do capital da ANEP e a Cia. Antártica com os restantes 95%, podendo a primeira aumentar sua participação até o limite de 29,68%. Contudo, a Antártica permanece sempre majoritária.

Constituição da *joint venture* “Budweiser do Brasil Ltda.” entre ABII e a Cia Antártica, participando a primeira com 51% do capital e a segunda, com 49%.

No instrumento particular de associação e outras avenças, constam as seguintes condições, dentre outras:

ABII fornecerá à Cia. Antártica as melhores práticas para planejamento financeiro, *marketing*, negociação com atacadistas de cervejas, treinamento de pessoal de vendas, utilização e manuseio de recipientes não reutilizáveis, desenvolvimento de novas marcas de cerveja (malte não alcóolica, *ice beer*), produção e compra de latas, planejamento de produto, administração e logística de estoque.

¹⁸ Este estudo de caso é feito seguindo os passos estabelecidos pela professora ZITSCHER quando ela disserta sobre o ensino por métodos de casos. No presente trabalho, utilizou-se o método indutivo, partindo-se de um acórdão sobre *joint ventures* julgado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), a última instância administrativa. Para melhor entender esta metodologia ver ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do ensino jurídico com casos: teoria e prática**. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

¹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n.º 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília in ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip, 22.11.1999.

As partes cooperarão na produção, *marketing* e venda da cerveja Budweiser no Brasil, através da *joint venture* para isso formada.

A ABII obriga-se a cooperar e assistir a Antártica na introdução e incremento de suas marcas de cervejas (por exemplo, a inserção da Rio Cristal no mercado norte-americano) e de refrigerantes no exterior.

As cervejarias convencionam se associar, inicialmente, por 20 anos.

4.2 DECISÃO FINAL DO CADE

O CADE aprovou a associação entre as cervejarias (aquisição de participação acionária e formação de *joint venture*), mediante compromisso de desempenho. Não autorizou o prazo de vinte anos para duração do acordo. De acordo com a Relatora do processo, assim devem agir os *co-venturers*²⁰:

O prazo para duração da associação deve ser de 2 anos (24 meses a contar da publicação do acórdão da decisão).

Caso tenha sido completado o aporte de capital previsto no apartado sigiloso²¹ trazido pelas empresas aos autos, a associação fica autorizada a funcionar por mais 3 anos, findo o prazo de 24 meses supra.

Verificado um novo aporte de capital ainda maior, previsto em apartado sigiloso apresentado pelas empresas, poderá a associação se estender pelos iniciais vinte anos desejados.

O CADE, porém, condicionou sempre tais prazos e prorrogações à compra de participação acionária na ANEP pela ABIH.

Não se inclui no compromisso de desempenho a ser firmado entre as empresas e o CADE a necessidade de demonstração de eficiências. De acordo com a Agência de Concorrência Brasileira, o próprio mercado obriga as empresas a esforçarem-se no sentido de alcançarem os resultados pretendidos e o retorno do capital investido. As exigências constantes do § 2º do artigo 54 da Lei 8884/94 acabarão sendo preenchidas, pois, a fim de cumprirem o aporte de

²⁰ cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n° 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília in ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip, 22.11.1999.

²¹ De acordo com a Lei da Concorrência, é possível pedido das empresas no sentido de não divulgação das informações contidas em autos apartados que deverão ser levados ao conhecimento somente dos agentes administrativos responsáveis pela instrução e julgamento do processo de concentração econômica. Em razão disso, é muito comum não constar do acórdão final os termos completos das condições a que se comprometem as empresas consorciadas, uma vez que não é necessário dar publicidade de todos os seus empreendimentos econômicos almejados com a cooperação empresarial.

capital necessário para o prolongamento da associação, as empresas não se furtaão à realização de eficiências produtivas, distributivas e alocativas.

4.3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Artigos 54 e §§ 1º a 3º & 58 e §§ da Lei n º 8884/94.

Artigo 170 da Constituição Federal.

4.4 A SOLUÇÃO SEGUIDA PELO CONSELHO EM DETALHES

O CADE aprovou a *joint venture* entre Antarctica e Anheuser Bush (Budweiser do Brasil Ltda.), com ressalvas. Em princípio, entendeu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica que associação por prazo indeterminado ou por 20 anos configuraria um potencial dano à concorrência. Partindo-se da premissa de que o mercado nacional de cervejas é concentrado, a *joint venture* representaria a eliminação de potencial concorrente.

Delimitou-se o mercado relevante geográfico como sendo o território nacional, já que a empresa norte-americana tem em vista ingressar nesse mercado e a *joint venture* gera seus efeitos no território brasileiro.

Já o mercado de produto ficou definido como o de cervejas. Considerou-se que a alta elasticidade cruzada da demanda ocorre com relação às diferentes marcas de cerveja no mercado. Não são substitutos entre si, para esses efeitos, a cerveja, o uísque, a vodka, a caipirinha e a cachaça. Apesar de no Brasil haver alta elasticidade-preço e renda entre cerveja e cachaça, os brasileiros não consumiam cerveja antes do Plano Real (quando houve uma perceptível elevação na renda do brasileiro), simplesmente porque havia baixa acessibilidade ao bem em função da renda e não porque exista substituíbilidade entre cerveja e cachaça.

Constatou o Conselho que pode haver eliminação de concorrente potencial efetiva, uma vez que, com a explosão do consumo de cervejas a partir de 1994, as empresas estrangeiras passaram a se interessar pelo mercado brasileiro e tornaram-se concorrentes em potenciais das atuais líderes de mercado (Brahma e Antarctica). Em assim sendo, uma *joint venture* por prazo indeterminado colocaria fim à possibilidade de essa concorrente externa em potencial vir a ingressar no mercado de cervejas brasileiro.

Dessa forma, a extensão do acordo gera eliminação da concorrência, porque desarrazoada. Utilizando-se da regra da razão, não se pôde aprovar tal ato de concentração nos termos inicialmente propostos pelas empresas. Mas a associação em si é interessante para a concorrência, porque viabiliza a possibilidade de ingresso da empresa norte-americana no mercado posteriormente, utilizando-se, de início, a rede de distribuição e de produção da empresa líder (Antarctica). Logo, é razoável a restrição da concorrência, num primeiro mo-

mento, uma vez que a empresa norte-americana pode vir a se tornar concorrente das líderes do mercado brasileiro.

O acórdão do CADE ainda abordou uma interessante espécie da teoria do jogos em microeconomia, o equilíbrio de Nash. No jogo entre Antártica e Anheuser Bush, a opção que trará mais vantagens para as jogadoras será a da associação sem compromisso, pois o mercado não é contestável²², o que torna a associação sem compromisso ainda mais atraente para a empresa norte-americana de cervejas.

Esta conduta também é muito vantajosa para a Antártica, uma vez que a associação impede a empresa estrangeira de entrar no mercado e vir a se tornar uma concorrente eficiente capaz de enfrentar e abalar a posição dominante da empresa brasileira. Sabendo-se que o equilíbrio de Nash resulta no mais alto *payoff* (maior recompensa) para Antártica e para Anheuser Bush, dada a estratégia de qualquer um dos jogadores e que nenhum dos jogadores se arrepende depois de escolhida sua estratégia e realizado o jogo, conclui-se pela existência de equilíbrios de Nash coincidentes no caso estudado.

No entanto, nesta realidade, o comportamento mais adequado para o consumidor é o oposto ao equilíbrio de Nash, ou seja, a associação com comprometimento da Anheuser Bush. Trata-se de conciliar a maximização de lucros e minimização de custos com o bem-estar, isto é, o interesse privado com o público. Assim à transferência de *know how* realizada pela empresa estrangeira e ao aproveitamento da planta de produção e da rede de distribuição da Antártica, devem ser acrescidos investimentos da ordem US\$ 475 milhões realizados pela Anheuser Bush durante a associação com a empresa líder brasileira. Assim, há um comprometimento maior da investidora estrangeira, o que garante mais eficiência econômica e social. E a empresa estrangeira acabará ingressando, posteriormente, no mercado brasileiro.

4.4.1 Análise crítica da decisão do Conselho

Constate-se que a decisão do CADE possui uma argumentação exclusivamente econômica. Não se desenvolvem os valores jurídicos que sustentariam essa

²² SALGADO (1997: 61) explica que “um mercado é contestável quando as firmas estabelecidas são vulneráveis do tipo *hit and run*, o que supõe que não haja barreiras à entrada nem custos de saída (*sunk costs*). A inexistência de barreiras à entrada significa que a tecnologia é de pleno conhecimento, os produtos são homogêneos e altamente substitutos, de modo que não há vantagem na diferenciação. Os custos fixos podem ser não desprezíveis, desde que não haja dificuldades em recuperá-los”. Noutro sentido, mercado não contestável é aquele que se caracteriza por apresentar elevados custos de investimento e por possuir barreiras substanciais à entrada de novos concorrentes.

opção do Conselho. A aprovação, mediante compromisso de desempenho, é uma realidade legal que deve ser fundamentada por princípios e regras jurídicos e não somente raciocínios econômicos.

No caso em discussão, a aprovação da associação entre as empresas se sustenta porque o artigo 54, §1º da Lei 8884/94 permite restrição à concorrência, desde que realizadas as eficiências dele constantes. O dispositivo legal absorveu o princípio constitucional da proporcionalidade. Em verdade, atos razoáveis, ainda que restrinjam a concorrência, devem ser aprovados, pois o incremento de bem-estar ao consumidor será alcançado num momento subsequente à associação.

Dessa forma, faltou ao Conselho acrescer à noção econômica de regulação, o valor jurídico da livre concorrência que autoriza a solução oposta ao equilíbrio de Nash. A autoridade antitruste deve intervir, apesar do perfeito equilíbrio de Nash, na elaboração de compromissos de desempenho, que garantam o bom funcionamento do mercado. Os compromissos de desempenho funcionam como instrumentos jurídicos a favor da salvaguarda do sistema de concorrência viável²³. Através destes, o agente administrativo pode viabilizar a cooperação entre as empresas sem ferir a estrutura normativa de concorrência.

4.5 JURISPRUDÊNCIA SIMILAR

Outro interessante e similar caso de *joint venture* foi o acordo entre a Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M1855, sendo que as duas últimas são multinacionais, valendo-se de uma associação com empresa brasileira a fim de expandir suas atividades extraterritorialmente. O Ato de Concentração n.º 58/95²⁴, relatado por Renault de Freitas Castro (1995: 32-33), conclui no mesmo sentido do acórdão proferido pelo CADE no caso Antártica. Neste caso específico, o prazo indefinido da associação a torna inadequada à luz do sistema brasileiro de defesa da concorrência:

por ter duração de 15 anos, e com as observações feitas sobre a “indefinição” desse prazo, a operação implica eliminação praticamente definitiva de uma das concorrentes potenciais com melhores condições de ameaçar a posição dominante da Brahma, consolidando sua liderança e a própria estrutura dessa indústria fortemente concentrada, graças às fortes dificuldades que impõe a

²³ Concorrência viável ou praticável é a possível de realizar-se tendo em vistas as condições imperfeitas sob as quais funciona o mercado.

²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n.º 58/95. Relator: Conselheiro Renault de Freitas Castro. Brasília in [ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC 58-95.zip](ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC%2058-95.zip), 22.11.99.

alterações estruturais significativas nesse mercado, aspecto negativo que não é compensado pela introdução de inovações ou mesmo pelos ganhos de competitividade resultantes[...]. No caso em questão, a entrada de uma cervejaria do porte da Miller no mercado brasileiro é, sem sombra de dúvida, fato que pode produzir efeitos altamente positivos para a economia nacional e, em particular, para a concorrência. No entanto, se o custo da facilitação do ingresso da Miller no mercado brasileiro de cerveja for a aceitação pura e simples da operação nas condições em que foi apresentada, sem a contrapartida de investimentos e inovações e sem elevar os padrões de concorrência de modo compatível com a magnitude e o potencial de crescimento desse mercado ou com o porte de seus principais competidores, importando, ao contrário, em fortes ligações colusórias entre empresas antes concorrentes, considero-o excessivamente elevado.

A decisão do Relator parece indicar a ilicitude da cooperação entre as empresas em destaque, porque a associação, em vez de gerar maior concorrência, assume contornos colusórios e, praticamente, caminha no sentido de formação de um mercado cartelizado e anticoncorrencial. O consórcio, neste caso, passa a ser instrumento de colusão empresarial e não de colaboração, principalmente porque foge a uma de suas características marcantes a temporariedade.

Além do caso brasileiro, Brahma-Miller, há o famoso *leading case* norteamericano que colocou em discussão a questão da concorrência potencial, demonstrando o aspecto negativo da *joint venture* se ela não vier a ser monitorada de perto. Trata-se do caso **UNITED STATES V. PENN-OLIN CHEMICAL CO.** (*case # 378US158 n.º 503*)²⁵.

Em 1960, PENNSALT CHEMICALS CORPORATION e OLIN MATHIESON COMPANY acertaram a realização de *joint venture*, cada qual assumindo 50% de participação na nova sociedade, PENN-OLIN CHEMICAL, que começou produzindo clorato de sódio. Formou-se, assim, um consórcio societário em que as duas empresas consorciadas nomeiam, cada uma delas, metade dos diretores e administradores do quadro social.

A *Pennsalt*, no âmbito da *joint venture*, tem como função produzir o clorato de sódio, isto é, operacionalizar a planta de produção, enquanto a *Olin* assume a tarefa de vender o produto no mercado. Verifique que, assim como a contribuição de cada uma das empresas para a formação da nova sociedade é igualmente distribuída, também a divisão física de tarefas é realizada de acordo com a capacidade de cada uma das consorciadas. Sem dúvida, é um caso modelo de consórcio de investimento com a criação de uma nova sociedade es-

²⁵.
in

<http://frwebgate5.access.gpo.gov/cgi-bin/waisgate.cgi?WAISdocID=8592912583+1+0+0&WAI Saction=retrieve,08-11-99>.

pecífica para o fim de produzir e vender o clorato de sódio num determinado mercado.

Em termos de mercado concorrencial, a Suprema Corte definiu o mercado relevante geográfico como sendo o sudeste dos EUA e determinou como mercado de produto o de clorato de sódio.

De acordo com a Corte²⁶, o consórcio **PENN-OLIN** acabou eliminando um potencial concorrente que ficaria à margem do mercado, continuamente ameaçando entrar. Este potencial concorrente, segundo o acórdão, poderia ser tanto a *Olin* quanto a *Pennsalt*, ou melhor, não interessa quem tivesse entrado no mercado de clorato de sódio, contanto que um dos concorrentes ficasse de fora observando e ameaçando com seu possível ingresso. Diferentemente da fusão ou da aquisição que podem pôr em risco a concorrência real, o consórcio pode vir a eliminar a potencial concorrência. Neste caso específico, a competição entre **OLIN** e **PENNSALT** no mercado relevante de clorato de sódio foi eliminada tão logo se formou a *joint venture* entre elas.

Neste caso, assim como no brasileiro, o consórcio de empresas torna-se instrumento de dominação de mercado e eliminação da concorrência. Esta associação não se envolve de um dos pressupostos básicos que fundamenta o consórcio, a saber, o seu caráter temporário. O fato de o consórcio assumir contornos definitivos e gerar mal-estar no mercado desnatura o instituto de direito privado e inviabiliza a livre concorrência.

²⁶ Neste sentido, a decisão da Suprema Corte Americana: “*We believe that the court erred in this regard. Certainly the sole test would not be the probability that both companies would have entered the market. Nor would the consideration be limited to the probability that one entered alone. There still remained for consideration the fact that **PENN-OLIN** eliminated the potential competition of the corporation that might have remained at the edge of the market, continually threatening to enter. Just as a merger eliminates actual competition, this joint venture may well foreclose any prospect of competition between **OLIN** and **PENNSALT** in the relevant sodium chlorate market. The difference, of course, is that the merger's foreclosure is present while the joint venture's is prospective. [...] The existence of an aggressive, well equipped and well financed corporation engaged in the same or related lines of commerce waiting anxiously to enter an oligopolistic market would be a substantial incentive to competition which cannot be underestimated. Witness the expansion undertaken by Hooker and American Potash as soon as they heard of the interest of *Olin Mathieson* and of *Pennsalt* in southeast territory. This same situation might well have come about had either *Olin* or *Pennsalt* entered the relevant market alone and the other remained aloof watching developments.*” in ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. US v. Penn-Olin Chemical Corp.* in <http://frwebgate5.access.gpo.gov/cgi-bin/waisgate.cgi?WAISdocID=8592912583+1+0+0&WAISaction=retrieve>, 08 de novembro de 1999.

4.6 DOCTRINA APLICÁVEL AO CASO

No caso concreto, trata-se de uma *equity joint venture* e um consórcio societário. Formou-se uma sociedade, a Budweiser do Brasil Ltda., da qual participam tanto a Cia. Antarctica Paulista quanto a ABII (Anheuser Bush Internacional Inc.). Além disso, pelo acordo base, a ABII deverá trazer um substancial aporte de capital, caracterizando-se, assim, um tipo de associação em que ambas as empresas devem investir para a realização do empreendimento comum. Não se trata de mero aproveitamento de tecnologia já existente de uma em troca de utilização de planta de produção e rede de distribuição de outra, mas de um intercâmbio de recursos e esforços no sentido de atingir objetivos comuns que atendam tanto às necessidades da empresa estrangeira (inserir no Brasil a cerveja Budweiser) quanto aos anseios da empresa brasileira (colocar no mercado internacional a marca de cerveja Rio Cristal).

Consórcios, como este, apresentam eficiências que justificam a sua aprovação perante o órgão de defesa da concorrência. Neste contexto, a associação entre empresas reduz custos de transação e de informação, implementa economia de escalas e escopo e ainda elimina os chamados *free riders*²⁷ (cf. HOVENKAMP, 1994).

O *caput* do artigo 54 fala em apreciação de ato que possa vir a restringir a concorrência. No caso concreto, partindo-se de um acordo por tempo indefinido, pode-se falar em restrição e até eliminação da concorrência. Mas que tipo de concorrência? A real ou a potencial? No caso concreto, a grande discussão gira em torno da concorrência potencial que pode ser classificada em: concorrência potencial percebida e concorrência potencial efetiva.

A concorrência potencial percebida é a que se refere a um mercado altamente concentrado e conducente ao preço monopolístico ou oligopolístico. O concorrente ativo tem sua inclinação para aumentar preços restringida pela pre-

²⁷ *Free riders* são aqueles que se aproveitam de serviços e marketing utilizados pelo concorrente mais responsável e consciencioso de suas obrigações junto ao fornecedor e ao consumidor. Por exemplo, é o caso de um determinado vendedor de aparelhos de som que fornece ao consumidor pessoal qualificado para atendimento, assim como a possibilidade de testar os produtos e verificar sua qualidade, ao passo que o concorrente vizinho nada disso oferece, porque tais incrementos representam custos extras, no entanto, vende seu produto a baixo preço. Este último está se valendo dos benefícios oferecidos pelo vizinho sem nada pagar por isso, uma vez que o consumidor vai ao concorrente que vende o mesmo produto, mas que dá oportunidade para testá-lo, verifica a qualidade do produto e, ao final, compra daquele que nada fez, porém apresenta um menor preço. Este concorrente é um verdadeiro *free rider*, já que ele “pegou carona” nas facilidades oferecidas pelo outro sem nada pagar por elas.

sença de uma macroempresa localizada à margem do mercado pronta para entrar tão logo este se mostre suficientemente lucrativo. Esta empresa pode ser a produtora de um bem complementar ou relacionado ao produto em destaque quanto pode estar localizada num mercado geograficamente distinto mas produzindo o mesmo bem.(cf. HOVENKAMP, 1994)

A concorrência potencial efetiva ou real é aquela que acontece mesmo que o mercado alvo não deixe de ser competitivo com a fusão ou associação. O ato é considerado anticompetitivo já que a empresa interessada poderia ou provavelmente teria ingressado nesse mercado de um modo mais competitivo, tal qual, por uma nova tentativa de entrada ou pela aquisição de uma empresa menor, com menor *market share*.²⁸ Para configurá-la, os Tribunais norte-americanos têm exigido uma razoável probabilidade de que a empresa interessada ingressaria no mercado seja por nova tentativa de entrada seja pela aquisição de uma empresa com menor parcela de mercado. (cf. HOVENKAMP, 1994)

No caso concreto brasileiro em estudo, pode-se alegar que essa associação configuraria uma redução na concorrência potencial percebida, já que a existência da empresa estrangeira à margem do mercado pode funcionar como inibição dos preços das empresas brasileiras.

Neste caso do consórcio entre Antarctica e Anheuser Bush, é preciso analisá-lo à luz da regra da razão ou do princípio da proporcionalidade²⁹. A associação é razoável tendo em vista a possível restrição à concorrência, pois as empresas alcançarão eficiências, tais como, intercâmbio de tecnologias, utilização conjunta de plantas de produção já montadas e redes de distribuição já instaladas, investimento na produção e comercialização de cervejas mais baratas, inserção de refrigerantes e da cerveja Rio Cristal da empresa brasileira no mercado internacional e, acima de tudo, aporte de investimentos por parte da empresa norte-americana para a *joint venture* e para ANEP (da qual se torna acionista, pelo acordo base).

Uma vez que as consorciadas realizem as eficiências supracitadas, o ato de associação deve ser aprovado, desde que preenchidas as condições do compromisso de desempenho cujo objetivo deve ou deveria ser no sentido de limitar o tempo de atuação concertada entre as consorciadas. Em princípio, esse

²⁸ Esta concorrência potencial efetiva não se enquadra muito bem na realidade atual brasileira, uma vez que não condena uma fusão quando prejudique a concorrência existente, mas quando provoca diminuição da concorrência de qualquer modo.

²⁹ O princípio da proporcionalidade consiste na avaliação dos meios utilizados para se atingir um determinado fim. Neste sentido, é importante avaliar se os meios são os adequados e necessários para se alcançar o fim desejado. Por isso, três são os sub-princípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (cf. BONAVIDES, 1997).

consórcio representa uma limitação à concorrência, mas é razoável aprová-lo, porque, num futuro próximo, poderá gerar efeitos positivos para a coletividade, o mercado e o consumidor, desde que atendidas as exigências da Agência de Concorrência.

Por isso, a aprovação de um consórcio deve ser avaliada à luz da proporcionalidade, ponderando os meios necessários e adequados para se atingir um fim útil ao interesse público. A restrição à concorrência, apenas temporariamente, é autorizada pela proporcionalidade, pois, ao final, haverá um ganho social muito maior.

4.7 DOCTRINA GERAL BÁSICA

A *joint venture* consiste numa associação de pessoas físicas ou jurídicas para conduzirem um empreendimento econômico comum de fins lucrativos. Conforme Luiz Olavo BAPTISTA (1981), são características da *joint venture*: a) reunião dos participantes numa empresa, b) um motivo, quase sempre o lucro; c) um acordo para gestão do empreendimento; d) esse acordo deve ter os elementos do contrato; e) motivação e interesse das partes frente ao empreendimento e f) a forma de distribuição de lucros.

Esta forma de associação empresarial, que pode ser criada com intuito de trazer aporte de capital e pode assumir a forma societária ou contratual, ganha dia a dia espaço no cenário internacional com vistas a possibilitar o intercâmbio entre empresas em diferentes estádios de desenvolvimento tecnológico.

Além do mais, esta forma de concentração é mais propensa a gerar as eficiências exigidas pela Lei de Proteção à Concorrência Brasileira. A interdependência, neste caso, tende a ser temporária e pode garantir, no futuro, a entrada de um concorrente no mercado.

A *joint venture* brasileira, por excelência, é o consórcio cuja forma e estrutura são regidas pela Lei de Sociedades Anônimas. É fácil concluir que, embora localizado numa lei específica, o consórcio deve ser entendido como um instituto de direito societário e não apanágio exclusivo das sociedades anônimas. O consórcio, de caráter temporário, na sua essência, atende aos requisitos constitucionais da ordem econômica porque apenas autoriza uma colaboração por prazo determinado que não tende a afetar, em princípio, a livre concorrência e a economia de livre mercado.

O consórcio de empresas pode ou não assumir uma forma societária específica, desde que respeitados os requisitos legais e as características específicas que conformam o instituto consorcial. Além disso, é importante dizer que o consórcio está sujeito às regras de concorrência, devendo, sempre, adequar-se à estrutura normativa de concorrência. O consórcio, em suma, não pode deixar de gerar eficiência econômica e social quando, ainda que por meios sutis, tender a restringir a concorrência.

O consórcio não pode, de modo algum, ao que tudo indica, restringir a concorrência potencial, pois esta subsiste se a associação assume o caráter efêmero. Se não ficar comprometida a entrada posterior do agente econômico, de forma independente, no mercado, o consórcio deve ser autorizado, já que nenhum dano aparente resultará para a concorrência. Isso porque a concorrência em potência garante um equilíbrio no mercado e exige das concorrentes efetivas um aprimoramento constante do produto e a manutenção de um preço mais módico. O instrumento consorcial não pode, de modo algum, comprometer esse concorrência potencial.

Por tudo isso, o ato de as empresas associarem-se temporariamente não deve ser reprovado de imediato, uma vez que essa cooperação empresarial não significa em si uma restrição à concorrência. Há de analisar-se o consórcio com certa proporcionalidade. Se as empresas em conjunto atingirão eficiências e reduzirão custos de transação que não obteriam independentemente, não se pode negá-las a possibilidade de incrementar seus empreendimentos e, conseqüentemente, beneficiar os consumidores. Enfim, é da natureza do consórcio as empresas manterem sua independência e apenas se relacionarem quanto ao objetivo comum pretendido com a colaboração.

Conclusão

A *joint venture* ganhou espaço nos últimos anos, principalmente com vistas a viabilizar a colaboração entre empresas de diferentes nacionalidades. No entanto, como já se salientou, o objetivo do trabalho não foi apenas relacioná-las a intercâmbio de tecnologias e realização de investimentos entre países em distintos estádios de desenvolvimento. Há que se levar em consideração que a *joint venture* pode e deve ser concebida como instrumento de fortalecimento de pequenas e microempresas incapazes de, por si sós, competirem com os grandes conglomerados.

A partir disso, pode-se dizer que, no Brasil, hoje, ainda há uma forte tendência em se incentivar a formação de *joint ventures* entre empresas brasileiras e estrangeiras. Isso se justifica pela crescente necessidade de atrair investimentos diretos externos. No entanto, é necessário chamar a atenção do pequeno e médio empresário para este importante contrato de colaboração empresarial, a saber, o consórcio.

Partindo de um estudo sistematizado da *joint venture* e de sua natureza jurídica, constatou-se que, fundada em princípios econômicos, como redução de custos de transação, economias de escala e escopo, a *joint venture* tem por meta a realização de empreendimento comum por empresas em diferentes ou mesmo estádios do processo produtivo.

Juridicamente, a *joint venture* é um contrato de comunhão de escopo ou plurilateral. De cunho contratual, ela pode assumir qualquer das formas societárias

admitidas em Direito pátrio, assim como simplesmente ater-se à estrutura contratual primária.

A *joint venture* brasileira, por excelência, é o consórcio, previsto na Lei de Sociedades Anônima. No entanto, trata-se de um verdadeiro instituto de direito societário, já que não se restringe ao âmbito das sociedades anônimas, podendo, pois, assumir qualquer forma societária.

O consórcio pode, pois, ser definido como o contrato plurilateral ou de comunhão de escopo que dá origem a um grupo de direito, formado por empresários individuais ou coletivos, com o propósito de realizar um empreendimento comum. Classifica em societário ou contratual, de investimento ou não, dependendo se chegar ou não a compor-se uma nova sociedade a partir do acordo base.

Preenchidos os requisitos legais, constantes dos artigos 278 e 279 da Lei de Sociedades Anônimas, o consórcio está perfeitamente formado para dar início à realização do objetivo comum que se pretende alcançar. Deve-se deixar claro que o consórcio não tem mais aquela conformação restrita para fins de licitação no Direito Administrativo, podendo visar a qualquer objetivo economicamente viável para os empresários envolvidos. Trata-se de um contrato geral de colaboração.

O estudo de alguns institutos semelhantes na doutrina estrangeira, como o agrupamento de interesse econômico francês e os contratos de colaboração argentinos, serviu para demonstrar a atualidade e a peculiaridade do consórcio brasileiro. O consórcio pátrio não deixa nada a desejar aos similares estrangeiros. Além disso, uma interpretação lógica da lei de sociedades o conforma como o instrumento mais eficaz na satisfação de empreendimentos conjuntos.

No que diz respeito a relação entre consórcio e livre concorrência, é relevante dizer que a cooperação empresarial exteriorizada por ele não representa, de início, um dano à concorrência. Neste sentido, deve-se estudar caso a caso os diversos processos de colaboração empresarial a fim de que se verifique um indício de cartelização. Neste caso, há um ato anticoncorrencial que deve ser coibido, tendo em vista os parâmetros expostos pela Lei de Proteção à Concorrência.

Por fim, o estudo do caso Antártica e Anheuser-Bush serve para exemplificar a necessidade de um estudo transdisciplinar de institutos, como consórcio. Não se pode mais ater à forma e à estrutura externa de um consórcio. É crucial verificar se este está sendo utilizado como meio de dominar mercados, eliminar a potencial concorrência e aumentar lucros arbitrariamente. Direito Comercial e Direito Econômico devem ser manipulados de modo integrado para que associações empresariais sejam incentivadas quando positivas para a economia e, sobretudo, para o mercado e o consumidor.

Enfim, o estudo do consórcio, como forma externa, foi realizado tomando por base toda a estrutura do Direito Comercial para que uma análise de conteúdo

econômico pudesse ser realizada quanto a qualquer contrato de colaboração que venha a ser, posteriormente, elaborado em desrespeito às regras comercialistas e juseconômicas. A tão só adequação legal dos consórcios aos ditames da Lei de Sociedade Anônima não é suficiente, sendo imprescindível, hoje mais do que nunca, uma avaliação do impacto dele no ambiente concorrencial existente.

Referências Bibliográficas

AGUINIS, Ana Maria M. de. *Empresas e inversiones en el Mercosur*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994.

ALVARES, Walter T. Natureza jurídica consorcial de Itaipu, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 72, v. 253, pp. 25-50, janeiro-março 1976.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A “joint venture”: uma perspectiva comparatista. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XX, n. 42, pp. 39-59, abril-junho 1981.

_____. Uma introdução às “joint ventures”. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XV, n. 64, pp.263-283, 1982.

BARBOSA, Denis Borges. *El comercio de tecnología: aspectos jurídicos, transferencia, licencia y “know how”*. **Revista del Derecho Industrial**, Buenos Aires, ano 10, n. 30, pp. 525-538, setembro-dezembro 1988.

BARROS LEÃES, Luiz Gastão de. Sociedades coligadas e consórcios, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XII (nova série), n. 12, pp. 137-148, 1973.

BASSO, Maristela. **Joint ventures**: manual prático das associações empresariais. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

BLACK'S LAW DICTIONARY. 6^a ed. Saint Paul : West Publishing Co., 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 5^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 1971.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n ° 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília in [ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/ AC 83 96.zip](ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip), 22.11.1999.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n ° 58/95. Relator: Conselheiro Renault de Freitas Castro. Brasília in [ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC 58-95.zip](ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_58-95.zip), 22.11.99.

BRASIL. *Lei n ° 8884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Legislação Brasileira de Defesa da Ordem Econômica. 2^a.ed., rev . e atual., p. 85, 1996.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1995.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo : Saraiva, 1998, v. 4, tomo II.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago : The University of Chicago Press, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. Consórcio de empresas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 72, v. 256, pp. 5-10, outubro-dezembro 1976.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Consórcios de sociedades. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XX, n. 44, pp. 15-21, outubro-dezembro 1981.

DUNNING, John H. *Multinational enterprises and the global economy*. Wokingham : Addison-Wesley Publishing Company, 1992.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court*. **US v. Penn-Olin Chemical Corp.** Case n ° 378US158, v. 503 in <http://frwebgate5.access.gpo.gov/cgi->

bin/waisgate.cgi?WAISdocID=8592912583+1+0+0&WAISaction=retrieve,08-11-99.

FARINA, Elizabeth M. M. Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de & SAES, Maria Sylvia M. **Competitividade**: mercado, estado e organizações. São Paulo : Singular, 1997.

GLOVER, Stephen I. *Drafting the joint venture agreement*. In: HARROCH, Richard D. *Partnership & joint venture agreements*. New York : Law Journal Seminars-Press, 1992, v. 1.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12^a.ed., rev. e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

GRAU, Eros Roberto. “Joint ventures” e transferência de tecnologia: lei de informática. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXIX, n. 78, pp. 5-25, abril-junho 1990.

GUYENOT, Jean-Pierre. *Los grupos de interés económico*. Buenos Aires : ediciones jurídicas Europa-America, tradução de Josefina Ossorio, 1973.

_____. *Contribución al estudio del Derecho Comercial Comparado*. Buenos Aires : ediciones jurídicas Europa-America, 1971.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de empresas**. São Paulo : Livraria Pioneira editora, 1979.

RASMUSSEN, U. W. **Holdings e joint ventures**: uma análise transnacional de consolidações e fusões empresariais. 2^a ed. São Paulo : Aduaneiras, 1991.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 19^a.ed. São Paulo : Saraiva, 1989, v. I.

_____. **Aspectos modernos de Direito Comercial**: estudos e pareceres. 2^a ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria: formas associativas não personalizadas. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXXVI, n. 105, pp. 37-42, janeiro-março 1997.

SALGADO, Lúcia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo : Editora Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo : Malheiros, 1998.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico*. 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1998.

STUBER, Walter Douglas. O consórcio no setor de informática. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXVII, n. 69, pp. 73-75, janeiro-março 1988.

THUROW, Lester. *O futuro do capitalismo*: como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã. 2ª. Ed. Rio de Janeiro : Rocco, tradução de Nivaldo Montingelli Jr., 1997.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. 2ª ed. New York : The free press, 1987.

ZALDIVAR, Enrique *et al.* **Contratos de colaboración empresaria: agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas, joint ventures**. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do ensino jurídico com casos**: teoria e prática. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

A POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

*Maria Cecília Andrade**

I – Introdução. II – A grande controvérsia: o posicionamento europeu e o norte-americano. III – As propostas em Seattle. IV – Conclusões. V – Referências bibliográficas.

I – Introdução

Muito se tem falado e escrito sobre a globalização dos mercados, a liberalização do comércio internacional e a Organização Mundial do Comércio. Somando-se a estes temas, surge agora uma nova discussão, versando sobre a necessidade de criação de um conjunto multilateral de regras de concorrência no âmbito da OMC¹. Não existem dúvidas de que o comércio internacional vem passando por profundas mudanças desde a implantação do GATT em 1947, até a recente criação da OMC em 1994. A transformação da economia mundial é um dado incontestável: países que até recentemente estavam fechados para investimentos estrangeiros e, mais ainda, para a concorrência de empresas estrangeiras, vêm progressivamente admitindo a entrada do capital estrangeiro, assim como vem aumentando o número de empresas que passaram a atuar internacionalmente, expandindo as suas atividades. Como consequência, mercados de bens e de serviços que também eram reconhecidos tra-

* Advogada, associada do escritório Pinheiro Neto Advogados e Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Este artigo foi elaborado durante o período de estágio na Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia em Bruxelas. Para a sua preparação foram extremamente valiosas as conversas sobre o tema com Juan Rivière Martí, Conselheiro da referida instituição.

¹ Advirta-se, entretanto, que o objetivo deste artigo é discutir as grandes propostas que foram apresentadas sobre o tema no âmbito da OMC, o que se poderá esperar em futuras negociações, e algumas sugestões sobre uma pauta a ser apresentada no futuro. Discussões de temas específicos, como por exemplo, o tratamento das restrições verticais, a propriedade intelectual, os investimentos internacionais, as operações de concentração internacionais e os serviços públicos, apesar de mencionados, não irão ser tratados de forma pomenorizada aqui.

dicionalmente como nacionais, passaram a apresentar-se como regionais e, em muitos casos, como internacionais².

Evidentemente que este processo não poderia passar despercebido e, ao mesmo tempo, sem causar qualquer efeito no mercado mundial. Um das conseqüências reconhecidas desta “internacionalização” do comércio é o aumento das práticas anticompetitivas a nível internacional e a realização de operações de concentrações de empresas que produzem os seus efeitos em mais de um país, provocando, por conseqüência, a intervenção de mais de uma autoridade de defesa da concorrência e o dilema da aplicação extraterritorial das leis. Desta forma, além da possibilidade de existência de decisões conflitantes e dificuldades no que diz respeito à execução das decisões adotadas, levantam-se outros problemas, como por exemplo, os que se referem aos conceitos de soberania e independência dos Estados, sem mencionar a indiscutível insegurança jurídica para os operadores econômicos, os custos de transação desnecessários ao notificar operações em diversas jurisdições, assim como investigações de condutas anticoncorrenciais por diversas agências.

A aplicação extraterritorial das leis é um tema que habitualmente causa alguma polêmica, e a sua utilização tem sido efetuada de forma velada e até cautelosa³. Aliás, existe um consenso de que o melhor caminho para a solução deste dilema é a adoção de acordos de cooperação, procedimento este que têm sido observado em ambos os lados do Oceano Atlântico⁴. Existe uma prefe-

² Sobre este tema, consultar Cocuzza e Montini, *International Antitrust Co-operation in a Global Economy*, p. 156 e Brittan, *The Need for a Multilateral Framework of Competition Rules*, pp. 29-30.

³ Os EUA são os grandes defensores da aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência. O problema que se coloca, no entanto, é que o seu objetivo não tem sido apenas combater condutas anticoncorrenciais praticadas fora do seu território que afetem o seu mercado interno, mas também quando se verifica que esta conduta tenha por efeito fechar ou dificultar a entrada ou a atividade de empresas norte-americanas em outros países. Como advertem Reynolds, Sicilian e Wellman, *The Extraterritorial Application of the U.S. Antitrust Laws to Criminal Conspiracies*, p.155, “the application of U.S. antitrust law to conduct that occurs outside the United States but has no impact in the United States is **firmly established**”. No entanto, o Comitê Consultivo sobre Política da Concorrência Internacional (*International Competition Policy Advisory Committee – ICPAC*), criado em 1997 pelo Departamento de Justiça norte-americano, em seu *Final Report*, Fevereiro/2000, p. 251, recomenda que “to minimize the possibility for conflicts arising from U.S. extraterritorial enforcement and to increase the possibility of meaningful of the perceived problem, the Advisory Committee supports the view that the Antitrust Division review the ability of the foreign authority in addressing the claim”.

⁴ Neste sentido ver *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation Rules*, European Commission, p. 7.

rência pelos acordos de natureza bilateral⁵, uma vez que os acordos multilaterais despertam algumas dúvidas quanto à sua eficácia e a garantia do seu cumprimento⁶.

As relações entre a liberalização do comércio internacional e a política da concorrência não constituem um tema novo no âmbito da OMC. A Carta de Havana de 1948 é considerada o primeiro documento internacional a tratar do tema e, pretendia criar a Organização Internacional do Comércio (*International Trade Organization – ITO*), que além dos temas ligados ao comércio internacional, seria responsável pela promoção das regras de concorrência internacionais. Esta iniciativa terminou por fracassar, pois, segundo SCHERER, o Congresso dos EUA viu nesta proposta uma ameaça à soberania do seu Estado⁷. Houve também outras tentativas de se criar um sistema internacional de regras de concorrência, como por exemplo, o “*International Anti-trust Code*”, mas sem muito sucesso⁸. Aliás, quando o GATT começou a ser delineado no final de 1949, existia uma intenção de que regras sobre concorrência deveriam estar presentes, sendo que em vários instrumentos legais da OMC podem ser encontrados dispositivos relacionados com os princípios da

⁵ Os EUA e a UE têm buscado celebrar acordos bilaterais de cooperação entre si e com outros países, como forma de evitar os riscos de conflitos de jurisdição e, ao mesmo tempo, garantir a efetividade das decisões adotadas. Aliás, entre os EUA e a UE encontra-se em vigência atualmente um acordo de cooperação bilateral entre as autoridades de concorrência de segunda geração, implicando uma estreita colaboração na investigação e condução dos casos, além de consagrar o conceito de *cortesia positiva* (Acordo de Cooperação entre o Governo dos Estados Unidos e a Comissão das Comunidades Europeias no que diz respeito à aplicação das suas regras da concorrência, in JO L 132, de 15.6.1995). A UE possui acordo de mesma natureza celebrado com o Canadá, e encontra-se em fase final de negociações com o México e o Japão. Os acordos celebrados com os Países Associados da Europa Central e Oriental que deverão vir a integrar a UE possuem uma natureza diversa, pois inserem-se no contexto de alargamento da UE, sendo que os conceitos comunitários, nomeadamente em Direito da Concorrência, irão ser incorporados ao ordenamento jurídicos destes países. Os EUA também celebraram acordos de cooperação bilateral com os seus principais parceiros comerciais, como por exemplo, Austrália, Brasil, Canadá, Alemanha, Israel e Japão, variando o grau de comprometimento em cada um deles. Os acordos celebrados pela UE e pelos EUA podem ser encontrados, respectivamente, nos seguintes web sites: <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/bilateral.htm> e http://www.usdoj.gov/atr/public/international/int_arrangements.htm

⁶ Especialmente porque em muitos casos não passam de meras recomendações, como por exemplo as adotadas no âmbito da OCDE, inexistindo sanção no caso de desrespeito aos seus dispositivos.

⁷ V. Scherer, *International Trade and Competition Policy*, pp. 16-17.

⁸ V. Petersmann, *Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System – Proposals and Policy Options*, pp. 48-53.

política da concorrência^{9 10}. Em 1967, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) adotou a “Recomendação do Conselho referente à cooperação entre os Estados-membros sobre as práticas restritivas ao comércio que afetem o comércio internacional”, em 1973, a “*Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade*” e em 1976 as “Diretrizes comportamentais para empresas internacionais”¹¹. Finalmente, em 1995, a Recomendação de 1967 foi revisada, consagrando o conceito de *positive comity* ou cortesia positiva^{12 13}. O trabalho desenvolvido pela OCDE tem alcan-

⁹ Cfr. ICPAC, *Final Report*: a seção 1.1. do Quarto Protocolo do GATT, nos artigos VIII, IX (1 e 2) do GATS, no artigo 9 do TRIMS, no artigo 41 do TRIPS e ainda nas Recomendações da OMC em relação à Domestic Regulation in the Accountancy Sector. Segundo Jenny, *Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges*, pp. 29-34, as disposições do TRIPS e do GATS têm sido sugeridas como um bom modelo para o estabelecimento de um sistema multilateral de regras de concorrência. Em relação às disposições do TRIPS, porque tanto as questões relativas à propriedade intelectual, assim como as relativas às regras de concorrência dizem respeito a condutas privadas, sendo que nos dois casos, muitos países ainda não dispõem de legislação específica sobre os temas. Em relação ao GATS, o argumento seria no sentido de que como muitos países ainda não se sentiam preparados para adotar este acordo, também existem alguns países que não se sentem preparados para adotar regras de concorrência.

¹⁰ Cfr. *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation Rules*, European Commission, p. 12, “it should be noted, however, that at the Ministerial Meeting in Marrakesh in April 1994 which concluded the Uruguay Round and established the WTO, competition policy was explicitly mentioned as an area for which a rules framework could be drawn up”.

¹¹ V.OECD, *Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade* [C(73)99(final)].

¹² V. OCDE, *Recomendação revista do Conselho relativa à cooperação entre países membros no âmbito das práticas anticoncorrenciais que afetam o comércio internacional* (Recomendação da OCDE de 27 e 28 de Julho de 1995).

¹³ A aplicação deste conceito implica que, quando ocorrerem restrições da concorrência no território de uma das partes que afeta desfavoravelmente a outra, poderá ser possível solicitar que esta parte inicie um procedimento, sempre que tais restrições estejam proibidas pelas normas que se aplicam no território em que as mesmas venham a ocorrer. Assim, reduz-se não apenas o número de casos que vêm a ser examinados por mais de uma autoridade de concorrência, mas também os custos e o risco da existência de decisões em conflitos. Evitam-se igualmente os conflitos políticos que poderiam decorrer de uma aplicação extraterritorial da leis. No entanto, duas grandes críticas se colocam a uma adoção irrestrita deste conceito: em primeiro lugar, o seu uso é recente e, portanto, existe pouca experiência em sua aplicação. Por outro lado, se for mal utilizado, pode desencadear uma “onda” de notificações que poderá

çado um relativo sucesso, sendo respeitado nos meios internacionais, existindo um grupo de estudos ativo sobre as relações entre a Política Comercial e a Política da Concorrência. Esta iniciativa, no entanto, não tem sido suficiente para garantir que o comércio internacional irá se processar sem os entraves gerados por práticas anticompetitivas das empresas e ações ou omissões dos governos. Vale salientar, entretanto, que a posição da OCDE é positiva no que se refere à adoção de normas de concorrência e cooperação a nível multilateral. A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e o Banco Mundial têm desenvolvido trabalhos semelhantes, tendo a primeira instituição adotado diretrizes orientadoras para os seus membros¹⁴, e a segunda apoiado financeiramente uma série de iniciativas no sentido de divulgar e promover a cultura da concorrência, além de prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos.

Estas ações, todavia, apesar de positivas, possuem um campo de aplicação limitado, dirigindo-se apenas aos membros destas instituições, e se apresentam, em sua maioria, como meras “recomendações”¹⁵. Ademais, o fato de não existir um foro multilateral para a resolução de controvérsias também não contribui para que haja uma verdadeira eficácia destas recomendações. Aliás, até a criação de um sistema de resolução de controvérsias não é um tema pacífico, uma vez que para os EUA este tipo de instrumento estaria fora

deturpar a sua verdadeira finalidade. Para uma evolução da utilização deste conceito, ver ICPAC, *Final Report*, pp. 227-228.

¹⁴ V. UNCTAD, *The set of multilaterally agreed equitable principles and rules for the control of restrictive business practices, adopted by the United Nations Conference on Restrictive Business Practices* as an annex to its Resolution of 22 April 1980

¹⁵ É importante destacar que a Resolução n.º 15/99 do CADE, segundo o *Relatório Anual 1998/1999*, p. 162, “utiliza o modelo da OCDE como base para o seu novo formulário de apresentação dos atos de concentração (...) de fato, a nova sistemática de apreciação de atos de concentração aprovada por meio da Resolução do CADE n.º 15/98 partiu de formulário proposto pela OCDE, adaptando-o, à legislação brasileira e sua elaboração contou com apoio de especialista daquela instituição”. O ICPAC, no seu *Final Report*, p. 257 comenta que “no binding multilateral agreements on competition policy have been adopted, but a variety of consultive mechanisms have been established, most notably at the OECD. The OECD has been at the forefront of efforts to consider the international dimensions of competition policy, serving as an important consultive body for countries with competition regimes as well as a source of technical assistance to many jurisdictions introducing competition laws and policies”, e termina por completar, p. 283: “the OECD for its part is a very important organization with respect to competition policy, but it too has limitations (...) it has not, however, achieved much success in rulemaking or dispute settlement. Moreover, numerous jurisdictions that have competition laws or policies in place or that are considering the introduction of such policy measures are not members of the OECD”.

dos objetivos da OMC, por entender que cabe a esta organização cuidar apenas dos problemas do comércio internacional causados pela conduta dos governos, e não pela conduta de empresas no mercado¹⁶. No entanto, a tendência agora parece ser no sentido de que, se vier a ser adotado um sistema multilateral de solução de controvérsias, deverá estar restrito a temas gerais, e sob nenhuma hipótese deverá atingir condutas individuais¹⁷.

Aliás, a insuficiência das recomendações da OCDE e também das regras existentes atualmente no âmbito da OMC revelaram-se recentemente no Painel apresentado pelos EUA contra o Japão¹⁸, em razão de uma prática anti-competitiva da empresa japonesa Fuji em relação ao seu sistema de distribuição de filmes no Japão, que estaria fechando ou impedindo o acesso de empresas norte-americanas naquele país. O foco desta discussão seriam as regras que disciplinavam o *contrato de distribuição seletiva* imposto pela Fuji¹⁹. Neste caso, a OMC não pôde tomar qualquer medida em relação ao Japão, porque este não era um tema relacionado especificamente a medidas governamentais que estariam prejudicando o comércio internacional, não dispondo a OMC de instrumentos apropriados para obstar práticas anticompetitivas de empresas privadas^{20 21}.

¹⁶ Neste sentido ver as conclusões da Conferência organizada pela OCDE em 29 e 30 de Junho de 1999, em OECD, *Summary by the Secretariat*, p. 22.

¹⁷ Assumindo este ponto de vista ver Jenny, *Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges*, pp. 36-38.

¹⁸ V. *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Report of the Panel, WR/DS44/R, 31 March 1998.

¹⁹ Como se sabe, um dos temas mais discutidos e sobre o qual não existe um consenso atualmente é a forma de tratamento dos acordos verticais. A UE reformulou toda sua política em relação às restrições verticais, após uma ampla consulta pública através do chamado Livro Verde Sobre Restrições Verticais, tendo apresentado recentemente o Regulamento (CE) n.º 2790/99 da Comissão de 22.12.1999 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 81 do Tratado CE a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, in JO L n.º 336 de 29.12.1999.

²⁰ Como informa o *Report (1999) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council (WT/WGTCP/3)*, existe uma série de práticas anticompetitivas que podem vir a ter um efeito restritivo ou discriminatório e que não seriam alcançadas pelas regras existentes atualmente no âmbito da OMC, como por exemplo, boicotes coletivos, ações de exclusão praticadas por associações profissionais, abuso de posição dominante que tenha sido promovido visando impedir a entrada de novos concorrentes, cartéis de fixação de preços, cartéis de importação e exportação e acordos de repartição de mercados.

²¹ Ver comentários de Hoekman e Holmes, *Competition Policy, Developing Countries and the WTO*, p. 7. Ver também o OECD, *Summary by the Secretariat*, pp. 10-11, “a number of participants referred to the potential of vertical agreements to limit market

Desta forma, com a quebra das barreiras governamentais que obstavam o comércio internacional, acentuou-se mais ainda a necessidade de se examinar as práticas anticompetitivas que podem vir a comprometer este processo de liberalização. Em Dezembro de 1996, na Conferência Ministerial realizada em Singapura, foi criado o Grupo de Trabalho para o Estudo das Relações entre a Política Comercial e a Política de Defesa da Concorrência. Ressalte-se, entretanto, que na Declaração adotada na referida conferência foi nitidamente destacado que as atividades a serem desenvolvidas pelo grupo eram *analíticas e exploratórias*, ou seja, não iriam ser negociadas novas regras ou compromissos. De acordo ainda com a Declaração, o fato de ter sido criado aquele Grupo de Trabalho não ensejaria a presunção de que iriam existir negociações sobre este tema no futuro e, portanto, nenhuma discussão poderia ser considerada um ponto de partida para futuras negociações, sem que existisse uma decisão de consenso²².

Este Grupo de Trabalho discutiu com os Países membros da OMC essencialmente três temas:

- a) a relevância dos princípios fundamentais da OMC: do tratamento nacional, da transparência e da cláusula de nação mais favorecida na Política da Concorrência e vice-versa;
- b) da necessidade de se estabelecer assistência técnica e cooperação entre as agências de concorrência;
- c) a contribuição da política da concorrência para alcançar os objetivos da OMC, incluindo a promoção do comércio internacional.

O ponto de partida para o Grupo de Trabalho foi que a criação de um sistema multilateral de regras de concorrência poderia dar prioridade ao desenvolvimento de meios e procedimentos mais eficazes no sentido de combater as práticas anticompetitivas que pudessem ter como efeito o fechamento do mercado, poderia incentivar a troca de experiências práticas no tema concor-

access. Exclusive distribution was cited as a potential barrier to entry. Others argued that vertical agreements could facilitate market access. Vertical agreements involve a great diversity of cases. Such agreements can cause barriers to market access from a trade policy perspective without being anti-competitive from a competition policy perspective. Such restraints can also pose barriers to domestic as well as foreign firms (...). Was it proposed that a different rule should apply in international market access cases? This could run afoul of principles of non-discrimination (...) it was suggested that US-Japan disputes in the area of distribution practice demonstrate gaps in the effectiveness of both anti-trust and trade tools”.

²² V. informações referentes aos motivos que justificaram a criação do *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, in <http://www.wto.org/wto/archives/comppol.htm>

rência e ainda promover a assistência técnica para os países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos.

II – A grande controvérsia: o posicionamento europeu e o norte-americano

A proposta da União Européia

A UE encontra-se como uma das grandes defensoras da inclusão de regras de concorrência no âmbito da OMC, ao contrário dos EUA, que vêm esta iniciativa com reservas²³. No entanto, a sua proposta não pode ser resumida à inclusão de regras de concorrência multilaterais.

Com efeito, o verdadeiro objetivo europeu seria a consolidação de um sistema de cooperação entre as autoridades da concorrência, reforçando a aplicação do direito da concorrência, limitando o risco de conflito decorrente da aplicação extraterritorial das diferentes leis de defesa da concorrência e da realização de inquéritos por diferentes autoridades. Com estas medidas, entende-se que haveria um aumento da segurança jurídica nas trocas comerciais internacionais, além de diminuir custos desnecessários com a instauração de vários processos em diversas jurisdições²⁴.

Através do estabelecimento de relações de cooperação, a UE estará mais segura no desenvolvimento de suas relações comerciais com países terceiros. Com efeito, ao estabelecer princípios e regras comuns, poderá dispor destes instrumentos sempre que julgar necessário, especialmente com aqueles países com os quais houve intensificação de suas relações, e que até então não possuíam um sistema de defesa de concorrência, ou se o possuíam, se encontrava em um estágio ainda inicial. Desta forma, “os membros da OMC estariam internacionalmente comprometidos com um processo de execução transparente e não-discriminatório, que incluiria o total reconhecimento do direito das empresas, tanto na esfera administrativa, como na judicial, o que iria contribuir para a expansão da cultura da concorrência e, por último, os membros da OMC estariam comprometidos a tratar como prioridade práticas anticompetitivas que tivessem um impacto significativo no comércio e investimento internacionais, e que afetassem negativamente o interesse de outros membros da OMC”²⁵.

²³ A posição dos EUA será tratada a seguir.

²⁴ Cf. Comissão Européia. *Projeto de Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Abordagem da UE em relação ao Millennium Round*, Bruxelas, 1999, p. 12.

²⁵ V. *Trade and Competition*, European Commission, pp. 4-5.

Três tipos de condutas anticompetitivas que poderiam levantar problemas para o comércio internacional foram identificadas²⁶:

- a) no caso de uma prática anticompetitiva que viesse a fechar o acesso aos bens, serviços ou investimentos em um mercado de um país terceiro, como por exemplo, cartéis de importação, certos acordos de distribuição exclusiva ou abusos de posição dominante;
- b) uma prática anticompetitiva que tivesse impacto em diversos mercados, como por exemplo, cartéis internacionais e operações de concentração internacionais;
- c) uma prática anticompetitiva cujos efeitos fossem sentidos principalmente em um mercado diferente do qual a mesma foi adotada, como por exemplo, cartéis de exportação e alguns tipos de operações de concentração e abuso de posição dominante.

O *primeiro tipo* de conduta é a que seria o alvo especial da OMC, pois a eficácia dos acordos bilaterais de cooperação, nestes casos, é bastante limitada, uma vez que ainda é restrito o número de países que hoje possuem acordos bilaterais e, ainda, no que se refere à possibilidade de fracasso da investigação da conduta, ou ainda da execução de uma decisão de proibição, que viesse a ser adotada pelo país importador. O *segundo tipo* de conduta, é o que requer uma cooperação mais próxima entre as autoridades de concorrência, para que seja possível atacarem eficazmente as práticas anticompetitivas que produzem efeitos em várias jurisdições. Apesar dos acordos bilaterais se apresentarem como uma solução razoável para este tipo específico de situação, enfrentam o problema de que a sua adoção ainda é em número reduzido e, por isso, um acordo multilateral poderia vir a estabelecer um sistema básico com princípios e regras comuns de cooperação, que poderiam vir a encorajar futuros desenvolvimentos de acordos bilaterais. Já a *terceira conduta*, que seria mais difícil de combater, um acordo multilateral poderia vir a conter previsões específicas, que compromettesse o país onde aquela prática se originasse, a adotar medidas que viessem a obstar os seus efeitos anticompetitivos no mercado afetado²⁷.

Na proposta européia ainda, a estrutura de base de um acordo em matéria de concorrência no âmbito da OMC deveria incluir os seguintes elementos:

- a) princípios fundamentais e regras comuns relativamente à adoção de uma lei sobre a concorrência, ou seja, que fosse assumido um compromisso de adoção de uma lei global, especialmente no caso de países que ainda não dis-

²⁶ Estes tipos de conduta anticompetitivas foram identificadas pela UE e, segundo a sua ótica, poderiam vir a comprometer o comércio e investimentos internacionais, segundo o Discussion Paper, *Trade and Competition*, CE, 1996.

²⁷ *Trade and Competition*, European Commission, p. 6.

põem de legislação desta natureza com princípios comuns, mas com especial ênfase na aplicação dos princípios da transparência e da não-discriminação, além do direito das empresas;

b) tratamento comum em matéria de práticas anticoncorrenciais com um impacto significativo no comércio e investimento internacionais (por exemplo, cartéis mais graves, os chamados *hard core cartels*, critérios para avaliação das restrições verticais ou abusos de posição dominante com um efeito de repartição dos mercados, princípios de cooperação em matéria de cartéis à exportação e operações de concentração de empresas internacionais);

c) disposições comuns no que diz respeito à cooperação internacional em matéria de notificação, de consulta²⁸ e de vigilância em relação às práticas anticoncorrenciais com dimensão internacional, bem como o intercâmbio de informações não-confidenciais, podendo ainda integrar conceitos de *positive comity* ou cortesia positiva e cortesia negativa, embora não impondo uma obrigação vinculativa de realização de inquéritos em nome de um outro país;

d) por último, um procedimento de resolução de litígios para assegurar que o direito da concorrência e as estruturas de aplicação de cada país sejam conformes às disposições acordadas a nível multilateral. Este procedimento poderia vir a ser o da OMC²⁹, mas evidentemente à luz do âmbito e da natureza dos compromissos a assumir, devendo ser bem adaptadas às especificidades do direito da concorrência. Em qualquer caso, o reexame de decisões individuais não deveria ser possível.

Para a UE ainda, um acordo no âmbito da OMC sobre o Direito da Concorrência deveria apenas obrigar governos, que deveriam incorporar qualquer compromisso em seu direito da concorrência doméstico, mas este acordo não deveria obrigar as empresas. A regra básica deveria ser um **sistema de cooperação entre as autoridades da concorrência com regras comuns entre os membros da OMC**, não estando previsto que a OMC deveria dispor de qualquer poder de investigação ou execução das práticas anticompetitivas.

²⁸ Cfr. *Trade and Competition*, European Commission, p. 8, deveriam ser regras referentes à *notificação e cooperação em casos individuais*, principalmente nos casos em que um membro da OMC iniciar uma investigação ou um procedimento que possa vir a afetar consideravelmente os interesses de um outro membro (s) da OMC; quando dois ou mais membros da OMC se depararem com práticas em comércio internacional ou com uma operação de concentração internacional, eles deverão procurar coordenar a sua ação e, ainda, a adoção da chamada “cortesia negativa”, ou seja, um membro da OMC deverá ter em conta interesses importantes de outro membro da OMC antes de adotar esta ação.

²⁹ Este, no entanto, é um dos pontos mais controversos da discussão do tema Política da Concorrência no âmbito da OMC, especialmente no que diz respeito à possibilidade de aplicação do sistema de solução de controvérsias da OMC.

Com efeito, a UE almeja a instituição de uma forma de “controle” do comércio e investimentos internacionais no que se refere às práticas anticompetitivas de empresas privadas que possam vir a afetar a abertura do mercado promovida pela OMC, comprometendo os seus objetivos de entrada nos mercados de outros países.

Pela proposta apresentada, não existe qualquer intenção de que sejam adotadas regras relacionadas às práticas anticompetitivas ocorridas no seu mercado interno, o que pode levar a conclusão de que para a UE, em princípio, não existe uma grande preocupação com as condutas que suas empresas venham a assumir e que possam desencadear efeitos anticompetitivos em outros mercados³⁰, circunstância para a qual os países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos (com menor poder de negociação) deverão estar atentos.

Acrescente-se que a grande preocupação em fornecer assistência técnica aos países em desenvolvimento, assim como o seu “comprometimento” no âmbito da OMC devem ser encarados com reservas. A partir do momento em que se adota um sistema único ou com regras uniformizadas (e “claro” nos moldes europeus) e um “compromisso” aliado à obrigatoriedade da aplicação das regras, cria-se pelo menos uma garantia maior de segurança e não-discriminação para as empresas europeias nestes países. Neste ponto, os países em desenvolvimento deverão se precaver, no sentido de criar condições de que se regras desta natureza vierem a ser criadas ou adotadas em uma perspectiva internacional, estas não venham a impedir o desenvolvimento de sua indústria nacional ou prejudicar determinados setores de sua economia. Na hipótese de virem a ser acordadas regras multilaterais de concorrência, estes países deverão estar atentos para que haja uma reciprocidade nas vantagens e benefícios concedidos.

O posicionamento dos Estados Unidos

O posicionamento dos EUA pode ser resumido em quatro idéias principais:

³⁰ Com efeito, os artigos 81º e 82º do Tratado da UE que tratam das práticas anticompetitivas, são claros ao dispor que suas disposições são aplicáveis às concertações que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados membros, e que tenham por objetivo ou efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência *no mercado comum*; e ainda, ao abuso de uma posição dominante exercido *no mercado comum ou numa parte substancial* deste, e que seja susceptível de *afetar o comércio entre os Estados membros*. Ou seja, se não existe afetação do comércio entre os Estados-membros não se pode falar em aplicação dos referidos dispositivos, refletindo a preocupação principal da UE na aplicação de sua política da concorrência.

- a) a OMC não seria o foro adequado para discutir problemas de concorrência internacionais, possuindo a política da concorrência objetivos diversos da política comercial³¹;
- b) a política da concorrência e a política comercial, apesar de possuírem pontos de contato, não deveriam estar reunidas sob uma mesma perspectiva de análise, pois enquanto que a primeira está centrada nas práticas privadas, a segunda dirige-se às medidas governamentais³²;
- c) existe uma preferência pela assistência técnica e pela celebração de acordos bilaterais de cooperação;
- d) o seu grande foco de atenção seria a garantia do livre acesso das empresas norte-americanas no mercado internacional.

Com efeito, para o governo norte-americano, nem todos os problemas de concorrência internacionais implicam problemas do comércio internacional. Temas como a proliferação dos sistemas de controlo de operações de concentração e cartéis internacionais, apesar de causarem efeitos na economia global como um todo, não constituem problemas relacionados com o comércio internacional, como por exemplo, o tratamento das restrições verticais sob as diversas jurisdições³³. Acrescente-se que, contrariamente à prática europeia, a aplicação extraterritorial das leis adotada pelas autoridades norte-americanas não constitui um tabu, não existindo dúvidas quanto à sua utilização, sempre que necessário.

Para os EUA, a cooperação técnica tem servido como importante instrumento para a difusão de sua política da concorrência, e ainda como uma boa solução para os problemas de concorrência colocados^{34 35}. Consequentemente,

³¹ Segundo Scherer, *International Trade and Competition Policy*, p. 17, “the sovereignty issue is particular sensitive in the US, both because the US is jealous of its leading role in world affairs, and because the real or perceived impact of foreign competition on the wages and welfare of many American workers, especially less-skilled workers, has evoked much anxiety”. V. também Para Hoekman e Holmes, *Competition Policy, Developing Countries and the WTO*, pp. 3-4.

³² Como lembra o ICPAC, *Final Report*, p. 202, “for U.S. antitrust law might find a vertical distribution practice efficiency-enhancing and beneficial to consumers, while a trade policy perspective might find the same practice exclusionary and adversely affecting access to markets”.

³³ V. ICPAC, *Final Report*, p. 210.

³⁴ Segundo a *Communication from the United States to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/116, “in recent years, the DOJ and the FTC have been active in providing technical assistance to countries establishing or revitalizing antitrust regimes in Central and Eastern Europe, the countries of the former Soviet Union, Latin America and Africa (...) the objective of these activities is to assist the responsible authorities in the relevant countries in their efforts to promote development of a competition culture and, more specifically,

consideram ainda prematuro falar em negociações para se estabelecerem regras de concorrência multilaterais no âmbito da OMC³⁶. Os acordos de cooperação bilaterais proporcionam a oportunidade de uma cooperação mais próxima e um nível de comprometimento maior³⁷. A depender do nível de relação entre os EUA e o país em questão, assim como o grau de desenvolvimento da autoridade da concorrência daquele país, são adotadas diferentes regras em relação ao conceito de cortesia positiva³⁸.

III—As propostas em Seattle.: os resultados do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência

in establishing the legal and institutional framework for ensuring that markets function competitively”.

³⁵ Esta situação, no entanto, apesar de apresentar vantagens para os EUA, é criticada por Petersmann, *Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System – Proposals and Policy Options*, p. 62: “moreover, while US antitrust authorities are powerful enough to solicit cooperation from foreign governments, competition authorities in developing countries often complain that developing country interests are not adequately taken into account in the competition policies of industrialized countries”.

³⁶ V. Klein, *A Reality Check on Antitrust Rules in the World Trade Organization, and a practical way forward on international antitrust*, p. 42.

³⁷ No entanto, segundo a *Communication from the United States to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/116, “under US law, these bilateral agreements are ‘executive agreements for the US authorities, they do not have the legal status of treaties in the US system”.

³⁸ Segundo o ICPAC; *Final Report*, pp. 230-231, os EUA adotaram este conceito já algum tempo e possuem uma experiência razoável de aplicação com a UE, com quem foram celebrados os acordos de 1991 e 1998 e, posteriormente, com o Canadá, embora sem a mesma dimensão do acordo celebrado com a UE em 1998. Este é considerado um acordo de segunda geração, apesar de não ter sido ainda testado. Os acordos de cooperação celebrados com Israel, Japão e o Brasil não possuem regras referentes à cortesia positiva tão desenvolvidas, isto porque para os EUA, segundo a sua *Communication from the United States to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/116, “positive comity can be a useful tool in some cases, particularly where the respective antitrust agencies have had the opportunity to develop a relationship of sufficient trust and confidence in each other’s ability and commitment to enforce its antitrust laws soundly and effectively. Laws and regulations need not to be identical, but a commitment to national treatment in the application of antitrust principles, adequate investigative and remedial powers, and sufficient independence of antitrust authorities are among the necessary underpinnings of an effective positive comity agreement”.

Como resultado das atividades do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência, foram elaborados três relatórios referentes aos encontros realizados em 1997³⁹, 1998⁴⁰ e 1999⁴¹. O último é o mais significativo, pois constitui uma síntese dos temas discutidos durante o mandato do Grupo e, conseqüentemente, reflete a proposta apresentada em Seattle em Dezembro de 1999.

Apesar de existir um certo consenso de que em razão da globalização do comércio internacional, o número de práticas anticoncorrenciais que provocam efeitos em mais de uma jurisdição havia aumentado, e de que a efetiva aplicação da legislação de defesa da concorrência viria a complementar e reforçar o processo de liberalização do comércio internacional, não existia dentro do grupo uma grande **certeza** sobre a necessidade de se implantar um sistema internacional de regras e princípios de concorrência, ou como estas regras seriam implantadas. Outra grande dificuldade enfrentada pelo grupo foi a diferença de desenvolvimento da política e do direito da concorrência entre os países membros da OMC, pelas mais variadas razões, o que torna ainda mais complexo o processo de “harmonização” das regras e princípios da concorrência a nível mundial. Acrescente-se, que não estava muito claro se estas normas iriam ser aplicadas a todos os setores da economia ou se haveriam exclusões setoriais, outro fator que despertou alguma preocupação, em especial dos países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos, que freqüentemente se vêm pressionados pelos países mais desenvolvidos em relação a determinados setores estratégicos de suas economias^{42 43}.

Por outro lado, apesar de já se contabilizarem atualmente mais de 70 países com legislação de defesa da concorrência, e pelo menos 10 países em

³⁹ V. *Report (1997) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council (WT/WGTCP/1)*.

⁴⁰ V. *Report (1998) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council (WT/WGTCP/2)*.

⁴¹ V. *Report (1999) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council (WT/WGTCP/3)*.

⁴² V. comentário do ICPAC, *Final Report*, pp. 206-207.

⁴³ Por este motivo, como Hoekman e Holmes, *Competition Policy, Developing Countries and the WTO*, p. 20 comentam, “the divergence in interests between WTO members is large, and commitments to undertake any significant harmonization of substantive norms (such as banning export cartels, the treatment of mergers, policy towards parallel imports, etc.) can be expected to require substantial cross-issue linkages. The terms of any feasible deal are impossible to predict. But any deal involving a commitment by developing countries to adopt substantive competition rules would have to be accompanied by significant concessions from the demanders that they are not willing or able to offer on a general basis”.

fase de adoção de regras desta natureza, ou no processo de introdução, ou em diferentes estágios de desenvolvimento institucional⁴⁴; os objetivos perseguidos na aplicação da lei nas diversas jurisdições nem sempre coincidem e, por isso mesmo, dificilmente poderia existir uma lei uniforme.

Com efeito, a opção de um Estado ou de uma Comunidade por uma determinada política da concorrência passa necessariamente pela implementação de sua política pública, ou seja, pelos fins ou metas que se definiram como os propósitos a serem atingidos por aquela lei de defesa da concorrência⁴⁵. Outro problema constatado é que, em razão da desigualdade de desenvolvimento da política da concorrência nos diversos países, assim como disposições das legislações de cada país que protegem os segredos comerciais, a troca de informações confidenciais seria um tema bastante complexo nesta discussão. Por conseguinte, existia uma grande dificuldade em desenvolver o que seriam “princípios comuns” no que diz respeito à adoção e execução de leis de concorrência a nível internacional⁴⁶.

No entanto, a inclusão dos princípios da OMC referentes ao tratamento nacional, transparência e a cláusula de nação mais favorecida era indiscutível, existindo um consenso de que estes princípios teriam um interconexão com a política da concorrência, pois diretamente relacionados com a globalização do comércio mundial, e necessários para a aplicação das regras, efetividade das decisões adotadas e tratamento imparcial dos países⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. *Report (1999) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council (WT/WGTCP/3)*.

⁴⁵ Neste sentido ver comentários de Correa, *Competition Law and Development Policies*, p. 363.

⁴⁶ Aliás, para o ICPAC, *Final Report*, p. 271, “this Advisory Committee sees efforts at developing a harmonized and comprehensive set of multilateral competition rules administered by a new supranational agency as not only unrealistic but also unwise. It is apparent that the laws of the industrialized countries have already converged to some extent, but the differences that remain are still substantial and such differences are probably the most resistant to harmonization. Hence, there is limited likelihood of binding agreement on substantive standard except at the highest level of generality or perhaps with respect to hard-core cartels”.

⁴⁷ Apesar de alguns autores ainda questionarem alguns pontos, como por exemplo, Waverman, *Competition and/or Trade Policy?*, p. 33: “equivalent treatment implies that countries cannot adopt ‘domestic policies that either explicitly or implicitly discriminate either between foreign trading powers (the ‘most favoured nation’ principle), or that discriminate between domestic producers and foreign producers (the ‘national treatment’ principle). Of course, the major source of difficulty is what constitutes ‘discrimination’ in the case of competition law. Export and import cartels are the easy cases. What of the alleged differential law on exclusive territories/distribution outlets between the US, Japan and Europe?”.

Relativamente à cooperação e à comunicação entre os países membros da OMC, também existe um consenso dos benefícios trazidos por estas iniciativas⁴⁸. Com efeito, como já tratado anteriormente, existe um movimento relevante no sentido de serem negociados acordos bilaterais de cooperação entre as diversas autoridades da concorrência no mundo, em especial, com os seus parceiros comerciais mais importantes. O problema que se coloca aqui é a utilidade e a viabilidade de um acordo de cooperação multilateral no âmbito da OMC e, ainda, a já mencionada diferença entre as diversas legislações de concorrência adotadas pelos países e o nível de desenvolvimento das agências.

Com efeito, se for efetuada uma comparação entre o tipo de acordo de cooperação celebrado entre os EUA e a UE, e o celebrado entre os EUA e o Brasil, verificam-se facilmente as diferenças básicas que refletem o nível de cooperação estabelecido. O conceito de **cortesia positiva**, por exemplo, é mais extenso no acordo com a UE⁴⁹, representando no acordo com o Brasil apenas o compromisso de consultar previamente a outra parte antes de adotar qualquer medida executória⁵⁰. Isto porque, apesar dos benefícios da cortesia positiva serem indiscutivelmente reconhecidos, é um dos instrumentos que mais despertam receios, pois a sua eficácia seria mais visível em se tratando de agências que tivessem níveis similares de desenvolvimento. Existe também um receio de que alguns países venham a utilizá-lo com outras motivações, e sufoquem a atividade da autoridade da concorrência requisitada⁵¹. Da mesma forma, no que diz respeito à cooperação nas investigações, pois enquanto que no acordo com a União Europeia, o governo norte-americano admite que haja o deferimento ou suspensão de uma investigação a favor de medidas de execução da parte requerida⁵²; o acordo com o Brasil não dispõe de nenhuma

⁴⁸ Neste sentido ver Hoekman e Holmes, *Competition Policy, Developing Countries and the WTO*, p. 20.

⁴⁹ V. Article III of the *Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws*.

⁵⁰ V. Article IV of the *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil regarding cooperation between their competition authorities in the enforcement of their competition law*.

⁵¹ V. Cocuzza e Montini, *op. cit.*, p. 158 e ICPAC; *Final Report*, pp. 238-239.

⁵² V. Article IV of the *Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws*.

previsão neste sentido, mas apenas de dispositivo destinado a evitar conflitos de interesses, sem estabelecer maiores compromissos⁵³.

De qualquer forma, a promoção da assistência técnica já está sedimentada, tanto através dos acordos de cooperação bilateral⁵⁴ que prevêem cláusulas desta natureza, como através das atividades de organismos internacionais como o Banco Mundial, a OCDE e a UNCTAD. Existe uma preocupação em relação aos seguintes temas: relações entre as autoridades da concorrência e agências reguladoras de setores específicos da economia, especialmente no que se refere aos processos de privatização e desmonopolização, controle de operações de concentrações de empresas internacionais, em especial quando estas vêm a produzir efeitos nos mercados dos países em desenvolvimento e, por último, com a criação de uma cultura da concorrência⁵⁵.

Verifica-se portanto, que muitas foram as divergências do Grupo de Trabalho, existindo, no entanto, um razoável consenso sobre a necessidade de se discutir a possibilidade de inclusão de regras de concorrência no âmbito da OMC. Outra grande dúvida que ficou no ar é como este processo deveria ser conduzido, ou quais seriam as regras a serem estabelecidas. De qualquer forma, sabe-se que o principal foco de atenção são as práticas anticompetitivas que afetam o comércio e os investimentos internacionais. Em uma primeira análise, os efeitos das grandes operações de concentração de empresas não constituem uma prioridade⁵⁶. A outra conclusão do Grupo é que, mesmo que princípios e regras comuns venham a ser estabelecidos, eles deverão ser flexíveis, para que possibilitem a sua acomodação aos diferentes objetivos, regras, procedimentos e instituições das diversas legislações de defesa da concorrência dos diversos países que integram a OMC.

Diante de tantas indefinições, ao tentar conciliar esta diversidade de posicionamentos e interesses dos diversos países, a proposta apresentada em Seattle resultou apenas em **diretrizes no sentido de uma cooperação inter-**

⁵³ V. Article VI of the *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil regarding cooperation between their competition authorities in the enforcement of their competition law*.

⁵⁴ Uma experiência interessante e que merece destaque é a assistência técnica fornecida pelo CADE à criação da autoridade de defesa da concorrência do Egito, ver *Relatório Anual do CADE*, p. 171.

⁵⁵ V. *Report (1999) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council (WT/WGTCP/3)*.

⁵⁶ Fator para o qual países com mercados emergentes, destinatários de investimentos e atividades estrangeiras como o Brasil, devem estar atentos.

nacional⁵⁷. Com efeito, o parágrafo 42, que trata da Política da Concorrência, estabelece como principais objetivos⁵⁸:

- a) incentivar e promover o direito e a política da concorrência no comércio internacional entre os países integrantes da OMC, visando o combate às práticas comerciais anticompetitivas que distorcem ou impedem o comércio e investimentos internacionais;
- b) assegurar que os benefícios da liberalização do comércio e dos investimentos estão sendo realizados e compartilhados entre todos os cidadãos;
- c) estabelecimento de um sistema de princípios multilaterais que deverão ser adotados progressivamente entre os países membros da OMC, abrangendo os conceitos de transparência e não-discriminação;
- d) aproximações comuns às práticas anticompetitivas, mas respeitando a diversidade de leis e situações nacionais;
- e) estabelecimento de um sistema auto-suficiente de cooperação e assistência técnica entre os membros da OMC, tendo sempre em conta as necessidades e situações particulares dos países em desenvolvimento, que deverão ser atendidas de forma diferenciada. Aliás, dentro desta perspectiva, busca-se garantir a total participação dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos nestas negociações.

A conclusão a que se chega é que o Grupo de Trabalho deixou diversos pontos por aclarar e, aparentemente, mesmo que a Conferência em Seattle tivesse obtido resultados positivos, este não seria um tema de fácil discussão ou acordo entre os países. Os dispositivos propostos são vagos, tentam resumir as principais diretrizes a serem discutidas, mas em nenhum momento toca nos pontos mais delicados do tema, como as operações de concentrações de empresas internacionais (as chamadas *mega mergers*), o conceito de cortesia positiva, ou se irão ser incluídas eventuais exclusões setoriais, apesar da experiência da UE indicar que o ideal é que todos os setores da economia sejam submetidos às mesmas regras de concorrência⁵⁹.

⁵⁷ Neste mesmo sentido ver ICPAC, *Final Report*, pp. 270/27. Ver também a crítica à UE, de Hoekman e Holmes, *op. cit.*, p. 22, “the EU wants to oblige all WTO members to have *some form* of competition law. It is inconceivable that there could be agreement on precise formulations: there would surely be enough interests to veto a precise set of vertical rules for example”.

⁵⁸ *Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Ministerial Text: Revised Draft*, JOB (99)/5868/Rev.1 (6223), 19 October 1999.

⁵⁹ Apesar de existirem regras especiais para os setores da agricultura (Regulamento do Conselho n.º 26/62, JO 030, 20.04.1962, pp. 993/994), dos seguros (Regulamento (CE) n.º 3932/92, JO L 398, 31.12.1992, pp. 7-14), das franquias (Regulamento (CE) n.º 4087/88, de 30.11.88) e transportes (Regulamento Geral (CE) n.º 2843/98, JO L

IV – As futuras negociações:

Propostas para a discussão no âmbito da OMC

Atualmente existe uma preocupação no sentido de retomada dos trabalhos no âmbito da OMC, e que seja readquirida confiança na instituição, abalada após os sucessivos acontecimentos durante a conferência em Seattle em Dezembro de 1999. Refletindo também um dos problemas enfrentados pelo Grupo de Trabalho responsável pela Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência, existe uma preocupação geral em dar aos países em desenvolvimento a oportunidade de participarem mais ativamente nas discussões e de terem os seus interesses respeitados no âmbito da OMC⁶⁰.

A inclusão de regras multilaterais de concorrência é um tema que certamente voltará a ser tratado no âmbito da OMC, uma vez que existe um reconhecimento geral de que o comércio internacional não pode existir sem um padrão de regras ou princípios mínimos a serem observados pelos operadores econômicos (tanto privados como públicos). Não existem dúvidas de que a globalização e a queda das barreiras ao comércio implicam intensa cooperação entre os diversos países e, em especial, em se tratando de política da concorrência, como forma de assegurar que práticas anticompetitivas não venham a prejudicar o comércio e o investimento internacionais, obstando os resultados positivos alcançados com a liberalização das tarifas e abertura dos mercados promovida pela OMC⁶¹. O grande problema que se coloca, entretanto, é a forma como este tema deverá ser tratado, de maneira que os interesses dos países desenvolvidos não se sobreponham aos dos menos desenvolvidos ou em desenvolvimento, aprofundando ainda mais as diferenças. Outra dificuldade é como estabelecer a harmonização das legislações de defesa da concorrência dos países que já possuem, que têm objetivos a perseguir diferentes, e se encontram em graus diferentes de desenvolvimento.

Mesmo que o momento da adoção de um conjunto de regras de concorrência multilaterais no âmbito da OMC ainda esteja distante, algum traba-

354, 30.12.1998). Ver também comentários de Petersmann, *Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System – Proposals and Policy Options*, p. 65.

⁶⁰ Ver a posição de Lamy, *What are the options after Seattle?*, p. 1.

⁶¹ Como Jenny, *Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges*, p. 4 comenta, “if we go beyond the political posturing which is inevitable before any upcoming WTO ministerial, it should be recognized that we are not where we were three years ago. For one thing, most participants in the debate now admit that the globalization process implies that the issue of the interface between international trade and competition has to be addressed in some way”.

lho preparatório deve ser feito. Paralelamente, seria interessante que houvesse a promoção da cultura da concorrência em âmbito global, o que contribuiria para que no futuro, fossem adotadas regras comuns no âmbito da OMC.

Aliás, o foro adequado para a discussão também parece ser outra questão que deverá ser debatida brevemente, uma vez que os EUA relutam em aceitar a OMC para o desempenho de tal tarefa. O ICPAC, apesar de não ter se posicionado contra a utilização da ONU, da OMC, da OCDE ou da UNCTAD como **foros de discussão e promoção da política da concorrência no mundo**, apresentou como proposta a criação de um novo organismo mundial, *Global Competition Initiative* ou Iniciativa Global de Concorrência, que teria como objetivo principal desenvolver, em colaboração com os governos e outras instituições internacionais interessadas, assim como empresas privadas, organizações não-governamentais, um novo organismo internacional para tratar de temas ligados ao Direito e a Política da Concorrência⁶².

Apesar destas iniciativas paralelas, o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência deverá continuar as suas atividades, e parece ser importante que se estabeleça um plano de ação visando o amadurecimento e o melhoramento de sua proposta apresentada em Seattle.

A *primeira* providência a ser adotada seria o incentivo ao desenvolvimento de acordos de cooperação bilaterais. Através destes acordos, problemas maiores de concorrência diretamente ligados à queda das barreiras do comércio internacional poderiam ser facilmente resolvidos, evitando a possibilidade de ocorrência de conflitos de jurisdição, e garantindo a efetividade de qualquer decisão que viesse a ser adotada⁶³. Aliás, este primeiro passo encontra-se em conformidade com a prática já estabelecida pelos principais países desenvolvidos neste setor, que é a celebração de acordos de cooperação bilateral com os seus principais parceiros comerciais⁶⁴.

Em segundo lugar, poderiam ser sugeridos princípios comuns a serem adotados pelos membros da OMC, nos mesmos moldes das recomenda-

⁶² V. ICPAC; *Final Report*, p. 282.

⁶³ Sustentando também este ponto de vista, ver Cocuzza e Montini, *op. cit.*, p. 157. Para os autores, “bilateral co-operation, although it must be recognised as an important achievement in the present transitory phase towards a global economy, should be gradually replaced by multilateral co-operation, agreed at international level, possibly within a world forum such as the WTO”.

⁶⁴ Com efeito, os modelos bilaterais correspondem ao padrão global atual de cooperação e o seu âmbito de aplicação poderia ser gradualmente estendido aos diversos temas da concorrência. Assim, em uma primeira fase, deveriam atingir os cartéis mais graves, a seguir as concentrações e, numa fase posterior, a liberalização dos serviços públicos e o controle de ajudas de estado.

ções da OCDE. Os países membros da OMC, portanto, tentariam harmonizar a sua legislação com estes princípios, assim como na celebração de acordos de cooperação a nível bilateral. Isto porque, sem dúvidas, a multilateralidade passa pela harmonização dos acordos bilaterais de cooperação⁶⁵ e, apesar das críticas que se fazem à não-obrigatoriedade das recomendações da OCDE, não se pode negar que as autoridades da concorrência em diversos países têm buscado observá-las no momento em que celebram os seus acordos de cooperação bilateral, ou ainda quando da elaboração de sua legislação, como já foi tratado previamente. Poderia inclusive ser criado um sistema de regras e princípios que observasse uma determinada gradação a depender do grau de desenvolvimento e do tipo de relação estabelecida entre os países que desejassem celebrar um acordo de cooperação⁶⁶. Neste caso, o desenvolvimento das relações entre a UE e os EUA poderia constituir um bom referencial, se for observada a evolução entre os tipos de regras e princípios adotados em 1991 e os adotados em 1998. A amplitude do conceito de cortesia positiva também sofreu uma evolução entre estes dois acordos. Comparando ainda os tipos de acordos, pode-se observar que o grau de compromisso estabelecido no Acordo entre os EUA e a UE em 1998 é muito superior ao estabelecido no acordo entre os EUA e o Brasil firmado em 1999, como já comentado anteriormente. Verifica-se, portanto, que é possível se falar em diferentes níveis de gradação entre acordos, pois se trata de uma prática já consolidada.

Em um a terceira etapa, a OMC deveria promover entre os seus membros um sistema de assistência técnica e cooperação a nível internacional, com a promoção de seminários, troca das experiências, divulgação de doutrina e um sistema de consultas entre autoridades de concorrência. Nesta altura, já seria viável se falar em um regras comuns, em um conceito amplo de cortesia positiva e até na adoção de um sistema comum para a solução de controvérsias.

Perspectivas para o Brasil

E como o Brasil poderá se preparar para as próximas negociações no âmbito da Organização Mundial do Comércio em relação ao Direito e a Política da Concorrência? Como visto, o consenso no tema parece distante, mas os

⁶⁵ Como Brittan, *The Need for a Multilateral Framework of Competition Rules*, p. 31, lembra, “I am firmly convinced that a multilateral agreement on competition can be fully consistent with regional or bilateral approaches to reinforce cooperation in the competition field”.

⁶⁶ Como é sugerido no OECD Proceedings, *Summary by the Secretariat*, p. 14, “a number of developing countries expressed the desire that any international arrangement include the possibility of flexibility and progressivity”.

principais países desenvolvidos vêm defendendo as suas propostas energicamente e, por este motivo, é preciso que o Brasil adote um posicionamento que melhor atenda os seus interesses como país em desenvolvimento e alvo de exportações e investimentos estrangeiros, mesmo que possua outros interesses prioritários no âmbito da OMC⁶⁷.

O Brasil, de uma forma geral, concorda com a inclusão de regras e princípios de concorrência no âmbito da OMC⁶⁸. As manifestações apresentadas foram neste sentido, havendo uma preocupação com os *hard core cartels* e as grandes operações de concentrações de empresas internacionais. Pretende-se também que seja intensificada a cooperação técnica entre as diversas agências de concorrência, com a troca de experiências⁶⁹.

No entanto, apesar do Brasil possuir uma legislação de defesa da concorrência desde 1962, a atividade independente da agência somente pode ser considerada a partir de 1994, quando a Lei n.º 8.889/94 transformou o CA-DE em autarquia, assegurando a sua independência em relação ao Ministério da Justiça. Até então, o foco de aplicação da lei era o *abuso de poder econômico* e outros fenômenos não ligados diretamente ao Direito da Concorrência (como por exemplo, o controle de preços). Somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que, pela primeira vez, se elege a livre concorrência como um dos princípios orientadores da ordem econômica nacional. Neste período se inicia a abertura da economia às importações, a desregulamentação dos mercados e a privatização de empresas estatais, que redefiniram completamente o quadro político-institucional do país em relação à política de

⁶⁷ Como Hoekman e Holmes, *op. cit.*, pp. 4-5, comentam, “smaller countries, especially developing ones, have also been concerned about possible anticompetitive behaviour by large (dominant) multinationals. Both the EU and the US are large economic entities, with domestic competition authorities that are well-equipped to address anticompetitive behaviour that has detrimental consequences for consumers located in their jurisdictions. Developing countries will have less capacity to discipline possible anticompetitive abuses by foreign multinational firms (...) developing countries therefore may stand to gain from an international agreement that outlaws such welfare-reducing cartels, provides for their interests to be taken into account when large mergers are considered, and provides mechanisms to enforce multilateral disciplines”.

⁶⁸ V. *Communication from Brazil to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/100. No entanto, este posicionamento não é compartilhado por todos os países em transição, como lembra CORREA, *Competition Law and Development Policies*, p. 378: “developing countries position in Singapore Conference, however, was flexible with regard to the study of competition issues, but negative in terms of any possible future negotiation”.

⁶⁹ V. *Communication from Brazil to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/100, 24 September 1998.

defesa da concorrência. Assim, não se pode considerar que o Brasil possua um sistema de defesa da concorrência desenvolvido, enfrentando ainda as autoridades responsáveis pela aplicação da lei de defesa da concorrência no país diversos obstáculos institucionais⁷⁰.

Por outro lado, tem se verificado no Brasil uma intensa atividade empresarial e uma entrada relevante de investimentos estrangeiros⁷¹. Algumas operações de concentrações de empresas ocorridas fora do âmbito territorial brasileiro têm produzido efeitos no mercado brasileiro; assim como determinadas condutas de grandes multinacionais, que apesar de operarem no Brasil, adotam as suas condutas no exterior, o que têm levantado alguns problemas. Apesar da Lei n.º 8.894/94 admitir a sua aplicação extraterritorial às práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos⁷², é evidente que este tipo de aplicação da lei pode vir a causar constrangimentos ou conflitos internacionais de jurisdição. Desta forma, ações de cooperação internacional têm sido fomentadas neste organismo, citando-se, por exemplo, os acordos celebrados pelo CADE com as autoridades responsáveis pela aplicação da legislação da concorrência da Argentina em 1996, dos EUA e de Portugal em 1999⁷³.

É claro, portanto, que se vierem a ser incluídas regras de concorrência no âmbito da OMC, o Brasil deverá estar preparado para exigir que sejam definidos princípios e regras comuns que possibilitem o exercício dos seus interesses e, conseqüentemente, possa solicitar uma providência de um outro

⁷⁰ Segundo o *Relatório Anual do CADE 1998/1999*, p. 167, os principais obstáculos a serem enfrentados seriam, por exemplo, recursos extremamente escassos; falta de especialização profissional na área antitruste; falta de densidade da jurisprudência; estrutura acadêmica frágil; menor tradição das associações profissionais e organizações de consumidores; problema reputacional do setor público, freqüentemente caracterizado no passado pela burocracia excessiva e falta de transparência”.

⁷¹ Como consta na *Communication from Brazil to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/93, “a significant trade liberalization bringing import tariffs down from an average of more than 50% to approximately 13% and eliminating several non-tariff barriers; privatization and deregulation of a number of important sectors of the economy; and, lastly, the stabilization plan launched in 1994, which succeeded in coping with the four-digit inflation process that had undermined the macro performance of the country since the late 1970s”.

⁷² Cfr. artigo 2º, da Lei n.º 8.894/94. Ou seja, pouco importa o local onde o ato ou contrato foi celebrado, ou ainda a nacionalidade das empresas envolvidas.

⁷³ V. *Relatório Anual, CADE, 1998/1999 e Protocolo de Cooperação Técnica entre o Conselho da Concorrência, a Direcção-Geral do Comércio e da Concorrência e o Conselho Administrativo de Defesa Económico – CADE*, assinado em Lisboa e Brasília em 02 de Julho de 1999.

país, na hipótese de uma conduta anticoncorrencial praticada naquele país venha a afetar diretamente o mercado nacional. Isto porque, o único ponto que parece muito claro nesta discussão é o fato de que tanto a UE como os EUA defendem a garantia do *total acesso aos mercados*⁷⁴. Não é muito claro até que ponto o estabelecimento de um sistema multilateral de regras de concorrência terá como fundamento a defesa da concorrência no mercado mundial (podendo se perguntar ainda, em que consistiria isso?)⁷⁵ e irá respeitar os diferentes graus de desenvolvimento dos países e os diferentes objetivos a serem perseguidos em cada ordenamento jurídico⁷⁶. Segundo a proposta da UE, por exemplo, estes princípios comuns não deveriam abranger condutas exclusivamente domésticas ou ainda o controle de concentrações de empresas, o que pode deixar de fora uma série de situações que afetariam diretamente os interesses brasileiros, como os grandes cartéis, uma vez que na maioria deste tipo de casos, as decisões são tomadas pelas empresas-mães sediadas na Europa e nos EUA. Cite-se, à título ilustrativo, o Cartel das Vitaminas⁷⁷, ou ainda as grandes operações de concentração internacionais que sucessivamente vêm

⁷⁴ V. Hoekman e Holmes, *op. cit.*, p. 5: “the main interest of the EU and US is to use competition policy disciplines as an export-promoting device and to reduce the scope for conflict in the approval of mergers between large firms; they are less interested in subjecting the behaviour of their firms in foreign markets to international disciplines that will benefit foreign consumers. Market access is also of interest to small countries, but these may be concerned as well with being able to invoke assistance in disciplining anticompetitive behaviour of firms located in foreign jurisdictions”.

⁷⁵ Aliás, como comenta Klein, *A Reality Check on Antitrust Rules in the World Trade Organization, and a practical way forward on international antitrust*, p 42, “there is no worldwide consensus on the legal and economic principles that sound antitrust enforcement demands, and a trade-focused forum like the WTO is not the right place to develop such a consensus”.

⁷⁶ Como acertadamente comenta Correa, *Competition Law and Development Policies*, p. 370, “under certain conditions, a ‘competitive protectionism’ may be more beneficial to a nation than rivalry with foreign firms, since in the former case the industry and consumers benefit from competition, while in the latter a whole local industry may be wiped out by foreign competition. In other words, neither liberalization means more competition, nor State regulation and promotion of domestic industrialization necessarily means lack of competition. The relationship between competition policies and development are likely to depend on the peculiar circumstances of an economy and, particularly, on market size and the available industrial endowments”.

⁷⁷ V. os comentários sobre o caso em Klein, *A Reality Check on Antitrust Rules in the World Trade Organization, and a practical way forward on international antitrust*, pp. 38-39.

afetando o mercado brasileiro, como recentemente no caso MCI/Sprint⁷⁸. Assim, mesmo que o Brasil concorde com a adoção de um sistema multilateral de regras de concorrência,⁷⁹ deverá estar preparado tecnicamente para esta discussão e exigir que os benefícios sejam recíprocos e repartidos de forma igualitária e não-discriminatória entre os países integrantes da OMC, e que não prevaleçam apenas os interesses dos países mais desenvolvidos^{80 81}.

Algumas sugestões para o Mercosul

⁷⁸ Neste caso, em outubro de 1999 a MCI e a Sprint notificaram o CADE sobre o seu projeto de concentração, que também havia sido proposto na mesma altura perante a FTC norte-americana e a Comissão Européia. No entanto, no Brasil, quando ocorreu a privatização do setor das telecomunicações, a MCI adquiriu a EMBRATEL, e um consórcio composto pela SPRINT, National Grid and France Telecom adquiriu a Intelig (empresa espelho). A EMBRATEL e a Intelig eram, portanto, concorrentes no mercado de chamadas de longa distância nacionais e internacionais. Este ato de concentração levantou graves problemas em relação ao mercado brasileiro das telecomunicações, pois era um típico caso de participações cruzadas, uma vez que a SPRINT detinha 25% de participações da Intelig, que era concorrente da EMBRATEL, que por sua vez era controlada pela MCI. A operação terminou por ser suspensa no Brasil através de um Medida Preventiva (Decision LHS n.º 03/2000, A.C. 08012.005846/99-12), as empresas foram proibidas de trocar quaisquer tipos de informações entre diretorias e a SPRINT teve o seu direito de voto suspenso nas decisões da Intelig. Como consequência, no Brasil, a SPRINT foi obrigada a vender as suas participações na Intelig, para que o mercado não fosse fechado no setor das telecomunicações. Esta operação também foi submetida à Comissão Européia, e no momento encontra-se sob investigação (Caso COMP/M 1741 – MCI World-Com/Sprint, JO C 14, 19.01.2000).

⁷⁹ O CADE, em seu *Relatório Anual*, 1998/1999, p. 170, defende que o Brasil adote uma postura mais conservadora e posicione-se junto aos países que entendem ser prematura adoção de um sistema internacional em razão da diversidade de estágios de desenvolvimento entre os diversos membros da OMC.

⁸⁰ Neste sentido ver os comentários de Brittan, *The Need for a Multilateral Framework of Competition Rules*, p. 33, “non-discrimination is the central principle of the multilateral trading system. Its purpose is to ensure equality of competitive opportunities”.

⁸¹ Correa, *Competition Law and Development Policies*, p. 390, também entende que regras de concorrência internacionais poderão ser estabelecidas, entretanto, “developing countries may gain from the establishment of a system that permits to effectively act against anticompetitive practices, particularly those carried out outside their boundaries, and to deal with abuses of market power. However, the possible objectives and scope of possible multilateral rules on the matter are still uncertain. Developing countries should positively continue the current discussion on competition policies at the international level, in line with their previous efforts on the matter”.

Outro ponto importante que o Brasil não poderá deixar de lado em futuras negociações, é a perspectiva Mercosul. Segundo o artigo 2º da Decisão n.º 18/96 que aprovou o Protocolo de Fortaleza, as investigações de *dumping* realizadas por um Estado Parte relativas às importações originárias de outro Estado Parte serão efetuadas de acordo com as legislações nacionais até 31 de Dezembro de 2000. Nesta altura, os Estados Partes do Mercosul deverão analisar as normas e as condições nas quais o tema será regulado no Mercosul e, **é necessário** que a defesa comercial entre os Estados Partes deixe de existir, devendo ser substituída pelos princípios e regras do Direito da Concorrência⁸².

Consequentemente, é importante que o Protocolo de Fortaleza seja efetivamente implementado entre os Estados Partes e que sejam criadas regras comuns não apenas no que diz respeito às práticas anticompetitivas que afetem o comércio entre os Estados Partes do Mercosul, mas também referentes ao controle das ajudas de estado, aos serviços públicos, aos setores regulamentados e às concentrações de empresas. Deverá ser igualmente promovida a harmonização das legislações nacionais e a cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência nacionais⁸³, em especial em aspectos procedimentais, como por exemplo notificações e troca de informações ou documentos, admitindo-se até a possibilidade de se consagrar uma investigação em paralelo entre as autoridades da concorrência dos Estados Partes do Mercosul.

O fortalecimento do Mercosul dará mais força ao Brasil nas discussões no âmbito da OMC, permitindo a melhor defesa dos seus interesses, o que também trará vantagens para os outros Estados Partes do Mercosul.

V – Referências bibliográficas:

Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil regarding cooperation be-

⁸² Aliás, o CADE, em seu *Relatório Anual*, 1998/1999, p. 175, também defende este ponto de vista pois entende que a adoção da política da defesa da concorrência poderia vir favorecer o Brasil: “parece razoável supor que a defesa de uma posição mais forte no sentido da substituição do padrão da prova atual do antidumping para o de preço predatório incorreria em benefícios líquidos para o País. Uma mudança dessa natureza no âmbito do Mercosul pareceria, além disso, oportuna ao proporcionar o fortalecimento e a consolidação das relações comerciais da União Aduaneira, concentrando as aspirações contidas na letra e no espírito do Protocolo de Fortaleza”.

⁸³ *Communication from Brazil to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/100, 24 September 1998.

tween their competition authorities in the enforcement of their competition laws, in <http://www.ftc.gov/os/1999/9910/VrazilUStreaty.htm>

Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws, in <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/en/dftusa.htm>

ARAÚJO, José Tavares de; TINEO, Luís. Harmonization of competition policies among Mercosur countries, *The Antitrust Bulletin*, vol. XLIII, n.º 1/Spring 1998, pp. 45-70.

BRITTAN, SIR LEON. The need for a multilateral Framework of Competition Rules, in *OECD Proceedings, Trade and Competition Policies. Exploring the Ways Forward*, Paris, 1999, pp. 29-36.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Relatório Anual do CADE*, Brasília, 1998/1999.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Competition Policy in the New Trade Order: Strengthening International Cooperation and Rules* – Report of the Group of Experts, European Commission, Brussels, July/1995, in <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/en/strenggh.pdf>

COMISSÃO EUROPÉIA. *Projeto de Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Abordagem da União Européia em relação ao Millennium Round*, Bruxelas, 1999.

COMISSÃO EUROPÉIA. *Seattle Conference preparation – EC Approach to Trade and Competition*, European Commission, May 1999, in http://europa.eu.int/comm/trade/2000_round/seacomp.htm

COMISSÃO EUROPÉIA. *Trade and Competition (discussion paper)*, European Commission, DG-Competition, 1999, in http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/en/wto_discussion_paper.pdf

COCUZZA, Claudio; MONTINI, Massimiliano. International Antitrust Cooperation in a Global Economy, *European Competition Law Review*, March 1998, issue 3, pp. 156-163.

CONNUR, John. International Convergence of Antitrust Laws and Enforcement, *Antitrust Law & Economics Review*, vol. 28, n°s 1 e 2, 1997, pp. 17-30 e 13-26.

CORREA, Carlos M. Competition Law and Development Policies, in Roger ZÄCH, *Towards WTO Competition Rules. Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 361-393.

HOEKMAN, Bernard; HOLMES, Peter, Competition Policy, Developing Countries and the WTO, in <http://papers.ssrn.com/>

JENNY, Frédéric. Globalization, Competition and Trade Policy: Issues and Challenges, in Roger ZÄCH, *Towards WTO Competition Rules. Key Issues and Comments on the WTO Report (1998) on Trade and Competition*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 3-41.

KLEIN, JOEL I. A Reality Check on a Antitrust Rules in the World Trade Organization, and a practical Way Forward on International Antitrust, in *OECD Proceedings, Exploring the Ways Forward*, Paris, 1999, pp. 37-45.

LAMY, Pascal. What are the options after Seattle?, 2000 in http://europa.eu.int/comm/trade/speeches_articles/spla09_en.htm

LAMY, Pascal Post-Seattle: what next?, 2000 in http://europa.eu.int/comm/trade/speeches_articles/spla11_en.htm

MIERT, Karel Van. Globalization of Competition: the need for global governance, 1998, in <http://europa.eu.int/comm/dg04/speech/eight/en/sp98052.htm>

OLIVEIRA, Gesner. O Papel do CADE na Nova Economia Brasileira, in Paulo Borba CASELLA e Araminta de Azevedo MERCADANTE *Guerra Mundial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*, Ed. Ltr, São Paulo, 1998, pp. 800-809.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Summary by the Secretariat*, in OECD Proceedings, *Trade and Competition Policies. Exploring the Ways Forward*, Paris, 1999, pp. 7-23.

PETERSMANN, ERNST-ULRICH. Competition-oriented Reforms of the WTO World Trade System – Proposals and Policy Options, in Roger ZÄCH, *Towards WTO Competition Rules. Key Issues and Comments on the WTO*

Report (1998) on Trade and Competition, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 43-71.

RAMOS, André de Carvalho, CUNHA, Ricardo Thomazinho da. A Defesa da Concorrência em Caráter Global: Utopia ou Necessidade?, in Paulo Borba CASELLA e Araminta de Azevedo MERCADANTE *Guerra Mundial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*, Ed. Ltr, São Paulo, 1998, pp. 810-837.

REYNOLDS, Richard M.; SICILIAN, James; WELLMAN, Philip S. The Extraterritorial Application of the U.S. Antitrust Laws to Criminal Conspiracies, *European Competition Law Review*, March 1998, issue 3, pp. 151-155.

SCHERER, Frederic M. International Trade and Competition Policy, in Einar HOPE and Per MAELENG, *Competition and Trade Policies. Coherence or conflict?*, Routledge, London, 1998, pp. 13-30.

WAVERMAN, Leonard. Competition and/or Trade Policy?, in Einar HOPE and Per MAELENG, *Competition and Trade Policies. Coherence or conflict?*, Routledge, London, 1998, pp. 31-45.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Communication from Brazil to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/93, 22 September 1998.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Communication from Brazil to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/100, 24 September 1998.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Communication from the United States to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/101, 25 September 1998.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Communication from the United States to the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*, WT/WGTCP/W/116, 25 May 1999.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Report of the Panel, WT/DS44/R, 31 March 1998.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Preparations for the 1999 Ministerial Conference, Ministerial Text: Revised Draft*, JOB(99)/5868/Rev.1 (6223), 19 October 1999.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Report (1998) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council* (WT/WGTCP/2).

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Report (1999) of the Working Group in the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council*, 11 October 1999 (WT/WGTCP/3).

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Report (1997) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council* (WT/WGTCP/1).

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Singapore Ministerial Declaration, Ministerial Conference, Singapore, 9-13 December 1996*, (WT/MIN (96)/DEC/W) 13 December 1996 (96-5315).

JURISPRUDÊNCIA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE 37 anos

*Ação independente em prol da concorrência***Processo Administrativo nº 08000.015337/97-48****Representante:** *SDE “ex-officio”***Representadas:** *Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS***Relator:** *Conselheiro Ruy Santacruz***ACÓRDÃO**

EMENTA: Processo Administrativo. 1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. 2. Infração prevista no artigo 20, I c/c artigo 21, I da Lei nº 8.884/94. 3. Preliminar de enganosidade: Cosipa e Usiminas negaram participação em reunião na SEAE em 30/07/96. Aplicação de multa por enganosidade à Usiminas e Cosipa, prevista no artigo 26 da Lei 8884/94, no valor de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais) e, de 3.570.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.487.890,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais), respectivamente. 4. Conduta de cartel configurada: paralelismo de conduta sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preços. 5. Imposição de multa mínima de 1% do valor do faturamento no ano de 1996 das Representadas CSN, Usiminas e Cosipa, nos termos do artigo 23, inciso I e observado o disposto no artigo 11 da Lei 9021/95, nos valores de R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais), R\$ 16.180.000,00 (dezesseis milhões e cento e oitenta mil reais), e R\$ 13.150.000,00 (treze milhões e cento e cinquenta mil reais), respectivamente. 6. Determinação de publicação pelas representadas, às suas expensas, de extrato da decisão condenatória, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal. 7. Remessa de cópia da íntegra dos autos ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usiminas e Cosipa. 8. Envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do recurso de ofício, para decidir pela configuração da infração prevista nos artigos 20, inciso I e 21, inciso I da Lei 8884/94, condenando, nos termos do artigo 23, inciso I e observado o disposto no artigo 11 da Lei 9021/95: (a) a representada CSN ao pagamento de multa mínima de 1% do valor de seu faturamento no ano de 1996, correspondente a R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais); (b) a representada Usiminas ao pagamento de multa mínima de 1% do valor de seu faturamento no ano de 1996, correspondente a R\$ 16.180.000,00 (dezesesseis milhões e cento e oitenta mil reais); (c) a representada Cosipa ao pagamento de multa mínima de 1% do valor de seu faturamento no ano de 1996, correspondente a R\$ 13.150.000,00 (treze milhões e cento e cinquenta mil reais). O Plenário, por unanimidade, determinou ainda: (i) a condenação da representada Usiminas, por descumprimento do artigo 26 da Lei 8884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais); (ii) a condenação da representada Cosipa, por descumprimento do artigo 26 da Lei 8884/94, ao pagamento de multa no valor de 3.570.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.487.890,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais); (iii) que cada uma das representadas, às suas expensas e a contar da data da publicação do acórdão, publique extrato da decisão condenatória, nos termos do voto do Relator, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal; (iv) que, em face do art. 4º, inciso I, letra “a” da Lei 8137/90, cópia da íntegra dos autos seja remetida ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN, Usiminas e Cosipa; (v) o envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. As Conselheiras Lúcia Helena Salgado e Hebe Romano declaram-se impedidas. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 27 de outubro de 1999 (data do julgamento).

Ruy Santacruz
Conselheiro-Relator

Gesner Oliveira
Presidente do Conselho

Processo Administrativo nº 08000.015337/94-48

Representante: SDE “ex-offício”

Representadas: **Cia. Siderúrgica Nacional - CSN, Cia. Siderúrgica Paulista - COSIPA e Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A - USIMINAS**

RELATÓRIO

No dia 11 de junho de 1997 a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE encaminhou à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE o Parecer Técnico SEAE/COGPI nº 30, que concluiu pela existência de formação de cartel na fixação de preços de vendas de aços planos comuns por parte da CSN, USIMINAS e COSIPA (fls.03 a 09).

No seu parecer a SEAE informa que a investigação foi parcialmente provocada pelo ofício CADE/GAB nº 599/96, de 08/08/96, no qual o Presidente do CADE encaminhou àquela Secretaria notificação do SINDIPEÇAS - Sindicato Nacional da Indústria de Componentes para Veículos Automotores, contendo novas listas de preços de aços planos apresentadas pelas usinas aos seus associados. A documentação apresentada pelo SINDIPEÇAS informa os reajustes de preços propostos pelas usinas produtoras de aços planos a partir de 01/08/96.

Por outro lado, no dia 30/07/96, em reunião solicitada pelos representantes do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, Cosipa, Usiminas e CSN, a SEAE foi informada da intenção das empresas mencionadas de praticarem o reajuste de preços para aços planos a partir de 01/08/96. Este fato motivou o envio de fax, em 31/07/96, por parte da SEAE, alertando as usinas siderúrgicas para a possibilidade de infração à ordem econômica

Assim, com base no art. 10 da Lei nº 9021, de 30/03/95, foram enviados os ofícios SEAE nº 1893, 1894 e 1895 à CSN, Usiminas e Cosipa, respectivamente, a fim de que as empresas justificassem junto àquela Secretaria os aumentos de seus preços, além de outras informações consideradas relevantes para a análise.

O parecer da SEAE ressalta que na análise efetuada não foi investigado aumento injustificado de preços. Porém teria ficado evidenciado que as empresas, que reajustaram seus preços em datas e índices próximos, estariam violando o disposto no Art. 20, inciso IV, combinado com o Art. 21, inciso I, da

Lei nº 8884/94, que caracteriza como infração à ordem econômica “fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestações de serviços”.

Ressalta, ainda, que em 15/05/97 a Associação Nacional dos Fabricantes de Carrocerias para Ônibus - FABUS informou que a CSN estaria reajustando os preços de seus aços a partir de 01/07/97. Em 19/05/97, a Câmara de Indústria, Comércio e Serviços de Caxias do Sul enviou para a SEAE documentação contendo os reajustes informados pela Usiminas e CSN, a vigorar a partir de 27/06/97 e 01/07/97, respectivamente.

Segundo o parecer, no Brasil a produção de aços planos comuns está concentrada em dois grupos: Usiminas/Cosipa e CSN. As três usinas desses dois grupos são integradas a coque e possuem todas as etapas do processo produtivo a partir do minério de ferro e do carvão mineral, passando pelo refino do gusa em vasos conversores LD, onde é soprado o oxigênio e utilizadas as adições convenientes ao aço que é produzido. Desta forma, o sistema de produção das três usinas é semelhante, o que justificaria evoluções próximas nos índices de custos.

Os laminados a quente destinam-se aos setores de autopeças, mecânica pesada e tubos de grande diâmetro. Os laminados a frio, para as carrocerias de automóveis, utilidades domésticas e tubos soldados. Já as chapas grossas são utilizadas na construção naval, tratores, autopeças e máquinas rodoviárias e as galvanizadas em calhas, refrigeradores, carrocerias e na construção civil.

Como substituto dos aços planos comuns a SEAE identificou os seguintes produtos nos principais setores consumidores:

- **automobilístico** - alumínio, plástico, aços hot dip, aços com revestimento orgânico, aços de alta resistência;
- **autopeças** - alumínio, aços de alta resistência;
- **utilidades domésticas** - plástico, chapas pré-pintadas e refosforada;
- **construção civil** - aços resistentes à corrosão e ao fogo, chapas galvalume, plástico e alumínio.

As três usinas produzem aços planos laminados a frio e a quente. Apenas Usiminas e CSN fabricam planos galvanizados, enquanto apenas Cosipa e Usiminas fabricam chapas grossas, conforme quadro a seguir.

LINHAS DE PRODUTOS

PRODUTOS	EMPRESAS
LAMINADOS A QUENTE	USIMINAS, CSN E COSIPA
LAMINADOS A FRIO	USIMINAS, CSN E COSIPA
CHAPAS GROSSAS	USIMINAS E COSIPA
CHAPAS GALVANIZADAS	USIMINAS E CSN

Diante da reduzida possibilidade de substituição, pelo lado da demanda, dos aços planos comuns por outros materiais em várias aplicações e da possibilidade de substituição pelo lado da oferta, o mercado relevante do produto foi definido como o de aços planos comuns. O mercado relevante do ponto de vista geográfico não foi claramente definido, mas depreende-se do parecer que este foi considerado como sendo o nacional, seja porque esta foi a estrutura do mercado analisada, seja porque o parecer deixa claro que as importações não são competitivas, sendo o preço interno inferior ao preço internacional acrescido dos custos de internação, dando margem para o exercício de posição dominante no que concerne a preços.

A produção do setor de aço plano comum (incluindo chapas galvanizadas) atingiu 10.650 mil toneladas, em 1996. Desse total, 61% (6.525 mil t) destinou-se ao mercado interno. As exportações somaram 2.935 mil toneladas no mesmo período. As importações foram de 64 mil toneladas. A capacidade instalada das usinas do setor, no mesmo ano, era de 12.700 mil toneladas/ano distribuída conforme apresentado a seguir.

**ESTRUTURA DA OFERTA
PRODUÇÃO E CAPACIDADE INSTALADA
DE AÇOS PLANOS COMUNS - 1996**

EMPRESA	PRODUÇÃO	(%)	CAP. INST.	(%)
CSN	4.150	39	4.600	36
USIMINAS	3.730	35	4.200	33
COSIPA	2.770	26	3.900	31
TOTAL	10.650	100	12.700	100

Fonte: Parecer SEAE.

Na avaliação de posição dominante a SEAE considerou que o setor de aço plano comum seria um duopólio diante da elevada participação acionária da USIMINAS na COSIPA.

As barreiras à entrada de novas empresas nesse segmento seriam altas, principalmente em virtude dos altos investimentos requeridos para a instalação de uma usina integrada. Considerou o parecer, no entanto, a possibilidade de entrada de empresas já instaladas no setor siderúrgico, como a CST. Esta empresa produz semi-acabados (placas) para exportação, mas está investindo na instalação de um laminador de tiras a quente que provavelmente entrará em operação no ano 2000. Este laminador tem capacidade para laminar 2 milhões de t/ano de tiras a quente, o que torna a CST um concorrente em potencial nesse mercado.

Os grandes setores consumidores (automobilístico, autopeças, máquinas agrícolas e industriais, equipamentos eletro-eletrônicos e utilidades domésticas e comerciais) compram diretamente das usinas o correspondente a 38% de suas vendas internas. Esses segmentos adquirem, ainda, parte das vendas internas das usinas através de distribuidores e de relaminadoras de aço. Conferindo-lhes assim, grande poder de barganha na definição de preços e condições de comercialização, dado o volume de compra desses segmentos.

Na análise da conduta em si, a SEAE ressalta que a prática de cartel consiste em ação concertada entre produtores de um mesmo mercado, visando a fixação de políticas comerciais comuns, retirando a possibilidade de reação por parte do consumidor. No caso em tela, a “coalizão expressa” ficou plenamente caracterizada em dois episódios distintos. O primeiro, em agosto de 1996, pela emissão de ofícios por parte das usinas, comunicando elevações de preços em percentuais muito próximos e a partir de uma mesma data, 01/08/96. O segundo, quando o reajuste foi comunicado à SEAE em 31/07/96, em reunião realizada com representantes das três usinas, onde estas foram expressamente alertadas sobre a possibilidade de incorrerem em infração à ordem econômica. Portanto, tal atitude não poderia de forma alguma ser entendida como uma mera coincidência, mas como um acordo explícito entre as empresas acerca das condições de comercialização.

Foram os seguintes os reajustes e preços praticados e informados pelas usinas com suas respectivas datas de vigência.

REAJUSTES E PREÇOS PRATICADOS PELAS USINAS

	USIMINAS			CSN			COSIPA		
	LQ	LF	EG	LQ	LF	LZ	LQ	LF	CG
01/08/96				3,63% R\$ 363,75	4,34% R\$ 505,54	4,23% R\$ 549,49			
05/08/96							3,59% R\$ 367,73	4,31% R\$ 509,02	8,32% R\$ 400,80
08/08/96	4,09% R\$ 348,25	4,48% R\$ 491,55	3,38% R\$ 718,75						

* Os preços informados são por tonelada.

LQ - laminados a quente

LF - laminados a frio

EG - eletro galvanizados

LZ - laminados zincados (galvanizados)

CG - chapas grossas

Fonte: empresas produtoras

Observa o parecer que não obstante o fato da data do reajuste de preços dos aços planos, informadas pelo SINDIPEÇAS (1 de agosto de 1996) não ter sido confirmada pela documentação enviada pelas usinas produtoras, isto não retiraria o caráter de ação concertada, uma vez que pode ter sido consequência direta de reações por parte dos consumidores, ou mesmo em virtude dos ofícios SEAE, de 31/07/96, que alertaram as usinas para a possibilidade de prática anticoncorrencial.

Posteriormente, conforme noticiado nos jornais Gazeta Mercantil e Estado de São Paulo, de 15/05/97, as usinas anunciaram novo reajuste de preços para julho, entre 4% a 12%, e, segundo os setores consumidores, estariam reincidindo na mesma prática. Diante de tais notícias, em 15/05/97, através do Ofício nº 296/SEAE, foi solicitado ao SINDIPEÇAS cópia da documentação remetida ao Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (MICT) e ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conforme veiculado na notícia em referência.

A confirmação dessa notícia foi encaminhada, em 19/05/97, através de documentação comprobatória enviada pela Câmara de Indústria, Comércio e Serviços de Caixas do Sul, que informava os reajustes a serem praticados pela Usiminas e pela CSN nos próximos dias 27/06/97 e 01/07/97, respectivamente.

Esses aumentos variaram de 8,28% a 12,0%. Em 15/05/97, a Associação Nacional dos Fabricantes de Carrocerias para Ônibus - FABUS já havia informado os mesmos reajustes a serem praticados pela CSN.

Segundo a SEAE, em 03/04/97, foi realizada no CADE reunião entre os órgãos componentes do Sistema de Defesa da Concorrência - CADE, SDE e SEAE e o Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, representado pelos Srs. Rudolf Büller e Marco Polo, que confirmaram a decisão do setor de aço plano comum, através de suas três usinas - CSN, Usiminas e Cosipa, de reajustarem seus preços como anunciados, nos dias 27/06 e 01/07/97. Ressalto que tal reunião ocorreu no dia 03/06/97, conforme confirmação do IBS à fl. 707.

Segundo o parecer SEAE, questionados para justificarem os reajustes de preços, os representantes das usinas apontaram as semelhanças entre seus custos e a proximidade das datas de reajuste de seus insumos. Contestando os argumentos apresentados, verifica-se que: as produtividades das empresas envolvidas não são homogêneas; os aumentos dos diversos itens de custos não ocorreram simultaneamente; o frete dos fornecedores e dos clientes das usinas não são iguais dada suas localizações. Portanto, não se justificaria o repasse dos reajustes dos insumos a seus preços em datas próximas.

Apresentadas essas informações a SEAE concluiu que “a prática do cartel ficou evidenciada nos reajustes ocorridos em agosto de 1996, apurados pela emissão dos comunicados, independentemente dos efeitos obtidos, existindo, ainda, fortes indícios de reincidência dessa prática nos próximos reajustes anunciados para 27/06 e 01/07 do corrente ano” (1997).

Por essa razão encaminhou a matéria à Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ, no dia 11 de junho de 1997, “para a adoção das medidas cabíveis”.

Nas fls. 14 a 22 constam cópias das comunicações das três usinas siderúrgicas aos clientes comunicando o reajuste dos preços dos aços planos comuns a partir de 1 de agosto de 1996, após mais de um ano sem reajustes. A circular da CSN está datada de 17 de julho, enquanto as da Usiminas e Cosipa, têm data de 22 de julho de 1996.

Em resumo: após mais de um ano sem alterar seus preços os produtores brasileiros de aços planos comuns emitem, nos dias 17/07/96 e 22/07/96, comunicado circular para seus clientes informando reajuste de seus preços para entrar em vigor em 01/08/96. No dia 30/07/96 representantes das empresas e do IBS participam de reunião por eles mesmos solicitada

na SEAE/MF para comunicar o reajuste. No dia 31/07/96 recebem fax enviado pela SEAE alertando sobre a possibilidade de enquadramento da conduta das empresas no artigo 20, inciso IV, c/c artigo 21, inciso I da lei 8.884/94. Os reajustes anunciados foram praticados no dia 01/08/96 pela CSN e nos dias 05 e 08/08/96 pela Cosipa e Usiminas, respectivamente.

Nas fls. 35 e 36 a SEAE emite a Nota Técnica SEAE/COGPI nº 34, de 4 de junho de 1997, na qual solicita a anexação de documentos relativos aos reajustes de preços das três usinas ocorridos em 27 de junho e 1 de julho de 1997.

Segundo a Nota Técnica, a Câmara de Indústria, Comércio e Serviços de Caixas do Sul e a Associação Nacional dos Fabricantes de Carrocerias para Ônibus - FABUS enviaram documentação demonstrando reajustes de preços da Usiminas (entre 7,73 e 12,2%, a vigorar a partir de 27/06/97) e CSN (9,70% a 12,00%, a partir de 01/07/97).

Outra Nota Técnica emitida pela SEAE/COGPI (fls.47 a 50) e as respostas fornecidas pelos clientes a diligências realizadas pela SDE às fls. 651-722, permitem montar a estrutura completa dos reajustes de preços nos anos de 1995 a 1997 no setor, conforme se verifica a seguir.

REAJUSTES DE PREÇOS DOS AÇOS PLANOS COMUNS 1995 / 1997 (%)

	USIMINAS			CSN			COSIPA		
	LQ / LF	CG	EG	LQ	LF	LZ	LQ	LF	CG
01/04/95				3,00	3,00	3,00			
10/04/95							4,20	4,92	2,75
01/05/95	5,57	n.d.	5,57	3,00	3,00	3,00			
01/06/95	3,00	n.d.	3,00	5,57	5,57	5,57	4,41	4,72	2,78
01/08/96				3,63	4,34	4,23			
05/08/96							3,59	4,31	8,32
08/08/96	4,09/4,46	8,02	3,38						
27/06/97	8,43	7,73	12,20						
01/07/97				9,70	8,28	12,00			
15/07/97							9,40	8,64	7,43

Obs: LQ - laminados a quente; LF - laminados a frio; EG - eletro galvanizados; LZ - laminados zincados (galvanizados) e CG - chapas grossas.

Fonte: notas técnicas SEAE/COGPI e clientes (fls. 651 - 722).

Nas fls. 51 a 106 são apresentadas as respostas das representadas aos ofícios da SEAE onde são solicitados esclarecimentos a respeito de características dos produtos por elas fabricados, identificação de produtos substitutos, datas de reajustes de preços, evolução de preços domésticos e internacionais, receitas das empresas e condições de vendas.

À fl.118 consta Despacho do Sr. Secretário da SDE, de 12 de junho de 1996, publicado no D.OU. do dia 16 do mesmo mês, instaurando Processo Administrativo para investigar possível “reajuste uniforme... sinalizando atos de concerto..., práticas estas cujos meios e fins são alcançados pelos Artigos 20 c/c o 21 da Lei no. 8.884/94”. Com base no artigo 52 da mesma lei, baixa, no mesmo despacho, Medida Preventiva determinando que as representadas se abstenham da prática investigada, não reajustando os preços anunciados, sob pena de multa diária de 50 mil UFIR.

Fica claro que a Medida Preventiva refere-se ao aumento de preços anunciado para os dias 27/06/97 (Usiminas) e 01/07/97 (CSN), não guardando relação direta com a denúncia de formação de cartel para reajuste de preços em agosto de 1996.

Às fls. 121 a 126 constam notificações da SDE às representadas, datadas de 18/06/97, dando ciência da instauração do P.A. e solicitando apresentação de defesa e das provas de interesse.

No dia 27/06/97 a CSN apresenta requerimento nas fls. 148 a 176. A representada formulou pedido de reconsideração do Despacho de fl.118 onde afirma:

- que “Em 16/04/97 - **em iniciativa isolada e assumindo integralmente os riscos de perda de participação no mercado, do qual NÃO é líder, posto que aquele é dominado pela Usiminas/Cosipa**” (grifado) -, a CSN comunicou aos clientes através de circular reajuste de preços para laminados a quente a partir de 01/07/97. Posteriormente emitiu novo comunicado, em 23/04/97, informando reajustes para os laminados a frio (de 8,28%) e zincados (de 12%). Alguns dias depois Usiminas e Cosipa anunciaram reajustes de preços em percentuais e datas diferentes.
- que houve reação uníssona, leviana e irresponsável por parte das empresas compradoras e de suas associações, publicada por toda a imprensa escrita do país.

- que o Sr. Presidente do CADE, instigado pelas associações, federações e sindicatos das empresas compradoras de aços planos comuns, expediu ofício à SDE, em 22/05/97, solicitando a máxima urgência na investigação de presença de infração à ordem econômica na elevação dos preços desses produtos.
- que o ofício do CADE deu origem à Averiguação Preliminar no. 3.191/97, que se encontrava no seu andamento normal em fase de notificação e aguardo dos esclarecimentos das empresas notificadas.
- que a SEAE premida pelos clientes das representadas a SEAE acabou por misturar, no Parecer Técnico No. 30, de 10 de junho de 1997 (de fls.03 a 09), o objeto da investigação anterior de possível cartelização em agosto de 1996, com os reajustes de preços anunciados para final de junho e início de julho de 1997.
- que consta do referido parecer que “Na análise efetuada não foi apurado aumento injustificado de preços...”.
- que se o parecer afirma serem justificados os reajustes (*observação do relator: de fato o parecer não afirma isso em momento algum, apenas deixa claro que a análise foi centrada na prática de cartel*), a conclusão de violação do artigo 20, Inciso IV, c/c 21, Inciso I da lei 8.884 é incoerente.
- que se o reajuste é justificado não há abuso nem hipotético e que “mesmo se por mera hipótese - só admitida por simples argumentação -, tivesse a Requerente se posto em acordo com suas acirradas concorrentes, para fixar reajuste de preços, tal conduta, só constituiria ilícito SE o reajuste fosse injustificado ou abusivo.
- que “É de obviedade gritante que se o reajuste é justificado, não há abuso nem hipotético... (mas) exercício regular de um direito...”.
- que a SEAE ao mesclar a análise do reajuste ocorrido em 1996 com as novas acusações referentes ao reajuste anunciado para 1997 descumpriu escandalosamente o disposto no artigo 10 da lei 9.021/95, não atendendo a imposição legal de convocar os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias, justificarem sua conduta, ou seja, não assegurou às empresas acusadas seu legítimo e sagrado direito de defesa.
- que estava em curso na SDE Averiguação Preliminar para apurar as denúncias relativas ao aumento de preços de 1997, o que demonstra que não havia indícios suficientes de infração à ordem econômica.
- que tal confusão entre as condutas no parecer da SEAE acabou induzindo ao erro o Secretário da SDE, decretando a Medida Preventiva.
- que a conclusão da SEAE no que se refere a 1997 baseou-se exclusivamente nas acusações de terceiros interessados sem que houvesse a menor investigação em oitiva das acusadas.

Com esse arrazoado a CSN solicitou a revogação da Medida Preventiva. Além disso solicitou o arquivamento do presente feito, argumentando como se segue:

- o conluio entre empresas pode levar ao aumento de preços, mas nem todo aumento de preços é fruto de combinação. Ilustra o argumento com citação de Cabanellas, que sustenta que “as condutas conscientemente paralelas não constituem, por si mesmas, ação concertada. ...Tal é o caso dos mercados em que a homogeneidade dos produtos oferecidos leva a uma uniformidade dos preços cobrados, ou em que a liderança de preços exercida por determinada empresa dá lugar a iguais efeitos”.

- também cita a ilustre ex-conselheira do CADE Neide Malard, segundo a qual a liderança de preço é uma conduta típica no oligopólio, mas ao contrário da cartelização não se estabelece por combinação ou intimidação, mas pela busca de um padrão de comportamento que conduz à estabilidade no mercado”.

- apresenta entendimento da Federal Trade Commission dos EUA no caso *Reserve Supply Corp. v. Owens-Cornin Fiberglass Corp.*, onde se considera que “é pacífico... que a mera existência de uma estrutura de mercado oligopolizada, no qual um pequeno grupo de produtores engajados em fixação paralela de preços de um produto idêntico não viola as leis antitruste”. (tradução livre da requerente). Nesse sentido cita novamente a Dra. Malard: “A liderança de preços é conduta comum, observada em todos os tipos de oligopólios. Desde que não se verifique a existência de conluio, a prática é tida como legal nos Estados Unidos. Entre nós a inexistência de combinação prévia também afastaria a ilicitude da conduta”.

- deve-se atentar ao conluio, à concertação de condutas e estratégias, à combinação, para denotar a existência de cartel. A prova de cartel deve consistir evidência clara de combinação prévia, não podendo resumir-se em meras evidências circunstanciais. Dentro desse raciocínio cita nova decisão da FTC, desta vez no caso *Service & Training, Inc. v. Data General Corp.*, que considera que é preciso produzir evidências de acordo expresso ou que tendam a excluir a possibilidade de que os acusados estivessem agindo de forma independente.

Através do Ofício 1614/97/SDE/GAB, o Sr. Secretário da SDE solicitou à SEAE posicionamento sobre o requerimento da CSN. Nas fls.212 a 213 a SEAE, através do ofício 409, de 30/06/97, apresentou as seguintes considerações:

- que o cerne da questão diz respeito à existência ou não de concertação entre concorrentes para a fixação de preços.

- que considera óbvia a afirmação da requerente de que nem todo aumento de preços é fruto de uma combinação prévia, concordando com a inexistência de

ilicitude, em si, de condutas conscientemente paralelas relativas a preços em mercados oligopolizados.

- que o parecer apontou para indícios de concertação entre concorrentes no reajuste de preços do setor ocorrido em agosto de 1996, citando o trecho que relata a reunião solicitada pelos representantes do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, Cosipa, Usiminas e CSN, realizada no dia 30/07/96, no qual a SEAE foi informada da intenção das representadas. Também apontou para indícios de concertação no reajuste de preços de 1997, citando o trecho do parecer que comenta a reunião realizada no CADE com a presença de representantes da SDE e SEAE e do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, que confirmaram a decisão do setor de aços planos comuns, através de suas três usinas - CSN, Usiminas e Cosipa, de reajustarem seus preços, como anunciados, nos dias 27/06 e 01/07/97.

- que a requerente absteve-se de tecer considerações acerca dos fatos descritos.

- que a tese da requerente de que o enquadramento da conduta das usinas siderúrgicas no inciso IV, artigo 20, da lei 8.884, proposto pela SEAE é inconsistente uma vez que para que haja ilicitude o reajuste deve ser injustificado ou abusivo é um silogismo com falsa conclusão. Afirma que “Por absurdo que pareça, o raciocínio defendido pela requerente equívale a dizer que a concertação entre concorrentes com vistas à fixação de preços será sempre lícita... desde que os reajustes dela resultantes possam ser justificados do ponto de vista econômico-financeiro”.

- que cabe à SDE instaurar processo e conduzir contraditório e que a SEAE limitou-se a dar conhecimento a quem de direito da aparente ocorrência de infração à ordem econômica.

- que a SEAE não descumpriu escandalosamente o artigo 10 da lei 9.021/95, uma vez que este diz respeito a aumentos injustificados de preços ou imposição de preços excessivos e que este tipo de infração não foi apurado - no sentido de que não foi objeto de investigação. Por isso, o parecer da SEAE não afirma que o aumento de agosto de 1996 foi justificado.

- que compete à SDE instaurar processo administrativo e garantir às representadas o legítimo e sagrado direito de defesa.

- que a SEAE não misturou o objeto de sua investigação anterior (aumento de preços de agosto de 1996) com as novas denúncias (aumento de preços de 1997), tendo deliberadamente direcionado o escopo do parecer para compreender os dois episódios fáticos.

Finalmente, conclui a SEAE que a revogação da Medida Preventiva não prejudicaria o mercado, uma vez que a denúncia apresentada diz respeito à conduta concertada e não à preço abusivo.

À fl. 219 consta despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico-Substituto, publicado no D.O.U. de 30/06/97, revogando a Medida Preventiva e determinando o prosseguimento da instrução processual.

No mesmo dia 30/06/97 COSIPA e USIMINAS apresentam requerimentos idênticos solicitando da SDE a revogação da Medida Preventiva (fls.224-236 e 267-279). Argumentam as empresa que:

- por não constar da decisão um enquadramento nos incisos do artigo 20 da lei de defesa da concorrência a requerente está sendo impedida de aumentar seus preços por força de uma acusação que não sabe em que dispositivo legal está capitulada.

- o parecer da SEAE não trata de aumento abusivo de preços, restando o despacho que baixou a Medida Preventiva obscuro quanto à prática investigada.

- Usiminas, Cosipa e CSN são indústrias de produtos homogêneos e com preços cotados internacionalmente e, por isso, praticam preços semelhantes.

- sendo a CSN líder de mercado, acaba por levar seus concorrentes a seguir seu comportamento. Citam decisão nos EUA, onde consta que a uniformidade de preços entre concorrentes não viola, por si só, a lei antitruste, quando alcançada de forma independente, sem acordo. Também citam Hovenkamp que afirma que liderança de preços em oligopólio induz as firmas a se comportarem umas como as outras e que tendo os custos subido os preços também subirão. No âmbito da União Européia citam decisão que considera que a conduta paralela não pode ser tida como prova de concentração, a menos que esta seja a única explicação plausível.

- os percentuais de aumento de preços, embora próximos, não eram iguais; não foram estabelecidos nas mesmas datas, mas apenas em seqüência ao reajuste anunciado pelo líder do mercado; não resultaram em preços efetivos sequer similares.

- o que se reajusta é apenas o preços básico e não o efetivamente praticado, o qual é reduzido por força das negociações com os clientes que têm acentuado poder de compra.

As requerentes apresentam, ainda, Recurso Voluntário contra a Medida Preventiva, que, entretanto, ficou prejudicado pela sua revogação.

Apresentam, também, estudo realizado por Edgard Pereira & Associados “sobre estrutura de preços em mercados concentrados”. Segundo este estudo a literatura econômica mostra que em mercados concentrados de produtos homogêneos os preços dos concorrentes tendem a ser semelhantes. As razões para isso são: 1. a concorrência potencial que limita o preço das firmas efetivamente atuantes no mercado. Em economias abertas e para produtos com comércio internacional o preços internacional e os custos de internação fixam esse limite; 2. uma vez definido esse preço, a rivalidade entre as firmas e o

reconhecimento da interdependência nas decisões em oligopólios o mantém estável, não se alterando em função de variações conjunturais de custos ou de demanda. O instrumento clássico para se demonstrar os efeitos da interdependência relativa a preços é a chamada “curva de demanda quebrada”, que mostraria que os preços em mercados concentrados tendem a ser semelhantes e estáveis, não respondendo a variações conjunturais de custos ou a alterações de curto prazo da demanda; 3. à medida em que se acumulam custos, pressões internas de cada empresa se intensificam e terminam por levar a um novo nível de preços; e 4. a liderança de preços define o novo patamar de preços alcançado. Ainda segundo o estudo, a literatura econômica supõe que a empresa líder seja mais eficiente e define o preço de mercado, no que será acompanhada pelos demais concorrentes. “Na situação pouco comum em que a estrutura de custos das participantes é idêntica, não se define a liderança de mercado”. E conclui que como a mudança de preços de uma firma num oligopólio homogêneo afeta imediatamente seus rivais, “é de se esperar que todas as firmas respondam concomitantemente a variações no ambiente econômico, com base na regra mais adequada e de maior eficiência econômica”.

Nas fls. 321 a 332 a SEAE, através do ofício 438, de 02 de julho de 1997, manifestou-se sobre os requerimentos de Usiminas e Cosipa com argumentos semelhantes àqueles apresentados na análise do requerimento da CSN.

Nas fls. 334 dos autos está Despacho do Secretário da SDE, datado de 03 de Julho de 1997, dando procedência aos pedidos homogêneos da USIMINAS e da COSIPA, para revogar a Medida Preventiva baixada em relação a elas.

À fl. 339 consta ofício do Sindipeças que afirma que após a revogação da Medida Preventiva (30/06/97) a CSN aumentou imediatamente os preços do aço (01/07/97), “sem nenhum diálogo com seus clientes”.

Às fls. 374-415 e 417-484 Usiminas e Cosipa, respectivamente, nos dias 11 e 16/07/97, apresentam idênticas defesas prévias, nas quais argumentam preliminarmente, como se segue:

- que nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles, “Processo com instauração imprecisa quanto à qualificação do ato... é nulo”.
- que não se pode compreender “que uma autoridade ou órgão judicante, como é o CADE, sem ter presidido à colheita da prova, venha proferir decisão com os graves conseqüências dela decorrentes”. Assim, não se pode entender constitucional um sistema em que a SDE “denuncie, instrua o Processo, emita juízo de admissibilidade e, por fim, encaminhe o feito para julgamento pelo Juiz natural da causa, sem que este tenha tido qualquer participação no feito, para ‘julgamento’.” Em resumo, demanda o princípio do juiz natural que nin-

guém será processado e (e não ou) julgado senão pela autoridade competente, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, tal como verificado no presente P.A..

- que o despacho de instauração do P.A. é genérico, não especificando o dispositivo pretensamente violado, havendo apenas vaga referência a um acerto entre concorrentes, sendo certo que isso impossibilita o exercício do direito de defesa.

- que a SEAE concorda que o paralelismo de conduta relativa a preços não permite presumir, por si só, a existência de conluio entre concorrentes, sendo necessário algo mais. Que a SEAE restringe-se a fazer menção a duas reuniões - realizadas em 30/06/96 e 03/04/97 - com representantes do Instituto Brasileiro de Siderurgia (IBS), e não com a representada, em que se teria confirmada a decisão de aumento de preços na indústria, sendo que essa informação nada acrescenta. Cita o artigo 239 do Código de Processo Penal que considera indício circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Assim, a ausência do pressuposto processual leva à extinção do procedimento sem julgamento do mérito.

- que é preciso atentar para o comportamento que poderia ter havido - abertura de averiguações preliminares - e o que houve - abertura, imediata e concomitante, do processo administrativo. As averiguações são sigilosas, enquanto ao P.A. é dada divulgação. Assim, o que se obteve “foi a divulgação, como pretense fato, de mera suspeita, infundada, sem início de prova ou indicação de como obtê-la”. Por esta razão requer reconsideração do despacho instaurador do P.A., determinando seu arquivamento ou, caso assim não se entenda, que seja o P.A. anulado dando-se prosseguimento ao procedimento de averiguações preliminares.

Já quanto ao mérito, afirmam o seguinte:

- que a acusação resume-se a uma pretensa prática de ação concentrada de mercado na definição de preços.

- que a demonstração dessa hipotética conduta seria apenas e tão somente o fato de terem os reajustes de preços percentagens semelhantes e em períodos de tempo próximos.

- que as representadas não são acusadas de aumento abusivo de preços.

- que a CSN é a líder do mercado.

- que Usiminas e Cosipa são empresas absolutamente independentes e concorrentes entre si. Que têm acionistas distintos, que a Usiminas é minoritária no capital da Cosipa, que têm posturas mercadológicas, produtos e clientes distintos.

- que o mercado de aços planos é um oligopólio de produtos homogêneos, do qual decorrem características próprias. O processo industrial é semelhante e não há diferença de marca ou de etiqueta.

- citam narrativa de julgamento feita por autores norte-americanos que consideram que o comportamento paralelo, sujeito a outras explicações concorrentes, não é suficiente como prova.
- também citam opinião da ilustre ex-conselheira do CADE Neide Malard: “Se a prática de preços iguais se explica tão só por causa econômica, não se podendo inferir dos acontecimentos no mercado que resultou de conluio, não se pode condenar as indiciadas por conduta abusiva” (Revista do IBRAC, vol.1).
- que a única alegação consistente é o reajuste de preços-bases (nem mesmo preços efetivos) em percentuais próximos (nem mesmo iguais), em datas próximas (também não iguais).
- que cabe à acusação demonstrar a existência do acordo, e não à representada apresentar prova negativa.
- citam novamente Malard que considera a interdependência características dos oligopólios estabelece padrões de comportamento e estratégias comuns de formação de preços, padrões e estratégias que tendem a se repetir. Assim, a coincidência de preços pode decorrer das próprias condições de mercado. Um desses padrões de comportamento é a liderança de preços, quando o comportamento da líder é observado pelas demais empresas do setor e deliberadamente seguido. A inexistência de combinação prévia afastaria a ilicitude da conduta (Revista de Direito Econômico, no. 21).
- que os preços do mercado em tela são transparentes - conhecidos por todos os participantes - e o que se vê é uma empresa que tem a maior parcela do mercado colocar seus preços em determinado patamar e ser seguido pelas outras em natural equilíbrio do mercado.
- que os novos preços foram comunicados aos compradores - em geral grandes empresas com poder de compra - com grande antecedência, o que lhes permite estabelecimento de efetiva negociação ou procura de fontes alternativas de suprimento.
- que os preços são negociados caso a caso, o que significa que não apenas os preços-base são diferentes, mas também os preços efetivamente praticados entre clientes e, sendo assim, entre os concorrentes. A pretensa uniformidade de preços, portanto, não existe.
- que se trata de um mercado altamente competitivo onde os preços são balizados por um lado pela empresa líder e, por outro, pelo mercado internacional.
- que as estruturas de custos na indústria são semelhantes. Que elevações de custos precisam ser repassadas sob pena de afetar a lucratividade das empresas e sua capacidade de investir e concorrer entre si, inclusive com os concorrentes estrangeiros.
- que a empresa acumulava um significativo aumento de custos desde seu último reajuste de preços a dez meses atrás.

- que entre abril de 1994 e agosto de 1996 os reajustes dos preços-base da Usiminas foram de 17,46% para chapas grossas (cp), 13,18% para laminados a quente (lq) e 13,59% para os laminados a frio (lf). No período de entre julho de 1994 e junho de 1997 os custos acumulavam um aumento médio de 27,9% e que a recomposição dos preços em junho de 1997 deixou uma defasagem de 1,1% (cp), 4,2% (lq) e 3,8% (lf).
- que entre julho de 1994 e maio de 1997 a Cosipa teve seus custos aumentados em 27,40% tendo reajustado seus preços nesse mesmo período em 22,89% (cg) e 24,52% (lf).
- que os reajustes entre julho de 1994 e junho de 1997 das duas empresas foram inferiores ao INPC, IGPM e aos reajustes de preços da indústria automobilística.
- que os preços domésticos brasileiros são inferiores, na média, aos preços domésticos dos EUA, Japão, Reino Unido e Argentina.
- que apesar da pressão de custos e da necessidade constante de realizar investimentos, o momento do reajuste de preços é crítico, cabendo às empresas aguardarem o movimento da líder do mercado.
- que não seguir a líder após o reajuste poderia ser entendida como prática de preços predatórios. Que reajustar preços acima do reajuste da líder seria perder mercado.

Diante do exposto solicitam o arquivamento do feito.

Às fls. 485 e 490 constam novas notificações da SDE às representadas, datadas de 28 de julho de 1997, dando conhecimento a estas da abertura do P.A. e abrindo prazo para oferecimento de defesa.

A defesa prévia da CSN, datada de 27 de agosto de 1997, consta às fls. 499 a 515, a qual ratifica o pedido de reconsideração apresentado à SDE no dia 27/06/97 (fls. 148 a 176), considerando-o parte integrante da mesma. Argumenta a CSN que:

- os fundamentos que levaram à reconsideração da Medida Preventiva de fl.219 demandam também o arquivamento do feito, pelos motivos formais anteriormente expostos, sublinhando-se de forma cabal a justificativa econômica do aumento de preços pela representada, capaz de desfazer qualquer suspeita de formação de cartel.
- que o aço é uma *commodity* e, assim sendo, o preço internacional representa um limite superior ao preço do mercado doméstico. Por outro lado, preços mais elevados no mercado internacional do que no mercado interno representarão um permanente convite ao abandono parcial deste último, com conseqüente desabastecimento. Assim, por ser a CSN uma siderúrgica num mercado aberto e internacionalizado, sua formação de preços nos mercados interno e externo segue a lógica internacional de formação dos preços do aço.

- que o próprio BNDES definiu no edital de licitação da CSN que o preço internacional do produto, acrescidos dos custos de internacionalização, seriam a referência para a política de preços da empresa.
- que dois fatores impactam os preços domésticos, quais sejam, a relação entre oferta e demanda e as paridades das moedas dos países participantes do mercado siderúrgico internacional.
- que desde o primeiro semestre de 1996 havia uma tendência de aumento dos preços internacionais decorrente do crescimento da demanda.
- que desde meados de 1996 (11 meses) as empresas brasileiras têm mantido seus preços estáveis no mercado interno, apresentando queda nesses preços em dólar, ao contrário do que se verificou nos demais países.
- que no período abril de 1993 a julho de 1997 (já incorporado o último aumento) os preços médios dos aços planos evoluíram menos 17% do que os índices de preço IGP-DI e IPC-FIPE, segundo estudo do Professor Guilherme Schymura.
- que torna-se impossível um aumento de preços abusivo uma vez que estes “são mantidos em consonância com as flutuações dos preços internacionais internados, conforme mesmo a regra dos preços adotada no Plano Nacional de Desestatização que está sendo respeitada pela Representada” e, segundo Schymura, “o preço praticado pelas empresas do setor deve estar abaixo do preço internacionalmente internado”. Por outro lado, a acirrada concorrência interna tornam os aumentos da CSN arriscados na medida em que podem determinar perda de mercado.
- que a jurisprudência do CADE, firmada no P.A. no.2/92, tendo como conselheira a Dra. Neide Malard, que “estabeleceu que o fenômeno de que liderança e paralelismo de preços não configuram abuso do poder econômico”.
- que as condutas descritas nos incisos do artigo 21 apenas e tão somente tipificam infrações quando tenham por objeto ou produzam os efeitos previstos nos incisos do artigo 20.
- que as práticas tida como potencialmente anticoncorrenciais precisam ser analisadas no contexto em que ocorreram, não se cogitando a aplicação de regra *per se*. “Assim, a simples prática de reajuste de preço de forma semelhante e uniforme, houvesse ocorrido (o que não houve), não bastaria ao reconhecimento de infração à ordem econômica”.
- que para a SDE chegar à conclusão de que existem indícios de infração à ordem econômica seria necessária uma análise prévia da presença dos três elementos essenciais da legislação antitruste: eliminação da concorrência, domínio de mercado ou aumento arbitrário de lucros (ou ainda abuso de posição dominante nos termos da lei 8.884/94).
- que não consta que essa seja a conduta das empresas componentes dos segmentos de aços planos e, como a CSN não alcançou nem pretendeu obter qualquer dos efeitos contemplados no trinômio constitucional, não se caracte-

riza o ilícito indicado no despacho de instauração do P.A., muito menos pode ser acusada de abuso de posição dominante.

- que o paralelismo de conduta, mesmo consciente, faz parte dos mercados oligopolistas que apresentam dependência recíproca.

- que no mesmo sentido a doutrina alemã elenca critérios para a configuração jurídica de práticas infrativas em oligopólios, os quais não estão presentes no caso em tela: “a necessidade de... duração significativa no tempo de práticas paralelas; preços iguais não são suficientes para incidência infrativa...; preços semelhantes não indicam necessariamente indícios de falta de concorrência... . Finalmente, a doutrina alemã apoiada em copiosa jurisprudência determina que somente após... investigação cuidadosa se pode chegar a postular mesmo a existência de indícios de formação concertada de preços”.

Diante do exposto requer o arquivamento do P.A. em tela.

No estudo encomendado pela CSN (fls.535 a 569) o professor Luiz Guilherme Schymura tece as seguintes considerações gerais:

- que existe uma tendência internacional à concentração na produção de aços planos.

- que outros materiais - alumínio, plásticos, cerâmica, vidro e concreto - competem crescentemente com aços planos.

Quanto ao quesito apresentado pela CSN no qual Schymura é indagado se no setor de aços planos comuns dever-se-ia esperar que os reajustes de preços ocorressem em períodos e em percentuais distintos, os seguintes comentários foram apresentados:

- que o reajuste de preços em data e percentuais próximos não se caracteriza, por si só, em infração à ordem econômica.

- que os laminados a quente e a frio apresentam as mesmas propriedades físicas independentes de produtor. Já os zincados têm qualidades distintas que variam entre produtores. O transporte é um elemento importante nesse mercado.

- que os mercados nacional e internacional de aços planos são distintos devido ao alto custo de internação desses produtos - 42% para os laminados a quente (LQ), 36% para os laminados a frio (LF) e 30% para chapas e bobinas zincadas (LZ).

- que os preços internacionais limitam os preços internos, não podendo estes exceder nos percentuais acima citados os preços dos produtos fabricados no exterior.

- que os compradores são grandes empresas com baixo custo de busca de informação o que faz com que a negociação de preços seja a tônica do mercado.

- que os laminados a frio e a quente fabricados pelas três usinas siderúrgicas apresentam as mesmas propriedades físicas e diferenciais de custos de frete relativamente baixos, o que determina que os preços praticados “sejam os

mesmos”. De outro modo, as firmas com preços mais elevados perderiam mercado.

- que uma prática muito utilizada pelos produtores de aços planos comuns é a de anunciar com semanas de antecedência a mudança de sua lista de preços. Caso seja seguida pelas demais, ratifica aumento o preço, caso contrário recua e ajusta. Essa estratégia só é possível quando a empresa tem condições de manter o preço sem reajuste. Caso não tenha, o preço é aumentado independentemente da ação das concorrentes. Nesta situação, por perder competitividade, a firma tende a abandonar o mercado.

- que no mercado de zincados os produtos da CSN e da Usiminas apresentam propriedades físicas diferentes (o produto da Usiminas é galvanizado eletroliticamente), mas devido a elevada substituição entre os dois implica reajustes de preços em datas e percentuais próximos para garantir estabilidade nas participações de mercado.

O segundo quesito indaga se “poder-se-ia afirmar que o aumento dos preços praticados pelas firmas do setor... fosse oriundo de um equilíbrio de cartel”. Schymura apresentou os seguintes comentários:

- que no equilíbrio de cartel as empresas atuam de forma coordenada extraindo lucro de monopólio.

- neste concerto quantidade e preços são estipuladas. “Com efeito, cada um dos integrantes restringe-se a ofertar a quota que lhe é devida ao preço de monopólio”. Porém, como um aumento individual das vendas traria maior lucro para a firma que burlou o cartel, as firmas teriam incentivo para tanto. Assim, o equilíbrio do mercado sob cartel é instável e precisa ser monitorado ou, de alguma forma, as firmas precisam ser forçadas a respeitar o compromisso. “Em suma, a instabilidade do cartel exige que haja uma cumplicidade entre as partes, sem a qual o concerto não é efetivamente implementado”.

- cita Scherer e Ross que consideram que o cartel é mais instável quando há diferenças de custos e alterações tecnológicas significativas. Citam o desenvolvimento tecnológico da National Steel nos anos 30 e sua atuação determinante na queda dos preços, bem como o papel das *minimills* nos anos 70 e 80 na ruptura dos preços do mercado.

- que o número de empregados da CSN reduziu-se desde a privatização, o investimento e o faturamento aumentaram, e os preços médios reais (deflacionados pelo IGP-DI e IPC-FIPE) caíram. Isso seria similar aos exemplos dados por Scherer e Ross, com mudança na forma de produzir e queda de preços reais. Por isso, “pode-se afirmar, ...que o preço a ser praticado e as quantidades a serem produzidas seriam de difícil consenso entre as firmas do setor nacional de aços planos comuns”. Conclui, então, que “No setor de aços planos comuns nacional, as freqüentes mudanças tecnológicas que o segmento vem experimentando dificultam a implementação do concerto. A CSN após ter sido privatizada vem promovendo: mudanças tecnológicas na gestão da

produção; queda de preços e; aumento de produção. Há de se notar que, sob a ótica do consumidor, estes três fatores são positivos. Com base nisso, a hipótese do concerto entre as firmas do setor de aços planos comuns brasileiros deve ser rejeitada”.

Num terceiro quesito o professor Schymura comenta se os aumentos de julho de 1997 seriam abusivos e se prejudicariam os consumidores brasileiros, da seguinte forma:

- que como só há dois produtores o preço abusivo exigiria a formação de cartel. Como a resposta ao quesito anterior foi negativa, para esse quesito também é negativa.
- que uma alternativa seria observar se houve queda nos preços praticados no setor, o que significa que o ganho de produtividade foi repassado ao consumidor.
- que a queda nos preços reais (deflacionados pelo IGP-DI e pelo IPC-FIPE) indicam que não houve reajuste abusivo de preços, mesmo considerando o reajuste de julho de 1997.

Usiminas à fl. 563 requer juntada de documentos que comprovariam que não há imposição de preços por parte da empresa, sendo estes fruto de intenso processo de negociação, e que parte da clientela tem poder de negociação e de veto total ou parcial dos aumentos anunciados, além de demonstrar que a importação é uma clara alternativa ao fornecimento interno. Tratam-se de trocas de correspondências entre a siderúrgica e clientes, além de atas de reuniões para discussão de preços (fls.566 a 599). Grande parte referem-se a acordos para parcelar o aumento. A troca de correspondência com a FIAT indica a existência de negociações mas não permite concluir quanto ao acordo final. Com a Volkswagen o reajuste de 1996 foi efetivado em duas etapas. Não há nesses documentos indicação de que a importação é uma clara alternativa ao fornecimento interno.

À fl. 601 a SDE encaminha à SEAE o Ofício No.2324/97/SDE/GAB, de 5 de setembro de 1997, no qual solicita parecer econômico nos termos do artigo 38 da lei 8.884.

Requerimento da Cosipa solicita às fls.602 a 604 a juntada de documentos que comprovariam que os aumentos dos preços do aço foram negociados com os clientes. Foram apresentados preços praticados antes e imediatamente após a data para a qual foi anunciado o aumento de julho de 1997, para 7 (sete) clientes. Para um deles o aumento foi parcelado em três vezes. Para outro o aumento foi 50% inferior ao anunciado pelo período de um mês. Para a Ford do Brasil o aumento foi parcial na data do reajuste. Para Fiat, Volkswagen e Confab Tubos S/A os preços permaneceram constantes imediatamente após a data na

qual o reajuste entraria em vigor. Não há informação se aqueles clientes para os quais os preços não variaram, imediatamente após a data anunciada do reajuste, continuaram adquirindo produtos da Cosipa, posteriormente, sem reajustes. À fl. 685, entretanto, consta resposta da Confab à diligência da SDE confirmando o reajuste dos preços da Cosipa no dia 15/07/97.

A SEAE em atendimento ao Ofício SDE No. 2324/97 emite o Parecer Técnico No. 103/SEAE/COGPI (fls.630 a 641), datado de 26 de dezembro de 1997, conforme prevê o artigo 38 da lei 8.884. Segundo o parecer:

A representação da SEAE que deu origem ao presente P.A. baseou-se nos seguintes fatos:

- em 30/07/96, realizou-se, a pedido do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, reunião na SEAE da qual participaram representantes desta Secretaria, da COSIPA, da USIMINAS e da CSN . Nesta reunião as usinas comunicaram que reajustariam seus preços a partir de 01/08/96. Este fato motivou o envio de fax, em 31/07/96, alertando às usinas de que a fixação de preços em acordo com concorrente caracteriza infração à ordem econômica;
- em 02/08/96, foi enviado fax pelo SINDIPEÇAS ao Presidente do CADE, informando as novas listas de preços de aços planos apresentadas pelas usinas aos seus associados, como se segue:

COSIPA - fax de 22/07/96 comunicando os seguintes reajustes a serem praticados a partir de 01/08/96: CG - 8,32%, LQ - 3,59% e LF - 4,31%. Redução da despesa financeira para venda a 30 d.d. de 2,90% para 2,43%;

USIMINAS - fax circular CGV 03/96, de 22/07/96 com os seguintes reajustes a serem praticados a partir de 01/08/96: CG - 8,57%, LQ - 4,09%, LF - 4,46%, EG - 3,38% e FNR - 4,46%. Redução da despesa financeira para venda a 30 d.d. de 2,95% para 2,48%.

CSN - fax circular 204/96, de 17/07/96 comunicando os seguintes reajustes a serem praticados a partir de 01/08/96: LQ - 3,63%, LF - 4,34% e LZ - 4,23%. Redução da despesa financeira para venda a 30 d.d. para 2,52%.

- em 19/05/97, a FABUS enviou carta ao Ministro da Fazenda informando que USIMINAS e CSN anunciaram os seguintes reajustes de preços:

USIMINAS - fax circular CGV 001/97, de 25 de abril de 1997, comunicando reajustes a serem praticados em 27/06/97: CG - 7,73%, LQ - 8,43%, LF - 8,43%, EG - 12,20% e FNR - 8,43%;

CSN - fax 118/97, de 28/04/97, para vigorar a partir de 01/07/97, com os seguintes reajustes: LQ - 9,7%, LF - 8,28% e LZ - 12,00%; e

- em 03/06/97, realizou-se, a pedido do IBS, reunião no CADE da qual participaram representantes da SEAE e SDE. Nesta reunião, o IBS discutiu a decisão de aumento de preços dos aços planos por parte das três usinas para os dias 27/06/97 e 01/07/97.

Segundo o parecer, a representação não se refere a preços abusivos, análise que exigiria estudos referentes à evolução dos custos fabris das representadas, além da definição do que seriam margens de lucro setoriais compatíveis com um processo concorrencial adequado do ponto de vista do bem-estar econômico. Além disso, num oligopólio de produto homogêneo, como o de aços planos comuns, onde as firmas têm participações de mercado semelhantes, não há como se imaginar um aumento abusivo de preços exercido de forma unilateral - sem coordenação prévia - uma vez que isso poderia resultar em grave perda de mercado.

Prossegue o parecer afirmando que a questão da formação de preços em oligopólio vem sendo objeto de estudos da Organização Industrial, principalmente a partir dos anos 50. Cita o economista Eduardo Augusto Guimarães, para quem a competição por preço não teria lugar nesse tipo de mercado e que *“no processo de formação de preços as firmas oligopolistas reconhecem a interdependência de seus comportamentos e aderem, por acordo tácito ou explícito, a alguma fórmula de mark-up”*.

Para a SEAE, porém, a admissão por parte da teoria econômica da existência de interdependência oligopolista não significa admitir a ineficácia e/ou a falta de necessidade da política repressiva antitruste - embora ratifique a necessidade da política preventiva. Argumenta que se não houver acordo explícito ou nítida liderança de mercado, a firma oligopolista, ao reajustar seus preços, considera a possibilidade dele não ser acompanhado pelas demais concorrentes, o que implicaria perda de mercado. Desse modo, a interdependência oligopolista resultaria em certa viscosidade nos preços, tanto para baixo quanto para cima, uma vez que o aumento de preços, mesmo em oligopólio, implicaria riscos.

Diante da possibilidade de perda de mercado decorrente do reajuste de preços, as empresas oligopolistas animam-se a reduzir esse risco, seja coordenando explicitamente suas políticas de preços, seja encontrando mecanismos de reajustes que minimizem o risco. Como consequência dessa estratégia, as firmas obtêm preços superiores àqueles que obteriam num processo sem coordenação. Tais preços, mais elevados, não são necessariamente abusivos, no sentido de que podem ser até mesmo insuficientes para repor custos incorridos no passado - dependendo das condições do mercado.

No caso em tela, segundo a SEAE, existe uma evidência clara da coordenação explícita por parte das três usinas no reajuste dos seus preços de agosto de 1996. A reunião solicitada conjuntamente pelas firmas, em julho de 1996,

para tratar do reajuste próximo dos preços pressupõe, logicamente, o encontro anterior dos ofertantes para tratar do tema. Isso, por si só, configura infração à ordem econômica, independentemente dos resultados alcançados ou dos desdobramentos verificados posteriormente no mercado, seja quanto a percentuais, datas, etc. Ademais, a evidência de coordenação é, no entendimento daquela Secretaria, reforçada pelo fato de que as três usinas incorreram em variações de custos durante 13 meses (entre junho/96 e agosto/97), mas decidiram-se pelo repasse desses custos aos preços de forma simultânea.

Ressalta o parecer que este caso não pode ser explicado como efeito da interdependência oligopolista, uma vez que o aumento foi anunciado em conjunto pelas três firmas à SEAE, o que anula a possibilidade de uma das firmas ter praticado o aumento e as demais terem acompanhado.

Como os fax-circulares das usinas comunicando os aumentos de preços de agosto de 1996 foram expedidos em datas distintas (Usiminas e Cosipa expediram na mesma data), embora próximas, a defesa da Usiminas e da Cosipa alega que ocorreu um processo de formação de preços a partir de uma situação de liderança oligopolista. Assim, a empresa líder, CSN, teria comunicado o reajuste, sendo simplesmente seguida, posteriormente, pelas lideradas, num processo usual de mercado.

Para a SEAE, entretanto, alguns elementos do processo colocam em xeque essa interpretação. Em primeiro lugar, a CSN detém 39% da oferta nacional de aço plano comum, enquanto Usiminas e Cosipa detêm, juntas, 61%. Considera que a Usiminas, ao deter 49,7% do capital da Cosipa influencia sua política comercial. Sendo assim, a liderança de mercado caberia, sob essa ótica, à Usiminas/Cosipa, que, no entanto, enviaram seus comunicados posteriormente. Além disso, no ano seguinte, em abril de 1997, o aumento de preços foi anunciado primeiramente por Usiminas/Cosipa, e não pela “líder” CSN. Neste caso, a “líder” teria seguido as “lideradas”. Finalmente, o fax da Usiminas/Cosipa comunicando o último aumento data de 25 de abril de 1997, enquanto que o fax da CSN é de 28 de abril de 1997. Como os dias 26 e 27 de abril foram, respectivamente, sábado e domingo, o “líder” seguiu o “liderado” apenas um dia útil após o movimento da Usiminas. Isso seria, para a SEAE, uma demonstração inequívoca de agilidade empresarial ou do conhecimento prévio do movimento do concorrente.

No parecer fica claro que a representação da SEAE teve como objeto o mecanismo de fixação de preços das usinas ocorrido em agosto de 1996, embora naquele momento causasse preocupação os indícios de que persistiria a coordenação entre firmas no mercado, ainda em 1997. De fato, segundo a SEAE,

seguindo uma seqüência similar ao verificado no reajuste anterior, em reunião realizada no CADE, o IBS procurou justificar junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o reajuste de preços das três usinas, após 11 meses sem reajustes. Observa que seria fraco o argumento do IBS de que a “previsão” do aumento decorreria do conhecimento dos custos do setor, pois, se é possível estimar a evolução dos custos da produção do aço, é impossível prever o mês em que ele será repassado, bem como o montante desse repasse. Mais uma vez, portanto, ou as três usinas intuíram a data e o percentual (muito próximos) dos reajustes, ou as firmas sentaram-se à mesa para debater a questão.

Por fim, para a SEAE o mecanismo de reajuste de preços utilizado funciona como um elemento de coordenação exógeno (externo ao mercado). A expedição do fax anunciando o reajuste para o mês subsequente cria um espaço de tempo que possibilita às concorrentes avaliarem a conveniência de “aderir” ao aumento. Assim, ou enviam comunicados semelhantes quanto à data e ao percentual, tranquilizando a empresa pioneira na expedição do comunicado, ou não aderem (total ou parcialmente) dando tempo para a firma pioneira recuar. Deste modo, não há risco nesse processo de formação oligopolista de preços, abrindo espaço para aumentos maiores do que os que seriam observados se a firma pioneira temesse a reação dos concorrentes.

A questão não se resumiria, portanto, na interdependência das decisões das firmas oligopolistas. Interdependência significaria apenas que, nesse tipo de estrutura de mercado, não se concorre via reduções de preços e que elevações de preços consideram a reação dos concorrentes. O problema antitruste em tela seria a ação coordenada explícita e a criação de mecanismos de reajustes de preços que permitem aumentos, sem riscos, superiores aos níveis que seriam observados na sua ausência.

O parecer SEAE também tece considerações sobre as defesas prévias de Usiminas e Cosipa, como se segue:

- que a representação da SEAE não se baseou apenas nos fax emitidos pelas usinas comunicando os reajustes de preços, mas a reunião solicitada por elas junto aquela Secretaria é de fundamental importância nesse caso.
- que a defesa argumenta (fls.383 e 426) que as empresas não estavam presentes à reunião, mas apenas o IBS. De fato, a reunião de julho de 1996 foi pelas empresas solicitadas e elas estiveram presentes.
- que o fato do IBS ter solicitado a reunião de 1997 e informado o reajuste dos preços procurando justificá-los é um fato relevante.
- que a SEAE não fez a representação em 1996 porque precisou de tempo e elementos de convicção suficientes, o que ocorreu posteriormente.

- que a reunião na SEAE é o fato concreto que as defesas se recusam a comentar.
- que a União Federal não convocou a reunião, sendo esta solicitada pelas representadas e pelo IBS.

Quanto à defesa prévia da CSN, comenta:

- que esta ignora o ponto central da discussão que é a reunião de 30 de julho de 1996.

À fl. 645 consta ofício da SDE ao IBS indagando se representantes deste instituto participaram das citas reuniões na SEAE (1996) e CADE (1997) na condição de representantes do setor, informando o nome das empresas que estariam sendo representadas e o objetivo da reunião. À fl. 707 o IBS responde confirmando sua presença nas reuniões e afirma que nelas não compareceu como representante de qualquer empresa do setor, mas no exercício de suas atribuições associativas previstas em estatuto com o sentido de formular objetivos setoriais, estimular o desenvolvimento da siderurgia e disseminar suas atividades junto a organismos públicos.

Às fls. 607 a 629 a SDE solicita informações de 23 empresas compradoras de aços planos comuns, indagando o nome de seus fornecedores, a forma das negociações ocorridas nos reajustes de preços ocorridos em 1996 e 1997, as datas e os percentuais desses reajustes e, finalmente, os concorrentes regionais.

As respostas (fls. 651 a 722), no que diz respeito a reajuste de preços, são resumidas a seguir. O resumo considera o quadro abaixo (obtido a partir de um rearranjo do quadro de evolução dos preços do setor entre 1995 e 1997, já apresentado).

	USIMINAS			CSN			COSIPA		
	LQ/ LF	CG	EG	LQ	LF	LZ	LQ	LF	CG
AGO/96	4,09/4 ,46	8,02	3,38	3,63	4,34	4,23	3,59	4,31	8,32
JUN/97 *	8,43	7,73	12,20	9,70	8,28	12,00	9,40	8,64	7,43

*Junho e Julho de 1997.

- MERITOR: Cosipa - 1996, reajuste integral, não houve abertura para negociações nem foi aceito parcelamento.
- ISOMONTE: Usiminas - 1996, reajuste integral sem parcelamento; 1997, integral em três parcelas.

- SIVEF: Usiminas - 1997, reajuste integral sem parcelamento.
- FERROSIDER: Usiminas - 1996, reajuste integral sem parcelamento; 1997, integral em três vezes.
- FIAT: reajustes da CSN e Usiminas divididos no tempo, desde 1996; reajustes das três usinas no segundo semestre de 1997 parcelados em quatro vezes, sendo 7,015% Usiminas, 8,00% CSN e 6,052% Cosipa.
- ITATIAIA: CSN - 1996, reajuste de 7,89% entre julho e outubro, sendo o reajuste de agosto integral sem parcelamento e 1997 integral em duas vezes.
- METALBASA: Usiminas - 1996, reajuste integral sem parcelamento e, 1997, integral em três vezes; Cosipa - 1996, reajuste integral sem parcelamento e, 1997, integral em três vezes.
- MARDEL: Usiminas - 1996 reajuste integral sem parcelamento e, 1997, integral em três vezes.
- HAMMER: Usiminas - 1996 reajuste integral sem parcelamento e, 1997, integral em três vezes.
- AETHRA: Usiminas - 1996 reajuste integral sem parcelamento e, 1997, integral em três vezes.
- CONFAB: Usiminas, Cosipa e CSN - 1996 e 1997 reajuste integral sem parcelamento.
- MANNESMANN: Usiminas - 1996 reajuste integral sem parcelamento e 1997 integral em duas vezes.
- GENERAL MOTORS: reajustes negociados em função das especificações da indústria automobilística.
- VARGA: Usiminas - 1996 reajuste integral sem parcelamento e 1997 integral em três vezes.
- VAN LEER: CSN e Usiminas - 1996 reajuste integral sem parcelamento e, 1997, integral em quatro vezes (Usiminas) e sem parcelamento (CSN).
- CODEME: 1997, aumento integral sem parcelamento (CSN) e integral com parcelamento (Usiminas).
- ARMCO (distribuidora): CSN, Usiminas e Cosipa - 1996, reajuste integral sem parcelamento; 1997, integral em três vezes (CSN e Usiminas) e sem parcelamento (Cosipa).
- BORLEM: CSN e Usiminas - 1996, reajuste integral sem parcelamento; 1997, integral em três vezes (CSN) e em duas vezes (Usiminas).
- FORD: CSN - 3,92% em 01/07/96 e 8,25% parcelados em 15/07, 15/09 e 15/11/97; Usiminas - 4,44% parcelados em 01/09 e 01/10/96 e 10,32% parcelados em 01/08, 01/09 e 15/10/97; Cosipa - 4,64% em 05/09 e 05/10/96 e 8,50% em 15/07, 15/08 e 15/09/97.

- VOLKSWAGEN: CSN, Usiminas e Cosipa - 1996, reajuste integral parcelado em duas vezes; 1997 - Usiminas: 8,40% (LF e LQ) em três vezes, e 6,0% (EG); Cosipa: 8,30% (LQ e LF) em três vezes; CSN: 8,30% (LF), 9,00% (LQ) e 8,30% (LZ) todos em três parcelas.

À fl. 818 a RESIL informa que o reajuste de 1996 foi integral sem parcelamento e o de 1997 foi integral parcelado em três vezes. À fl. 849 a EBERLE informa: 1996 integral sem parcelamento (Usiminas e Cosipa) e 1997, integral sem parcelamento (Cosipa) e parcelado em duas vezes (Usiminas). À fl. 1194 a FORD informa novamente que em 1996 houve parcelamento do reajuste e que em 1997 houve negociação e parcelamento.

Em suma, os reajustes de preços das montadoras mantêm-se fora de um padrão, enquanto para os demais clientes a regra geral foi reajuste integral sem parcelamento, em 1996, e integral parcelado, em 1997.

À fl. 664 consta circular da Indumill (distribuidora), datada de 03/07/97, que comunica aos compradores que o CADE autorizou o aumento pleiteado pelas siderúrgicas, o qual estava sendo integralmente repassado. À fl. 667 consta comunicado da Mangels (distribuidora) na qual é relatado o “insucesso... no sentido de inibir mais este reajuste” e os novos preços a vigorar a partir de 01/07/97.

Usiminas e Cosipa apresentam idênticos requerimentos às fls. 749-774 e 776-801, respectivamente, onde tecem considerações sobre o Parecer Técnico No. 103/SEAE/COGPI (fls.630 a 641), solicitado pela SDE na forma do artigo 38 da lei 8.884. Segundo as representadas,

- que a SEAE mediante representação obteve sucesso na instauração do presente P.A., mas na qualidade de representante não é parte no processo, sendo simples informante. Como representante não pode atuar no processo.
- desse modo, a peça emitida não pode ser levada em conta como parecer, mas uma réplica indevida. Que a SEAE não tem competência legal para emitir juízos de valor ou peças de cunho jurídico, como fez.
- que a SEAE no seu parecer demonstrou desconhecer os mecanismos de formação de preços em oligopólio.
- reproduz argumentos e análise teórica apresentado no estudo econômico encomendado pelas empresas à Edgard Pereira & Associados (fls.251 a 263), reafirmando a questão da interdependência entre as firmas na fixação dos preços num oligopólio.
- que Usiminas e Cosipa são empresas independentes e, dessa forma, não poderiam liderar o mercado. Se fossem uma única empresa a primeira providên-

cia seria a exclusão de uma das duas empresas do processo, uma vez que não poderia haver “conluio” consigo mesma.

- que se o mercado fosse um duopólio, como quer a SEAE, o instrumental analítico teórico seria outro, não se aplicando a questão da liderança de preços.

- mesmo que a Usiminas controlasse a Cosipa, a SEAE estaria confundindo liderança de mercado com liderança de preços. Scherer define, segundo as representadas, liderança de preços como “um conjunto de práticas e costumes sob o qual mudanças de preços são normalmente anunciadas por uma firma específica aceita como líder pelas outras, que seguem a iniciativa do líder”. Para as representadas, não há regra estabelecida nem atributos específicos que torne determinada empresa líder, nem mesmo o fato de deter a maior participação de mercado.

- que a diversidade de preços e condições de comercialização de Usiminas e Cosipa, comprovadas pelas manifestações de mercado em resposta aos ofícios enviados pelo DPDE demonstram o ambiente competitivo entre as três representadas. A resposta da General Motors é eloqüente, ao afirmar que as três usinas concorrem entre si.

- que embora a CSN negue em sua defesa prévia, no Relatório da Administração de 1997 consta: “Em 1997, a CSN confirmou sua posição de liderança absoluta no setor”.

- que embora o parecer da SEAE afirme não ser o abuso de preços o objetivo da análise, revela o viés fazendo reiteradas menções a preços abusivos. Mas a manutenção de preços abusivos uma restrição quantitativa, única maneira de colocar e manter o preço em patamar superior ao de equilíbrio.

- que os preços do setor guardam estreita relação com os preços internacionais. Apresentam tabela e gráficos com séries de preços internacionais portostivado com impostos em Antuérpia, obtidos no *CRU Steel Monitor*, que após acrescidos de custos de internação na praça de São Paulo, são comparados com o preços da Usiminas e Cosipa, também na praça de São Paulo. O resultado, na leitura que a empresa faz dos gráficos, seria de tendência à aproximação destes preços, como resultado da flexibilização do controle de preços e da adaptação do setor às regras de mercado. Assim, os preços internacionais impõe um limite de última instância aos preços internos.

- que a SEAE concorda que interdependência não é um problema antitruste. Afirma a SEAE, porém, que no caso em tela existe uma evidência clara de coordenação explícita por parte das três usinas, que seria a reunião solicitada por elas e o IBS com a SEAE, **em julho de 1996** (grifei). Segundo Usiminas e Cosipa esta seria a única prova que a SEAE apresentaria nos autos. Nas palavras das representadas: “Eis a (única) “prova” a que, obsessivamente, se apega (à minguada de outra) a Representante: a reunião realizada em **3 de junho de 1997** (grifei), à qual compareceram representantes do Instituto Brasileiro de

Siderurgia - IBS”. E continuam: “Desde logo, a USIMINAS NEGA QUE TENHA CONVOCADO A MALFADADA REUNIÃO, MUITO MENOS PARA COMUNICAR SEU REAJUSTE. Cabendo o ônus da prova a quem acusa, cumpre, portanto, à Representante comprovar o fato.

- que a própria SEAE encarrega-se de desmentir-se ao relatar que a reunião com CADE, SEAE e SDE, de 3 de junho de 1997, foi solicitada pelo IBS, que comentou o reajuste das usinas previsto para junho e julho do mesmo ano.

- que comentar é um verbo adequado uma vez que o reajuste já era conhecido pelo mercado.

- que o IBS respondeu à ofício da SDE esclarecendo que não compareceu na reunião como representante de qualquer empresa e que estatutariamente tem a função de disseminar as atividades do setor junto a organismos públicos.

- que as citadas reuniões “ocorreram depois que os aumentos tinham sido levados a efeito”.

- que ao citar a reunião de 30 de julho de 1996, a SEAE equivocou-se ao afirmar que nela as usinas comunicaram o reajuste de preços, uma vez que ele já havia sido comunicado ao mercado há vários dias: 17/07/96, no caso da CSN, e 22/07/96, no caso da Usiminas. O mesmo ocorre em relação à reunião de 3 de junho de 1997, quando o reajuste já havia sido comunicado pela Usiminas no dia 25 de abril de 1997.

Embora tal informação não conste do requerimento das representadas, lembro, por considerar neste momento relevante para o presente relatório, que o reajuste de preços da CSN foi comunicado ao mercado no dia 28 de abril de 1997, após, portanto, à comunicação da Usiminas.

- prosseguem as representadas, que o parecer da SEAE afirma que tais reuniões pressupõe, logicamente, o encontro anterior dos ofertantes para tratar do tema. Assim, pretende a representante punir as representadas lastreada em pressuposições, esquecendo-se que o Processo Penal-Econômico encontra-se adstrito ao princípio da verdade material, inadmitida a presunção. Citam decisão proferida no julgamento do P.A. 08000.020787/96-62, no qual a conselheira-relatora Lúcia Helena Salgado considera que “O que rege a matéria é o princípio do livre convencimento do julgador, o direito constitucional de petição e o princípio da verdade material. Também citam acórdão do P.A. No. 148/94, que teve como relator o emérito conselheiro Leônidas Xausa, onde consta que: “O processo administrativo tem por escopo propiciar à administração verificar a ocorrência da infração, não podendo por critérios próprios e subjetivos punir alguém porque entende ser conduta infrativa. Descabido é o critério subjetivo da presunção”. Assim, pressuposto lógico sem indício de prova seria heresia jurídica.

- que as decisões de repasses dos custos aos preços não foram simultâneas, como afirma a SEAE. O mercado foi comunicado em datas diferentes.
- que, assim, não fica demonstrada ação coordenada explícita. Muito menos abuso de preços, conforme reconhecido pela própria SEAE no seu parecer. E que não há perda de bem-estar econômico uma vez que os aumentos não foram abusivos. A perda de bem-estar só se verificaria se, não reajustados os preços, fossem as representadas forçadas a operar em condições ineficientes. “Assim, dos três critérios cuja presença cumulativa se exige à tipificação da infração, o primeiro (coordenação) restou indemonstrado e os dois últimos (aumentos superiores aos que seriam obtidos na ausência de coordenação e perda de bem-estar econômico) inexistentes, mesmo em tese”.
- que o anúncio antecipado do reajuste não é uma maneira de facilitar a coordenação com os concorrentes, como afirma a SEAE, mas visa criar um prazo para as negociações individuais de preços com os clientes.

Às fls. 852-855 consta Termo de Oitiva, realizada a pedido da Cosipa, tendo como testemunha o Sr. Mário José Zamprogna, da empresa Zamprogna S/^a A testemunha afirmou que compra 70% de insumos da CSN e 30% da Cosipa. Que em julho de 97 Cosipa e CSN anunciaram aumentos de preços mas lhe foi concedido desconto, na forma de postergação do reajuste em dois meses (Cosipa) e 4,5 a 5% em relação ao reajuste por um período maior (CSN), sendo que parte deste desconto perdurava até a data de assinatura do termo. Em relação ao aumento de 1996, afirmou que também obteve descontos em alguns produtos. Que há competição entre as usinas. Em relação à razoabilidade dos reajustes serem no mesmo período respondeu que CSN e Usiminas têm escalas próximas e custos próximos, enquanto Cosipa é menor. Que quando eram estatais tinham custos semelhantes e que a redução de custos após a privatização deve ter sido similar e que os diferenciais de custos não deveriam exceder 3 a 4%. Que foi comunicado dos reajustes por circulares. Que o fato da Zamprogna ter obtido desconto e a Volkswagen não, deve-se provavelmente ao fato de adquirirem produtos diferentes.

À fl. 859 o Presidente do CADE responde ao Ofício No. 1243/98/SDE/GAB, de 28/04/98, informando que não consta que o CADE tenha participado da reunião realizada em 03/04/97 entre SDE, SEAE e o IBS. Solicito a SDE envio de “documento comprobatório da presença de representante do CADE na referida reunião (lista de presença)”.

Às fls. 869-871 consta Termo de Oitiva, realizada a pedido da Usiminas, tendo por testemunha o Sr. Luiz Fernando Santos, Diretor de Suprimentos da Freio Varga, que afirmou que as empresas produtoras de aços planos comuns competem entre si. Que o mercado mudou e que está aberto. Que sua empresa

adota um sistema de parceria com a Usiminas, que é seu único fornecedor. Que essa escolha foi da Freio Varga e que não há imposição de preços. Que após a circular comunicando o reajuste com antecedência é aberta a negociação. Que em 1996, após a circular, não houve reajuste para chapa de aço. Que em 1997 o reajuste foi de 8,34% (*integral*), parcelado em três vezes. Que acredita que as negociações ocorrem em todo o setor.

Às fls. 869-871 consta Termo de Oitiva, realizada a pedido da Usiminas, tendo por testemunha o Sr. Antônio Guerreiro Filho, Consultor de toda a organização Rockewel Fumagalli, com experiência de 43 anos na empresa, que afirmou que não tem negócio com a Cosipa mas que há competição entre Usiminas e CSN devido a que não se consegue exportar se o preço não for competitivo. Que compra da Usiminas há 30 anos. Que há 5 ou 6 anos comprava da CSN mas parou porque não havia negociação de preço e qualidade. Que estava na empresa até setembro de 1997. Que não se lembra da data do último reajuste nos preços do aço. Que ao receber a circular de comunicação de reajuste a discussão era imediata. Que há concorrência entre os compradores em função das possíveis diferenciações entre uma concorrente e outra do setor.

Às fls. 869-871 consta Termo de Oitiva, realizada a pedido da Usiminas, tendo por testemunha o Sr. Jonas Eduardo Porto Carvalho, Diretor de Compras da Fiat Automóveis S/A, que afirmou que adquire produtos da CSN, Usiminas e Cosipa, além de materiais importados na faixa de 10 a 20% da necessidade da empresa. Que o grande fornecedor da Fiat é a Usiminas. Que compra da Cosipa em condições diferenciadas e que esta empresa concorre efetivamente com a Usiminas. Que o mercado internacional constitui referência de preços no mercado nacional. Que quando o reajuste de preços é solicitado a resposta da Fiat é não, seguindo-se ampla negociação. Que não estranha os reajustes em datas aproximadas em função da evolução de custos ser similar.

Às fls. 922-923 e 924-925 Usiminas e Cosipa, respectivamente, respondem à ofício da SDE informando que nunca houve comunicação de reajuste de preços por parte das companhias seguido de cancelamento, uma vez que as comunicações configuram apenas propostas-base para negociações. Às fls. 927-928 a CSN responde ofício da SDE de igual teor de forma semelhante.

Às fls. 1093-1095 consta parecer da Sra. Inspectora Geral da SDE sugerindo arquivamento da Averiguação Preliminar No. 020785/96-37, instaurada em 30/08/96, após ofício do Presidente do CADE encaminhando informações referentes a aumentos dos preços dos aços planos comuns por parte do Sindipecas, que visava investigar o aumento nos preços desses produtos ocorrido em agosto de 1996, uma vez que o presente P.A. trata do mesmo assunto.

Sugere também a juntada de cópias das principais peças da cita averiguação preliminar aos autos do presente processo.

Às fls. 1236 a 1239 a SDE solicita das representadas a apresentação das alegações finais.

Na sua defesa prévia a Usiminas (fls. 1245 a 1258) reitera as preliminares apresentadas na defesa, que, na forma do artigo 249 do Código de Processo Civil, seriam desconsideradas apenas se a autoridade puder decidir a favor da acusada. Argumenta, ainda que:

- a Representação fundamenta-se na ocorrência de reajustes de preços de aços planos comuns de magnitude semelhante (mas não igual) em período próximo (mas não em simultâneo) por parte das representadas. Ta fato encontra explicação na teoria econômica em mercados oligopolizados com produtos homogêneos, similitude de custos e tecnologia madura, como é o de aço. Nesses mercados a interdependência nas decisões empresariais é reforçada e produz situações como as que originaram a representação. A “chamada curva de demanda quebrada” explicaria o fato do preço nominal ficar estável durante um intervalo relativamente grande de variação nos custos de produção. Após o reajuste, entretanto, não poderia ocorrer alterações no nível real de preços relativos, caso contrário, seriam desencadeadas reações negativas dos rivais. A iniciativa do reajuste cabe usualmente à empresa líder, que é rapidamente seguida pelas concorrentes. No caso em tela, coube à CSN.

- segundo a SEAE, o fato concreto e central da análise seria a reunião na SEAE, tendo esta sido solicitada pelas três representadas. Confirmou-se porém, às fls. 707, que a reunião foi solicitada pelo IBS no estrito cumprimento das suas obrigações estatutárias, e não pela Usiminas.

- existe forte concorrência entre as representadas e entre Usiminas e Cosipa, conforme declarado pelo diretor da Fiat. Isso também fica demonstrado nas respostas dos compradores às diligências da SDE e nos testemunhos apresentados nos autos.

- as atas do IBS demonstram que a reunião justo à SEAE não poderia tratar de preços, uma vez que este assunto não é matéria das reuniões do conselho diretor do instituto. A ata da reunião de 24/06/97, após presões da FIESP para a diminuição do preço do aço, reafirmou a posição “de que cada empresa trate individualmente do assunto”.

- a despeito da participação acionária da representada na Cosipa, as empresas atuam de forma independente, o que ficou claro com os diferentes resultados nas negociações com a clientela para os reajustes, e com os testemunhos que constam dos autos.

- os testemunhos também apontam para a inexistência de conduta concertada, que seria sustentada pela SEAE apenas por conta da reunião realizada entre

ela e o IBS. Que o IBS desmente que assunto tenha sido preço. Que a SEAE não tem prova, ata memória, ou qualquer espécie de registro. Que a prova incumbe a quem acusa, não podendo ser feita prova negativa.

- os fatos demonstram que as ditas reuniões ocorreram depois que os aumentos tenham sido anunciados. A reunião de 30/07/96 ocorreu depois da CSN ter anunciado seus novos preços-base em 17/07/96, tendo sido seguida por Usiminas e Cosipa em 22/07/96. A reunião de 03/06/97 ocorreu mais de um mês depois do anúncio de reajuste da Usiminas (25/04/97) e da CSN (28/04/97), sendo também posterior ao anúncio de reajuste da Cosipa (16/05/97). Entre os anúncios de reajustes de preço e as reuniões os preços já eram negociados no mercado.

Conclui, então, que: não houve acerto entre as concorrentes para reajuste de preços tanto em 1996 quanto em 1997; as representadas atuam no mercado relevante em regime de ampla, aberta e acirrada concorrência; os reajustes da representada foram sugeridos em datas distintas dos demais concorrentes, em valores diversos, tendo resultado de negociações individuais que culminaram em preços e condições diferenciados por empresa. Cita, ainda, decisão da conselheira do CADE Lúcia Helena Salgado no P.A. 08000.020787/96-62, que considera que “A mera existência de paralelismo de ações entre concorrentes não é suficiente à comprovação de prática concertada”.

A defesa final da Cosipa é apresentada às fls. 1259-1272 é na forma e no conteúdo semelhante à da Usiminas (assinadas pelo mesmo advogado e consultor econômico), com pequenas diferenças na forma.

A CSN, por sua vez, apresenta suas alegações finais (fls. 1273 a 1281) ressaltando que a investigação realizada constatou que o aço plano comum é uma *commodity* cuja lógica de formação de preços internos só pode ser entendida à luz do processo de privatização e de abertura econômica. Afirma, ainda que:

- os preços do setor siderúrgico passaram a ser influenciados pelos preços internacionais. Que, apesar disso, o aumento dos preços internacionais ocorrido no final de 194 e início de 1995 não foi acompanhado pela CSN. Que, assim, não pode haver cartel interno para fixação dos preços, uma vez que estes dependem do mercado internacional. Que se a firma importar e vender abaixo do preço internacional não terá recursos para a reposição de estoques.

- além disso, a teoria econômica garante essa mesma conclusão. Scherer e Ross destacam algumas características num oligopólio que dificultam extraordinariamente a coordenação entre concorrentes: 1. Diferenças de custos entre as firmas; e 2. Mudanças tecnológicas na produção. Como já demonstrado nos autos, o setor de aços planos vem passando por forte mudança na tecnologia de produção após a privatização, com queda nos preços reais e aumento de produção - aspectos positivos sob a ótica do consumidor.

- sendo o custo do frete interno relativamente baixo, bem como os custos de busca, se uma firma elevar seus preços acima dos da concorrência perderá mercado.
- a despeito da melhor teoria econômica a SEAE tenta provar que “os reajustes de 01.08.96 teriam sido ajustados em reunião então ocorrida na SEAE em 30 de julho de 1996, sendo que o IBS (Instituto Brasileiro de Siderurgia) teria sido o instrumento organizador da conduta concertada”. Que tendo sido o reajuste anunciado antes da reunião é descabida a conclusão da SEAE. Que o IBS não pode ser o instrumento cartelizador por não ter competência estatutária para tanto.
- a SEAE não obteve prova da conduta alegada. Paralelismo de ações não pode ser considerado infração à ordem econômica, podendo ser reflexo de um processo de liderança de preços. Apresentam, nesse sentido, citações da ex-conselheira do CADE Neide Malard e de Kleinmann/Bechthold.
- mesmo após a liberação de preços e o fim do CIP o Ministério da Fazenda manteve uma prática de chamar as empresas de aços planos para conversar sobre aumentos, “mostrando que o próprio governo induzia o setor a um comportamento, uma espécie de ‘inércia’ dentro do estado, mostrando-se incapaz de perceber os efeitos do mercado sobre os preços”.
- os aumentos sempre estiveram sujeitos a negociações comerciais de acordo com as condições de cada setor.

Às fls. 1283-1306 consta Nota Técnica da CGAJ/SDE, de lavra do Dr. Paulo Soares Ribeiro de Oliveira, Dr. Anselmo Meireles de Lima Ayelo e Dra. Márcia Suaiden, que apresenta extenso relatório, parecer e conclusão sobre os dados e informações que constam dos autos. A Nota Técnica apresenta um resumo do parecer da SEAE salientando a definição do mercado relevante como o mercado nacional de aços planos comuns e a comprovação da existência de poder de mercado por parte das representadas, com o que concordou a SDE. Também apresenta resumo exaustivo das argumentações das defesas e dos pareceres da SEAE, além dos documentos e provas dos autos.

Ressalta a Nota Técnica que pelas Representadas foram levantadas preliminares em que se alegou “inconstitucionalidade do presente processo administrativo”, “cerceamento do direito de defesa”, “inexistência de início de prova” e “violação do devido processo legal”. Para a SDE, primeiramente, há que se afastar a pretensão ultrapassada das Representadas USIMINAS e COSIPA de que se faça incidir nos processos administrativos conduzidos no âmbito da Lei 8.884/94 as disposições do Código de Processo Penal. A corrente de pensamento que embasa tal pretensão não encontraria ressonância na esmagadora maioria da Doutrina. Ademais, o artigo 83 da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência aponta o Código de Processo Civil como fonte subsidiária de

Direito na condução dos processos cíveis e administrativos previstos nesta Lei, o que indica que o legislador de forma alguma teve intenção de atribuir natureza penal à atividade antitruste.

Passa, então, ao exame das preliminares propriamente ditas. Segundo a SDE: 01 - Pretendem USIMINAS e COSIPA que o presente PA penaria por “flagrante inconstitucionalidade”, tendo em vista o fato de que o órgão julgante do feito é o CADE, que portanto deveria presidir a instrução do processo, e não a Secretaria de Direito Econômico - SDE. Contudo, à SDE cabe o papel de instaurar e instruir processos administrativos que versem sobre práticas que eventualmente possam se constituir em infrações à ordem econômica. Concluída a instrução, emite seu parecer (relatório final), que é enviado ao CADE, que pode ou não acolhe-lo. O simples exame do texto da Lei 8.884 é suficiente para afastar a argumentação das Representadas de que o “juiz natural” do caso não participa da produção de provas. O fato é que o CADE, e seus conselheiros, tem poder para determinar a produção de provas, tanto pelas partes quanto por outros agentes, ou então, se julgar necessário, devolver o processo à SDE para que esta produza as provas que o Conselho julgar necessárias.

02 - Consideram as Representadas estarem cerceadas no exercício do seu direito de defesa, fundamentando sua argumentação na alegação de que o despacho de instauração do processo administrativo seria genérico “ao anunciar como violados os “artigos 20 c/c 21 da Lei n.º 8.884, de 1994...”. Entretanto, o referido despacho delimita a lide perfeitamente, citando os dispositivos legais possivelmente violados. Ademais, as partes tiveram amplo acesso ao processo, produzindo dezenas de páginas de petições e documentos, e até mesmo ouvindo testemunhas. Tudo isto versando justamente sobre o objeto da lide, o que obviamente não seria possível se, de fato, o despacho em questão fosse incapaz de cumprir sua função legal, a ponto de impedir ou prejudicar o direito das Representadas à ampla defesa. Além do mais, o despacho instaurador do Secretário faz referência expressa ao trabalho de acompanhamento feito pela SEAE, que provocou esta Secretaria e que delimita, também da mesma forma, a conduta imputada às mesmas.

03 - Alegam as Representadas que “as peças que levaram o Exmo. Secretário de Direito Econômico a determinar a abertura do Processo Administrativo são meras acusações desacompanhadas de qualquer indício, por mais tênue que seja, de prova, aparentando ser conjecturas ou vontades dos acusadores”.

Verificando-se os autos, é notável o fato de que, como bem assinalou a SEAE em seu parecer, em 1996 as Representadas comunicaram a aquele órgão, ao mesmo tempo, que reajustariam os preços de seus produtos, utilizando-se de índices praticamente idênticos. Tais fatos são incontroversos. Tal prática constitui-se em forte indício de conduta concertada entre competidores do mesmo mercado. A própria SEAE notificou-as da possibilidade de que tal conduta ser considerada ilegal. Não obstante, no ano seguinte as mesmas em-

presas repetiram a conduta, e com a diferença de poucos dias, reajustaram seus preços, novamente utilizando-se de índices muito próximos. Tratam-se de empresas com enorme poder de mercado, que praticam condutas semelhantes, ao mesmo tempo, de forma repetida. Pode-se dizer, sem dúvidas, que os indícios de formação de cartel, prática vedada pela legislação vigente, foram muito fortes, justificando perfeitamente a instauração imediata de processo administrativo.

04 - Por fim, alegam USIMINAS e COSIPA que o feito deveria ter sido precedido por averiguações preliminares, e que sua instauração constituiria em um ato de “arbitrariedade”. A leitura do artigo 32 da Lei 8.884 demonstra que a instauração de Processo Administrativo independe de instauração de averiguações preliminares. Cabe ao Secretário de Direito Econômico, no exercício de seu poder discricionário, avaliar a existência ou não de fatos e indícios que justifiquem a instauração de processo administrativo, ou de averiguação preliminar, ou mesmo arquivamento.

Quanto ao mercado relevante do produto entendeu a SDE como sendo o de Aços Planos Comuns e seus derivados, tendo chegado a esta conclusão a partir das informações da SEAE e das informações prestadas pelos clientes. Já o mercado relevante geográfico seria o nacional, uma vez que a produção das requeridas destina-se basicamente ao mercado interno, ficando a exportação relevada a segundo plano. As barreiras à entrada de novas empresas nesse mercado são elevadas, em decorrência dos altos investimentos necessários à instalação de uma usina integrada. Mesmo sendo os aços planos comuns commodities, as importações são quase que inexistentes nesse setor em virtude do alto custo de internação de tais produtos, pelas seguintes razões: 1. a alíquota do Imposto de Importação é alta (12%); 2. o valor do frete de tais produtos oriundos do mercado externo representa 23% do preço FOB; 3. o preço do produto internado é aproximadamente 50% maior que na cotação internacional; e, 4. o tempo dispensado até o produto chegar à porta da empresa compradora é demasiadamente longo, em contrapartida ao tempo de entrega das fabricantes nacionais.

Quanto ao mérito, a Nota Técnica tece as seguintes considerações:

- trata o presente processo de investigação sobre “suposta” formação de cartel pelas três empresas que atuam no mercado nacional de aços planos comuns e seus derivados.
- cita Graig Conrath: “A característica principal de um acordo de cartel é um acordo para restringir um dos aspectos principais da competição: preço ou produção. Os cartéis talvez não possam eliminar todos os aspectos da competição entre seus membros. Por exemplo, se eles concordarem com um preço, eles podem ainda competir no serviço, ou em determinados “extras”, ou na

qualidade. Assim, é normal que os membros de cartéis reclamem quando confrontados: “Mas este setor é muito competitivo!”. Eles estão dizendo a verdade, de certa forma. O setor é competitivo, mas nas coisas pequenas, não nas grandes. Estes cartéis imperfeitos ainda podem ser muito prejudiciais... Os membros dos cartéis podem também dizer: “Mas não estamos tendo lucros!” Isso também pode ser verdade. A maioria, ou todos os lucros de monopólio podem ser “dissipados através de competição” nessas formas restritas de competição. Tais cartéis ainda são prejudiciais. O fator prejudicial de um cartel não é o lucro de monopólio, mas os preços mais altos e menos produção. Essa dissipação através de competição de lucros de monopólio também é uma das razões de porque normalmente é uma perda de tempo tentar achar cartéis somente procurando por lucros altos, ou tentar provar que um cartel existe observando os lucros das empresas suspeitas. Em resumo, todos os cartéis são imperfeitos. Cartéis imperfeitos são prejudiciais, exatamente como um cartel perfeito é prejudicial...”.

- também cita Stephen F. Ross: “Acordos entre firma rivais, ou acordos horizontais, constituem na maior ameaça ao processo competitivo. De fato, foi a proliferação destes acordos – na forma de cartéis para fixação de preços e grandes trustes estabelecidos para monopolizar mercados – que levou à adoção do Sherman Act. Geralmente, estes acordos criam um substancial risco de gerar todos os prejuízos sociais que as leis antitruste devem prevenir. Acordos entre rivais para fixar preços ou reduzir produção são o principal meio através do qual firmas em mercados não monopolizados podem causar uma alocação ineficiente dos recursos da sociedade. Aumentando preços, cartéis forçam os consumidores a pagar mais pelos bens e serviços desejados do que seria necessário em um mercado livre. Cartéis também limitam a liberdade de preços do empresário independente. Finalmente, cartéis abusam do poder econômico que possuem, em detrimento do consumidor e do cidadão comum.”

- a comprovação da formação de cartéis constitui-se em problema de difícil solução. A prova direta da existência do conluio ilegal em geral é constituída por cópia do acordo por escrito, testemunho, memorandos, circulares, etc... Este tipo de prova, embora mais eficiente, dificilmente é conseguida, principalmente considerando que as empresas envolvidas têm consciência da ilegalidade de sua conduta, e procurarão evitar a existência das provas.

- nos países onde o exercício da atividade antitruste alcança maior desenvolvimento, a identificação de cartéis em geral decorre da utilização de provas indiretas. Este meio de prova é descrito por Graig Conrath: “O filósofo Henry David Thoreau escreveu que “A prova indireta pode ser convincente, assim como quando você encontra uma truta no leite.” Ele quis dizer que a única explicação possível para isso é que alguém colocou a truta no leite. A prova indireta é mais útil quando só há uma explicação para o fato.

- cita jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, no caso da Imperial Chemical Industries Ltd. X Commission (ICI-Dyestuffs), caso nº 48/69, julgamento em 14 de julho de 1972: "... A decisão da Comissão considera um primeiro elemento de prova da natureza combinada do aumento de preços em 1964, 1965 e 1967, o fato do índice do aumento individual do preço aplicado por diferentes produtores em cada país serem os mesmos, e o fato de que, com poucas exceções, os aumentos de preço foram aplicados aos mesmos produtos de tinturaria e foram colocados em prática quase – ou exatamente – no mesmo dia. A Comissão diz que esses aumentos não poderiam ser explicados simplesmente pela estrutura oligopolística do mercado, e é muito difícil que, sem prévio arranjo em comum acordo, os principais produtores fornecedores do Mercado Comum teriam, em diversas ocasiões, aumentado os preços ao mesmo valor para um grande grupo de produtos, incluindo produtos especiais pelos quais a intercambialidade era pequena ou nula, e ao assim fazê-lo em diversos países onde as condições do mercado de produtos de tinturaria são diferentes... Que as empresas agiram em comum acordo é confirmado pelo exame de outros fatores do mercado... Além disso, a divisão do Mercado Comum em cinco mercados nacionais com diferentes níveis de preço e diferentes estruturas torna improvável que pudesse haver um aumento uniforme de preço acontecendo espontaneamente em todos os mercados nacionais. É difícil imaginar que tal conduta paralela, por causa de sua oportunidade, por causa dos mercados nacionais e por causa da variedade de produtos envolvidos, poderia acontecer sem prévia combinação."

Quanto à existência de posição dominante, afirma a Nota Técnica que não há como olvidar o poder que as Representadas, juntas, detêm no mercado de aços planos comuns no Brasil. As três siderúrgicas denunciadas, que na verdade são apenas duas – CSN e USIMINAS/COSIPA –, são as únicas produtoras desses produtos em território nacional, sendo, em função do volume total produzido, a CSN supostamente a líder, com aproximadamente 39% do mercado, ficando a USIMINAS com aproximadamente 35% e a COSIPA com 26%. As importações neste setor são reduzidas.

Na análise do setor a SDE ressalta a posição da AEAE de que a estrutura de mercado do setor é de duopólio. Além disso, ressalta o fato da CSN, através da CVRD a CSN deter participação no capital da Usiminas e da Cosipa, "o que facilita ainda mais a concertação". Isso antes da apresentação do ato de concentração em que a USIMINAS assumiu a COSIPA, numa mera decisão administrativa intra corporis do grupo econômico, sem a segunda ter sequer sido oferecida a outra empresa, nacional ou estrangeira, do mesmo ou de outro mercado.

Afirma a Nota Técnica da SDE que não há como negar o concerto lesivo, tendo-se como verídico o fato de que, em 30 de Julho de 1996, em reunião solicitada à SEAE pelos representantes do IBS, Cosipa, Usiminas e CSN, foi informada a intenção das empresas reajustarem seus preços a partir de 1 de Agosto de 1996. Não bastasse esta forte prova da concertação, no ano de 1997 repetiram elas esse mesmo procedimento, agora em reunião realizada no CA-DE, em 3 de Abril de 1997, confirmando a decisão das empresas do setor de reajustarem seus preços conforme haviam anunciado. Outra prova deste fato e do conluio é que, baixada medida preventiva para que não fosse efetivado tal reajuste em 1997, as três siderúrgicas imediatamente recorreram de tal decisão, em espantosa velocidade e semelhança de argumentos. Afirma também a SDE que se em duas oportunidades distintas e distantes um ano uma da outra, as três Representadas se reuniram com órgãos governamentais para comunicar que iriam aumentar os preços de seus produtos a partir de certa data, é porque, anteriormente e, obviamente, também se reuniram para definir qual seria a melhor data e qual seria o índice de reajuste a ser adotado por cada uma.

A SDE analisou, a partir de informações contidas no Ato de Concentração da Cia. Vale do Rio Doce/VALEPAR S/A, a evolução dos preços da CSN, no mercado interno e a evolução dos preços no mercado internacional FOB Antuérpia, em relação a laminados a quente e laminados a frio, sendo a fonte o periódico *Metal Bulletin*. Segundo a tabela, de janeiro de 1995 a dezembro de 1997, contrariando a tese da CSN de que seus aumentos anunciados seguiram a tendência mundial de reajustes, os preços de seus produtos vêm num constante aumento, ao passo que os preços internacionais vêm numa constante queda.

Segundo a SDE, as respostas apresentadas por 23 clientes da Representadas permitem concluir que há um cartel entre as siderúrgicas e que esse cartel é prejudicial ao mercado consumidor. A questão da liderança de preços exercida pela CSN não fica demonstrada, quando se constata que, em 1996, a USIMINAS e a COSIPA comunicaram seus aumentos à General Motors dois dias antes da comunicação da CSN, sendo que todos os reajustes ocorreram na mesma data. Em 1997, a USIMINAS comunicou seu aumento à GM apenas dois dias depois da CSN comunicar seu aumento à mesma cliente, contudo, aumentando seus preços antes mesmo que ela. O mesmo ocorre com a VOLKSWAGEN, ARMCO, CONFAB, VAN LEER e EBERLE, nesses dois anos. Ao contrário do que afirmam as Representadas, não há negociação com os clientes. São irrelevantes as diferenças entre as porcentagens de aumento aplicadas pelas usinas. Por vezes, os índices variam menos de 0,3% entre as três empresas, em aumentos na casa de 8%. Tais diferenças, no entender da

Nota Técnica, não advêm de fatores econômicos, constituindo-se em tentativa de disfarçar o acordo.

Quanto ao parecer econômico apresentado pela CSN, a SDE comenta o que se segue:

- a lei não condena a simples prática de preços iguais, que entretanto, é vedada quando decorre de acordo entre concorrentes. Ocorre que, reajuste de preço em datas e percentuais próximos, se não é prova absoluta - como nenhuma em direito é -, pode, sim, ser considerado um indício forte de conluio.

- o parecer conclui que o aço produzido fora das fronteiras brasileiras não pode ser considerado a mesma mercadoria que o aço fabricado no território nacional, tratando-se de mercados distintos. Devido aos altos custos de internação, ainda na opinião do parecerista, o preço da bobina a frio fabricada no Brasil não pode exceder em mais de 36% o preço do produto no exterior. Mas, segundo a SDE, considerando as dificuldades de tempo de entrega e incerteza decorrentes da importação (graves portuárias, etc.), o custo efetivo de internação é ainda superior ao indicado no parecer, computados os custos financeiros resultantes da demora. Em caso de urgência e/ou de extrema necessidade, ou mesmo em um caso de simples procura de melhor preço, as importações não podem suprir as necessidades nacionais. Às empresas consumidoras nacionais não resta opção viável de fornecimento. Prova de que o custo real e efetivo de internação é muito superior ao indicado no parecer encontra-se no Ato de Concentração nº 08000.013801/97-52, em que são requerentes COMPANHIA VALE DO RIO DOCE e VALEPAR S/A, onde consta que desde Novembro de 1995 o preço médio interno praticado pela CSN é superior ao preço do mercado internacional – FOB Antuérpia. Valem-se, então, segundo a Nota Técnica, as siderúrgicas de um custo enorme de internação para definir seus preços.

- o parecerista afirma: “... deve-se esperar que os preços praticados pelas firmas do setor sejam os mesmos ...”. Para a SDE, a produtividade, eficiência produtiva, custos de insumos e administrativos e capacidade instalada das três siderúrgicas são diferentes, o que deveria implicar em reajustes e preços diferentes.

- o parecerista afirma que, quando uma empresa (líder) reajusta seus preços, espera pela reação de seus concorrentes. Caso não seja acompanhada, “... volta atrás e mantém o preço inalterado para não perder participação no mercado ...”. Porém, a Nota Técnica observa que nunca uma siderúrgica reajustou seus preços e, depois, “voltou atrás”, mantendo o preço inalterado para não perder participação no mercado por não ter sido acompanhada pelos seus concorrentes.

- para a SDE, se por um lado os compradores de aços planos comuns incorrem em baixíssimos custos para pesquisar preços, por outro lado, é baixíssimo

também o custo para coordenar. Ambos são inversamente proporcionais ao número de empresas do mercado relevante. Coordenar é ainda mais fácil se considerarmos que se trata de um duopólio, conforme demonstrado.

- o parecerista afirma que se uma das firmas vier a praticar preços menores dos que os da concorrência, sua participação no mercado será substancialmente aumentada. Isso, para a SDE, não ocorreria pela existência do acordo.

- o parecerista sustenta a tese de que produtos substitutos podem ter preços iguais e reajustes iguais na mesma época. Para a SDE, isso ocorreria apenas se as Representadas tivessem processos produtivos, escalas de produtividades, custos globais e pressões de custos contemporâneos e semelhantes.

- o parecerista afirma que se uma empresa conseguisse, sem ser notada, comercializar uma quantidade acima de sua quota, seu ganho financeiro seria positivo. Na opinião da SDE, isso também ocorreria se uma das empresas conseguisse vender abaixo de seu preço atual, em decorrência de novos investimentos tecnológicos em suas plantas, o que não se verifica porque nenhuma das Representadas sente-se ameaçada na sua fatia de mercado, pois, as barreiras à entrada de novos concorrentes são altas e as concorrentes estão acordadas para manterem seus preços nivelados.

- o parecerista afirma que deve ser considerado que alterações no processo produtivo, pelo motivo que for, dificultam a coordenação de um cartel. A Nota Técnica observa que há também que se considerar que sendo o lucro obtido com o preço concertado satisfatório, eventuais alterações no processo produtivo passam a representar apenas um aumento de lucro para os produtores, já que não são repassados para o consumidor na forma de redução de preços. Por outro lado, os processos produtivos das três siderúrgicas, segundo os autos, não são tão diferentes para dificultar a coordenação entre as empresas.

- afirma o parecerista que a freqüente mudança de tecnologia cria dificuldades no estabelecimento do concerto de preços e quantidades. Para a SDE o parecerista se contradiz, afirmando que nos últimos cinquenta e dois meses, ou seja, após a privatização da CSN, houve pouca novidade em termos de avanços tecnológicos na produção, o que para a Nota Técnica facilita o concerto para definir preços.

- o parecer apresentado pela CSN observa uma mudança técnica continuada no processo produtivo da CSN e uma redução nos preços dos aços. Para a SDE a redução de preços não exclui a existência de cartel ou de coordenação, e que para se recorrer a este argumento seria necessário demonstrar que a redução de preços possa ser utilizada como indício de que o mercado é competitivo, é preciso que se demonstre que a mesma é utilizada como arma estratégica para ganhar mercado. Evidência de ausência de concorrência é que a fatia de participação no mercado total de aços planos comuns de cada uma das três siderúrgicas mantêm-se praticamente o mesmo ao longo dos anos: CSN em 1º lugar com aproximadamente 39%, USIMINAS em segundo com apro-

ximadamente 35% e, COSIPA em terceiro com aproximadamente 26%; ou seja, o grupo USIMINAS/COSIPA em primeiro lugar com aproximadamente 61% e a CSN com os restantes 39%.

- o parecerista afirma que a produção da CSN, em 1996, aumentou 14% quando comparada com a produção de 1992, ano anterior à privatização. Ressalta a SDE que isso ocorreu em função do crescimento do mercado e que não houve disputa de mercado entre as usinas.

Após esses comentários, a Nota Técnica da SDE passa a apresentar respostas aos quesitos encaminhados pela CSN ao parecerista, segundo sua ótica:

1º quesito: em função da dimensão dos produtores, para a SDE os reajustes deveriam ocorrer em períodos e em percentuais distintos. Cada siderúrgica tem seus custos e escalas individuais. Além do mais, não houve aumento nos insumos e nas matérias-primas do aço que pudessem justificar o aumento. Esse seria o comportamento natural num mercado competitivo, mesmo em mercados nos quais ocorre a chamada liderança de preços.

2º quesito: na opinião da SDE trata-se de mercado com elevadas barreiras à entrada, baixo grau de contestabilidade e pequeno número de participantes, no qual a própria atuação governamental favoreceu o comportamento colusivo e a coordenação de comportamento.

3º quesito: Em todo parecer, segundo a SDE, não há sequer a tentativa de associar os aumentos a razões concretas, relacionadas a custos ou a outros motivos econômica e legalmente aceitáveis. Todo aumento sem justificativas é abusivo e lesivo aos consumidores, pois decorre justamente do abuso do poder de mercado. Se os insumos e as matérias-primas necessárias à fabricação de aço não sofreram reajustamento, não haveria razão para o aço ser reajustado. Alegar que a inflação foi a razão do aumento, seria como alegar que o preço internacional do produto não limitaria mais o preço interno.

Na sua conclusão a Nota Técnica da SDE ressalta o seguinte:

- as representadas detêm posição dominante num mercado de baixa contestabilidade e elevadas barreiras à entrada. Em pelo menos duas ocasiões impuseram ao mercado aumento do preço de seus produtos em índices semelhantes e praticamente ao mesmo tempo. Isso apesar de serem empresas diferentes, com estruturas diversas de custos e localizadas em diferentes pontos do país – o que é relevante, tendo em vista que o frete tem grande peso na formação do preço de seus produtos, segundo relatou-se em parecer juntado pela própria CSN.

- tais aumentos foram impostos aos clientes - admitidos de forma implícita e indireta por alguns deles - sendo que, mesmo nos casos em que foram feitas negociações com clientes, há informações que indicam que a margem para negociá-los era mínima.

- impossível se aplicar, in casu, a teoria da liderança de preços, até mesmo porque as Representadas se alternaram na liderança, anunciando e aumentando os preços, sem ordem definida (ainda que sempre com poucos dias de diferença umas das outras), em diferentes ocasiões. Nota-se que em nenhuma ocasião uma empresa deixou de acompanhar o aumento de preço anunciado pelas outra.

- existe participação societária cruzada entre as empresas, em várias direções. A USIMINAS é a maior acionista da COSIPA, tendo inclusive assumido a administração da mesma recentemente, conforme noticia o correspondente Ato de Concentração, ainda em exame na SDE. A CSN detém o controle da Vale do Rio Doce, que, por sua vez, detém expressiva participação acionária na USIMINAS, além de uma participação menor na COSIPA. Tais fatos demonstram que os controladores das três empresas comunicam-se constantemente.

- em 1996, um grupo único de representantes das três usinas, acompanhados de representantes do IBS, compareceram à SEAE para comunicar, o aumento de preços que seria implementado em pouco tempo. Tal fato, demonstra que as representadas haviam discutido e acertado previamente o aumento conjunto.

- em 1997, representantes do IBS compareceram ao CADE para informar que as três empresas voltariam a aumentar seus preços. Assim, os fatos demonstram que a conduta acertada pelas representadas em 1996 não foi um ato isolado, sendo uma prática habitual entre as mesmas. Note-se que os aumentos anunciados pelo IBS e pelas representadas de fato ocorreram, na forma dos aumentos anteriores, praticamente ao mesmo tempo e com os mesmos índices.

- alegaram as Representadas que estabelecem o preço de seus produtos de acordo com a variação do preço no mercado internacional. Entretanto, os dados desmentem tais alegações, já que as informações levantadas demonstram que o mercado internacional apresenta, desde meados de 95 até dezembro de 97, uma tendência de queda de preço, enquanto no mercado nacional verificou-se alta de preços. Os dados juntados aos autos demonstram que a importação destes produtos é praticamente inviável, já que o custo de internação é demasiadamente elevado, sem considerar outras desvantagens como maior tempo requerido para entrega dos produtos, com o correspondente aumento de custos financeiros, além de maiores custos de transação.

- a conclusão do parecer da SEAE é categórica, no sentido de apontar a existência de cartel formado pelas representadas: "... do ponto de vista econômico, a prática do cartel ficou evidenciada ...".

- o que se constata é que as representadas, conforme amplamente demonstrado nos autos, fizeram acordos para reajustar conjuntamente seus preços, a fim de eliminar ou diminuir a competição no mercado relevante, o que, combinado com o promíscuo cruzamento de participações acionárias transformou-o

em verdadeiro monopólio, em afronta direta ao disposto no inciso IV do art. 20 da Lei 8884/94. Tendo em vista os elementos carreados nos autos, fica evidente que as representadas entraram em acordo. Por tudo isso, reconhecendo as limitações de autonomia do Processo Administrativo, resta alertar aos demais órgãos de defesa da concorrência sobre a situação acima descrita, para que a considere em casos de concentrações econômicas a serem analisadas ao amparo do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

- Assim, a SDE propõe a aplicação de multas às três siderúrgicas, pelo aumento concertado de 1996 e pela reincidência na mesma infração no ano de 1997, nos termos do inciso I, do art. 23 da Lei 8.884/94.

- Por fim, a SDE ressalta na Nota Técnica que durante a investigação requisitou informações à empresa Mallory S.A. que não foram respondidas. Recomenda, então, a aplicação de multa, a título de penalização, com base no art. 26 da Lei nº 8.884/94, em razão da sua omissão nos autos, eis que a citada empresa não respondeu aos ofícios desta Secretaria, por duas oportunidades (fls. 732/733v dos autos).

À fl. 1332 consta despacho da Sra. Secretária de Direito Econômico Substituta, de 28 de janeiro de 1999, remetendo os autos ao CADE. O despacho não menciona a questão relativa à empresa Mallory.

No dia 23 de fevereiro de 1999, a Procuradoria do CADE emitiu parecer de lavra do Dr. Sídio Rosa de Mesquita Júnior, com a concordância do Dr. Dalton Soares Pereira, Procurador-Geral Substituto. O parecer apresenta as seguintes considerações:

- a tentativa de aplicar ao processo administrativo as disposições do Código de Processo Penal não pode subsistir. Cita trecho da obra de autoria do Dr. Sídio Rosa de Mesquita Júnior, que considera que “o Direito Penal Econômico sempre foi tido como um subúrbio imprestável do Direito Penal...”. E que “o Direito Econômico é autônomo, relacionando-se mais intimamente com o Direito Constitucional, que estabelece limites para a fixação da política econômica, e com o Direito Administrativo, que define a forma de intervenção na ordem econômica. Destarte, o Direito Penal Econômico constitui-se em uma parte do Direito Penal (referindo-se ao conteúdo econômico do Direito Penal) e não em um ramo autônomo do Direito”. Observa que as disposições do Código de Processo Penal não são aplicáveis ao processo administrativo, ao qual, conforme preceitua o art. 83 da Lei nº 8.883/94, devem ser adotados as regras do Código de Processo Civil, além da Lei nº 9.784/99.

- que não há violação ao *princípio do juiz natural* na Lei nº 8.884/94, quando a mesma preceitua que a Secretaria de Direito Econômico instrui e o CADE julga. Ressalta a Procuradoria que existem três sistemas processuais básicos: o inquisitivo (quem instrui decide); o acusatório (uma parte acusa, outra se de-

fende e um terceiro decide); e misto (une os dois sistemas anteriores). A Lei nº 8.884/94 adota o sistema misto ao prever a existência de uma fase inquisitiva (averiguação preliminar) e outra acusatória (processo administrativo). Ambas as fases correm perante a autoridade administrativa, o que faz emergir a discussão sobre a competência administrativa. Os órgãos de defesa da ordem econômica (CADE e SDE), integram o Poder Executivo, não tendo, portanto, jurisdição. Em matéria administrativa, a competência das pessoas jurídicas políticas consta da Constituição Federal, e a competência dos órgãos e servidores encontra-se nas leis. As competências da SDE e do CADE estão definidas em lei, portanto, não podem ser tidas como inconstitucionais. O princípio do juiz natural visa assegurar a independência e imparcialidade do órgão julgador. Como o Conselheiro-Relator pode produzir provas e realizar diligências complementares, mantendo sua independência e imparcialidade, bem como a definição da sua competência para julgar processos que apuram infração contra a ordem econômica não encontra restrição na constituição federal, não podemos entender que há violação do *princípio do juiz natural*. Além disso, uma vez sancionada a norma, os órgãos da Administração devem, em obediência ao *princípio da legalidade estrita*, cumprir os preceitos da lei vigente.

- quanto à questão da fundamentação do ato de instauração, sustenta a D. Procuradoria que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sendo que a ausência de motivação enseja a declaração da nulidade do *decisum*. No processo penal, onde a condenação resultará na privação ou restrição da liberdade, o rigor quanto à fundamentação da sentença é maior. No entanto, mesmo ali firmou-se o entendimento de que a motivação sucinta é suficiente. Como o ato de instauração tem fundamentação sucinta, o que não corresponde à ausência de motivação, não há nulidade no despacho que, embora sucinto, delimitou o objeto do processo. Ademais, diante do *princípio da instrumentalidade das formas* há de se reconhecer que as empresas enfrentaram com profundidade o mérito, não podendo falar em prejuízo do despacho porque não delimitou o objeto do processo. De outro modo, conforme consignam a USIMINAS e a COSIPA, o *princípio da formalidade moderada* exige que a forma contenha apenas o mínimo essencial para assegurar o contraditório e a ampla defesa. *In casu*, as empresas detectaram com clareza o objeto do processo, tanto é que trataram detalhadamente dos fatos em apuração. Assim, aplicando subsidiariamente o art. 244 do CPC, o ato deve ser considerado válido.

- a SEAE é um órgão especializado no acompanhamento do mercado, sendo que a sua manifestação constitui prova técnica, não absoluta, eis que o CADE decidirá segundo o seu livre convencimento. O valor da prova decorrerá de uma persuasão racional, mas não se pode dizer que o parecer técnico não tem valor algum. As representadas transmitem a suspeição dos agentes da SEAE. Tal vício conduz à parcialidade do agente, mas não pode ser presumido, necessita ser provado. Ademais, é atributo do ato administrativo a *presunção de*

legitimidade e veracidade, o que inviabiliza a desconsideração do parecer técnico fundamentado em provas escritas e orais, estas manifestadas em reuniões que contaram com a participação de representantes da SEAE. O relatório técnico constitui prova, sendo que o seu valor será apreciado segundo o livre convencimento do julgador. No caso vertente, a lei exige a presença de indícios para a instauração do processo administrativo, o que significa que são necessárias provas que autorizam, *por indução*, compreender os fatos e saber quais são seus autores. Todavia, não se pode exigir que no momento da instauração do processo já existam provas cabais para o julgamento. Assim, não há como dizer que o parecer técnico não constitui indício suficiente para a instauração do processo administrativo, visto que a prova indiciária pode até não ser suficiente para o *decisum* condenatório, mas certamente é suficiente para a instauração do processo administrativo.

- que *ex vi* o disposto nos arts. 30 e 32 da Lei nº 8.884/94, a instauração de processo administrativo prescinde da existência de averiguações preliminares. Estas só serão necessárias quando os indícios da representação forem insuficientes para a instauração imediata do processo administrativo. Assim, conforme muito expôs o DPDE, não houve violação ao constitucional *princípio do devido processo legal*. O procedimento administrativo sigiloso e inquisitivo, que constituirá as averiguações preliminares, poderá ser dispensado quando existirem fortes indícios da existência da conduta violadora da ordem econômica, visto que a lei autoriza a medida sem que exista qualquer violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

- que ante as razões expostas acima, todas as questões preliminares merecem rejeição, razão pela qual o mérito precisa ser examinado.

- quanto a proposta de aplicação de sanção à empresa MALLORY S.A., observa-se que toda e qualquer empresa deve prestar os esclarecimentos requisitados pelo CADE, pela SDE, ou por qualquer outra entidade pública, sendo que a recusa, a omissão, a enganosidade, ou o redardamento injustificado, sujeita o administrado à aplicação de multa. No entanto, a empresa, para ser sancionada, precisa ter assegurados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. *In casu*, a MALLORY S.A. não pode ser punida sem que tenha sido processada legalmente, uma vez que nos presentes autos não lhe foi assegurado o contraditório e a ampla defesa. Dessa forma, mesmo constando do parecer do DPDE, está correto o posicionamento do Secretário de Direito Econômico que, em seu despacho final, deixa de propor a aplicação de sanção à MALLORY S.A. Não obstante, existem indícios suficientes para a instauração de processo administrativo tendente à conhecer adequadamente os fatos e saber da viabilidade da aplicação de sanção à empresa MALLORY S.A. As notificações, com os avisos de recebimento dos correios, somados ao relatório do DPDE, são indícios necessários para o processo administrativo,

ocasião em que a empresa, se quiser, exercitará a ampla defesa e o contraditório.

- quanto ao mérito, a Procuradoria acolhe o parecer técnico da SEAE e a manifestação da SDE, visto que a matéria é essencialmente jurídica-econômica, exigindo profundo conhecimento de uma ciência que é estranha ao Direito, mas afeta ao Direito Econômico, a Economia.

- que as empresas processadas formam um oligopólio para a comercialização de aço, produto que não encontra substituto. *In casu*, verifica-se que o poder se cruza, visto que a direção de uma empresa encontra forte participação de outra, conforme muito bem demonstram os autos.

- que as empresas processadas procuram justificar seus aumentos, dizendo que os mesmos ocorreram em época simultânea simplesmente porque esse é um processo natural, não existindo qualquer elemento comprobatório do ajuste prévio das mesmas, colacionando jurisprudência favorável aos aumentos de preços concretizados em períodos próximos. Neste processo, não foi apurado o abuso de poder econômico caracterizado pelo aumento injustificado de preço, baseado unicamente na posição dominante das representadas, mas a conduta concordada.

- que dizer que o ajuste está sendo presumido não é correto porque os fatos demonstram a existência de acordo, eis que os aumentos eram comunicados no mesmo período, ou seja, antes mesmo que uma empresa estivesse praticando o preço reajustado a outra também já comunicava que iria aumentar seus preços. A simples preferência de um comprador pela política econômica, pelo atendimento, ou outra circunstância de alguma das empresas do oligopólio não apaga a demonstração do ajuste. Este evidencia-se pelos aumentos uniformes, nos mesmos períodos, mesmo que mantidas as demais diferenças das empresas. Portanto, a prova documental deve subsistir, não obstante a existência de testemunhas favoráveis às empresas representadas.

- que a argumentação de que só ocorreu um natural paralelismo de conduta, que não é ilegal por si mesmo, não pode subsistir, pois como muito bem decidiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, se os concorrentes agem contrariamente ao seu próprio interesse (o de capturar a fatia do mercado da empresa que aumentou os preços), é porque há concertação.

- que o denominado “paralelismo consciente” é contrário à livre concorrência, visto que a empresa integrante do oligopólio acompanhará a que primeiro aumentou o preço, sem preocupar-se com a conquista da parte do mercado que abandonará a empresa que reajustou seus preços. Em um ambiente concorrencial a prática é diversa daquela adotada pelas representadas, tendo em vista que ao contrário de aumentarem seus preços nos mesmos períodos, deveriam mantê-los, pois certamente conquistariam a freguesia da empresa que tomou a iniciativa de majorar seus preços.

- que a prova carreada aos autos demonstra, pela estrutura das empresas (as quais tem um grande entrelaçamento nas suas diretorias), que o comportamento das mesmas não é consequência de conhecimentos obtidos pela observação das empresas no mercado. Na realidade, os aumentos dos preços decorrem de informações que as pessoas jurídicas trocam de forma recíproca e direta, o que vem constituir infração à lei antitruste.

- assim, opina a Procuradoria pela rejeição de todas as preliminares argüidas, bem como pela remessa dos documentos mencionados no item 42 deste parecer para a SDE, a fim de que seja instaurado processo administrativo contra a MALLORY S.A., a fim de apurar os motivos da mesma não ter prestado as informações requisitadas. No mérito, opina para que as empresas USIMINAS, CSN e COSIPA, sejam sancionadas, eis que infringiram a Lei nº 8.884/94, violando o art. 20, inciso I, c/c art. 21, inciso I, ambos da lei nupercitada. Entendendo o CADE que realmente ocorreu o ajuste, caracterizará o indício suficiente para o processo criminal, em face da violação ao preceito do art. 4º, inciso I, letra “a”, da Lei nº 8.137/90. Assim, sugere o parecer a remessa de fotocópias autenticadas para o Ministério Público Federal, juntamente com a *notitia criminis*, para que o *parquet*, querendo, requisite a instauração de inquérito policial ou proponha a competente ação penal contra os representantes das empresas.

Em 29 de abril de 1999, enviei ao Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Siderurgia – IBS, Sr. Marco Polo de Mello Lopes, o ofício CADE nº 885/99 (fl.1415) no qual solicitei informações referentes à reunião realizada dia 30/07/96 na SEAE/MF, especificamente quanto ao nome das empresas e das pessoas que as representavam que participaram daquela reunião, a qual contou também com a presença dos Srs. Luiz Milton Veloso Costa (Secretário-Adjunto da SEAE) e Pedro Bernardo, (Coordenador-Geral de Produtos Industriais da SEAE).

Em 13/05/99, através da correspondência nº 608/99 (fl. 1428), o IBS respondeu a diligência solicitada nos seguintes termos:

“Cumpre frizar que se tratou de encontro promovido pelo IBS, não na condição de representante de qualquer empresa do setor siderúrgico mas sim, exclusivamente, no legítimo exercício de suas atribuições estatutárias.

Como era prática até então corrente, o governo solicitar a presença de pessoas ligadas às empresas do setor que pudessem prestar informações sobre o mercado, nosso Diretor Técnico Rudol Bühler, se fez acompanhar dos senhores Ademar Barboza Imbuzeiro, da CSN, João Jackson do Amaral, da USIMINAS e Renato Vallerini Jr., da COSIPA.”

Em 08 de julho de 1999, encaminhei às representadas os ofícios CADE nº 1218, 1219 e 1220/99, solicitando manifestação sobre a reunião promovida pelo IBS, e, especificamente à COSIPA e USIMINAS, para esclarecer sobre diversas manifestações destas duas empresas constantes nos autos, onde declaram que não participaram daquela reunião.

A CSN se manifestou em 30 de julho de 1999, às fls. 1446, declarando que "a informação prestada pelo Instituto Brasileiro de Siderurgia, apenas no que se refere aos participantes da reunião realizada na Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE em 30.07.96, está correta."

A USIMINAS e a COSIPA se manifestaram, em 01 de julho de 1999, às fls. 1449/1454 e 1457/1463 respectivamente, através de requerimentos idênticos, onde se destacam os trechos abaixo:

"Dúvidas não existem a respeito do comparecimento, em tal reunião, de integrante dos quadros da USIMINAS, a convite do IBS e acompanhando o representante desta entidade, pois esta presença não se deu oficialmente, até porque não só o referido integrante estava desprovido de poderes para negociar qualquer coisa como também não havia o que discutir."

...

"O comparecimento de integrante dos quadros da USIMINAS - desprovido de qualquer poder para negociação, repita-se - deu-se apenas em atenção ao representante do IBS, a convite deste, como bem esclareceu o Instituto, o Governo Federal tinha o hábito de solicitar informações sobre o mercado e esta entidade, que nestas questão não interfere, houve por bem pedir a presença dos integrantes das três siderúrgicas envolvidas."

Em 12 de julho de 1999, encaminhei ofício às requerentes (fls. 1465) solicitando informações sobre a situação funcional dos empregados das empresas que compareceram à reunião na SEAE, realizada em 30 de julho de 1996. As respostas foram as seguintes:

CSN (fls. 148/149): O Sr. Ademar Barbosa Imbuzeiro ocupava o cargo de Superintendente de Preços, cargo vinculado à Diretoria Comercial da empresa cujas atribuições era realizar estudos para determinação dos preços de tabela, acompanhar a política do governo de reajustes de preços, elaborar tabelas de preços e preparar relatórios sobre os resultados das vendas.

USIMINAS (fls. 1473): A representada encaminhou cópia da ata da reunião extraordinária do Conselho de Administração, realizada em 12 de maio de 1995, onde consta a eleição, com mandato até abril de 1998, do Sr. João Jackson Amaral para Diretor de Comercialização da USIMINAS.

COSIPA (fls. 1485/1487): O Sr. Renato Vallerini Júnior era Diretor Comercial da empresa, tendo sido nomeado pelo Conselho de Administração em 31 de maio de 1995 (fls. 1488). Segundo os advogados da USIMINAS, o termo "diretor comercial" não era previsto estatutariamente e "servia apenas para uma divisão interna de trabalho e não para representação externa".

Em 25 de agosto de 1999, encaminhei os autos para a Procuradoria do CADE para esta se manifestar sobre as novas informações obtidas através da instrução complementar por mim realizada.

A Procuradoria do CADE elaborou, em 28 de setembro de 1999, o parecer nº 366/99, do Procurador Autárquico Sídio Rosa de Mesquita Júnior, adotado integralmente pelo Procurador Geral do CADE Amauri Serralvo, manifestando-se nos seguintes termos:

"Ultrapassadas as preliminares, emerge a enganosidade concretizada pelas empresas **COSIPA** e **USIMINAS**. Esta última sustentou que não se fez representar na reunião da SEAE que deu origem ao presente processo administrativo.

Douto Procurador-Geral, conforme prelecionamos alhures, é inócua a coação, sem a correspondente sanção.¹ Com efeito, Miguel Reale ensina que a coação é a força da qual o Estado se arma para garantir o cumprimento da norma, dizendo que a "astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe...".² A sanção, por sua vez, ensina o festejado mestre, é todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra.³

A intervenção do Estado na Economia decorre do seu poder de polícia. Essa é uma forma em que ele exerce a coação. Tal poder de polícia encontra fundamento no princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. *In*

¹ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *Manual de execução penal*. São Paulo : Atlas, 1999, p. 111.

² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 1977, p. 69-72.

³ Idem., *ibidem*, p. 72.

casu, trata-se de medida repressiva, a qual tem a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.⁴

A análise da lei permite a conclusão de que as empresas processadas têm o dever de falar a verdade. Nesse sentido dispõe a Lei nº 9.784/99:

“Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I – expor os fatos conforme a verdade;

II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III – não agir de modo temerário;

IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar com o esclarecimento dos fatos”.

Sustentar que a empresa pode omitir dados essenciais para o esclarecimento da verdade, importa em admitir a limitação do poder de polícia estatal, inviabilizando a coação contida na norma. Na realidade, ao apurar a conduta da empresa, o CADE utiliza-se de um dos meios de atuação do poder de polícia estatal, exercendo certa fiscalização sobre a regularidade da atividade. Nesse sentido, preleciona Hely Lopes Meirelles:

“O poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de *sanções* para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente”.⁵

De outro modo, até mesmo no processo civil encontraremos subsídio para a aplicação de sanção à empresa processada que mentir perante os órgãos de defesa da ordem econômica. A Lei nº 8.884/94, estabelece que o CPC será aplicado subsidiariamente à mesma.⁶

Acerca dos deveres de lealdade, veracidade e boa-fé, o CPC dispõe:

“Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo : Atlas, 1998, p. 96/97.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. São Paulo : RT, 1991, p. 118.

⁶ Lei nº 8.884/94, art. 83.

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito.

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao Juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. *Omissis*.

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O Juiz ou o Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”.

Conclui, então, a Douta Procuradoria do CADE:

"Um representante da USIMINAS esteve na reunião, mas esta insiste em negar isso. Hoje, diante da informação do IBS, a empresa opta por dizer que o Diretor Comercial que compareceu na reunião na SEAE não tinha poderes para representar a empresa, trazendo à colação seus estatutos sociais. Tal argumento não encontra qualquer amparo, visto que a atuação perante a Administração prescinde da apresentação da prova de que o empregado pode representar a empresa, sendo, portanto, diferente da atuação em Juízo, em que o preposto tem que provar a sua qualidade de representante da empresa. Ademais, a reunião da SEAE seria meramente informativa, razão pela qual não se exigiria a prova de que o referido Diretor Comercial tinha poderes para representar a USIMINAS. Ele compareceu como emissário, ou a qualquer outro

título, mas é inegável que a USIMINAS, compareceu na mencionada reunião, por meio de seu diretor.

Não obstante o fato de, conforme constante do parecer que proferimos anteriormente, a conduta infracional apurada constituir crime, a USIMINAS deve ser sancionada porque falseou a verdade em suas informações. É certo que ninguém pode ser compelido a produzir provas criminais contra si mesmo. No entanto, ao contrário de apenas deixar de prestar as informações que poderiam comprometer criminalmente os seus representantes, a empresa optou pela provocação de embaraços à Administração, invertendo a verdade. Dessa forma, visando resguardar o Poder de Polícia estatal é oportuna a sanção, aplicando-se o preceito do art. 26 da Lei nº 8.884/94"

É o relatório.

EMENTA: Processo Administrativo.1. Representação contra as empresas Cosipa, Usiminas e CSN por prática de cartel na comercialização de aço plano comum. 2. Infração prevista no artigo 20, I c/c artigo 21, I da Lei nº 8.884/94. 3. Preliminar de enganiosidade: Cosipa e Usiminas negaram participação em reunião na SEAE em 30/07/96. Aplicação de multa por enganiosidade à Usiminas e Cosipa, prevista no artigo 26 da Lei 8884/94, no valor de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00 (três milhões, quinhentos e doze mil e trezentos e quinze reais) e, de 3.570.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.487.890,00 (três milhões, quatrocentos e oitenta e sete mil e oitocentos e noventa reais), respectivamente. 4. Conduta de cartel configurada: paralelismo de conduta sem explicação racional do ponto de vista econômico e reunião entre os concorrentes anterior ao efetivo aumento de preços. 5. Imposição de multa mínima de 1% do valor do faturamento no ano de 1996 das Representadas CSN, Usiminas e Cosipa, nos termos do artigo 23, inciso I e observado o disposto no artigo 11 da Lei 9021/95, nos valores de R\$ 22.180.000,00 (vinte e dois milhões e cento e oitenta mil reais), R\$ 16.180.000,00 (dezesseis milhões e cento e oitenta mil reais), e R\$ 13.150.000,00 (treze milhões e cento e cinquenta mil reais), respectivamente. 6. Determinação de publicação pelas representadas, às suas expensas, de extrato da decisão condenatória, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal. 7. Remessa de cópia da íntegra dos autos ao Ministério Público Federal, para, se cabível, requisitar a instauração de inquérito policial ou promover a competente ação penal contra os representantes legais da CSN,

Usiminas e Cosipa. 8. Envio de ofício à SDE para que, concluindo pela existência de indícios de infração à ordem econômica, promova averiguações preliminares ou instaure processo administrativo contra a empresa Mallory S.A.

VOTO

I - SOBRE O CARTEL

1. Dos efeitos sobre o bem-estar

Cartel é um acordo entre empresas no qual, na maioria das vezes, o preço é fixado ou o mercado é dividido. Outras variáveis de mercado também podem ser consideradas no cartel, tais como qualidade do produto, lançamento de novos produtos, etc. O objetivo do cartel é elevar os preços ao consumidor, através da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado em termos de lucratividade ao que seria alcançado numa situação de monopólio. Além do efeito direto sobre o bem-estar econômico na forma da elevação compulsória de preços ao consumidor, o que caracteriza uma transferência de renda deste para o produtor, o cartel, ao reduzir a concorrência entre as empresas, reduz também a pressão para a melhoria da qualidade dos produtos, para a redução dos custos de produção e para a busca e introdução de inovações de um modo geral. Sendo assim, é considerado infração da ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência (também conhecidas como leis antitruste).

O presente processo administrativo investigou formação de cartel com o intuito de fixar preços de oferta.

2. A prova legal do cartel⁷

De acordo com o ordenamento jurídico do Brasil, o cartel é conduta anticoncorrencial, tipificada no art. 21 da Lei nº 8.884/94, como infração da ordem econômica, "*in verbis*":

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

⁷ A doutrina a seguir foi desenvolvida pela ilustre Procuradora Autárquica do CADE Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim.

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;"

Cuida-se de ilícito de natureza administrativa, a ser apurado mediante o devido processo administrativo, à luz da disciplina traçada pela Lei nº 8.884/94, perante SEAE, SDE e CADE. A caracterização da conduta restritiva sujeita os agentes econômicos à imposição de multa pecuniária, a título de sanção, igualmente, de natureza administrativa.

Ao dispor sobre a identificação das infrações da ordem econômica, a própria lei aponta como um dos principais elementos para a caracterização de tais condutas a desnecessidade da aferição da culpa do agente. Assim, todos os atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos prejudiciais à concorrência serão considerados infração contra a ordem econômica, independentemente da existência de culpa. Tal é o teor do art. 20 "caput" da Lei nº 8.884/94:

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

Para tanto, é mister que nos autos se faça provar a existência de uma ação ou omissão praticada por um agente econômico, com nexo causal entre a ação e o resultado lesivo ou entre a ação e o possível resultado lesivo. Cuida-se, portanto, da responsabilidade objetiva do agente que praticou uma conduta anti-concorrencial. É de natureza objetiva a responsabilidade em questão, porque não se perquire da existência de culpa ou dolo do agente, ou seja, a caracterização da infração da ordem econômica prescinde de qualquer análise ou de qualquer prova de ordem subjetiva.

No mesmo sentido, a Lei nº 8.137/90 também descreve o cartel como crime contra a ordem econômica, nos termos do art. 4º, "in verbis":

"Art. 4º: Constitui crime contra a ordem econômica:

I - omissis

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;"*

A responsabilidade criminal presente na Lei 8.137/90, no entanto, requer a comprovação da existência do dolo ou da culpa do agente, o que significa um "plus" em relação à responsabilidade objetiva prevista na Lei nº 8.884/94.

Para que se faça a prova da existência da conduta anticoncorrencial, deve-se ressaltar que a disciplina da Lei nº 8.884/94 não trouxe qualquer disposição especial sobre o sistema de provas a ser adotado no processo administrativo do CADE. Desta forma, e nos termos do art. 83 da Lei nº 8.884/94, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, é correto afirmar que o sistema de provas disciplinado neste Código é aplicável ao processo administrativo para a apuração de infração contra a ordem econômica.

Tal sistema de provas só não será aplicável quando incompatível com alguma norma especial da Lei nº 8.884/94, ou com qualquer um dos princípios norteadores do processo administrativo. Como leciona Pontes de Miranda, as normas do procedimento ordinário regulado pelo Código de Processo Civil cumprem o "*papel de enchedoras das lacunas da lei no trato de outros processos, na medida em que não lhes apague a especialidade*" (Grifei).

À luz da doutrina de Direito Processual, os meios de prova são empregados no processo para provar a verdade dos fatos alegados pelas partes, isto porque o Direito, indubitavelmente, não é objeto de prova. Segundo o Código de Processo Civil, só os fatos litigiosos e relevantes para a solução da lide é que são objeto de prova e, com relação a tais fatos, sua prova pode ser direta ou indireta. Humberto Theodoro Júnior⁸ estabelece tais conceitos, "*in verbis*":

"Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção."

O julgador é o destinatário da prova produzida pelas partes. No processo administrativo, com o princípio da oficialidade, a autoridade administrativa que julga também tem a função de colher a prova. Na Lei nº 8.884/94, o princípio da oficialidade é facilmente visualizado no art. 7º, inciso IX, que coloca o Conselheiro da CADE na diligente condição de investigador, com o "*munus*"

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; Curso de Direito Processual Civil: 23ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

público de colher as provas, independentemente de requerimento das partes, visando esclarecer os fatos alegados.

Além de destinatário e investigador, o Conselheiro do CADE é responsável pela valoração da prova carreada aos autos, de modo a formar sua certeza ou convicção a respeito dos fatos litigiosos. Esta valoração da prova deve dar-se à luz do sistema da persuasão racional, segundo o qual o juiz deve apreciar livremente as provas coligidas aos autos para formar seu convencimento sobre a verdade dos fatos atendo-se, exclusivamente, àquelas que entender mais convincentes.

O moderno sistema processual não mais se pauta no critério legal de apreciação da provas, no qual a lei determinava restritivamente a hierarquia dos diferentes tipos de prova e onde a atividade do julgador se restringia a aferir o tipo de prova e fixar um resultado que era praticamente automático. Sobre o sistema da persuasão racional, importante ler as lições de Humberto Theodoro Júnior⁹, a saber:

"...no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, atendo-se às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos."

De toda sorte, é importante destacar que o sistema de provas, tanto no processo penal, civil ou administrativo, não se coaduna com a hierarquia das provas, de modo que não há um meio de prova melhor ou mais eficaz que outro, que tenha maior ou menor prestígio, que tenha maior valor de prova que outro.

Nesta linha de raciocínio, tem-se reconhecido sobejamente que a prova indireta tem o mesmo valor da prova direta. Provas indiretas são, segundo Júlio Fabrini Mirabete¹⁰, as presunções e os indícios.

⁹ Idem.

¹⁰ MIRABETE, Júlio Fabrini, Código de Processo Penal Interpretado: 2ª edição, São Paulo: Atlas, 1994.

Mesmo no processo penal - onde a verdade dos fatos acarreta uma condenação criminal - a prova indiciária, por si só, pode dar ensejo a uma decisão condenatória, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal. A doutrina, a jurisprudência e o sistema de provas adotado permite ao julgador reconhecer a existência de um ilícito pautado única e exclusivamente em prova indiciária. Assim, destaque-se o que a doutrina¹¹ fala sobre indícios, "*in verbis*":

"Conceito de indícios

Na prova indireta, a representação do fato a provar se faz através da construção lógica; esta é que revela o fato ou circunstância. Provas indiretas são as presunções e os indícios, estes definidos no artigo. Nos termos da lei, a premissa menor, ou fato indiciário, é uma circunstância conhecida e provada(...).A premissa maior é um princípio de razão ou regra de experiência.(...)

Valor probatório dos indícios

Tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária.(...)Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado."

O mesmo autor colaciona sobeja jurisprudência, que fundamenta o valor probatório dos indícios:

"Validade dos indícios - TACRSP: "Desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina, como elementos de convicção. Assim, na ausência de confissão voluntária, a prova de condição subjetiva, tal como o saber ou o conhecer, somente pode ser feita através de indícios ou presunções, desde que veementes, ao prudente arbítrio do juiz. Quando este se despe de seu poder-dever de firmar convicção, por to-

¹¹ Idem.

das as evidências, relegando-a à análise de provas diretas, a impunidade se estabelece como regra geral." (RJDTACRIM 5/169). TACRSP: "Os indícios integram o sistema de articulação de provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP)" (RJDTACRIM 7/149).

Possibilidade de condenação por prova indiciária - TACRSP: *"Em face da doutrina, da jurisprudência e do sistema adotado pelo Código de Processo Penal, pode o magistrado proferir decisão condenatória baseada única e exclusivamente em prova indiciária." (RT 395/309-10). TACRSP: "Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios ou álibi comprovados autorizam a condenação". (JTACRESP 51/342-3)."*

O CADE tem trabalhado com quase todos os tipos de provas admitidas em processo, a saber, as provas documentais - contratos, atas de assembléias, acordos de acionistas - as provas testemunhais colhidas em audiências de instrução requisitadas por seus membros, bem como inspeções *"in loco"*. No entanto, a maior parte da prova colhida nos processos do CADE pauta-se em indícios que, analisados à luz da teoria econômica, fazem concluir pela existência de uma conduta restritiva da concorrência.

Ademais, a Lei nº 8.884/94 incorpora em seus dispositivos conceitos vagos como os de mercado relevante, posição dominante, eficiência econômica e só poderá ser fielmente aplicada se tais conceitos vagos forem preenchidos com os conceitos da ciência econômica. A conjugação de todos estes conceitos, dentre outros, nos termos da Lei nº 8.884/94, vão formar um conjunto probatório apto a imputar a um agente econômico a prática de uma infração.

Não é por outra razão que a doutrina de Direito Econômico identifica como um dos princípios norteadores deste ramo do direito o princípio da análise econômica do direito. Segundo lições de João Bosco Leopoldino da Fonseca¹², citando o trabalho inovador de Richard Posner, *"a análise econômica do Direito pode ser usada para identificar as características que indicam uma predisposição do mercado para realizar uma fixação do preço, e pode também indicar que prova demonstra que um mercado foi cartelizado."*

Assim, um possível desdobramento do princípio da análise econômica do Direito é a validade da prova econômica colhida dos dados do processo. No estudo dos indícios de ordem econômica, a premissa maior não é tão-somente

¹² FONSECA, João Bosco Leopoldino da, Lei de Proteção da Concorrência: 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1995.

"*um princípio de razão ou regra de experiência*". É mais que isso, na medida em que se insere no conjunto de teorias e conceitos de natureza científica. Tais provas vão determinar o mercado relevante do produto, o mercado geográfico, a estrutura do mercado - variando de estruturas mais concentradas como o monopólio e o oligopólio até estruturas pulverizadas.

Resta-nos, pois, identificar se as provas coligidas aos autos demonstram ou não a existência de cartel entre as siderúrgicas.

II - DAS PRELIMINARES LEVANTADAS PELAS REPRESENTADAS

As Representadas levantaram as seguintes questões preliminares:

1. Quanto a aplicação ao presente processo administrativo das disposições do Código de Processo Penal

Acato o entendimento da SDE e da Procuradoria do CADE, que considerou equivocada a pretensão de USIMINAS e COSIPA de que se faça incidir nos processos administrativos conduzidos no âmbito da Lei 8.884/94 as disposições do Código de Processo Penal. Segundo a Secretaria, a corrente de pensamento que embasa tal pretensão não encontraria ressonância na esmagadora maioria da doutrina. Ademais, o artigo 83 da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência aponta o Código de Processo Civil como fonte subsidiária de Direito na condução dos processos cíveis e administrativos previstos na Lei, o que indica que o legislador de forma alguma teve intenção de atribuir natureza penal à atividade antitruste.

2. Ausência de indícios para a abertura do processo administrativo

Argumenta preliminarmente a CSN, que estava em curso na SDE Averiguação Preliminar para apurar as denúncias relativas ao aumento de preços de 1997, o que demonstraria que não havia indícios suficientes de infração à ordem econômica que justificasse a abertura do presente processo administrativo.

Já para Usiminas e Cosipa, o parecer da SEAE que deu origem ao processo restringe-se a fazer menção a duas reuniões (realizadas em 30/07/96 e 03/06/97) com representantes do Instituto Brasileiro de Siderurgia (IBS), mas, segundo as empresas, não com as Representadas, em que se teria confirmada a decisão de aumento de preços na indústria, sendo que essa informação nada

acrescentaria. Citam, então, o artigo 239 do Código de Processo Penal que considera indício circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias. Assim, a ausência do pressuposto processual levaria à extinção do procedimento sem julgamento do mérito.

Ainda segundo Cosipa e Usiminas, seria preciso atentar para o comportamento que poderia ter havido - abertura de averiguações preliminares - e o que houve - abertura, imediata e concomitante, do processo administrativo. As averiguações são sigilosas, enquanto ao P.A. é dada divulgação. Assim, o que se obteve “foi a divulgação, como pretense fato, de mera suspeita, infundada, sem início de prova ou indicação de como obtê-la”. Por esta razão requerem reconsideração do despacho instaurador do P.A., determinando seu arquivamento ou, caso assim não se entenda, que seja o P.A. anulado dando-se prosseguimento ao procedimento de averiguações preliminares.

O artigo 30 da Lei 8.884 prevê que a SDE promoverá averiguações preliminares quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para a imediata instauração de processo administrativo. Porém, a leitura do artigo 32 demonstra que a instauração de processo administrativo independe da instauração de averiguações preliminares. Cabe ao Secretário de Direito Econômico, no exercício de seu poder discricionário, avaliar a existência ou não de fatos e indícios que justifiquem a instauração de processo administrativo, ou de averiguação preliminar, ou mesmo arquivamento. No caso em tela, o parecer técnico da SEAE, que deu origem ao processo administrativo, contém informações que trazem indícios suficientes para a imediata instauração do processo administrativo, tornando desnecessária e onerosa para os setores público e privado a etapa de averiguações preliminares.

Ressalto, ainda, que o presente processo administrativo foi aberto para investigar os aumentos de preços ocorridos em agosto de 1996, e não os aumentos verificados em 1997, objetos da averiguação preliminar citada pela CSN. O parecer da SEAE, recebido pela SDE no dia 11 de junho de 1996, concluiu que “a prática do cartel ficou evidenciada nos reajustes ocorridos em agosto de 1996, ... existindo, ainda, fortes indícios de reincidência dessa prática nos próximos reajustes anunciados para 27/06 e 01/07 do corrente ano” (1997). Assim, o presente P.A. foi instaurado através de despacho datado de 12 de junho de 1997 e os aumentos previstos para 27 de junho e 1º de julho de 1997 sequer haviam efetivamente ocorrido.

3. Aumento de preços seria justificado por aumento de custos de produção

Argumenta a CSN que no seu parecer a SEAE afirma que “Na análise efetuada não foi apurado aumento injustificado de preços...”. Assim, para a Representada, sendo o reajuste justificado não há abuso nem hipotético e que “mesmo se por mera hipótese - só admitida por simples argumentação -, tivesse a Requerente se posto em acordo com suas acirradas concorrentes, para fixar reajuste de preços, tal conduta, só constituiria ilícito SE o reajuste fosse injustificado ou abusivo. E acrescenta: “É de obviedade gritante que se o reajuste é justificado, não há abuso nem hipotético... (mas) exercício regular de um direito...”.

Não posso aceitar de modo algum tal tese. Excetuando-se o argumento do “cartel anti-crise” (válido para alguns poucos casos muito restritos), no qual concorrentes sustentam preços para impedir a continuidade de quebra generalizada de empresas do setor e o desemprego decorrente, um acordo entre concorrentes para reajuste de preços constitui-se conduta anticompetitiva independentemente de uma possível justificativa em termos de custos. Porém, não me consta que o argumento de cartel anticrise seja a alegação para o reajuste de preços em tela. De um modo geral, acerto de preços entre ofertantes constitui-se em infração à ordem econômica e preços justos são aqueles obtidos no mercado livre de manipulações. Essa sim, é a maior das obviedades possíveis. Ocorre infração à ordem econômica na forma de cartel mesmo que o aumento de preços vise a repassar custos. Aumentos de preços alcançados através do acerto entre concorrentes são abusivos, sendo impostos aos consumidores privados de alternativas. Mesmo supondo que o reajuste de preços significa um repasse de custos aos clientes, a questão é que o montante do repasse depende não apenas da variação do custo, mas das condições do mercado, das condições da oferta e da demanda. Imposto através do conluio, o repasse é maior do que o que seria obtido sem a conduta anticompetitiva. De fato, demonstrado o conluio torna-se desnecessário até mesmo verificar se o aumento de preços foi efetivamente superior ao que teria ocorrido na sua ausência, pois este é o próprio objetivo do acordo.

4. Despacho de instauração do processo, impreciso e genérico, impossibilita o exercício do direito de defesa

COSIPA e USIMINAS solicitam o reconhecimento da nulidade do processo administrativo uma vez que este teria sido instaurado de maneira imprecisa quanto à qualificação do ato.

Quanto a esse argumento entendo que o despacho instaurador do processo administrativo delimitou a lide perfeitamente, citando os dispositivos legais

possivelmente violados. Por outro lado, conforme ressaltado pela SDE e Procuradoria do CADE, diante do princípio da instrumentalidade das formas, há que se reconhecer que as empresas enfrentaram com profundidade o mérito, não podendo falar em prejuízo porque o despacho não teria delimitado o objeto do processo. As partes tiveram amplo acesso ao processo, produzindo dezenas de páginas de petições e documentos, e até mesmo ouvindo testemunhas. Tudo isto versando justamente sobre o objeto da lide, o que obviamente não seria possível se, de fato, o despacho em questão fosse incapaz de cumprir sua função legal, a ponto de impedir ou prejudicar o direito das Representadas à ampla defesa. Além do mais, o despacho instaurador do Secretário de Direito Econômico faz referência expressa ao parecer da SEAE, que da mesma forma delimita a conduta imputada às Representadas.

5. Processo penaria por “flagrante inconstitucionalidade”, tendo em vista o fato de que o órgão julgante do feito é o CADE (“juiz natural”), que portanto deveria presidir sua instrução, e não a SDE.

Segundo Cosipa e Usiminas, não se pode compreender “que uma autoridade ou órgão julgante, como é o CADE, sem ter presidido à colheita da prova, venha proferir decisão com os graves consectários dela decorrentes”. Assim, não se poderia entender constitucional um sistema em que a SDE “denuncie, instrua o Processo, emita juízo de admissibilidade e, por fim, encaminhe o feito para julgamento pelo Juiz natural da causa, sem que este tenha tido qualquer participação no feito, para ‘julgamento’.” Em resumo, demandaria o princípio do juiz natural que ninguém será processado e (e não ou) julgado senão pela autoridade competente, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, tal como verificado no presente P.A.

A preliminar de nulidade argüida pelas Representadas extinguiria a determinação constitucional da repressão ao abuso do poder econômico no país, na forma vigente. Entretanto, como observa a Procuradoria do CADE, existem três sistemas processuais básicos: inquisitivo (quem instrui decide); acusatório (uma parte acusa, outra se defende e um terceiro decide); e misto (que une os dois sistemas anteriores). A Lei nº 8.884/94 adota o sistema misto ao prever a existência de uma fase inquisitiva (averiguação preliminar) e outra acusatória (processo administrativo). Ambas as fases correm perante a autoridade administrativa, o que faz emergir a discussão sobre a competência administrativa. Os órgãos de defesa da ordem econômica (CADE e SDE), integram o Poder Executivo, não tendo, portanto, jurisdição. Em matéria administrativa, a competência das pessoas jurídicas políticas consta da Constituição Federal, e a competência dos órgãos e servidores encontra-se nas leis. As competências da SDE e do CADE estão definidas em lei, portanto, não podem ser tidas como

inconstitucionais. Adicionalmente, concluída a instrução por parte da SDE, esta emite seu parecer (relatório final), que é enviado ao CADE, que pode ou não acolhe-lo. Desse modo, o CADE, e seus conselheiros, têm poder para determinar a produção de provas, tanto pelas partes quanto por outros agentes, ou então, se julgar necessário, devolver o processo à SDE para que esta produza as provas que o Conselho julgar necessárias. Finalmente, a argüição de inconstitucionalidade da Lei 8.884 não pode ser apreciada por esse colegiado. Uma vez sancionada a norma legal, os órgãos da Administração devem, em obediência ao princípio da legalidade estrita, simplesmente cumprir seus preceitos.

Assim, ante as razões expostas, acompanho o entendimento da SDE e da Procuradoria do CADE, rejeitando todas as questões preliminares levantadas pelas Representadas.

III – DA PRELIMINAR LEVANTADA PELA SDE

Nota Técnica da SDE, às fls. 1306, ressalta que durante a investigação requisiu informações à empresa Mallory S.A. que não foram respondidas. Recomenda, então, a aplicação de multa, com base no art. 26 da Lei n.º 8.884/94. De fato, toda e qualquer empresa deve prestar os esclarecimentos requisitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou por qualquer outra entidade pública atuando na aplicação desta lei, sendo que a recusa, a omissão, a enganiosidade, ou o retardamento injustificado, sujeita o administrado à aplicação de multa. No entanto, a empresa, para ser sancionada, precisa ter assegurados os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Determino, portanto, o envio de ofício à SDE visando a instauração de processo administrativo tendente à conhecer adequadamente os fatos e saber da viabilidade da aplicação de sanção à empresa MALLORY S.A.

IV - DA PRELIMINAR DE ENGANOSIDADE

SEAE e SDE ressaltaram em seus pareceres a importância para suas conclusões da reunião realizada na SEAE, no dia 30 de julho de 1996, solicitada pelo IBS e da qual participaram funcionários das Representadas. Segundo a SEAE, na reunião foram comunicados os reajustes de preços das três usinas siderúrgicas, todos previstos para o dia 1º de agosto de 1996, sendo que este fato já havia sido comunicado anteriormente pelas Representadas aos seus clientes através de ofícios circulares.

Entretanto, Usiminas e Cosipa ao longo do processo negaram sistematicamente suas participações nessa reunião. Nesse sentido, às fls. 383 dos autos a Re-

presentada Usiminas (na defesa prévia protocolizada na SDE, no dia 11 de julho de 1997), referindo-se à reunião na SEAE, em 30/07/96, e no CADE, em 03/06/97, afirmou que elas foram realizadas com representante do IBS, "não com a Representada". Às fls. 1.248, nas alegações finais protocolizada no dia 08 de janeiro de 1999, USIMINAS referiu-se a "...reunião realizada entre a SEAE e representantes de associação setorial, o IBS (não a REPRESENTADA)...".

Já a Cosipa, às fls. 426 dos autos (na defesa prévia protocolizada na SDE, no dia 16 de julho de 1997), referindo-se à reunião na SEAE, em 30/07/96, e no CADE, em 03/06/97, afirma que elas foram realizadas com representante do IBS e não com a Representada. Às fls. 1262 dos autos (página 4 das Alegações Finais, datada de 08/01/99), refere-se, da mesma forma, a "...reunião realizada entre a SEAE e representantes de associação setorial, o IBS (não a REPRESENTADA)"... . Finalmente, no Memorial apresentado ao conselheiro-relator, datado de 29/03/99 (fls. 1379), referindo-se às reuniões realizadas na SEAE (30/07/96) e CADE (03/06/97) afirma: "apenas o Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, órgão de classe que representa a totalidade das empresas do setor, compareceu a tais reuniões".

No dia 29 de abril de 1999 solicitei ao IBS informações sobre os presentes na reunião. Em 13 de maio de 1999, este Instituto confirmou a informação da SEAE e forneceu os nomes dos funcionários das Representadas que nela compareceram.

Em 09 de julho de 1999, solicitei manifestação de COSIPA e USIMINAS sobre a questão. As empresas responderam no dia 1º de julho de 1999 (às fls. 1449/1454 e 1457/1463 respectivamente), através de requerimentos idênticos, nos quais afirmam:

"Dúvidas não existem a respeito do comparecimento, em tal reunião, de integrante dos quadros da USIMINAS (COSIPA), a convite do IBS e acompanhando o representante desta entidade, pois esta presença não se deu oficialmente, até porque não só o referido integrante estava desprovido de poderes para negociar qualquer coisa como também não havia o que discutir."

...

"O comparecimento de integrante dos quadros da USIMINAS (COSIPA) - desprovido de qualquer poder para negociação, repita-se - deu-se apenas em atenção ao representante do IBS, a convite deste, como bem esclareceu o Instituto, o Governo Federal tinha o hábito de solicitar informações sobre o mercado e esta

entidade, que nesta questão não interfere, houve por bem pedir a presença dos integrantes das três siderúrgicas envolvidas."

Em 12 de julho de 1999, as requerentes, por minha solicitação, informaram o cargo dos funcionários que participaram da reunião na SEAE: pela Usiminas e Cosipa seus diretores comerciais, além do Superintendente de Preços da CSN (vinculado à diretoria comercial).

A Procuradoria do CADE através do parecer nº 366/99, do Procurador Autárquico Sídio Rosa de Mesquita Júnior, adotado integralmente pelo Procurador-Geral do CADE Dr. Amauri Serralvo, analisou a questão nos seguintes termos:

"Um representante da USIMINAS esteve na reunião, mas esta insiste em negar isso. Hoje, diante da informação do IBS, a empresa opta por dizer que o Diretor Comercial que compareceu na reunião na SEAE não tinha poderes para representar a empresa, trazendo à colação seus estatutos sociais. Tal argumento não encontra qualquer amparo, visto que a atuação perante a Administração prescinde da apresentação da prova de que o empregado pode representar a empresa, sendo, portanto, diferente da atuação em Juízo, em que o preposto tem que provar a sua qualidade de representante da empresa. Ademais, a reunião da SEAE seria meramente informativa, razão pela qual não se exigiria a prova de que o referido Diretor Comercial tinha poderes para representar a USIMINAS. Ele compareceu como emissário, ou a qualquer outro título, mas é inegável que a USIMINAS, compareceu na mencionada reunião, por meio de seu diretor.

Não obstante o fato de, conforme constante do parecer que proferimos anteriormente, a conduta infracional apurada constituir crime, a USIMINAS deve ser sancionada porque falseou a verdade em suas informações. É certo que ninguém pode ser compelido a produzir provas criminais contra si mesmo. No entanto, ao contrário de apenas deixar de prestar as informações que poderiam comprometer criminalmente os seus representantes, a empresa optou pela provocação de embaraços à Administração, invertendo a verdade. Dessa forma, visando resguardar o Poder de Polícia estatal é oportuna a sanção, aplicando-se o preceito do art. 26 da Lei nº 8.884/94".

O citado artigo 26 da lei 8.884/94 prevê que:

“A recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIR, podendo ser aumentada em até vinte vezes, se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator”.

A Procuradoria do CADE observou, ainda, ser inócua a coação, sem a correspondente sanção¹³, destacando o ensinamento de Miguel Reale, que considera que a coação é a força da qual o Estado se arma para garantir o cumprimento da norma. Nas suas palavras, “(a) astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe...”.¹⁴ A sanção, por sua vez, ensina o festejado mestre, é todo e qualquer processo de garantia daquilo que se determina em uma regra.¹⁵

Nesse sentido, destaca a Procuradoria que:

“A intervenção do Estado na Economia decorre do seu poder de polícia. Essa é uma forma em que ele exerce a coação. Tal poder de polícia encontra fundamento no princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados. *In casu*, trata-se de medida repressiva, a qual tem a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.”¹⁶

A análise da lei permite a conclusão de que as empresas processadas têm o dever de falar a verdade. Nesse sentido dispõe a Lei nº 9.784/99:

“Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

- I – expor os fatos conforme a verdade;
- II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
- III – não agir de modo temerário;

¹³ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. *Manual de execução penal*. São Paulo : Atlas, 1999, p. 111.

¹⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 1977, p. 69-72.

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 72.

¹⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo : Atlas, 1998, p. 96/97.

IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar com o esclarecimento dos fatos”.

Sustentar que a empresa pode omitir dados essenciais para o esclarecimento da verdade, importa em admitir a limitação do poder de polícia estatal, inviabilizando a coação contida na norma. Na realidade, ao apurar a conduta da empresa, o CADE utiliza-se de um dos meios de atuação do poder de polícia estatal, exercendo certa fiscalização sobre a regularidade da atividade. Nesse sentido, preleciona Hely Lopes Meirelles:

“O poder de polícia seria inane e ineficiente se não fosse coercitivo e não estivesse aparelhado de *sanções* para os casos de desobediência à ordem legal da autoridade competente”.¹⁷

De outro modo, até mesmo no processo civil encontraremos subsídio para a aplicação de sanção à empresa processada que mentir perante os órgãos de defesa da ordem econômica. A Lei nº 8.884/94, estabelece que o CPC será aplicado subsidiariamente à mesma.¹⁸

Acerca dos deveres de lealdade, veracidade e boa-fé, o CPC dispõe:

“Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa de direito.

Art. 15. É defeso às partes e seus advogados empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao Juiz, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las.

Parágrafo único. *Omissis*.

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. São Paulo : RT, 1991, p. 118.

¹⁸ Lei nº 8.884/94, art. 83.

Art. 17. Reputa-se de má-fé aquele que:

I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II – alterar a verdade dos fatos;

III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI – provocar incidentes manifestamente infundados;

VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O Juiz ou o Tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou”.

Da mesma forma que a Procuradoria do CADE, entendo que Usiminas e Cosipa buscaram intencionalmente enganar a autoridade administrativa, tentando fazer crer que apenas representantes do IBS compareceram à reunião na SE-AE. Independentemente disso se constituir ou não em prova de conduta anti-concorrencial por parte das Representadas (e a tentativa de ocultar o fato apenas reforça sua importância), o certo é que a enganiosidade ficou claramente configurada.

O argumento de que os diretores comerciais de Usiminas e Cosipa não representavam oficialmente as empresas nessa reunião e estavam desprovidos de poderes para qualquer negociação não descaracteriza a infração administrativa prevista no artigo 26 da lei de defesa da concorrência. Mesmo porque fere o bom senso o argumento de que um diretor comercial, responsável pela política de preços, estratégias de vendas e ocupação de mercados, setor nevrálgico de qualquer empreendimento empresarial, não representa a empresa. Quem representaria a empresa, então? Constituiu-se num atentado à inteligência supor que diretores comerciais das Representadas (Usiminas e Cosipa) foram a Brasília participar de reunião, acompanhado por alto funcionário da área comercial de outro concorrente (CSN), de maneira independente e desvinculados dos interesses das empresas. Dessa maneira, entendo que, sendo certo que os diretores comerciais de Usiminas e Cosipa estavam presentes na reunião da SEAE, é certo que a reunião foi com o IBS E AS REPRESENTADAS.

Como a Procuradoria do CADE observou no seu parecer, embora na esfera criminal ninguém pode ser compelido a produzir provas criminais contra si mesmo, na esfera administrativa a verdade e a boa-fé são exigidas, sendo a aplicação de sanções para os casos de desobediência à ordem legal simples decorrência dessa exigência. No presente processo, de cunho estritamente administrativo, as Representadas fizeram uma opção clara pela tentativa de enganar a autoridade competente, ciente dos riscos envolvidos.

A lei 8.884/94 visa a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores. Na busca desses objetivos a exigência da verdade e da boa-fé por parte dos administrados é condição *sine qua non*. A produção e apresentação de documentos e informações tais como estruturas de custos, tabelas de preços, notas fiscais, parcelas de mercado, etc., essenciais para a investigação e análise dos mercados, exige a colaboração do administrado, seja ele representado no processo administrativo ou não.

Segundo o princípio da oficialidade, no processo administrativo cabe ao julgador solicitar a produção das provas, cabendo ao administrado apresentá-las conforme solicitado. Especialmente porque no processo do CADE não se faz prova e contradita de prova, sendo toda a análise e julgamento feitos com base nas informações apresentadas pelos administrados. Desse modo, o princípio da boa-fé na apresentação das informações está guindado a um grau de importância maior do que nos processos civil e penal.

Sendo assim, constatada a enganiosidade, resta fixar a multa a ser aplicada. Na gradação da multa, o artigo 27 da lei determina que sejam levados em consideração:

- I – a gravidade da infração;
- II – a boa-fé do infrator;
- III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV – a consumação ou não da infração;
- V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII - a situação econômica do infrator; e
- VIII – a reincidência.

Considero que a infração em questão é grave porque se cuida de uma das provas mais importantes na caracterização do ilícito em exame (inciso I), houve

má-fé por parte das Representadas ao tentar refutar uma informação prestada por um órgão público, cujos atos gozam de presunção de veracidade (II), a vantagem pretendida era escapar da punição por uma eventual condenação por conduta anticoncorrencial também grave, como formação de cartel (III), e que os infratores detêm substancial poder econômico (VII) e posição dominante nos seus mercados. Todos esses agravantes indicam a necessidade da aplicação de multa elevada como forma de punir a infração e desencorajar novas tentativas de enganar a Administração na sua ação em defesa da coletividade e dos preceitos constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Entendo que Usiminas infringiu o disposto no artigo 26 da lei de defesa da concorrência no dia 11 de julho de 1997, quando através de documento protocolizado na SDE negou sua presença na reunião na SEAE. A tentativa de enganar a autoridade pública foi ratificada no dia 8 de janeiro de 1999, em novo documento também protocolizado na SDE e terminou no dia 1º de julho de 1999, quando admitiu a presença do seu diretor comercial na reunião, após a investigação trazida aos autos revelar a verdade dos fatos. Dessa maneira, a infração perdurou entre os dias 11 de julho de 1997 e 1º de julho de 1999, durante 719 dias. Aplico a multa mínima diária de 5 mil UFIR, o que resulta na multa total de 3.595.000 UFIR (719 dias X 5 mil UFIR). Assim, condeno a Usiminas ao pagamento de multa de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00, por infringir o disposto no artigo 26 da lei 8.884, na forma da Resolução No. 9 do CADE.

Cosipa, por sua vez, iniciou sua tentativa de enganar a autoridade administrativa através de documento protocolizado na SDE no dia 16 de julho de 1997. Nos dias 8 de janeiro de 1999, num documento também protocolizado na SDE, e 29 de março de 1999, no Memorial apresentado ao conselheiro-relator, ratificou sua versão enganosa dos fatos. Apenas no dia 1º de julho de 1999 admitiu a presença de seu diretor comercial na reunião realizada na SEAE, quando os fatos trazidos aos autos não permitiam a continuação da negativa. Dessa maneira, a infração perdurou entre os dias 16 de julho de 1997 e 1º de julho de 1999, durante 714 dias. Aplico a multa diária de 5 mil UFIR, o que resulta na multa total de 3.570.000 UFIR (714 dias X 5 mil UFIR). Assim, condeno a Cosipa ao pagamento de multa de 3.570.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.487.890,00, por infringir o disposto no artigo 26 da lei 8.884, na forma da Resolução No. 9 do CADE.

É preciso ressaltar que mesmo diante dos agravantes previstos no artigo 27 e presentes no caso em tela, que justificariam a aplicação de multa mais elevada (o artigo 26 estabelece como teto 100 mil UFIR por dia), apliquei a multa

diária mínima exigida pela lei, por ter considerado que o valor total da multa a ser paga é absolutamente adequado aos seus objetivos.

V - ANÁLISE DE MÉRITO

1. Dos fatos

Em 11 de junho de 1997 a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE encaminhou à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE parecer técnico concluindo pela existência de formação de cartel no reajuste de preços de vendas de aços planos comuns efetivado por CSN, USIMINAS e COSIPA.

Após mais de um ano sem alterar seus preços os produtores brasileiros de aços planos comuns emitiram nos dias 17/07/96 (CSN) e 22/07/96 (Cosipa e Usiminas), comunicado circular para seus clientes informando reajuste de seus preços, em percentuais próximos, para entrar em vigor em 01/08/96. No dia 30/07/96 representantes dessas empresas e do IBS participaram de reunião (solicitada pelo IBS) na SEAE para comunicar o reajuste. No dia 31/07/96 as Representadas receberam fax desta Secretaria alertando sobre a possibilidade de enquadramento da conduta das empresas no artigo 20, inciso IV, c/c artigo 21, inciso I, da lei 8.884/94. Os reajustes anunciados foram praticados no dia 01/08/96 pela CSN e nos dias 05 e 08/08/96 pela Cosipa e Usiminas, respectivamente.

REAJUSTES E PREÇOS PRATICADOS PELAS USINAS

	USIMINAS			CSN			COSIPA		
	LQ	LF	EG	LQ	LF	LZ	LQ	LF	CG
01/08/96				3,63% R\$ 363,75	4,34% R\$ 505,54	4,23% R\$ 549,49			
05/08/96							3,59% R\$ 367,73	4,31% R\$ 509,02	8,32% R\$ 400,80
08/08/96	4,09% R\$ 348,25	4,48% R\$ 491,55	3,38% R\$ 718,75						

* Os preços informados são por tonelada.

LQ - laminados a quente
LF - laminados a frio
EG - eletro galvanizados
LZ - laminados zincados (galvanizados)
CG - chapas grossas
Fonte: empresas produtoras

Posteriormente, nos dias 16 e 23/04/97, a CSN comunicou ao mercado seu propósito de praticar novo reajuste de preços, a partir de 01/07/97, enquanto que a Usiminas, em 25/04/97, fez a mesma comunicação, com data prevista para o reajuste de 27/06/97¹⁹. No dia 03/06/97, foi realizada no CADE, novamente a pedido do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS, reunião da qual participaram, ainda, SDE e SEAE, na qual foi confirmada a decisão do setor de aços planos comuns de reajustar seus preços, conforme anunciado. Dessa reunião as Representadas não participaram.

Diligências realizadas pela SDE, às fls. 607/722, demonstram claramente que os reajustes de preços das montadoras mantiveram-se fora de qualquer padrão, enquanto que para os demais clientes, com menor poder de barganha, a regra geral foi reajuste integral sem parcelamento, em 1996, e integral parcelado em três vezes, em 1997.

2. Avaliação do poder de mercado

A avaliação do poder de mercado é fundamental na análise antitruste. O inciso I, artigo 21, da lei 8.884, prevê como infração à ordem econômica “fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços. A infração só se caracteriza, entretanto, se estiverem presentes os efeitos previstos no artigo 20.

Conforme a Resolução nº20 do CADE, as práticas restritivas *horizontais* consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de *poder de mercado* sobre o mercado relevante.

¹⁹ É importante notar que a SEAE trabalhou com a data de 28/04/97 como a data do anúncio do reajuste de preços da CSN em 1997. Essa foi a data do fax enviado pela CSN para seu cliente Marcopolo.

Assim, um passo da análise consiste em investigar se as firmas supostamente cartelizadas detêm poder de mercado no mercado relevante, sendo capazes de impor reajustes de preços de maneira unilateral, drenando renda do consumidor privado de alternativas, de forma compulsória, aumentando arbitrariamente seus lucros.

2.1. Definição do mercado relevante

2.1.1. Mercado relevante do ponto de vista do produto

As três usinas produzem aços planos laminados a frio e a quente. Apenas Usiminas e CSN fabricam planos galvanizados, enquanto somente Cosipa e Usiminas fabricam chapas grossas.

Os laminados a quente destinam-se aos setores de autopeças, mecânica pesada e tubos de grande diâmetro. Os laminados a frio, para as carrocerias de automóveis, utilidades domésticas e tubos soldados. Os laminados revestidos são chamados eletro galvanizados ou zincados, dependendo da tecnologia de produção. Já as chapas grossas são utilizadas na construção naval, tratores, autopeças e máquinas rodoviárias e as galvanizadas em calhas, refrigeradores, carrocerias e na construção civil.

Diante da reduzida possibilidade de substituição, pelo lado da demanda, dos aços planos comuns por outros materiais em várias aplicações, e da elevada possibilidade de substituição pelo lado da oferta, o mercado relevante do produto foi definido pela SEAE e SDE como o de aços planos comuns, conclusão que entendo como correta.

2.1.2. Mercado relevante geográfico

O mercado relevante do ponto de vista geográfico não foi claramente definido pela SEAE, mas depende-se do parecer daquela Secretaria que este foi considerado como sendo o nacional, seja porque esta foi a estrutura do mercado analisada, seja porque o parecer deixa claro que as importações não são competitivas, sendo o preço interno inferior ao preço internacional acrescido dos custos de internação, dando margem para o exercício de posição dominante no que concerne a preços.

Esse entendimento da SEAE foi ratificado em outro parecer emitido pela Secretaria no AC 08000-013801/97-52, de interesse da Companhia Vale do Rio

Doce e Valepar S/A. Nesse caso considerou o mercado de aços planos comuns como o nacional, pelas seguintes razões: 1. As condições de concorrência são homogêneas no mercado nacional principalmente pelo fator preço. No mercado nacional de aços planos as importações são pouco significativas (cerca de 4,2% em relação ao consumo aparente de 1997), muito embora tenham apresentado crescimento nos últimos anos; 2. Apesar de os aços planos comuns serem caracterizados como *commodities*, comercializados geralmente a preços de oportunidade, as empresas brasileiras têm nos custos de internação seu maior aliado para trabalhar com uma margem que lhes confira poder na hora da definição de seus preços; 3. Os dados coletados informam que as usinas aqui instaladas poderiam aumentar os preços de seus produtos e que, ainda assim, os consumidores continuariam adquirindo os produtos no mercado interno, o que significa que as usinas detêm significativo poder de mercado.

A SDE também concluiu, a partir de informações contidas no Ato de Concentração envolvendo a Cia. Vale do Rio Doce e VALEPAR S/A que o mercado de aços planos comuns é o nacional.

Finalmente, estudo de autoria do Professor Schymura, apresentado pela CSN na sua defesa, conclui taxativamente que os mercados nacional e internacional de aços planos são distintos devido ao alto custo de internação desses produtos - 42% para os laminados a quente (LQ), 36% para os laminados a frio (LF) e 30% para chapas e bobinas zincadas (LZ).

Sendo assim, diante dos dados e informações dos autos, e em consonância com SEAE, SDE e o parecer econômico apresentado pela CSN, considero como nacional o mercado relevante geográfico em análise. Isso significa que os preços domésticos dos aços planos comuns são fixados a partir de uma lógica própria, não sendo determinado pelo mercado internacional, bem como as importações não são capazes de inibir eventual exercício abusivo do poder de mercado.

2.2. Estrutura da oferta

Os quadros abaixo apresentam os valores da produção e faturamento das usinas brasileiras de aços planos comuns. Observa-se nos últimos seis anos uma relativa estabilidade na participação de mercado em termos de quantidade produzida, cabendo à CSN uma participação em torno de 40% do mercado, à Usiminas 35% e à Cosipa 25%. Em termos de faturamento a Cosipa perdeu alguma participação nos últimos dois anos em função de dificuldades competitivas que enfrenta, que a obrigam a reduzir seu preço médio para manter o volume vendido.

PRODUÇÃO DE AÇOS PLANOS COMUNS POR EMPRESA

10³ ton

EMPRESA	1993	1994	1995	1996	1997	1998
CSN	3.894	3.981	3.984	4.159	4.530	4.146
USIMINAS	3.176	3.513	3.596	3.696	3.771	3.396
COSIPA	2.463	2.723	2.654	2.796	2.582	2.424
TOTAL	9.535	10.217	10.234	10.651	10.883	9.966

Fonte: IBS – Anuário Estatístico 1999.

PARTICIPAÇÕES DE MERCADO

10³ ton

EMPRESA	1993	1994	1995	1996	1997	1998
CSN	40,8	39,0	38,9	39,0	41,6	41,6
USIMINAS	33,3	34,4	35,1	34,7	34,7	34,1
COSIPA	25,8	26,7	25,9	26,2	23,7	24,3
TOTAL	100	100	100	100	100	100

Fonte: IBS – Anuário Estatístico 1999.

EVOLUÇÃO DO FATURAMENTO

<u>EMPRESA</u>	<u>1996</u>	<u>%</u>	<u>1997</u>	<u>%</u>	<u>1998</u>	<u>%</u>
CSN	2.218	43,0	2.424	44,8	2.556	45,1
USIMINAS	1.618	31,4	1.741	32,2	1.843	32,5
COSIPA	1.315	25,5	1.242	23,0	1.264	22,3
TOTAL	5.151	100	5.407	100	5.663	100

Fonte: IAN - Informações Anuais da CVM - Comissão de Valores Mobiliários.

Os dados acima demonstram que as Representadas detêm posição dominante no mercado relevante e que uma eventual cartelização privaria completamente o consumidor de alternativas de fornecimento. Assim, considerando que o mercado externo não se constitui numa opção economicamente viável de fornecimento, o mercado de aços planos comuns brasileiros apresenta as condições estruturais, pelo lado da oferta, para o abuso da posição dominante.

2.3. Análise das barreiras à entrada

Conforme a Resolução No. 20 do CADE, barreiras à entrada dizem respeito às condições que permitiriam que as firmas estabelecidas em um determinado

mercado relevante pudessem perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes. Alguns dos exemplos mais comuns de fontes de barreiras à entrada seriam:

- Economias de escala;
- Economias de escopo;
- Requerimentos de capital mínimo para a entrada elevados, tanto para a produção como para a distribuição;
- Fatores institucionais, como tarifas, quotas e regulações sanitárias;
- Tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes;
- Custo de aprendizado;
- Acesso difícil a matérias-primas;
- Lealdade do consumidor à marca;
- Elevada parcela de custos irrecuperáveis (*sunk costs*).

Se o nível das barreiras à entrada for baixo, as firmas já estabelecidas no mercado operam com margens de lucro menores para não atrair novos concorrentes. Se for alto, as firmas estabelecidas podem operar com elevadas margens de lucro e encontram espaço para o abuso da posição dominante.

Assim, tendo em vista as restrições dadas pelas barreiras à entrada existentes, o analista de defesa da concorrência avalia qual a probabilidade de firmas atuando fora do mercado relevante entrar neste último de forma suficientemente rápida e com um volume de produto suficientemente alto para contestar a política comercial das firmas estabelecidas, inibindo a prática de preços elevados.

Neste esforço, é útil, por vezes, a abordagem de Stigler na qual as barreiras à entrada residiriam em fontes de assimetrias entre firmas estabelecidas e potenciais entrantes. Constituiriam custos que devem ser incorridos pelo entrante, mas não pela firma estabelecida, justificando, por exemplo, a ênfase na parcela de custos irrecuperáveis associados à entrada em um determinado mercado relevante.

A dimensão das barreiras a entrada está relacionada às perspectivas de rentabilidade em um determinado setor. Assim, se as chances de lucratividade em um segmento são medíocres, barreiras que em outros ramos seriam consideradas pequenas, ou até mesmo insignificantes, podem representar obstáculos ao ingresso de competidores.

Segundo o parecer da SEAE, as barreiras à entrada de novos produtores nesse segmento industrial seriam altas, principalmente em virtude dos altos investimentos requeridos para a instalação de uma usina integrada, das elevadas economias de escala existentes e da presença de elevados custos irrecuperáveis. Considerou o parecer, no entanto, a possibilidade de entrada de empresas já instaladas no setor siderúrgico, como a CST. Esta empresa produz semi-acabados (placas) para exportação, mas está investindo na instalação de um laminador de tiras a quente que provavelmente entrará em operação no ano 2000.

Como foi mencionado, a ausência de barreiras à entrada, ou pelo menos a presença de barreiras reduzidas, disciplinaria, teoricamente, a política comercial dos atuais produtores. Estes, operariam com margens de lucro contidas de modo a não atrair entradas na indústria. No presente caso, porém, verificam-se grandes dificuldades para a entrada de novos concorrentes, o que permitiria o abuso do poder de mercado.

2.4. Estrutura da demanda

Os grandes setores consumidores (automobilístico, autopeças, máquinas agrícolas e industriais, equipamentos eletro-eletrônicos e utilidades domésticas e comerciais) compram diretamente das usinas o correspondente a algo entre 35 e 40% de suas vendas internas. Esses segmentos adquirem, ainda, parte da produção das usinas através de distribuidores e de relaminadores de aço.

Dentre os consumidores de aços planos, apenas os produtores de automóveis e de eletrodomésticos têm poder de barganha na definição de preços e condições de comercialização, dado o volume de compra desses segmentos. Os demais compradores não têm capacidade negociadora suficiente para impedir o exercício do poder de mercado por parte das usinas, conforme ficou demonstrado, inclusive, pelas diligências realizadas pela SDE (fls. 607/722).

2.5. Conclusão

A análise demonstrou que a posição dominante das Representadas reflete-se em elevado poder de mercado. Desse modo, uma eventual cartelização dos produtores de aços planos comuns retiraria qualquer alternativa dos consumidores, sujeitando-os à imposição das condições comerciais das usinas, que atuariam como se fosse um monopólio. Com isso, haveria transferência compulsória de renda dos compradores para os vendedores e perda de bem-estar econômico e de eficiência econômica.

3. Dos pareceres

3.1. SEAE

A SEAE ressalta que sua representação não se refere a preços abusivos, análise que exigiria estudos referentes à evolução dos custos fabris das Representadas, além da definição do que seriam margens de lucro setoriais compatíveis com um processo concorrencial adequado do ponto de vista do bem-estar econômico, mas tão somente à formação de cartel. A representação teve como objeto o mecanismo de fixação de preços das usinas ocorrido em agosto de 1996, embora naquele momento causasse preocupação os indícios de que persistiria a coordenação entre firmas no mercado, ainda em 1997. Segundo a SEAE, a reunião solicitada pelo IBS, em julho de 1996, da qual participaram as Representadas, para tratar do reajuste próximo dos preços pressupõe, logicamente, o encontro anterior dos ofertantes para tratar do tema. Isso, por si só, configuraria infração à ordem econômica, independentemente dos resultados alcançados ou dos desdobramentos verificados posteriormente no mercado, seja quanto a percentuais, datas, etc.

Como os fax-circulares das usinas comunicando os aumentos de preços de agosto de 1996 foram expedidos em datas distintas (Usiminas e Cosipa expediram na mesma data), embora próximas, a defesa da Usiminas e da Cosipa alega que ocorreu um processo de formação de preços a partir de uma situação de liderança oligopolista. Assim, a empresa líder, CSN, teria comunicado o reajuste, sendo simplesmente seguida, posteriormente, pelas lideradas, num processo usual de mercado. Para a SEAE, entretanto, alguns elementos do processo colocam em xeque essa interpretação. Em primeiro lugar, a CSN detém 39% da oferta nacional de aço plano comum, enquanto Usiminas e Cosipa detêm, juntas, 61%. Considera que a Usiminas, ao deter 49,7% do capital da Cosipa influencia sua política comercial. Sendo assim, a liderança de mercado caberia, sob essa ótica, à Usiminas/Cosipa, que, no entanto, enviaram seus comunicados posteriormente. Além disso, no ano seguinte, em abril de 1997, o aumento de preços foi anunciado primeiramente por Usiminas/Cosipa, e não pela “líder” CSN. Neste caso, a “líder” teria seguido as “lideradas”. Finalmente, o fax da Usiminas/Cosipa comunicando o último aumento data de 25 de abril de 1997, enquanto que o fax da CSN é de 28 de abril de 1997. Como os dias 26 e 27 de abril daquele ano foram, respectivamente, sábado e domingo, o “líder” seguiu o “liderado” apenas um dia útil após o movimento da Usiminas²⁰. Isso seria, para a SEAE, uma demonstra-

²⁰ Vide nota de rodapé anterior.

ção inequívoca de agilidade empresarial ou do conhecimento prévio do movimento do concorrente.

3.2. SDE

Segundo a SDE, as respostas apresentadas por 23 clientes da Representadas permitem concluir que há um cartel entre as siderúrgicas e que esse cartel é prejudicial ao mercado consumidor. Ao contrário do que afirmam as Representadas, não haveria negociação com os clientes. São irrelevantes as diferenças entre a porcentagens de aumento aplicadas pelas usinas. Por vezes, os índices variam menos de 0,3% entre as três empresas, em aumentos na casa de 8%. Tais diferenças, no entender da Nota Técnica, não advêm de fatores econômicos, constituindo-se em tentativa de disfarçar o acordo. Os aumentos de preços, dessa forma, foram impostos aos clientes. Por outro lado, a produtividade, eficiência produtiva, custos de insumos e administrativos e capacidade instalada das três siderúrgicas são diferentes, o que deveria implicar em reajustes e preços diferentes.

Ainda segundo a SDE, no estudo apresentado pela CSN consta que, quando uma empresa (líder) reajusta seus preços, espera pela reação de seus concorrentes. Caso não seja acompanhada, “... volta atrás e mantém o preço inalterado para não perder participação no mercado ...”. Porém, a Nota Técnica observa que nunca uma siderúrgica brasileira reajustou seus preços e, depois, “voltou atrás”, mantendo o preço inalterado para não perder participação no mercado por não ter sido acompanhada pelos seus concorrentes.

Uma evidência de ausência de concorrência seria a de que a fatia de participação no mercado total de aços planos comuns de cada uma das três siderúrgicas mantêm-se praticamente a mesma ao longo dos anos: CSN em 1º lugar com aproximadamente 39%, USIMINAS em segundo com aproximadamente 35% e, COSIPA em terceiro com aproximadamente 26%; ou seja, o grupo USIMINAS/COSIPA em primeiro lugar com aproximadamente 61% e a CSN com os restantes 39%.

Na opinião da SDE, trata-se de mercado com elevadas barreiras à entrada, baixo grau de contestabilidade e pequeno número de participantes, no qual a própria atuação governamental favoreceu o comportamento colusivo e a coordenação de comportamento. Nesse caso seria impossível se aplicar a teoria da liderança de preços porque as Representadas se alternaram na liderança, anunciando e aumentando os preços, sem ordem definida (ainda que sempre com poucos dias de diferença umas das outras), em diferentes ocasiões.

Além disso, existe participação societária cruzada entre as empresas, em várias direções. A USIMINAS é a maior acionista da COSIPA. A CSN detém o controle da Vale do Rio Doce, que, por sua vez, detém expressiva participação acionária na USIMINAS, além de uma participação menor na COSIPA. Tais fatos demonstram que os controladores das três empresas comunicam-se constantemente.

Finalmente, em 1996, um grupo único de representantes das três usinas, acompanhados de representantes do IBS, compareceram à SEAE para comunicar o aumento de preços que seria implementado em pouco tempo. Tal fato demonstraria que as Representadas haviam discutido e acertado previamente o aumento conjunto.

Assim, a SDE propõe a aplicação de multas às três siderúrgicas, pelo aumento concertado de 1996 e pela reincidência na mesma infração no ano de 1997, nos termos do inciso I, do art. 23 da Lei 8.884/94.

3.3. Procuradoria do CADE

Quanto ao mérito, a Procuradoria acolhe o parecer técnico da SEAE e a manifestação da SDE, “visto que a matéria é essencialmente jurídica-econômica, exigindo profundo conhecimento de uma ciência que seria estranha ao Direito, mas afeta ao Direito Econômico, a Economia”.

Conclui que as empresas processadas formam um oligopólio para a comercialização de aço, produto que não encontra substituto. *In casu*, verifica-se que o poder se cruza, visto que a direção de uma empresa encontra forte participação de outra, conforme muito bem demonstram os autos.

Considera, ainda, que a argumentação de que só ocorreu um natural paralelismo de conduta, que não é ilegal por si mesmo, não pode subsistir, pois como muito bem decidiu o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, se os concorrentes agem contrariamente ao seu próprio interesse (o de capturar a fatia do mercado da empresa que aumentou os preços), é porque há concertação.

Além disso, a prova carreada aos autos demonstraria, pela estrutura das empresas (as quais tem um grande entrelaçamento nas suas diretorias), que o comportamento das mesmas não é consequência de conhecimentos obtidos pela observação das empresas no mercado. Na realidade, os aumentos dos preços decorreriam de informações que as pessoas jurídicas trocariam de forma recíproca e direta, o que vem constituir infração à lei antitruste.

4. Das defesas

As Representadas apresentam em suas defesas alguns argumentos semelhantes, os quais passo a apresentar de forma resumida, comentando-os:

a. **Quanto ao nível dos preços:** que, as três usinas siderúrgicas Representadas são indústrias de produtos homogêneos. O processo industrial é semelhante e não há diferença de marca ou de etiqueta. Os preços seriam cotados internacionalmente. Por tudo isso, praticariam preços semelhantes e o abuso de preços seria impossível.

Aceito o argumento de que num oligopólio de produto homogêneo, como o de aços planos comuns, existem forças de mercado que fazem com que os preços praticados pelas firmas, mesmo na ausência de acordo explícito entre os concorrentes, sejam bastante próximos. O reconhecimento da interdependência nas decisões das firmas num oligopólio pode e freqüentemente produz tal resultado no mercado. Assim, preços semelhantes e reajustes de preços próximos nos percentuais e no tempo podem não ser fruto da formação de cartel. Para demonstrar a formação de cartel num mercado oligopolizado é preciso algo mais além disso.

De fato, como será comentado com mais vagar adiante, a prova econômica, indireta, só é aceitável se não houver uma explicação dentro da própria teoria econômica para o fato analisado. Ou seja, se uma situação de mercado só puder ser explicada pela formação de cartel, este restará configurado. Entretanto, se houver outra explicação economicamente racional para o procedimento das empresas ou para o que aconteceu no mercado, a infração não estaria configurada. Assim, se há explicação econômica para uma situação de mercado ou para uma conduta empresarial, é necessária uma prova adicional que evidencie a formação de cartel.

Também é certo, entretanto, que é possível sim o exercício abusivo do poder de mercado das usinas brasileiras de aços planos comuns, uma vez que há espaço para o aumento de preços, que fica facilitado por uma eventual formação de cartel. Estudo de autoria do Professor Schymura, apresentado pela própria CSN na sua defesa, afirma taxativamente que os mercados nacional e internacional de aços planos são distintos. As mesmas razões que o fizeram concluir dessa forma, foram consideradas na definição do mercado relevante geográfico como o nacional. Ou seja, as importações não são capazes de evitar o abuso do poder no mercado relevante. Há espaço para o exercício do poder de mercado das requerentes, na forma da elevação dos preços domésti-

cos, independentemente do fato dos preços externos constituírem-se num limite superior ao preço doméstico. A questão é se os preços podiam, no período em análise, ser elevados de forma unilateral por ofertantes eventualmente cartelizados. A resposta para isso é sim. O mercado internacional não era capaz de impedir o abuso. Embora sempre seja capaz de impedir abuso ainda maior, impondo um limite para tanto. Assim, rechaço desde logo a hipótese de inutilidade na formação de cartel no mercado relevante uma vez que os preços seriam determinados internacionalmente.

b. Quanto ao processo de formação de preços: segundo as Representadas, verifica-se clara racionalidade econômica nas suas condutas. A literatura econômica mostraria que em mercados concentrados de produtos homogêneos, os preços dos concorrentes tendem a ser semelhantes. As razões para isso seriam: a. a concorrência potencial que limita o preço das firmas efetivamente atuantes no mercado. Em economias abertas e para produtos com comércio internacional o preço internacional e os custos de internacionalização fixam esse limite; b. uma vez definido esse preço, a rivalidade entre as firmas e o reconhecimento da interdependência nas decisões em oligopólios o mantém estável, não se alterando em função de variações conjunturais de custos ou de demanda; c. à medida em que se acumulam custos, pressões internas de cada empresa se intensificam e terminam por levar a um novo nível de preços; e d. a liderança de preços define o novo patamar de preços alcançado. Nesse sentido, uma prática muito utilizada pelos produtores de aços planos comuns é a líder de preços anunciar com antecedência os reajustes. Caso seja seguida pelas demais, ratifica o aumento o preço. Caso contrário, recua e ajusta. No momento do reajuste em questão, as usinas estariam acumulando significativo aumento de custos, há dez meses. Ainda assim, entre abril de 1994 e agosto de 1996 os reajustes dos preços-base teriam sido insuficientes para recuperar toda a variação de custos. No período de abril de 1993 a julho de 1997, os preços médios dos aços planos evoluíram menos 17% do que os índices de preço IGP-DI e IPC-FIPE. Porém, apesar da pressão de custos e da necessidade constante de realizar investimentos, o momento do reajuste de preços seria crítico, cabendo às empresas aguardarem o movimento da líder do mercado. Não seguir a líder após o reajuste poderia ser entendida como prática de preços predatórios, enquanto que reajustar preços acima do reajuste da líder seria perder mercado. Assim, a uniformidade de preços entre concorrentes não violaria, por si só, a lei antitruste, quando alcançada de forma independente, sem acordo. Ou seja, a conduta paralela não pode ser tida como prova de acordo, a menos que esta fosse a única explicação plausível. A liderança de preços é conduta típica no oligopólio, mas, ao contrário da cartelização, não se estabelece por combinação ou intimidação, mas pela busca de um padrão de comportamento que conduz à estabilidade no mercado. Desde que não se verifique a existência de

conluio, a prática é legal. Portanto, segundo as Representadas, a prova de cartel deve consistir evidência clara de combinação prévia, não podendo resumir-se em meras evidências circunstanciais.

Também aceito o argumento de que o paralelismo de conduta não se constitui, por si só, em infração à ordem econômica, sendo fruto frequentemente do que os economistas costumam chamar de interdependência oligopolista. Assim, as firmas que atuam em mercados oligopolizados procuram estabelecer regras comuns para a fixação dos seus preços e, principalmente, para seus reajustes. Tais regras tendem a se tornar prática aceita no mercado, tal como o processo conhecido como o de liderança de preços. Quando isso ocorre, uma firma tradicionalmente inicia o processo de recuperação de preços e repasse de custos, sendo seguida pelos demais concorrentes. Ressalto que a liderança de preços não pode ser confundida com a liderança de mercado. Embora seja mais comum a líder de mercado (isto é, a empresa com maior participação de mercado) assumir o processo de reajuste de preços (assumir a liderança de preços), é possível que essa tarefa seja empreendida por uma empresa sem a liderança nas vendas, através dos usos e costumes do mercado. Nesse caso, a empresa líder de mercado aceita outra empresa como líder de preços em respeito a uma regra que garante estabilidade no processo de fixação de preços, evitando guerras de preços desnecessárias.

Porém, chama a atenção o fato de que no mercado de aços planos comuns no Brasil, tanto a liderança de mercado quanto a liderança de preços são sistematicamente negadas e transferidas para os concorrentes. Para a CSN, a líder do mercado seria Usiminas/Cosipa, que atuariam como apenas uma empresa. Para Usiminas e Cosipa, entretanto, a liderança de mercado seria da CSN. Assim, a possível líder de mercado CSN, em julho de 1996, teria aumentado seus preços, não de forma “temerária”, como ela mesmo afirmou, mas no pleno exercício da liderança de mercado e da liderança de preços, assumindo a responsabilidade pelo início do processo de reajuste de preços do setor. Essa hipótese, entretanto, em vez de esclarecedora, confunde qualquer analista, uma vez que, transcorridos apenas alguns meses, no primeiro semestre de 1997, a liderada Usiminas reajustou seus preços (em 27/06/97) antes que a líder de preços (?) CSN o fizesse (em 01/07/97).

Assim, muito embora seja certo que a liderança de preços é uma justificativa economicamente racional do processo de reajustes de preços num oligopólio, (quase sempre próximos no percentual e no tempo), tal sistemática na indústria de aços planos comuns do Brasil não obedeceu a descrição do processo apresentado pelas próprias defesas. A cada rodada o processo de modifica. Não há padrão, o passado não se repete, o costume não é observado. Talvez

porque não seja importante para o processo de reajuste de preços qual empresa deverá iniciá-lo, diante da certeza de que será seguida.

c. Quanto a possibilidade de formação de cartel no mercado brasileiro de aços planos comuns: estudo do Professor Schymura, apresentado pela CSN, cita Scherer & Ross que consideram que o cartel é mais instável quando há diferenças de custos e alterações tecnológicas significativas. Conclui, então, que “No setor de aços planos comuns nacional, as freqüentes mudanças tecnológicas que o segmento vem experimentando dificultam a implementação do concerto. A CSN após ter sido privatizada vem promovendo: mudanças tecnológicas na gestão da produção; queda de preços e; aumento de produção. Há de se notar que, sob a ótica do consumidor, estes três fatores são positivos. Com base nisso, a hipótese do concerto entre as firmas do setor de aços planos comuns brasileiros deve ser rejeitada”.

Entendo que o renomado economista rejeitou apressadamente a hipótese de formação de cartel no setor, apenas porque variou a produtividade. É preciso notar, porém, que as variações na produtividade se deram de maneira uniforme, hipótese consagrada pelas próprias Representadas nas suas defesas ao lembrarem que o custo evolui de maneira similar entre elas. De fato, como conseqüência da privatização ocorreu corte de pessoal, criação de um sistema de compras mais ágil e desvinculado das amarras governamentais, além de ganhos de eficiência derivados de novos e necessários investimentos que não eram realizados diante das dificuldades financeiras do Estado. Mas esses são movimentos que se verificaram em todas as empresas privatizadas e por essa razão trouxe para uma nova posição de custos todas as usinas. Isso é absolutamente diferente do que propõem Scherer e Ross, que estavam se referindo a um momento de descontinuidade tecnológica (produtiva ou organizacional) em que empresas inovadoras se tornam, num curto espaço de tempo, mais competitivas do que outras num mesmo mercado, reduzindo preços com a finalidade de ganhar mercados.

No caso dos ganhos de produtividade decorrentes das privatizações no setor siderúrgico brasileiro, não houve desequilíbrio de produtividade entre CSN, Usiminas e Cosipa, conforme afirmado pelas próprias Representadas ao insistirem no ponto da existência de estruturas de custos semelhantes, como forma de justificar o reajuste de preços simultâneo. Além disso, esse fato é cabalmente demonstrado pelo fato de não ter sido observada alteração nas participações de mercado nos últimos anos. Descontinuidades tecnológicas como as apontadas por Scherer e Ross possibilitam que a empresa mais eficiente avance sobre o mercado das menos eficientes. No presente caso isso não ocorreu, o que significa que variações tecnológicas não impediriam a formação de cartel

na indústria brasileira de aços planos comuns. De fato, esse parece ser o argumento central de toda a competente análise do professor Schymura, mas que claramente não é capaz de eliminar a hipótese de formação de cartel no setor. Muito embora isso também não possa ser utilizado como argumento para a existência de cartel. Apenas fica claro que as condições tecnológicas são favoráveis ao cartel.

Por outro lado, não importa se os consumidores se beneficiaram com a redução de preços do setor, num período de abertura comercial que se caracterizou pela necessidade de redução de custos em toda a economia brasileira. Nesse contexto, se os preços dos produtos finais (automóveis e eletrodomésticos, por exemplo) caíram por força da concorrência com o produto importado, os preços dos seus insumos, inclusive aço, também precisaram cair. O que importa é que o mercado não pode ficar refém de coordenação de preços. Como já foi mencionado, a formação de cartel não se justifica sequer para recuperar custos efetivamente incorridos. Em alguns mercados os custos não podem ser integralmente repassados, o que conduz o produtor a buscar maior eficiência produtiva, reduzindo custos e buscando lucro através desse mecanismo e não do simples repasse de custos. É assim que age a concorrência. Sem cartel, o produtor que não consegue repassar seus custos para os preços, parcial ou integralmente, busca maior eficiência produtiva, para benefício de todos. Com cartel, os custos são repassados, parcial, integralmente, ou além. Ou seja, a necessidade de reduzir custos, investir, melhorar a produtividade e reduzir preços, premido pelas novas condições da economia, não dá a nenhuma empresa o direito de coordenar preços e subtrair o sagrado direito de escolha do consumidor. Se ocorrer uma eventual queda nos preços reais de um setor, o montante da queda deve ser determinado pelo mercado, nunca pelos ofertantes em acordo.

Assim, embora seja sempre possível argumentar que as questões até aqui levantadas não são suficientes para demonstrar a formação de cartel nos reajustes de preços da indústria brasileira de aços planos comuns, no ano de 1996, é preciso considerar que foram claramente refutadas as teses apresentadas pela defesa de que tal hipótese é improvável. De fato, existiam as condições para a formação de cartel na indústria, no período em questão.

d. Que não haveria perda de bem-estar econômico uma vez que os aumentos não foram abusivos: segundo Usiminas e Cosipa, a perda de bem-estar só se verificaria se os preços não tivessem sido reajustados, sendo as Representadas forçadas a operar em condições ineficientes.

Essa tese guarda semelhança com aquela apresentada preliminarmente pela CSN, de que seria “de obviedade gritante que se o reajuste é justificado, não há abuso nem hipotético... (mas) exercício regular de um direito...”. Reajustes de preços obtidos de forma concertada constituem-se em abuso mesmo quando em montante aquém do necessário para repor custos eventualmente incorridos (o que, repito, não foi sequer objeto de investigação). Se o reajuste de preços foi obtido através da formação de cartel, tem como conseqüência perda de bem-estar econômico porque as forças de mercado não atuaram, ocorrendo imposição unilateral de uma das partes (vendedores), sobre a outra (compradores), privados de alternativas. Se uma empresa, através dos mecanismos de mercado, não consegue repassar eventuais aumentos de custos, operando com prejuízo, isso não configura uma situação de ineficiência ou de perda de bem-estar econômico. Essas são simplesmente as condições do mercado. Como conseqüência, a empresa deverá buscar reduções de custos, ou operar com prejuízo, ou até mesmo se retirar do mercado. Não poderá, entretanto, entrar em acordo com seus concorrentes para alterar as condições do mercado a seu favor, contra o comprador, contra o consumidor, contra a liberdade de escolha, contra o bem-estar econômico.

e. Que Usiminas e Cosipa são empresas absolutamente independentes e concorrentes entre si: que têm acionistas distintos, que a Usiminas é minoritária no capital da Cosipa, que têm posturas mercadológicas, produtos e clientes distintos.

Entendo que não ficou demonstrado nos autos que sejam de fato apenas uma empresa (de fato, isso sequer foi objeto de investigação), embora possa ser discutida a questão antitruste referente à possibilidade da Usiminas exercer influência decisiva na política comercial da Cosipa. De todo modo, aceito os argumentos da defesa para, no presente caso, tratar Usiminas e Cosipa como empresas independentes e concorrentes entre si.

f. Quanto ao costume de comunicar reajustes de preços ao governo: após esclarecido nos autos que a empresa participou da reunião na SEAE em 30 de julho de 1996, a Usiminas, através de memorial, afirma que tal reunião visava comunicar reajuste de preços já praticados. Que tal prática era costume no país. Que o Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio convocou recentemente a Representada para discutir os reflexos dos preços dos insumos na fabricação de autopeças. Que por um lado o governo conclama as empresas a debaterem o assunto e por outro as processa por terem apresentado informações ao governo.

Inicialmente invoco a defesa da própria Usiminas para lembrar que os preços não haviam sido efetivamente reajustados, mas apenas havia sido emitido um comunicado aos clientes do “desejo” de reajuste de preços, que seria negociado. Assim, a reunião não foi de forma alguma para comunicar reajustes de preços já praticados. De outro lado, não importa se o governo chamava, no passado, as empresas para discutir seus reajustes de preços. Não importa se, no passado, o governo controlava preços na economia e através desse controle, cartelizava os preços da economia. O que importa é que, segundo a lei 8.884/94, as empresas não podem cartelizar seus preços hoje, sendo o CADE o órgão do poder público encarregado de punir tal conduta caso ocorra. Por outro lado, tal convocação recente do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio não teve por objetivo reunir as empresas para discutir preços do setor e combinar reajustes. Além disso, o que é mais importante, a SEAE não apenas não convidou as Representadas para discutir seus preços, mas quando tomou conhecimento do motivo que levou o IBS a solicitá-la, e diante da presença dos três únicos vendedores no mercado, advertiu-as quanto à possível infração da ordem econômica, emitindo para as usinas, inclusive, ofício à esse respeito. Ou seja, o governo avisou as empresas não apenas que a fase de controle de preços tinha se encerrado, como deixou evidente que as regras de mercado deveriam prevalecer sob a égide da lei 8.884.

g. **Quanto aos argumentos da SEAE e SDE:** segundo Usiminas e Cosipa, a acusação ficaria resumida a uma pretensa prática de ação concertada de mercado na definição de preços, mas que a demonstração dessa hipotética conduta seria apenas e tão somente o fato de terem os reajustes de preços-bases (nem mesmo preços efetivos) ocorrido em percentuais próximos (nem mesmo iguais), em datas próximas (também não iguais). Assim, o que se reajustaria seria apenas o preço básico e não o efetivamente praticado, o qual seria reduzido por força das negociações com os clientes que têm acentuado poder de compra. O anúncio antecipado do reajuste visaria criar um prazo para as negociações individuais de preços com os clientes. Ressaltam as oitivas de testemunhas e os documentos trazidos aos autos que demonstrariam as negociações comerciais e a concorrência entre as Representadas no mercado. A diversidade de preços e condições de comercialização de Usiminas e Cosipa, alegadamente comprovadas pelas manifestações de mercado em resposta aos ofícios enviados pelo DPDE, demonstrariam o ambiente competitivo entre as três Representadas. A resposta da General Motors seria eloquente, ao afirmar que as três usinas concorrem entre si.

Além disso, ainda segundo Usiminas e Cosipa (fls. 382), para a SEAE, a evidência de coordenação explícita por parte das três usinas seria a reunião solicitada por elas e o IBS com a SEAE, **em 30 de julho de 1996** (grifei). Segun-

do Usiminas e Cosipa esta seria a única prova que a SEAE apresentaria nos autos. Nas palavras das Representadas: “Eis a (única) “prova” a que, obsessivamente, se apegava (à míngua de outra) a Representante: a reunião realizada em **3 de junho de 1997** (grifei), à qual compareceram representantes do Instituto Brasileiro de Siderurgia - IBS”. E continuam: “Desde logo, a USIMINAS **NEGA QUE TENHA CONVOCADO A MALFADADA REUNIÃO, MUITO MENOS PARA COMUNICAR SEU REAJUSTE**. Cabendo o ônus da prova a quem acusa, cumpre, portanto, à Representante comprovar o fato. Também a Cosipa manifesta-se em memorial: “as reuniões realizadas entre IBS e a SEAE, e o CADE, para comunicação de reajustes” ocorreram no exercício das atribuições estatutárias do instituto e como decorrência da prática então corrente de informação de variação de preços aos órgãos governamentais. **Que apenas o IBS compareceu a tais reuniões** (grifei). Que não consta dos autos ata, memória, registro ou qualquer outra espécie de prova acerca dessas reuniões - cujo teor nunca foi demonstrado, sendo inadmissível que sejam consideradas provas para condenar as Representadas (fls. 1379).

É líquido e certo que as Representadas tentaram de maneira evidentemente proposital confundir os dados e informações dos autos. A SEAE jamais afirmou nos autos que Usiminas e Cosipa tenham participado da reunião de 03/06/97 no CADE - solicitada pelo IBS e à qual apenas este Instituto compareceu. A SEAE afirmou que o IBS solicitou a reunião realizada em 30/07/96, na qual compareceram representantes das usinas, não por convocação daquela Secretaria, onde ratificaram sua intenção de reajustar seus preços no dia 01/08/96, conforme já anunciado. Esse fato foi confirmado pelo IBS, após diligência por mim realizada. Informou também a SEAE que, posteriormente, nova reunião foi realizada em 03/06/97, no CADE com a presença da SEAE e SDE, onde representantes do IBS confirmaram a decisão de praticar novo reajuste do aço plano comum, através de suas três usinas - CSN, Usiminas e Cosipa, o que poderia significar uma reincidência da mesma conduta de 1996. Dessa última reunião as Representadas não participaram.

Por outro lado, ressalto a presunção de boa-fé da autoridade pública, quanto a SEAE afirma que dois altos funcionários (os Srs. Luis Milton Veloso e Pedro Baptista Bernardo) daquela Secretaria participaram da citada reunião, na qual estiveram presentes os responsáveis pela área comercial das Representadas, apesar das negativas ao longo do processo por parte de Usiminas e Cosipa, que tentaram escamotear o fato. A SEAE afirma que a citada reunião foi solicitada para comunicar o reajuste de preços do dia 01/08/96. Isso tanto é verdadeiro que aquela Secretaria, no dia seguinte, enviou ofício para as Representadas alertando sobre a possibilidade destas estarem incorrendo em infração à ordem econômica. Ou seja, ficou demonstrado nos autos que a reunião

aconteceu, por solicitação do órgão de classe, com a presença das Representadas e que a pauta era o aumento de preços a ser praticado. Disso não restam dúvidas. O que chama a atenção é a insistência das Representadas em negar a participação na reunião e que o assunto tratado foi reajuste de preços a ser praticado. Os técnicos da SEAE não teriam qualquer benefício falseando a verdade. As Representadas ao negarem a participação e o assunto tratado reforçam a importância da reunião na caracterização do ilícito do qual são acusadas.

De todo modo, considero correta a afirmação de que preço anunciado não é preço praticado. Em todo e qualquer mercado onde o consumidor conta com alternativas de suprimento, a negociação com os diversos vendedores conduz o reajuste de preços efetivamente praticado para níveis inferiores aos desejados pelos vendedores. Assim, o anúncio do reajuste é um primeiro passo na negociação, refletindo um desejo do vendedor, uma primeira base para a negociação. A negociação, quando livre, implica reajustes diferenciados entre clientes do mesmo tipo. Somente uma empresa com extraordinário poder de mercado, somente o monopolista ou a indústria cartelizada é capaz de aplicar integralmente o reajuste pretendido. Nesses casos não há negociação, há imposição unilateral, há abuso do poder de mercado, com transferência de renda compulsória do comprador para o vendedor.

5. Das condições para o cartel

Segundo a literatura especializada, no mercado brasileiro de aços planos comuns estão presentes as condições clássicas para a formação de cartel de preços. São elas:

1. pequeno número de firmas;
2. produto homogêneo;
3. elevadas barreiras à entrada;
4. baixo custo de monitoramento do cartel;
5. ausência de estímulos à deserção;
6. estruturas de custos semelhantes;
7. tecnologia de produção madura e semelhante;
8. estabilidade nas participações de mercado.

Como consequência dessas condições de mercado, é de se esperar preços semelhantes na indústria e reajustes próximos nos seus montantes e no tempo, mesmo na ausência de cartel. Isso porque qualquer diferencial de preços entre os concorrentes provocaria imediata e significativa perda de mercado para aqueles que mantenham preços mais elevados. Nesse mesmo sentido, altera-

ções das condições de custos ou de demanda provocariam reajustes de preços semelhantes, uma vez que nenhuma empresa manteria seu mercado com preços mais elevados do que as demais.

A análise de poder de mercado, por sua vez, indicou que um eventual cartel no setor teria capacidade para impor de forma compulsória e unilateral condições comerciais aos compradores. Por um lado, o mercado internacional é incapaz de impedir eventual abuso da posição dominante - entendendo abuso da posição dominante não como aumento abusivo de preços e conseqüente aumento arbitrário de lucros, mas como imposição de condições comerciais de forma concertada, falseando as relações de mercado, retirando alternativa da demanda. No estudo apresentado pela CSN sobre o setor, o professor Schymura, ao perceber a existência de significativa diferença de preços entre os mercados interno e externo corretamente alertou para o fato de se tratarem de dois mercados distintos, razão pela qual restringiu a oferta no mercado às empresas nacionais (cujo poder de mercado, portanto, não é contestado pelas usinas internacionais), desvinculando, por essa razão, a lógica de formação dos preços internos da lógica de formação dos preços internacionais. Desse modo, é possível que o preço internacional do aço estabeleça um limite superior ao preço doméstico (limite que permite, no entanto, o imediato exercício abusivo da posição dominante), porém, a existência de limites ao abuso da posição dominante não significa impossibilidade de abuso. De fato, há sempre limites para qualquer aumento de preços, sendo o último deles a própria renda do consumidor. Não se pode cobrar por um produto mais do que a renda disponível do consumidor. Nem por isso o abuso é inviável. Em suma, os autos contêm dados e informações abundantes no sentido de que as importações não seriam um veículo capaz de evitar o abuso da posição dominante por parte das Representadas na forma da elevação arbitrária de seus preços.

Por outro lado, as diligências realizadas pela SDE e sobre as quais esta Secretaria fez competente análise, demonstram claramente que os compradores de aços planos comuns não detêm poder de barganha suficiente para evitar ou ao menos inibir a imposição de condições comerciais por parte das Representadas, especialmente se acordadas em cartel. A exceção fica por conta das montadoras de automóveis e eventualmente de eletrodomésticos da linha branca, que além de comprarem em montante muito elevado, têm capacidade até mesmo para ameaçar as usinas brasileiras com compras no exterior. Rechaço, dessa forma, a alegação das Representadas de que ficou demonstrado nos autos que no processo de reajuste de preços do setor não há imposição de preços por parte da empresa, sendo este fruto de intenso processo de negociação onde parte da clientela tem poder de negociação e de veto total ou parcial dos aumentos anunciados. Pelo contrário, das informações trazidas aos autos

conclui-se claramente pela inexistência de poder de barganha por parte da esmagadora maioria dos compradores. Conclui-se, ainda, que nos reajustes de preços ocorridos nos anos de 1996 e 1997 verificou-se imposição unilateral de preços.

É importante ressaltar, entretanto, que mesmo que a clientela tivesse poder de barganha e negociasse os reajustes de preços de forma diferenciada, isso não demonstraria a impossibilidade de formação de cartel no mercado, nem prejudicaria a acusação no presente processo administrativo. Um acordo entre concorrentes para reajuste de preços mesmo num mercado onde a demanda detém forte poder de barganha é ilegal e traz prejuízos sérios ao mercado e à liberdade de escolha do comprador. Sob cartel os preços são negociados em outra base, imposta pelo acordo entre concorrentes. Assim, mesmo que os clientes fossem capazes de se rebelar contra um repasse integral de custos, um aumento de preços seria obtido. Aumento de preços que seria certamente maior do que aquele que seria alcançado na ausência do acordo. Dessa maneira, não importa se os preços seriam diferentes por cada tipo de comprador, nem que estes não aceitariam passivamente o reajuste. A acusação refere-se ao fato de que o acordo facilita a obtenção de um reajuste mais elevado ao eliminar as alternativas do consumidor e garantir ao produtor que seus novos preços não seriam contestados pelos seus concorrentes.

Reconheço, porém, que o simples fato de estarem presentes as condições ideais para a formação de cartel no mercado nacional de aços planos comuns não demonstra que isso tenha ocorrido. Também reconheço que o fato das empresas reajustarem seus preços em percentuais e datas aproximadas, pode ser fruto da interdependência oligopolista. Em mercados dessa natureza, com essas características, o paralelismo de conduta é frequente. Porém, sem coordenação explícita, sem acordo entre os concorrentes, não fica caracterizada a infração à ordem econômica.

6. Da interdependência das políticas comerciais no oligopólio

As Representadas argumentam ao longo dos autos que o processo de reajuste de seus preços obedeceu ao que se convencionou chamar na literatura econômica de liderança de preços. As teorias de Organização Industrial referente aos mercados oligopolizados tomam como ponto de partida o fato de que quando a concentração do mercado é elevada, as decisões de preços dos vendedores são interdependentes, e as firmas envolvidas não podem deixar de reconhecer esse fato. Consequentemente, as empresas em oligopólio apoiam-se em comportamentos que, considerando a reação dos seus rivais, aproximam

os resultados obtidos pela empresa individualmente e pelo mercado como um todo daqueles alcançados no monopólio.

A coordenação das políticas de preços para maximizar lucros conjuntos no oligopólio não é algo trivial. A coordenação oligopolista deriva do imediato conhecimento das ações dos concorrentes, da repetição das ações de mercado com a criação de rotinas, do reconhecimento de que os preços em oligopólio tenderão a ser rígidos em face de moderadas alterações de demanda e de custos (hipótese da “curva de demanda quebrada”), e da expectativa refinada de que reduções de preços serão prontamente contraditadas. Dentre as formas de cooperação os economistas Scherer & Ross²¹ (bastante citados pelas Representadas nas suas defesas) identificam quatro: acordos explícitos, liderança de preços, normas práticas e o uso de pontos focais.

Acordos explícitos são exatamente aquilo que se investiga no presente processo: formação de cartel como forma de elevar lucros. Os autores chamam a atenção para o importante papel freqüentemente representado pelas associações e sindicatos patronais como órgão cartelizador. Outro meio de manter a disciplina da indústria quando se fixam preços é o uso de regras práticas. Estas envolvem tipicamente alguma variante do princípio da determinação do preço pelo custo total, no qual a margem de lucro é mantida fixa, independentemente de variações na demanda. Se todas as firmas no mercado usam essa fórmula, a possibilidade de redução de preços abaixo daqueles que garantem a taxa de retorno de capital desejada é minimizada e o comportamento dos rivais torna-se mais previsível. De todo modo, o processo de reajuste termina por ser viabilizado por um sistema de liderança de preços, uma vez que caberá inevitavelmente a alguma firma da indústria dar a partida nesse processo. O uso de pontos focais de preços também cria uma barreira que cada firma reconhece como um ponto natural para o preço, evitando quedas descontroladas e até mesmo elevações insustentáveis. Assim, as firmas podem minimizar a possibilidade de reduções competitivas de preços, situando-os e conservando-os em pontos focais. Também essa forma de cooperação oligopolística necessita de um líder ou um processo de liderança para indicar com firmeza qual o ponto focal que não deverá ser ultrapassado. Dessa forma, numa estrutura de mercado oligopolizada os processos de fixação de preços podem se dar através dos mecanismos mencionados, mas o processo de reajuste de preços se dá sempre com base em acordos explícitos ou tácitos, estes últimos na forma de liderança de preços.

²¹ *Industrial Market Structure and Economic Performance.*

Scherer & Ross ressaltam que a questão das firmas que atuam em mercados oligopolizados é estabelecer um sistema de comunicação que lhes permita coordenar comportamentos na busca de seus interesses. Os conflitos que inevitavelmente surjam nesse processo devem ser resolvidos sem o recurso da guerra de preços – solução evitada por ser evidentemente ruim para o conjunto da indústria. Assim, ajustes decorrentes de variações nas condições de custos e demanda devem ser resolvidos de forma a minimizar a possibilidade de agressões desnecessárias entre as firmas participantes. Dessa forma, é regra geral que em mercados oligopolizados o comportamento é coordenado de forma a evitar a competição por preços. Os autores observam que a colusão (acordo explícito), é a forma de comunicação mais eficiente, mas é ilegal nas nações que aplicam a legislação antitruste. Por essa razão, as firmas buscam modos alternativos de coordenação, como a liderança de preços. Esse comportamento, ainda segundo Scherer & Ross, “cai na área cinza da lei antitruste norte-americana”.

A liderança de preços é um conjunto de praxes na indústria segundo a qual as mudanças de preços são anunciadas pela firma aceita como líder pelas outras, que lhe seguem nas suas decisões de reajustes. É usual distinguir três tipos de liderança de preços: liderança da firma dominante, liderança colusiva e liderança barométrica²². A liderança de preços da firma claramente dominante não envolve exatamente questões de interdependência, uma vez que ela decide sem considerar os demais participantes do mercado, cada qual pequeno demais para exercer influência perceptível no mercado através de suas ações individuais. Nessa estrutura de mercado, as pequenas firmas tomam o preço da líder como dado e se ajustam. Não se aplica ao presente caso, em que todos os participantes são grandes empresas com elevada participação de mercado.

A liderança colusiva, por sua vez, ocorre nos oligopólios compostos por firmas de tamanho menos díspares, onde todas reconhecem o interesse comum por atitudes cooperativas em vez de comportamentos absolutamente independentes. De acordo com Markham²³, a liderança colusiva de preços ocorre quando a indústria é fortemente oligopolizada (altamente concentrada), os produtos são fortemente substitutos, os custos de produção são semelhantes,

²² Essa taxonomia, amplamente aceita pelos economistas, foi apresentada por Jesse W. Markham (*The Nature and Significance of Price Leadership*, American Economic Review, 41, dezembro de 1951), sobre uma proposta original de George J. Stigler (*The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices*, Journal of Political Economy, 55, outubro de 1947).

²³ Jesse W. Markham, *The Nature and Significance of Price Leadership*, American Economic Review, 41, dezembro de 1951.

há elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, e a demanda pelo produto da indústria é relativamente inelástica – características do mercado brasileiro de aços planos comuns.

O tamanho da firma no mercado é a variável que mais frequentemente distingue a líder de preços, mas outras circunstâncias também desempenham algum papel nessa definição. Circunstâncias históricas, como o fato de ter sido a primeira a introduzir um novo produto podem permitir que uma firma menor no mercado assuma a liderança de preços. A firma com os custos mais baixos também pode chamar para si essa responsabilidade, uma vez que tem menor incentivo para seguir as firmas de custos mais elevados nos reajustes. Sejam quais forem os motivos de aceitação de uma firma como líder de preços, sua liderança deve ser seguida sistemática e unanimemente, para a coordenação resultar em melhor desempenho para os vendedores num mercado. A liderança colusiva de preços é, assim, um processo de comunicação, que deve ser suficientemente claro para não passar uma mensagem dúbia ou equivocada que possa resultar em reação não cooperativa no interior da indústria.

Desse modo, diante de alterações nas condições de demanda ou de custos, o processo de reajuste de preços se dá a partir de critérios já identificados e aceitos por todos. Supondo uma elevação lenta e gradual de custos, a indústria aceita redução de suas margens até um certo ponto. A partir dali torna-se necessário um reajuste de preços. O risco de uma firma reajustar sua tabela de preços consiste em não ser seguida pelas demais, que visariam com isso obter fatias de mercado da rival. Mas o risco maior para o conjunto das firmas, é que esse temor implique inércia e ausência de reajuste, comprometendo seriamente suas margens de lucro. Assim, a primeira firma a reajustar seus preços o faz com a convicção de que será seguida. Com a repetição do processo, fica compreendido no interior da indústria o momento e a forma de reajuste de preços.

Os riscos da recusa a seguir a líder, principalmente diante de elevações de custos já incorridas, são ilustrados por Scherer²⁴ com a experiência da indústria de latas de conservas no final dos anos 50, nos EUA. Após a empresa líder elevar seus preços em 6%, seu maior concorrente reajustou sua tabela em apenas 3%. A líder entendeu a ação da rival como a deflagração de uma guerra de preços, voltou atrás no seu reajuste e ainda reduziu seus preços em até 5% abaixo do nível inicial. O processo de competição por preços acirrou-se e, no ano de 1959, a indústria conviveu com preços 10% mais baixos do que no ano anterior.

²⁴ F.M.Scherer, *Preços Industriais: Teoria e Evidências*, Ed. Campus, RJ.

Scherer destaca alguns aspectos do processo de liderança colusiva de preços. A firma líder não anuncia mudanças nas tabelas de preços com demasiada frequência. Isso porque cada gesto comporta um risco de que a mudança seja mal interpretada ou incompreendida. Assim, os empresários parecem inclinados a abster-se de modestos aumentos de lucros, associados a ajustes de preços diante de reduzidos aumentos de custos ou alterações na demanda, a fim de reduzir o risco de falhas de comunicação e descoordenação. Diante disso, o líder só anunciará mudanças em resposta a alterações significativas nas condições de custos e demanda, reconhecidas por toda a indústria. O líder também busca preparar o espírito dos concorrentes para a necessidade do reajuste, valendo-se de declarações de executivos, entrevistas em jornais e revistas, etc. O uso dessa técnica levou Scherer a comentar que esse seria um processo de “colusão através da imprensa”. Finalmente, a firma líder anuncia preços que reflitam o desejo de toda a indústria, e não seu próprio desejo.

Por último, a liderança barométrica de preços ocorre quando a empresa líder age como um barômetro das condições de mercado. Scherer observa ser difícil diferenciar os casos reais de liderança barométrica e colusiva e que essa distinção apoia-se em critérios de conduta e desempenho. No domínio do desempenho a liderança é chamada de colusiva quando facilita a obtenção de preços monopolísticos, enquanto é barométrica se não atua nesse sentido. Entretanto, o autor ressalta que essa distinção não é muito útil e pode ter utilidade negativa quando empregada irrefletidamente para estereotipar práticas de mercado “boas” ou “más”.

A liderança de preços barométrica também exibe certas características comportamentais não encontradas no caso exclusivamente colusivo. Em primeiro lugar, a liderança pode mudar, sendo o processo de reajuste de preços iniciado por firmas diferentes, exatamente como ocorreu nos reajustes de preços das usinas siderúrgicas brasileiras em 1996 e 1997. Em segundo lugar, as iniciativas de iniciar um processo de reajuste não são sempre seguidas. Ou, nas palavras de Scherer (op.cit., p.70) “se são seguidos, a aceitação poder ser retardada enquanto outras firmas põe em prática uma estratégia de esperar para ver o que acontece”. Em terceiro lugar, tais iniciativas podem ser rejeitadas pelo conjunto da indústria, o que significa que pode ocorrer um ajuste quanto ao preço pretendido pelo líder. Essas duas últimas características, conforme demonstrou a SDE nos autos e ressaltou no seu parecer, não se observa no mercado sob análise no presente P.A. Assim, fica evidenciado que o processo de liderança de preços no mercado relevante em questão é do tipo colusiva, e não barométrica.

Como ressalta Scherer, o efeito tanto da liderança colusiva quanto barométrica no oligopólio tende a ser o estabelecimento de preços mais altos do que seriam na sua ausência. Esse efeito é obtido através dos sinais inequívocos emitidos pelo líder, que indica o preço maximizador de lucros quando o mercado é comprador e o ponto de convergência que impede uma queda nos lucros, em tempos de redução das vendas.

Apesar do efeito nocivo sobre preços, os acordos tácitos na forma de liderança de preços não são enquadrados como infração à ordem econômica. Na jurisprudência norte-americana, certamente a mais vasta de todas, a relação entre cooperação oligopolista e aplicação da lei antitruste tem por base a chamada *conscious parallelism doctrine*, que tem lidado com duas questões: com o comportamento dos oligopolistas agindo de forma a reduzir a competição; e com o padrão de provas necessário para condenar um cartel, quando existem somente evidências circunstanciais e nenhuma evidência direta de acordo explícito entre os concorrentes.

Até 1946 as Cortes norte-americanas consideravam necessária, na ausência de prova de acordo explícito, algum outro tipo de prova material para a condenação de um cartel, além das evidências de paralelismo de conduta no mercado²⁵. Em 1946, entretanto, essa exigência foi abandonada, na decisão do caso *American Tobacco Co.* Os três maiores fabricantes de cigarros norte-americanos apresentaram durante quase duas décadas grande coordenação na fixação de seus preços. O Departamento de Justiça, entretanto, foi incapaz de obter qualquer evidência de encontros, mensagens ou acordo explícito entre os produtores. As evidências levantadas foram inteiramente circunstanciais, centradas no paralelismo de preços e outras condutas no mercado. Ainda assim, um júri condenou as empresas por cartel, numa decisão ratificada pela Suprema Corte, que, por sua vez, considerou que quando as circunstâncias são tais que levam um júri a decidir pela condenação, entendendo que os vendedores apresentavam unidade de propósito e objetivos comuns num arranjo ilegal, a conclusão de conspiração é justificada. A decisão é encarada pelos estudiosos do tema como uma guinada fundamental nas investigações de cartel nos EUA, ao colocar o oligopólio não agressivo, que coopera tacitamente, fora da legalidade. É possível considerar, entretanto, que a decisão apenas estendeu a possibilidade de encontrar culpa com base em evidências circunstanciais, mas onde havia razões suficientes para acreditar que o acordo explícito havia ocorrido. Assim, as firmas haviam sido condenadas apesar das fra-

²⁵ É importante ressaltar que a formação de cartel nos EUA implica em responsabilidade criminal.

cas evidências materiais porque suas condutas por quase duas décadas foram flagrantemente inconsistentes com as condições econômicas.

Decisões subseqüentes na década de 40, nos EUA, envolvendo as indústrias de cimento e de aço também consideraram o paralelismo de conduta na fixação de preços violação à lei antitruste. Segundo o entendimento da *Federal Trade Commission*, nesse período, “quando um número de empresas segue um curso paralelo de ação, com todas tendo conhecimento de que estão agindo como se tivessem formado um acordo explícito..., o fato óbvio é o de que o efeito econômico de preços idênticos alcançados através de ação paralela consciente é o mesmo alcançado através de colusão explícita, e, por essa razão, a Comissão tratou o paralelismo consciente de ação como violação do *Federal Trade Commission Act*”²⁶.

A questão evidente que se coloca a partir desse entendimento é se as empresas deveriam atuar desconsiderando a interdependência de suas decisões sobre preços, quando isso seria economicamente irracional. Ou seja, nessa situação, para não ser condenada por formação de cartel a empresa deveria, após análise das condições de mercado e da estratégia dos seus adversários, atuar de forma contrária aos seus interesses, decidindo suas estratégias comerciais de forma a reduzir seus lucros. Isso seria absolutamente irracional do ponto de vista econômico.

Posteriormente, decisão proferida em 1954, numa acusação de cartel envolvendo distribuidores de filmes, abriu caminho para o atual entendimento sobre paralelismo de conduta nos EUA. A Suprema Corte considerou que a questão relevante é se as empresas tomam decisões independentes ou sob acordo, e que embora o comportamento empresarial seja evidência circunstancial admissível, contribuindo para a conclusão de violação da lei antitruste, o paralelismo de conduta não tipifica conclusivamente um acordo que viola a lei.

Isso não quer dizer, entretanto, que toda e qualquer ação paralela de mercado é legal. Ações paralelas de mercado são legais quando refletem condições de oferta e demanda, de custos, ou outras condições de mercado. Nesse sentido, elevações de preços através de paralelismo de conduta numa indústria em períodos de queda de demanda e de custos, por exemplo, seria forte evidência de violação da lei antitruste.

Nos anos 70, a *Federal Trade Commission* considerou ilegal a conduta dos produtores de aditivos de gasolina nos EUA, composta de uma série de práti-

²⁶ Scherer & Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*.

cas que facilitavam a coordenação dos preços no mercado. A Comissão considerou ilegal a redução da concorrência provocada pela fixação de preços CIF, independentemente do custo de frete; o anúncio prévio dos reajustes de preços aos clientes, que permite ao líder de preços recuar se não for acompanhado pelos concorrentes²⁷; e a inclusão de cláusulas nos contratos de venda prevenindo a redução de preços caso algum concorrente ofereça a preços menores que os da tabela em vigor.

Segundo Scherer & Ross (op.cit.), “Uma das mais importantes instituições que facilitam a colusão tácita na fixação de preços é um bem estabelecido sistema de liderança de preços. Decisões sobre casos envolvendo as indústrias de aços e de colheitadeiras são citados pelos autores como paradigmáticos. No caso do mercado de colheitadeiras, por exemplo, a Suprema Corte dos EUA considerou que não foi possível caracterizar violação da lei, afirmando que “O máximo que pode ser dito é que muitos dos competidores estão acostumados, de maneira independente e como matéria de rotina empresarial, a seguir aproximadamente os preços pelos quais vendem suas máquinas colheitadeiras... . O fato dos competidores, no exercício do seu próprio julgamento, seguir os preços de outro produtor, não estabelece qualquer supressão de competição nem mostra qualquer dominação sinistra”. Sob esse precedente, que permanece intacto, a liderança de preços não é considerada ilegal nos EUA a menos que o líder tente coagir os demais concorrentes no mercado, ou que haja alguma evidência de acordo entre os membros da indústria, utilizando-se da liderança de preços como base para um esquema ilícito de fixação de preços.

Scherer & Ross (op.cit.) também ressaltam o papel frequentemente representado pelas associações de classe na coordenação de mercados. Segundo esses autores, tão citados pelas Representadas nas suas defesas, “Seus encontros são veículos para acordos sobre preços, volume de produção, participações de mercado, etc”.

No Brasil o paralelismo de conduta também não é considerado, isoladamente, infração à ordem econômica. Como nos EUA, a violação à lei de defesa da concorrência fica caracterizada quando existe alguma coisa além do comportamento paralelo. Assim, na ausência de outra evidência, se a teoria econômica é capaz de apresentar explicação para um reajuste de preços de uma indús-

²⁷ Essa estratégia verificada no processo de reajuste de preços da indústria brasileira de aços planos comuns foi explicitamente condenada pela SEAE no parecer técnico que deu origem ao presente processo, exatamente por facilitar a obtenção de preços de monopólio no mercado.

tria, ou seja, se a conduta da indústria é racional do ponto de vista econômico, esta é considerada legal.

Já em 09 de setembro de 1992, o plenário do CADE, no julgamento do Processo Administrativo nº 02/91, que tratava de indícios de prática concertada entre fornecedores de selos de alumínio em licitação realizada pela Fundação para o Remédio Popular- FURP, entidade vinculada ao governo do estado de São Paulo, decidiu unanimemente acompanhar a relatora, a ilustre conselheira Neide Teresinha Malard, que assim dispôs no seu voto:

"É bem verdade que não é fácil a prova do conluio. Não se pode esperar, todavia, que venha documentalmente comprovado o acordo ilícito, informal pactuado à margem da lei. Mas como bem realçado pelo Procurador do CADE, é indispensável que para o fato não haja outra explicação. E essa explicação pode ser buscada não apenas no campo jurídico, como também na teoria econômica, disciplina ancilar do direito da concorrência. Portanto, de extrema importância a avaliação dos fatos caracterizadores de condutas tidas como ilegais, sob seu aspecto econômico, para se ter a certeza de se tratar de prática abusiva, reprimível pelo direito, ou de fenômeno meramente econômico, e como tal não passível de repressão.

...

No caso dos autos, a conduta paralela das indiciadas explica-se por causa econômica. Da sucessão dos fatos narrados no processo e da observação dos acontecimentos no mercado, no período que antecedeu as licitações em questão, não há como inferir que as indiciadas tenham praticado conduta abusiva do poder econômico"

Da mesma forma, em 16 de dezembro de 1992, no julgamento do Processo Administrativo nº 07/91, que investigou indícios de conluio entre empresas fornecedoras de vales-alimentação decorrente de coincidência de oferta em licitação pública, o relator do processo, ilustre conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, destacou que:

"- a coincidência de condutas assumidas por mais de uma empresa é elemento que permite presumir o conluio vedado por lei;
- a conduta concertada e ilícita se pode dar como provada, se é a única explicação plausível para o comportamento considerado;
- a coincidência de condutas pode resultar, todavia, de causas não vedadas pelo legislador, tais como a similitude na estrutura

operativa e de custos dos distintos competidores, a presença de um fato com impacto similar sobre a totalidade dos ofertantes."

E concluindo seu voto, acompanhado unanimemente pelos demais conselheiros, ressaltou que:

" Em face do exposto e considerando a possibilidade de se admitir uma explicação razoável para identidade de condutas das Reclamadas, que não decorrente de conluio, entendo que não se pode ter como provada concorrência desleal, no caso em julgamento."

No presente caso, entretanto, chama a atenção a dificuldade encontrada pelas Representadas em explicar a racionalidade econômica de suas condutas. Todas as defesas sustentam-se sobre a tese de que o processo de reajuste de preços em oligopólio sob o patrocínio da liderança de preços reflete a interdependência oligopolista e a necessidade de regras estáveis sobre as quais se apoiam as decisões empresariais, reduzindo substancialmente a imprevisibilidade nos mercados. Usiminas e Cosipa nas suas defesas foram enfáticas em ressaltar o papel desempenhado pela CSN como líder no processo de reajuste de preços. Entretanto, num curto espaço de tempo as regras de reajustes foram modificadas, alternando-se CSN e Usiminas na iniciativa de liderar um novo processo de repasse de custos e reajuste de preços. No reajuste de 1996, a CSN anunciou primeiro sua intenção de reajuste e marcou data para efetivá-lo. Sua concorrente Usiminas seguiu o anúncio e marcou a mesma data para a sua efetivação – sem saber se a líder de fato reajustaria seus preços e em que montante. Em 1997, novamente a CSN anunciou sua intenção de reajuste e foi seguida nisso pela Usiminas. Entretanto, Usiminas marcou seu reajuste para antes do reajuste da CSN. Ou seja, sem esperar para tomar ciência de quanto seria o reajuste efetivamente praticado pela CSN, líder de preços, anunciou e praticou seus novos preços. Isso não guarda nenhum sentido com toda as explicações apresentadas pelas defesas, nem com a teoria econômica disponível. Usiminas não seguiu líder algum. Não houve processo de liderança de preços a partir da CSN. Usiminas liderou de fato o reajuste de 1997, uma vez que teoricamente não poderia saber de quanto seria o reajuste negociado pela CSN com seus clientes – ou já sabia? Para seguir a líder, só poderia ter efetivado seu reajuste após efetivado o reajuste da “líder” de preços CSN.

Aqui é importante observar que, conforme proposição de Markham (op.cit.) bastante utilizada pelos economistas, as características da indústria brasileira de aços planos comuns apontam para um esquema de liderança colusiva de preços, seja porque se trata de um oligopólio de produtos homogêneos alta-

mente concentrado, com elevadas barreiras à entrada, custos praticamente idênticos e demanda inelástica (características estruturais), seja porque não há notícia de reajustes de preços que não foram imediatamente seguidos pelo conjunto dos produtores (característica comportamental), conforme ressaltado pela SDE. Dessa forma, a troca de líderes, possível sob condições bastante restritas num oligopólio com liderança barométrica de preços, não seria de se esperar num oligopólio com liderança colusiva de preços, como é o da indústria brasileira de aços planos comuns. Dessa maneira, a troca de líderes de preços só poderia ocorrer diante da certeza de que os demais concorrentes já estariam preparados para acompanhar os reajustes.

Por outro lado, é preciso analisar a tese das Representadas de que as mudanças nas tabelas de preços são anunciadas com vários dias de antecedência pela líder como forma de se assegurar que será acompanhada pelas demais. Se suas concorrentes não anunciarem mudanças também nas suas tabelas, a líder recuará de seu reajuste sem perda de mercado. Porém, como a SDE ressaltou, em 1997 USIMINAS comunicou seu aumento à General Motors apenas dois dias depois da CSN comunicar seu aumento à mesma cliente, aumentando seus preços antes mesmo que ela. Ou seja, não esperou para ver se a outra iria efetivamente aumentar seus preços, segundo o comportamento alegadamente tradicional no mercado. É sempre possível, principalmente quando o cliente é uma grande empresa com poder de negociação e que pode trocar de fornecedor, que o reajuste pretendido não seja obtido, total ou parcialmente. Assim, não há como concluir de que modo a Usiminas teve a certeza de que seu reajuste seria também praticado pela CSN.

As Representadas ressaltam nas suas defesas que as usinas decidiriam por reajustes de preços com base num processo tradicional de liderança de preços, que requer estabilidade e repetição, para evitar a emissão de sinais dúbios ou equivocados e a probabilidade de descoordenação. Como já foi mencionado, liderança de preços é diferente de liderança de mercado. Nem sempre o líder de mercado é líder de preços, mas essa possibilidade exige estabilidade nos usos e costumes, sob pena de se tornar um processo descoordenado, que dificulta a racionalidade das decisões empresariais. Para a líder do mercado aceitar que outra firma que não ela comande o processo de reajuste de preços, é preciso que esta seja uma prática aceita por todo o mercado e que não vale a pena ser modificada. No presente caso observa-se uma troca rápida e pouco clara das regras de liderança de preços, com ausência de sinais e procedimentos claros.

Desse modo, os processos de reajustes de preços observados em 1996 e 1997 na indústria brasileira de aços planos comuns não seriam adequa-

damente explicados pela teoria da liderança de preços, nem apresentariam racionalidade econômica. Se esses fatos não demonstram cabalmente a ausência de competição na indústria e a existência de acordo explícito entre as Representadas, certamente abrem uma nova fronteira para a pesquisa empírica e teórica de Organização Industrial. Repito que aceito a tese de que se há outra explicação econômica para o paralelismo de conduta que não o cartel, a infração à ordem econômica não fica configurada. Faço notar, entretanto, que no presente caso as explicações no campo econômico invocadas pelas Representadas são frágeis e insuficientes para explicar o processo de reajuste de preços ocorrido em 1996 no mercado relevante.

7. Da reunião na SEAE

Na caracterização da infração à ordem econômica é preciso separar indícios de condições. Assim, é certo que estão presentes no mercado brasileiro de aços planos comuns as condições estruturais para a formação de cartel. As tentativas da defesa de demonstrar que a formação de cartel seria impossível diante da concorrência do produto importado ou das alterações tecnológicas da indústria foram claramente infrutíferas. Ainda assim, isso não significa que tenha havido, por essas razões, acordo entre os concorrentes nesse mercado.

Por outro lado, também é certo que os processos de reajuste de preços observados nos anos de 1996 e 1997 na indústria não seguiram o que preceitua a teoria econômica vigente. A racionalidade econômica do reajuste de preços da indústria no ano de 1996 não ficou configurada, o que contribui de maneira significativa para reforçar uma eventual conclusão de formação de cartel.

Finalmente, resta analisar a reunião convocada pelo setor – através de seu órgão de classe, o IBS – na SEAE. Considero esse o indício além do comportamento paralelo (insuficientemente explicado no presente caso, repito) que caracteriza o cartel. Após mais de um ano sem alterar seus preços, as Representadas emitiram nos dias 17/07/96 (CSN) e 22/07/96 (Usiminas e Cosipa), comunicados circulares para seus clientes informando reajustes de preços, em percentuais próximos, para entrar em vigor em 01/08/96. Os reajustes anunciados foram praticados no dia 01/08/96 pela CSN e nos dias 05 e 08/08/96 pela Cosipa e Usiminas, respectivamente. Antes dos reajustes terem sido praticados, porém, as Representadas participaram, através dos seus diretores comerciais, da reunião convocada pelo setor.

Como foi largamente defendido por Usiminas e Cosipa, comunicações prévias de reajustes de preços no futuro não se constituem em reajustes de preços efetivos, ou seja, preço anunciado não é preço praticado. Tratam-se de propostas de preços a serem negociados cliente a cliente. Concordo, portanto, com o argumento das defesas de que, em julho de 1996, as usinas, preliminarmente, apenas comunicaram a intenção de reajuste de preços ao mercado - sendo que Usiminas e Cosipa comunicaram ao mercado a intenção de realizar tal reajuste na mesma data, coincidentemente, cinco dias após a CSN. Segundo Usiminas e Cosipa, esses anúncios provocaram intensas negociações comerciais para, enfim, os reajustes serem concedidos de forma individual, caso a caso, no mercado. De fato, é assim que acontece caso haja alternativa para os consumidores do produto, que diante do anúncio de reajuste futuro dos preços iniciam imediatamente negociações com outros fornecedores interessados em capturar parte dos clientes do concorrente.

Nos mercados onde o consumidor conta com alternativas de suprimento, a negociação com os diversos vendedores conduz o reajuste de preços efetivamente praticado para níveis inferiores àqueles anunciados pelos vendedores. O anúncio do reajuste é apenas um primeiro passo na negociação, refletindo um desejo do vendedor, uma primeira base para a discussão. A negociação, quando livre, implica reajustes diferenciados entre clientes do mesmo tipo. Somente uma empresa com extraordinário poder de mercado, o monopolista ou a indústria cartelizada é capaz de aplicar integralmente o reajuste pretendido. Nesses casos não há negociação, há imposição unilateral, há abuso do poder de mercado, com transferência de renda compulsória do comprador para o vendedor.

De todo modo, é importante ressaltar que na fase de negociações, após o anúncio da pretensão de reajuste e antes da efetivação do preço que surgirá do choque entre as forças do mercado, é fundamental para que essas forças atuem que os vendedores não façam contato, não entrem em acordo quanto ao limite das negociações. Se o fizerem, o que seria uma mera tentativa de preço ou preço básico, na terminologia utilizada pelas Representadas, torna-se desde logo o preço efetivo. Isto é, se entre a comunicação do desejo de reajuste de preços e sua efetivação os vendedores conversam sobre o processo de reajuste, as negociações no mercado são inúteis, uma vez que os compradores perdem a alternativa de ameaçar o vendedor com a troca de fornecedor. Inúteis porque os vendedores sabem, desde logo, que tal ameaça não redundará na obtenção de melhores condições de venda com o concorrente, que já está operando em conluio.

No presente caso, ficou claramente estabelecida a imposição de preços por parte das usinas para os clientes que não contam com poder de barganha similar ao das montadoras de automóveis. Para aqueles, a instrução da SDE e seu parecer técnico demonstraram cabalmente a forma praticamente única dos reajustes efetuados, tanto em 1996, de uma só vez, integral, sem parcelamento, quanto em 1997, integral com um número fixo de parcelas para todos. Mais uma vez ressalto que o reajuste de 1997 está sendo citado apenas como exemplo do procedimento das Representadas, uma vez que a denúncia aqui investigada diz respeito ao reajuste de preços de agosto de 1996. Não houve de fato negociação, como as defesas querem fazer crer. Como acreditar em negociações se os percentuais de aumentos foram os mesmos e o reajuste imediato em apenas uma parcela, também para todos. Ou pelo menos para a ampla e esmagadora maioria dos clientes que não detêm poder de barganha.

O que chama a atenção para o processo de reajuste de preços de agosto de 1996 é justamente o fato de que na data da reunião com a SEAE – solicitada pelo setor através do IBS, da qual participaram os diretores comerciais das Representadas - os preços ainda não haviam entrado efetivamente em vigor. Os preços estavam sendo negociados no mercado, caso a caso, individualmente. Dessa forma, os responsáveis pelas políticas comerciais das três usinas siderúrgicas brasileiras de aços planos comuns, sob o patrocínio ou não do IBS, não importa, entraram em contato para conversar sobre um reajuste de preços em andamento. Acertaram ir na SEAE “explicar” o aumento de preços, a necessidade do repasse de custos incorridos. Ao manterem contato direto para tratar do reajuste dos preços - não importa se sob o patrocínio do IBS ou não, repito – os responsáveis pela política comercial das três únicas fornecedoras do mercado suprimiram dos clientes as alternativas de mercado, impondo-se em bloco.

Foram conversar na SEAE sobre preços, num momento em que os preços ainda não haviam se efetivado e, dessa maneira, não haveria como uma empresa saber que reajustes estavam sendo obtidos pelas outras no tal processo de negociação, se este tivesse ocorrido. Como então expor aos técnicos da SEAE qual seria o reajuste efetivado, como necessidade de reposição de custos, se este estava sendo negociado “cliente a cliente”, conforme a expressão das Representadas. O fato dos reajustes terem sido lineares para todos os clientes, conforme demonstrado pela SDE apenas torna evidente que eles não foram negociados. Mas o fundamental é que os concorrentes foram em comissão comunicar um reajuste de preços que tecnicamente ainda não havia ocorrido de fato, muito embora depois tenha sido. A certeza do reajuste é demonstração inequívoca do acerto. A combinação entre concorrentes para marcar um encontro com o governo, sob o patrocínio do órgão de classe ou não, com o

objetivo de comunicar um reajuste de preços que ainda não havia sido efetivado é uma demonstração inequívoca do acerto.

Cabe aqui um parêntesis para estabelecer um paralelo com outras jurisdições. Nos países nos quais a aplicação da lei antitruste apresenta-se inserido dentro do direito penal, a apreensão de agendas denunciando o encontro entre diretores de empresas concorrentes ou a simples troca de telefonemas entre eles é prova suficiente da violação da lei. Certamente lá, como aqui, é impossível demonstrar que nessas reuniões ou troca de telefonemas entre empresários responsáveis justamente pela área de comercialização e fixação de preços o assunto tratado foi este. Mas como essa possibilidade é real, e mais do que isso, é racional, é absolutamente proibido o contato entre concorrentes. Quanto mais para anunciar reajuste de preços que ainda não foram efetivados, que ainda não ocorreram, mesmo que o anúncio seja feito para um órgão do governo.

Assim, a reunião na SEAE é um indício incontestável de que as empresas conversaram sobre preços antes do reajuste ter sido praticado. Na verdade, a reunião em si não é o mais grave. O mais grave é que para marcarem a reunião na SEAE para comunicar o reajuste, os três únicos fornecedores de aços planos comuns no país entraram em contato para debater um tema que parecem considerar trivial: PREÇOS. Aliás, se o processo de negociação estava em curso, como foram as empresas comunicar os percentuais de reajuste, que teoricamente eram desconhecidos?

Também é significativo o fato de Usiminas e Cosipa terem tentado ao longo de todo o processo escamotear este fato, admitindo-o apenas quando já não era mais possível negá-lo. É evidente que à reunião da SEAE antecede logicamente uma conversa, um encontro, um acerto entre as Representadas sobre o tema a ser tratado. Nenhuma empresa desloca funcionários para uma reunião com o governo sobre assunto ignorado, apenas por terem sido convidados pelo IBS, pelo órgão que defende os interesses da classe. Sendo evidente, não oferece dúvida, compreende-se prontamente dispensando demonstração, segundo o Novo Dicionário Aurélio. Não se trata de suposição, portanto, mas de um fato.

É preciso notar que não importa se na ausência do acerto entre as partes a forma e o montante do reajuste seria similar. O que importa é que houve uma reunião/comunicação apenas entre eles e desta surgiu a oportunidade de se obter reajustes superiores ao que seria obtido sem ela, independentemente de qualquer julgamento a respeito do fato deste ter sido além ou aquém do necessário para repor custos.

O fato a ser realçado é que concorrentes entraram em contato para discutir preços, antes do reajuste ser efetivado, antes de ser praticado, não importa como nem onde. Ao marcarem com a SEAE para falar de preços deram inequívoca demonstração que se comunicaram antes para tratar do assunto. Também não posso aceitar o argumento de que foi o IBS que marcou a reunião e que as empresas, seus diretores comerciais, os responsáveis pela política comercial do setor, desconheciam o assunto. O IBS é um órgão que representa os interesses do setor, é mantido pelo setor, presidido pelo presidente de uma das empresas do setor. Sendo assim, ofende o senso comum, ofende o bom-senso e a lógica, a tese de que o IBS age independentemente sem dar satisfações ao setor que representa e cujos interesses defende, marcando reuniões e convidando diretores comerciais para tratar de assuntos por eles ignorados.

É líquido e certo que concorrentes não podem sob hipótese alguma tratar de preços de mercado entre si. Desse contato resultará inevitavelmente prejuízo para o consumidor e para a sociedade. Apesar da existência de várias formas de coordenação entre concorrentes com o intuito de aproximar o resultado do mercado daquele obtido sob monopólio, como já mencionado nesse voto, a colusão, o cartel, ainda é a melhor e mais eficiente maneira de alcançar esse objetivo permanente das empresas. No presente caso empresas que deveriam ser concorrentes na plenitude do termo trataram de preços antes destes serem efetivados, antes do aumento efetivo. Puderam, então, acertar que nível de desconto seria admitido, se os níveis propostos seriam mantidos ou não, a forma de um eventual parcelamento nos reajustes.

As usinas foram juntas, sem a convocação do governo, informar, comunicar, justificar, um futuro aumento de preços, em bases por eles teoricamente ignoradas, pois dependiam de intensas negociações de mercado. É fato que tais negociações intensas nunca ocorreram, como bem demonstrou a SDE nas suas diligências e no seu parecer. Mas também é fato que foram todas as usinas ao governo tratar de reajustes de preços antes que eles tenham ocorrido. Foram juntas comunicar seus reajustes que, se fossem inflexíveis, não negociados, decorrentes de acerto, seriam maiores do que se fossem negociados. Assim, está certa a SEAE quando afirma que a solicitação da reunião, feita pelo IBS, órgão que representa o setor, mas da qual participaram voluntariamente as Representadas, pressupõe que as empresas conversaram antes sobre os reajustes. Conversaram antes sobre preços. Não posso imaginar uma situação em que as Representadas foram à SEAE, à convite do IBS - órgão de representação da indústria, dirigido por diretores da indústria -, desconhecendo o assunto a ser tratado, sem dele nunca terem tratado.

Também não posso aceitar de maneira alguma a tese de que ir ao governo comunicar reajustes de preços faz parte da tradição do mercado. Que quando a indústria não vai de moto próprio, é convocada pelo governo. Isso não pode ser de forma alguma argumento para a formação de cartel, para o reajuste coordenado dos preços. Além disso, a SEAE não apenas não convidou as Representadas para discutir seus preços, mas quando tomou conhecimento do motivo que levou o IBS a solicitá-la, e diante da presença dos três únicos vendedores no mercado, advertiu as Representadas quanto à possível infração da ordem econômica objeto deste P.A., emitindo para as usinas, inclusive, ofício à esse respeito.

O fato é que o cartel prejudica o consumidor, subtrai do mercado sua função justa e fundamental para o bem-estar econômico resultante de uma economia livre e concorrencial. Se a concorrência não existe, colocam-se em risco princípios fundamentais não apenas do mercado, mas da liberdade e da democracia. Nesse sentido, é preciso por término à visão ainda vigente entre alguns empresários no país que “organizar os mercados” faz parte da atividade empresarial. Não faz. A coordenação é dada pelo livre mercado, único ambiente que define o que é um preço justo. Único ambiente que ao funcionar livremente induz à redução de custos de produção e de preços, ao lançamento de novos e melhores produtos, gerando os benefícios que a sociedade espera da atividade empresarial.

VI - DECISÃO

Considero que ficou demonstrada a formação de cartel por parte dos produtores brasileiros de aços planos comuns. Ressalto que para a caracterização do ilícito administrativo contribuiu o fato de que estão presentes nesse mercado as características estruturais para a formação do cartel, além da existência do chamado paralelismo de conduta. Essas, entretanto, são condições necessárias, mas não suficientes. Também contribuiu para a caracterização do acordo o fato de que as explicações apresentadas pelas defesas (com base, inclusive, na teoria econômica) para o processo de reajuste de preços no setor revelaram-se pouco convincentes, além de empírica e teoricamente desamparadas. Não vejo racionalidade nos processos de reajuste de preços ocorrido nos anos de 1996 e 1997, como já mencionado anteriormente, o que representa claro indício da conduta infrativa.

Nesse sentido, incorporo ao presente voto o entendimento manifestado pelo conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca no seu voto oral, cuja justificativa está apensada aos autos. Segundo tese apresentada pelo ilustre advogado da CSN na sua sustentação oral na Tribuna, na sessão de julgamento, não

está presente no atual Código de Processo Civil a adoção explícita da prova através de indícios, que constava do artigo 253 do Código de Processo Civil de 1939 ⁽²⁸⁾. Afirmou, ainda o advogado, que o Professor Alfredo Buzaid teria eliminado explicitamente a palavra indícios do novo CPC. Entretanto, conforme observou o conselheiro Leopoldino, a palavra não foi adotada no atual CPC, mas o instrumento probatório e seu conceito permaneceram. O confronto dos textos de 1939 e de 1973, demonstra com clareza que o conteúdo normativo é o mesmo. A questão não se restringe, dessa forma, apenas à ausência ou à presença da palavra, mas exige uma análise sistemática dos dispositivos do Código. Basta, ainda segundo o conselheiro Leopoldino, confrontar o art. 131 com os artigos 332 e 335, todos do Código de Processo Civil vigente, para se verificar que, se a palavra não foi mencionada, permaneceu intacto o seu sentido e o seu valor.

Ainda assim, a falta de racionalidade econômica e de explicação para a conduta das Representadas no campo empírico ou teórico da ciência econômica, pode ser considerada secundário (não que de fato, seja) na caracterização do cartel. Isso porque embora a ausência de uma evidente racionalidade econômica nos reajustes de 1996 e 1997 seja um indício importante, que se soma aos demais na direção de uma clara conclusão, há um “plus” no presente caso, qual seja, a comunicação entre as Representadas que antecedeu a reunião na SEAE. Não importa se sob o patrocínio do IBS, ou não.

Demonstrado o conluio entre os produtores brasileiros de aços planos comuns com o objetivo de aumentar seus lucros, entendo que a conduta investigada das Representadas ficou claramente enquadrada no artigo 20, incisos I c/c artigo 21, inciso I da lei 8.884. Sendo assim, determino:

1. O pagamento por parte de cada Representada da multa mínima de um por cento do valor do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os impostos, prevista no inciso I do artigo 23, da lei 8.884 e artigo 11 da Lei 9021, equivalentes aos seguintes valores:

EMPRESA	FATURAMENTO – 1996	VALOR DA MULTA
CSN	R\$ 2.218.000.000,00	R\$ 22.180.000,00
USIMINAS	R\$ 1.618.000.000,00	R\$16.180.000,00

²⁸ Estabelecia o artigo 253 do CPC de 1939: “Na apreciação dos indícios, o juiz considerará livremente a natureza do negócio, a reputação dos indiciados e a verossimilhança dos fatos alegados na inicial e na defesa.”

COSIPA	R\$ 1.315.000.000,00	R\$13.150.000,00
--------	----------------------	------------------

2. A publicação do extrato da decisão condenatória apresentado abaixo, às expensas das Representadas, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada a empresa, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal.

EXTRATO DE DECISÃO CONDENATÓRIA A SER PUBLICADO**DECISÃO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

O CADE, em sessão de julgamento do dia 27 de outubro de 1999, após investigação, decidiu que as empresas Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. – USIMINAS e Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, violaram os artigos 20, inciso I c/c 21, inciso I, da lei 8.884/94 (lei brasileira de defesa da concorrência), referente a prática de cartel no mercado de aços planos comuns, no ano de 1996. Desse modo, condenou as empresas ao que se segue:

1. Pagamento por parte de cada empresa da multa mínima de um por cento do valor do faturamento bruto no exercício de 1996, excluídos os impostos, prevista no inciso I do artigo 23, da lei 8.884, equivalentes aos seguintes valores:

EMPRESAS FATURAMENTO - 1996 VALOR DA MULTA

CSNR\$ 2.218.000.000,00R\$ 22.180.000,00
 USIMINAS R\$ 1.618.000.000,00R\$ 16.180.000,00
 COSIPAR\$ 1.315.000.000,00R\$ 13.150.000,00

2. Publicação do extrato da decisão condenatória, às expensas das Representadas, no jornal de maior circulação do Estado da Federação em que estiver sediada a empresa, em meia página, por dois dias seguidos, por três semanas consecutivas, no primeiro caderno do jornal.

As multas deverão ser pagas na forma da Resolução No. 9 do CADE. Entendo que fica parcialmente prejudicado o disposto no inciso I, do artigo 23 da lei 8.884, uma vez que não é possível quantificar a vantagem auferida pelas empresas com a infração. Não há como se estimar qual seria o preço de mercado na ausência do acordo.

Na fixação das penalidades considerei o previsto no artigo 27 da lei 8.884, entendendo que são perfeitamente adequadas aos objetivos da lei brasileira de defesa da concorrência - repressão e prevenção ao abuso do poder de mercado. O acordo entre concorrentes com a finalidade de impor preços aos con-

sumidores constitui-se num atentado à liberdade individual, na medida em que subtrai do indivíduo suas alternativas no mercado. Dentre as hipóteses de infração à ordem econômica, o cartel reveste-se de um caráter especialmente nocivo aos consumidores e à própria eficiência econômica, isto é, à coletividade como um todo. Por essa razão, em outras jurisdições, a exemplo do Canadá e Estados Unidos, é tratado como ilícito de natureza criminal, punível com restrição de liberdade.

No presente caso, a conduta foi patrocinada por grandes empresas com substancial poder econômico que atuam num setor relevante da economia nacional, através de um produto que não encontra substitutos nem pode ser adquirido de maneira economicamente viável no mercado internacional. Porém, entendendo que os montantes das multas ora aplicadas já atendem à sua função, considerando-se, ainda, que se cuida da primeira vez em que restou provada a prática de cartel sob a vigência da lei 8.884 e, portanto, a presente decisão reveste-se de um caráter educativo para os agentes econômicos. Ademais, a conduta restritiva foi realizada após um período de transição entre uma situação de intervenção governamental nos setores industriais, através de controle de preços, e a liberação dos preços e introdução da livre concorrência nos mercados. Embora, é fundamental ressaltar, isso não seja justificativa para o conluio entre empresas com a finalidade de subtrair do consumidor seus direitos inerentes ao livre mercado, avançando sobre sua renda de maneira compulsória e evidentemente ilegal. A elevação dos preços do aço de maneira artificial e combinada aumenta os custos e preços de produtos importantes como automóveis e eletrodomésticos, entre outros, reduzindo suas vendas e trazendo desemprego nesses e em vários outros segmentos da economia.

Chamo a atenção, porém, que, ainda assim, a multa aplicada é a mínima exigida por lei, após constatada a infração à ordem econômica. Aplicada a multa máxima, considerada a gravidade da infração e a situação econômica dos infratores, todas empresas de grande porte e poder econômico, as Representadas seriam condenadas a pagar R\$ 665,4 milhões, em vez de R\$ 22,18 milhões (no caso da CSN), R\$ 485,4 milhões, em vez de R\$ 16,18 milhões (no caso da Usiminas) e R\$ 394,5 milhões, em vez de R\$ 13,15 milhões (no caso da COSIPA). A multa aplicada equívale, desse modo, a apenas 3,3% da multa máxima. Tudo isso considerando o princípio da proporcionalidade da pena, que cumpre uma finalidade punitiva-repressiva e não visa de maneira alguma trazer dificuldades ao pleno e eficiente funcionamento do agente econômico.

Diante da presente decisão, que entendeu existente o acordo entre concorrentes e que tais fatos também se subsumem no disposto no art. 4º, inciso I, letra “a”, da Lei nº 8.137/90, determino a remessa de fotocópias dos autos, bem

como do inteiro teor dessa decisão, ao Ministério Público Federal, juntamente com a respectiva representação, para que o *parquet*, querendo, requirite a instauração de inquérito policial ou proponha a competente ação penal contra as empresas.

Condeno, ainda, Usiminas e Cosipa, pelas razões anteriormente expostas, ao pagamento de multa de 3.595.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.512.315,00 e 3.570.000 UFIR, equivalentes a R\$ 3.487.890,00, por terem infringido o disposto no artigo 26 da lei 8.884. Ressalto mais uma vez que mesmo diante dos agravantes previstos no artigo 27 e presentes no caso em tela, que justificariam a aplicação de multa mais elevada (o artigo 26 estabelece como teto 100 mil UFIR por dia), apliquei a multa diária mínima exigida pela lei (5% da máxima), por ter considerado que o valor total da multa a ser paga é absolutamente adequado aos seus objetivos.

Finalmente, determino o envio de ofício à SDE visando a instauração de processo administrativo tendente à conhecer adequadamente os fatos e saber da viabilidade da aplicação de sanção à empresa MALLORY S.A.

É o voto.

Brasília, 27 de outubro de 1999

RUY SANTACRUZ
Conselheiro-relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA CADE***Ação independente em prol da concorrência***Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25 (Compromisso de Cessação de Prática)*****Representante: Philip Morris Brasil S/A******Representada: Souza Cruz S/A*****Relator: Conselheiro Mércio Felsky****ACÓRDÃO**

Recurso de Ofício em Processo Administrativo. Cláusulas de exclusividade de venda nas cadeias de distribuição e de varejo. Mercados relevantes de produto: cigarro-varejo e cigarro-atacado Mercados relevantes geográficos do cigarro-varejo: cada área ("shopping center", aeroporto, conjunto de quadras) coberta pelos pontos de venda objeto de acordo de exclusividade. Mercados relevantes geográficos do Cigarro-atacado: o município. Mercados concentrados. Padrão de concorrência Via diferenciação de produtos. Nível de barreiras à entrada elevado, tanto no "mercado de origem" quanto nos mercados "alvos". Posição dominante. Existência de poder de mercado. Índícios de expressivos graus de "fechamento". Presentes as condições para o exercício abusivo de poder de mercado. Art. 21, Incisos V, VI e XI c/c art. 20, Incisos I a IV, da Lei nº 8.884/94. Compromisso de Cessação de Prática (Art. 53 da Lei nº 8.884/94). Suspensão do processo.

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, aprovar o Compromisso de Cessação de Prática. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas, os Conselheiros Mércio Felsky, João Bosco Leopoldino, Hebe Romano, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso A. de Mello Franco. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo.
Brasília, 13 de setembro de 2000 (data do julgamento).

JOÃO GRANDINO RODAS

Presidente do Conselho

MÉRCIO FELSKY

Conselheiro-Relator

RELATÓRIO

Em 19 de maio de 1998, foi protocolizado na SDE Representação na qual a empresa Philip Morris Brasil S/A acusa a empresa Souza Cruz S/A de práticas contra a ordem econômica, cometendo as infrações previstas no art. 20, incisos I a IV, c/c. o art. 21, incisos V, VI e XI, da lei nº 8.884/94, em prejuízo da livre concorrência e dos consumidores.

Quanto aos fatos, a Representante afirma que a Souza Cruz vêm adotando cláusula de exclusividade nos contratos que celebra com os pontos de venda de cigarros, que, anteriormente, também vendiam produtos da Philip Morris. Essas cláusulas estabeleceriam, expressamente, a proibição de venda de cigarros de outros fabricantes, prevendo, inclusive, penas para o seu descumprimento.

Alega a Representante que a adoção de cláusulas de exclusividade que tenham por objeto apenas o *merchandising* é prática legal e regular, tratando-se do comércio de cigarros, entretanto, salienta que a Denunciada não se limita à exclusividade de *merchandising* adotando também cláusulas de exclusividade de vendas de sua marca, que, dessa forma, impedem que os pontos de venda possam comercializar qualquer marca de cigarro que não seja a fabricada pela Souza Cruz.

Segundo a Representante, visando obter a exclusividade dos pontos de venda, a Denunciada paga aos comerciantes "importâncias substanciais", que variam de acordo com certas características dos pontos de venda como a localização e tipo do estabelecimento, bem como a classe social da clientela e o volume de vendas. Além do pagamento pela exclusividade, a Representante afirma que a Representada oferece outras vantagens aos pontos de venda exclusivos, tais como aumento do prazo para pagamento, descontos diferenciados e bonificações em produto.

A Representante classifica a relação entre os pontos de venda revendedores e os fabricantes de cigarros como sendo vertical, afirmando não haver competição entre estes dois níveis da cadeia de produção, contudo, salienta que acordos de exclusividade como o ora analisado têm repercussão negativa na concorrência horizontal entre os fabricantes.

Na caracterização do mercado relevante, quanto ao produto, a Representante afirma que o mercado é o da fabricação de cigarros em geral, pois o fumante de cigarros não o substitui por charuto, cachimbo, cigarrilha ou qualquer outro produto. Em relação ao mercado geográfico, a Representante afirma que o mercado relevante é o território nacional, pois a importação do cigarro estrangeiro corresponde a apenas 6,9% das vendas internas. E, com relação ao índice de concentração, a Representante classifica o mercado nacional de cigarros como um duopólio, pois a Representante e a Representada detém conjuntamente 99,1 % do mercado brasileiro, sendo que somente a Souza Cruz possui quase 85% do mercado (dados de 1997) (fls. 09 e 67).

Quanto à concorrência no mercado relevante, a Representante alega que a rígida regulamentação do setor favorece a Souza Cruz, na condição de empresa dominante, pois a concorrência quanto ao preço é muito limitada. A legislação concernente à matéria, segundo a Representante, obriga a manutenção de uma diferença de preços não inferior a 12% entre uma classe e outra de cigarros. E, como a diferenciação quanto a qualidade e modelo também é alvo de uma severa regulação, a concorrência é feita basicamente extra-preço, destacando-se a propaganda neste contexto. Logo, continua a Representante, as concorrentes travam verdadeira guerra de *merchandising* e de publicidade, que depende sobremaneira do sistema de distribuição, pois quanto maior o número de pontos de venda, maior será a divulgação do produto. Destaca que a Souza Cruz tem posição dominante e poder de mercado e que os contratos de exclusividade revelam-se como verdadeiras barreiras à entrada.

A Representante argumenta que os pontos de venda -a cadeia varejista - constitui o mercado do consumidor final, ao qual se dirige o fumante para comprar o cigarro de sua preferência. Para ela é especialmente neste nível da cadeia produtiva -varejo -que a exclusividade se manifesta de forma mais hostil tanto para o fabricante concorrente quanto para os consumidores. Para o primeiro porque é excluído definitivamente do acesso ao destinatário final de seu produto, por motivos alheios à sua vontade, ao seu desempenho ou à sua eficiência. Os consumidores, por seu turno, são privados da marca de sua preferência, ou submetidos ao desconforto de procurá-la, situações que afetam seu soberano direito de escolha. A única alternativa para a Representante seria também a adoção de cláusulas de exclusividade de venda, estratégia economicamente inviável, porém, pois implicaria elevação dos seus custos com consequente redução da sua participação no mercado e dos seus lucros, em benefício de seu concorrente e em detrimento dos consumidores (fls. 12)

Afirma que em tais circunstâncias, o pacto de exclusividade da Representada com os revendedores tem conteúdo anticoncorrencial, eis que materializa a

exclusão de concorrentes dos pontos de venda exclusivos, reforçando o poder de mercado desta, dando ao mercado uma configuração monopolista e violando o direito de escolha dos consumidores. Desta forma, a Representante conclui que a prática limita e prejudica a concorrência à medida em que fecha parte substancial do segmento varejista do mercado de cigarros aos produtos das concorrentes; resulta em domínio do mercado relevante, constituindo tentativa de monopolização; aumenta arbitrariamente os lucros da Representada, em decorrência da prática restritiva em desfavor dos concorrentes; e, constitui abuso da posição dominante, na medida em que não gera qualquer benefício ao mercado ou aos consumidores (fls. 14).

Diante do exposto, pediu a Representante:

- a) que fosse instaurado o processo administrativo para apurar a conduta;
- b) que fosse adotada medida preventiva visando a rescisão imediata dos contratos de exclusividade de venda existentes, e não mais pactuasse, expressa ou tacitamente, quaisquer outros acordos exclusivos com revendedores de cigarros, sejam atacadistas ou varejistas;
- c) que fosse convocada a Representada para celebrar, com a SDE, compromisso de cessação, nos termos do art. 53 da Lei 8.884/94, para assegurar o normal funcionamento do mercado; e,
- d) que frustrada a tentativa do compromisso, ao término das investigações fosse proposto ao CADE, a condenação da Representada por prática infrativa da ordem econômica.

Instaurado o devido processo legal, abriu-se o contraditório convocando-se a Representada para apresentar os esclarecimentos de praxe. Segundo a Souza Cruz, o número total de pontos de varejo com os quais mantinha contratos de exclusividade de venda, em 1998, era 2.491 em todo o território brasileiro, o que representava 1,4% do total de varejos por ela atendido diretamente, ou 0,8% do total de varejos- que vendem cigarros. Isso, entre outras razões alegadas, demonstraria a inexistência de substancial prática de exclusividade de vendas que possa significar qualquer barreira para o ingresso ou desenvolvimento de concorrentes. Diligências foram feitas, pareceres de especialistas na matéria foram apresentados, tanto pela Representada quanto pela Representante, e apresentou-se as alegações finais. A SDE concluiu a instrução do processo e, nos termos legais, recorreu de ofício ao CADE.

No CADE, tão logo o processo fora a mim distribuído, a Representada, em petição protocolada em 16.12.99, manifestou sua disposição de iniciar negociação com o CADE, com vistas à celebração de Compromisso de Cessação de

Prática. Sobre este pedido deliberei somente depois de dar vistas dos autos à Procuradoria do CADE.

Vale mencionar, ainda que *en passant*, as conclusões dos pareceres exarados nos autos, tanto pela SDE e SEAE, quanto pela Procuradoria do CADE, com o único intuito de se ter uma melhor compreensão da conduta que deu origem à investigação, possibilitada pelas análises já feitas da conduta investigada. Em verdade, tendo decidido pela via da negociação para a celebração de um compromisso de cessação, as conclusões sobre o mérito da prática, exaradas nos pareceres, têm apenas um caráter subsidiário para a autoridade ao estabelecer as condições e alcance desse compromisso. O que interessa é a disposição da Representada de cessar o quanto antes a prática objeto de investigação.

O Senhor Secretário da SDE, em seu despacho, concluiu que a *atuação da Representada, ao impor cláusula de exclusividade nos contratos que celebra com os pontos de venda a varejo de cigarros cria potenciais dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente, bem como restringe seu acesso aos canais de distribuição desse produto, incorrendo nas condutas descritas, respectivamente, nos incisos V e VI do art. 21 da Lei nº 8.884/94, configurando as infrações previstas no art. 20, incisos I, II e IV, do mesmo diploma legal.*

O Senhor Secretário da SDE, então, recomendou a proibição da prática de exclusividade de venda da Souza Cruz com estabelecimentos localizados em aeroportos e shopping centers, se limitando, no entanto, a recomendar algumas restrições aos contratos de *merchandising* da Souza Cruz com os pontos de venda localizados fora desses locais, inclusive com o atacadista Makro, admitindo a existência da exclusividade de venda com esses estabelecimentos.

O Parecer da SEAE, foi protocolado direto no CADE, e por mim juntado aos autos em 18.01.2000 (fls. 1.836/1.860). Na avaliação dos efeitos positivos e negativos dos acordos de exclusividade nos mercados relevantes considerados a SEAE considera que o efeito líquido da prática é negativo tanto nos mercados de cigarro- varejo quanto nos mercados de cigarro-atacado. Para a SEAE, no mercado de cigarros, nem mesmo a proteção contra o *free riding* constitui uma justificativa para a adoção de acordos de exclusividade, avaliando ainda que os investimentos feitos na implantação de novos varejos, que segundo a Representada justificariam a existência da exclusividade de venda, têm um custo com o qual arca, em última instância, o consumidor.

Conclui, então, a SEAE que, *por não gerar benefícios aos consumidores e por restringir a concorrência, a prática de acordos de exclusividade de vendas com distribuidores de cigarros no atacado e no varejo deve ser proibida.*

É importante ressaltar que, nas análises dos efeitos da conduta feitas, tanto pela SDE quanto pela SEAE, as definições dos mercados relevantes de produto delimitados são praticamente coincidentes. Embora a SDE afirme ser o **cigarro em geral** o produto relevante, no decorrer da análise ela distingue o segmento varejo do segmento atacado. A SEAE distingue, já, de imediato, dois mercados relevantes de produto: o **cigarro-varejo** e o **cigarro atacado**.

Na dimensão geográfica dos mercados relevantes definidos pelas duas secretarias ocorrem, porém, divergências significativas. Para a SDE, os mercados relevantes geográficos para fins de investigação da prática de exclusividade de vendas no varejo são: (i) *nas áreas urbanas e não-residenciais, o raio de 500 m a partir de um ponto fixo, que é o local onde está o consumidor demandante do produto;* (ii) *os shopping centers;* e (iii) *os aeroportos do país.* Para o caso da mesma prática em redes atacadistas e distribuidores, o mercado relevante geográfico é o município, para as cidades de grande porte (acima de 500 mil habitantes); e o **município e seus arredores**, para as cidades de pequeno e médio porte (até 500 mil habitantes).

A SEAE define os mercados geográficos como *o conjunto dos produtos- localidades em que a conduta ocorre: cigarro-varejo em cada área (shopping/aeroporto/conjunto de quadras) coberta pelos pontos de venda objeto de acordos de exclusividade e cigarro-atacado em cada um dos estabelecimentos Makro.*

A Procuradoria do CADE, em seu parecer (fls. 1885/1931), entende que a prática, quanto ao atacado não é abusiva nem prejudicial ao mercado, entretanto, quanto ao varejo entende que deve ser proibida nos aeroportos e *shopping centers* e que deve ser condicionada nos mercados abertos, nos moldes propostos pela SDE.

Opina, ainda, a Procuradoria, pela aplicação da Medida Preventiva de forma a fazer cessar a infração, declarando a falta de eficácia da cláusula restritiva e determinando à Representada que se abstenha de praticar atos que objetivem lhe dar validade ou que tenham por fundamento aquela cláusula em aeroportos e *shopping centers*, até o julgamento do feito pelo CADE. Caso não se aplique a Medida Preventiva, sugere, a Procuradoria, **o imediato julgamento do feito, opinando pela condenação da Representada por prática de ato**

abusivo e prejudicial à livre concorrência, com a conseqüente aplicação da multa prevista no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.884/94.

Quanto ao compromisso de cessação de prática requerido pela Representada, opinou a Procuradoria pelo seu indeferimento, pois entende não ser conveniente a celebração de tal contrato no momento de conclusão de julgamento (*sic*), após quase dois anos de tramitação e instrução do processo que resultou em dispêndio de recursos públicos. Além disso, salienta a importância do presente julgamento para a criação de um parâmetro nas relações sujeitas a contratos de exclusividade.

Ocorre que a Lei nº 8.884/94 estabelece em seu art. 53 que em "*qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pelo SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada*".

Assim, pelo Despacho nº MF/19/2000 de 19 de abril de 2000 (fls. 1939/1944) publicado no Diário Oficial da União nº 78-E, de 24 de abril de 2000 (Seção 1, pág. 3 e 4), deferi o pedido da Representada abrindo e tornando público o procedimento de negociação para a celebração do Compromisso de Cessação com o CADE, previsto no art. 53 da Lei supra.

Apesar do pedido de celebração de compromisso de cessação e de ver atendido esse pedido, a Representada requereu, com fundamento no Art. 5º incisos LIV e LV, da Constituição Federal, a reabertura do prazo para apresentação de alegações finais tendo em vista a juntada nos autos do Parecer da SEAE (fls. 1932). O pedido foi atendido, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e do amplo contraditório que deve ser observado nos processos administrativos (fls. 1945).

Estabeleci uma "Pauta dos Procedimentos" para a formalização do compromisso de cessação de prática (fls. 1949), notificando, ao mesmo tempo, a Representada para que apresentasse suas sugestões de cláusulas e condições que devessem constar do termo de compromisso (fls. 1948/50).

O aditamento às alegações finais foi apresentado no prazo assinalado, reivindicando-se que tal aditamento fosse apreciado pela Procuradoria do CADE (fls. 1956/2021). A Representada apresentou também as sugestões de cláusulas e condições para o termo de compromisso solicitadas (fls. 2028/2056). Atendi, ainda, o pleito da Representada, de uma reunião com o Conselheiro-Relator para apresentação de suas alegações, para a qual convidei também os

membros do plenário, os representantes das d. secretarias, SDE e SEAE, e da Procuradoria do CADE, tudo, com o intento de garantir à Representada a ampla observância dos princípios do processo administrativo. A presença do Procurador-Geral do CADE, nessa reunião atendeu, em princípio, a reivindicação de vistas do aditamento pela Procuradoria. Ainda assim, informei aos presentes na reunião que quando o Termo de Compromisso de Cessação de Prática fosse à Procuradoria para sua manifestação, solicitaria ao i. Procurador que apreciasse também o aditamento às alegações finais apresentado. Nessa reunião, a Representada apresentou suas alegações, teceu considerações sobre o negócio de cigarros, sobre mercado relevante, e manifestou suas discordâncias com pontos dos pareceres constantes dos autos, em especial, do Parecer da SEAE. A degravação do que foi falado nessa reunião consta às fls. 2048 a 2104 dos autos.

Seguindo a pauta de procedimentos, após o recebimento das sugestões da Souza Cruz, foi elaborada uma proposta de termo de compromisso pelo Relator, e enviou-se cópia do mesmo aos advogados da empresa, convocando-os com a devida antecedência para discuti-la em reunião (fls. 2108/2115). A Representada, por seus advogados, requereu o adiamento da reunião agendada com o argumento de que isso possibilitaria o comparecimento à mesma dos novos membros deste conselho que seriam nomeados. Indeferi o pedido, visto que ao Relator cabe conduzir e proceder às negociações, independentemente de estar ou não completa a composição do Plenário, ainda mais, em se tratando de negociações preliminares (fls. 2116).

Realizada a reunião no dia e horário marcado, com a presença de um representante da Procuradoria do CADE, discutiu-se o alcance das condições contidas na proposta do Relator. Os representantes legais da Souza Cruz se propuseram a apresentar, por escrito, as alterações que desejavam fossem feitas, todavia, sem o compromisso do Relator de aceitá-las (fls. 2117/8).

De posse da minuta de termo de compromisso apresentada pela Souza Cruz, juntada em apartado confidencial (fls. 2121), o Relator confeccionou nova minuta acolhendo várias sugestões apresentadas, rejeitando, porém, outras, e marcou-se nova reunião com os representantes legais da empresa. Essa reunião ocorreu em 20.07.00, sem contudo se chegar a uma minuta final de termo de compromisso (fls. 2134).

Novamente, a despeito do processo de negociação do compromisso de cessação em andamento, peticionou a Representada, solicitando nova reunião com os membros do Plenário. Para justificar o pedido argumentou que com a posse de quatro novos conselheiros, a reunião anteriormente havida não teria sido

por eles aproveitada. Contra esse pedido, protestou com veemência a Representante, qualificando-o de manobra protelatória e requerendo o seu não atendimento (fls. 2137/47). Mesmo tendo como superada a fase do contraditório tendo em vista o pedido de celebração de compromisso da própria Representada, mas considerando que a reunião poderia ser oportuna para o esclarecimento de todos os membros do plenário, assenti, deferindo, ainda uma vez, o pedido, sem prejuízo do prosseguimento da pauta de negociações já estabelecida (fls. 2135/2136).

Para essa segunda reunião, distribuí com antecedência ao Senhor Presidente do CADE, aos ilustres Conselheiros e ao Procurador-Geral, um dossiê dando-lhes todas as informações básicas do processo, bem como informando-os do estágio das negociações para a celebração do termo de compromisso. A reunião da Souza Cruz com os ilustres membros do Plenário ocorreu em 16.08.00, e a ata da mesma consta dos autos às fls. 2148.

Nova reunião dos representantes da Souza Cruz com o Relator ocorreu em 22.08.00, tendo-se chegado, então, a uma minuta de termo de compromisso cuja cópia foi distribuída aos ilustres membros do Plenário e ao Procurador-Geral (fls. 2162/7).

Tendo estabelecido de comum acordo com a Souza Cruz, uma minuta de termo de compromisso de cessação, abri vistas dos autos à Procuradoria do CADE e determinei que cópia dessa minuta ficasse disponível, por oito dias úteis, na Secretaria de Apoio ao Plenário, para que quaisquer interessados tivessem acesso ela e pudessem apresentar sugestões ou comentários, por escrito, de forma que, depois de analisados, pudessem ser consideradas pelo Relator na elaboração da minuta final. Estes atos foram objeto do Despacho nº MF/34/2000, de 23.08.00, que foi referendado por este plenário e publicado no Diário Oficial da União nº 165, de 25.08.2000, Seção 1, pág. 3. Cópia desse despacho foi encaminhada ao Ministério Público Federal, por meio do Ofício Gb/CADE nº 2384/2000, de 25.08.00, assinado pelo Senhor Presidente do CADE.

A Procuradoria do CADE, manifestando-se sobre a celebração do compromisso de cessação com a Souza Cruz, no Parecer nº 504/2000, observou que estando atendidos os requisitos jurídico-formais de celebração do citado compromisso, previstos nas alíneas do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.884/94, opina favoravelmente à sua aprovação pelo E. Plenário desta Autarquia.

É o relatório.

Brasília, 04 de setembro de 2000.

Mércio Felsky
Conselheiro-Relator

VOTO

1. A CONDUTA DA REPRESENTADA

Na representação, a Philip Morris Brasil S.A. (Philip Morris) alega que a representada, Souza Cruz S.A. (Souza Cruz), vem se conduzindo de forma lesiva à concorrência, por adotar cláusula de exclusividade de venda nos contratos que celebra com os pontos de venda de cigarros, que anteriormente também comercializavam suas marcas, em especial, os localizados em locais estratégicos, em *shopping centers* e aeroportos. Além disso, segundo a representação, a Souza Cruz havia celebrado contrato de exclusividade com o Makro, a maior rede atacadista do Brasil do tipo "*pegue e pague*" e uma das principais fontes de abastecimento dos pontos de venda em todo o território nacional. Assim, segundo a Philip Morris, a Souza Cruz, através da exclusividade pactuada, estaria bloqueando o acesso de sua mais importante concorrente a uma *parte substancial dos canais de distribuição*.

Em conformidade com o art. 30 e seguintes, da Lei nº 8.884/94, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça -SDE promoveu averiguações preliminares. Convocada a representada para prestar esclarecimentos, afirmou ser a representação nada mais que uma disputa comercial entre concorrentes, que deveria ser resolvida pelo mercado, e acusou a representante de adotar a mesma prática. Segundo a Souza Cruz, a Philip Morris, ao acertar a exclusividade de vendas com o varejo, acorda condições comerciais mais agressivas do que aquelas oferecidas por ela (fls. 226/8).

Comprovada a materialidade da conduta, foi instaurado o processo administrativo, de acordo com o art. 32 da referida Lei. A motivação do Despacho nº 352, do Secretário da SDE, de 30.09.98 (fls. 218), determinou que se apurasse a nocividade à concorrência da adoção, pela representada, de cláusulas de exclusividade de vendas nos contratos de *merchandising, nas cadeias de distribuição e de varejo*, tendo em vista a possibilidade de limitação ou impedimento de acesso de novas empresas ao mercado, bem como de desenvolvimento da única concorrente efetiva, ou, então, se essa atuação seria razoável frente às especificidades do mercado em questão. A conduta da representada, segundo o mencionado despacho, constituía indício de infração da ordem econômica e poderia ser alcançada pelo art. 20, inc. I/IV c/c art. 21, inc. V, VI e XI, da Lei nº 8.884/94.

2. ASPECTOS ESTRUTURAIS DO MERCADO DE CIGARROS NO BRASIL

2.1 Estimativa das participações nos mercados nacional e regionais de cigarros

De acordo com o parecer da SDE (fls. 1761/1827), o mercado brasileiro de cigarros é um **duopólio**, em que a Souza Cruz detém 77,7% da oferta nacional e a Philip Morris, 16,5% (dados de 1998). Os restantes 5,9% estão divididos entre empresas de pequeno porte, que atuam principalmente na classe de preços A, que é a de menor preço.

A evolução das participações de mercados das empresas participantes, tanto no mercado nacional quanto nos mercados regionais, com base em dados *Nielsen*, no período 1994/1997, são apresentadas nas tabelas abaixo:

Brasil				
Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+B				
Souza Cruz	67,4	70,6	74,7	77,0
Philip Morris	21,5	18,8	15,9	14,3
Outros	11,1	10,7	9,4	8,7
Cat C/G				
Souza Cruz	82,3	81,7	81,7	80,4
Philip Morris	17,7	18,3	18,3	19,6

Nordeste				
Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+B				
Souza Cruz	73,7	78,0	82,5	83,0
Philip Morris	3,7	1,6	0,3	0,1
Outros	22,5	20,5	17,3	16,8
Cat C/G				
Souza Cruz	99,7	99,9	99,7	98,7

Philip Morris	0,3	0,1	0,3	1,3
---------------	-----	-----	-----	-----

Sul/Sudeste				
Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+ B				
Souza Cruz	66,0	68,9	72,5	74,8
Philip Morris	24,3	22,0	19,2	18,0
Outros	9,7	9,1	8,3	7,2
Cat C/G				
Souza Cruz	80,7	79,9	79,7	78,3
Philip Morris	19,3	20,1	20,3	21,7

Centro-Oeste				
Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+B				
Souza Cruz	81,9	83,6	90,6	93,8
Philip Morris	5,0	4,5	4,1	2,0
Outros	13,1	11,9	5,2	4,3
Cat C/G				
Souza Cruz	94,3	91,5	92,2	91,9
Philip Morris	5,7	8,5	7,8	8,1

Fonte: Nielsen/Souza Cruz, fls. 17 apartado.

Nos últimos anos, o mercado brasileiro de cigarros vem assistindo ao crescimento do mercado informal, estimulado pelos ganhos elevados, proporcionados pela sonegação fiscal, especialmente por meio do retorno, via contrabando, do cigarro exportado legalmente pelas empresas brasileiras, e também pelas falsificações. Para inibir o retorno dos produtos ao país, por contrabando, o governo federal criou uma alíquota de 150% para vendas a países fronteiriços.

Entre 1990 e 1997, a produção brasileira de cigarros aumentou 5,52%. Entretanto, em 1998, os dados indicam que a produção caiu para níveis inferiores ao de 1990 (170 bilhões de unidades). No mesmo período, as vendas internas de cigarros diminuíram em 40%, o que foi compensado pelo bom desempenho das exportações. O principal motivo para a redução nas vendas, segundo a

Abifumo (Associação Brasileira da Indústria de Fumo), tem sido o crescimento do mercado informal.¹

A elevada tributação e a rigidez da regulamentação da comercialização de cigarros no país deixam pouca margem para uma competição por preço no mercado formal entre as empresas fabricantes.

O cigarro é comercializado em todo o território nacional nos mais diversos pontos de venda: bares, tabacarias, padarias, bancas de jornais, mercearias, supermercados, casas noturnas, restaurantes, lojas de conveniência etc. Segundo dados da *Nielsen*, cerca de 340.000 pontos de varejo comercializam cigarros regularmente no país.

A capacidade das empresas de colocar os seus produtos no maior número possível de pontos de venda, de forma constante, ou seja, a capilaridade do sistema de distribuição de cigarros, é de suma importância para a competitividade de cada uma delas, devido, entre outros fatores, ao baixo valor específico do produto, o que implica que os consumidores não tendem a se deslocar longas distâncias para adquiri-lo.

A pequena margem bruta do fabricante, de 18%, obriga-o a reduzir ao máximo seus custos de produção, embalagem, distribuição e *marketing*, o que exige uma rede de distribuição eficiente e capilar. Uma tal rede é, portanto, essencial para a competitividade no mercado de cigarros e se constitui numa importante barreira à entrada de novos fabricantes no setor. Sobre este ponto voltarei mais adiante quando tratar das barreiras à entrada nos mercados de cigarro.

2.2 Os mercados relevantes

Na dimensão do produto, a SDE entendeu que o mercado relevante é o de **cigarros em geral**, dado que *é de conhecimento público que os consumidores, em geral, não substituem o cigarro pelo charuto, cachimbo, cigarrilha ou qualquer outro produto*. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do

¹ Gazeta Mercantil, Panorama Setorial " A Indústria do Fumo", Maio de 1999, p. 114. Segundo essa fonte. "De maneira geral, o consumo de cigarros tem diminuído em 1,5% ao ano nos países de economia desenvolvida e aumentado, nessa mesma taxa nos países periféricos. Essa nova distribuição da demanda de cigarros começou a ser delineada na década de 70, quando se tornaram mais agressivas as campanhas antitabagistas nos Estados Unidos e Europa, contribuindo para a queda no consumo em alguns países europeus e nos Estados Unidos".

Ministério da Fazenda- SEAE, por sua vez, entendeu que devem ser definidos dois mercados relevantes distintos: o de *cigarro-varejo* e o de *cigarro-atacado*. A distinção entre esses dois mercados foi motivada pela percepção de que é diferente a demanda de cada produto: a compra de cigarros no atacado é destinada a posterior comercialização, principalmente, ou ao consumo próprio, mas não imediato, em menor medida, enquanto a compra de cigarros no varejo é destinada ao consumo próprio e imediato.

De qualquer forma, os mercados relevantes de produto delimitados tanto pela SDE quanto pela SEAE, são, como se vê, praticamente coincidentes, pois, embora a SDE afirme ser o *cigarro* em *geral*, o produto relevante, no decorrer da análise ela distingue o segmento varejo do segmento atacado. Já a SEAE distingue de imediato os dois mercados relevantes de produto.

No que se refere às dimensões geográficas dos mercados relevantes nas definições dadas pelas duas secretarias (SDE e SEAE), tanto no caso do cigarro-varejo quanto no caso do cigarro-atacado ocorrem divergências significativas, que inclusive se refletem na avaliação de cada parecer quanto aos efeitos da prática nos mercados relevantes.

Para a SDE, os mercados relevantes geográficos, para fins de investigação da prática de exclusividade de vendas no varejo são: (i) nas áreas urbanas *abertas*, o **raio de 500 m**, a partir de um ponto fixo, que é o local onde está o consumidor demandante do produto; (ii) **os shopping centers**; e (iii) **os aeroportos do país**. Já para a SEAE, os mercados geográficos são o conjunto dos produtos- localidades em que a conduta ocorre: **cada área (shopping/aeroporto/conjunto de quadras)** coberta pelos pontos de venda objeto de acordos de exclusividade.

Portanto, embora as definições dos mercados relevantes geográficos adotadas pelas duas secretarias tenham, conforme pode ser visto nos seus pareceres, seguido o mesmo princípio da delimitação restrita dos mercados, as mesmas resultam, todavia, em diferentes dimensões em alguns desses mercados. A definição da SEAE abrange espaços geográficos substancialmente menores – *“poucos metros” dos pontos de venda onde o contrato de exclusividade foi celebrado*, -em comparação com o raio de 500 metros (aparentemente muito grande), definido pela SDE. O resultado é que, dentro de cada mercado geográfico delimitado pela SEAE provavelmente haverá um número de pontos de venda bem menor do que em cada mercado definido pela SDE. Tal metodologia faz com que, dado um certo número de pontos de venda submetidos a contrato de exclusividade em uma certa região, exista um número maior de

mercados relevantes com um grau de "fechamento" para os produtos da Philip Morris maior do que haveria se fosse adotado o procedimento proposto pela SDE. Esta foi a razão pela qual a SEAE vislumbrou efeitos anticompetitivos potenciais da prática de exclusividade da Souza Cruz nas áreas urbanas *abertas* que, para a SDE, não existiam, salvo aqueles derivados das cláusulas de renovação automática e de preferência escritas nos contratos de *merchandising*.

Já no caso do cigarro-atacado, também ocorrem divergências significativas nas dimensões geográficas dos mercados relevantes definidos pelas duas secretarias.

Para a SDE, no caso da prática de exclusividade em redes atacadistas e distribuidores, o mercado relevante geográfico é o **município**, para as cidades de grande porte (acima de 500 mil habitantes); e o **município e seus arredores**, para as cidades de pequeno e médio porte (até 500 mil habitantes). Para a SEAE, os mercados relevantes geográficos, nesse caso, devem ser definidos como compreendendo cada estabelecimento da rede Makro, separadamente. Esta delimitação da SEAE para os mercados geográficos é sustentada por uma pesquisa da Marplan, que indica que 92% dos varejistas que adquirem cigarros em uma loja do Makro, ali vão para comprar outros produtos e aproveitam para adquirir os cigarros, o que permite concluir, segundo a SEAE, que os varejistas que não são atendidos pela distribuição direta dos fabricantes não recorrem a outros estabelecimentos atacadistas para comprar as marcas de cigarros que não encontram no Makro. Assim, o fator decisivo para a SEAE é que os demandantes de cigarros em uma loja Makro não passarão a comprar o produto em outro atacadista, se seus preços sofrerem um pequeno aumento, ou uma determinada marca não for encontrada.

Portanto, também no caso do cigarro-atacado, o critério de delimitação do mercado relevante geográfico foi fundamental para aquilatar se o contrato de exclusividade da Souza Cruz com o atacadista Makro teria efeitos anticompetitivos no mercado. Para a SDE, a prática da Souza Cruz no mercado de cigarro-atacado não prejudica a concorrência, enquanto para a SEAE, a mesma prática é danosa à concorrência.

A Procuradoria do CADE define o mercado relevante por meio da fusão de argumentos empregados pela SDE e pela SEAE nos seus pareceres. De acordo com a Procuradoria, são os seguintes os mercados relevantes: (i) mercado de cigarro-varejo em cada *shopping center*; (ii) mercado de cigarro-varejo em cada aeroporto; (iii) mercado de cigarro-varejo para mercados abertos em um

raio de 500 metros a partir do estabelecimento com contrato de exclusividade; e (iv) mercado de cigarro-atacado em nível municipal/regional.

A definição do mercado relevante constitui um elemento fundamental para a avaliação dos efeitos anticompetitivos da prática objeto de investigação. Na definição de **Paula Forgioni** (*Os Fundamentos da Análise Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 201), citada pela SDE, "o mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva"². De acordo com a Resolução CADE nº 20/99, o mercado relevante -em suas dimensões produto ou geográfica - constitui o espaço no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante. É importante enfatizar este ponto porque a dimensão nacional do mercado relevante, sugerida tanto pela representada quanto pela representante, não permitiria que os possíveis efeitos da prática fossem identificados e avaliados. O mercado relevante, nesse caso, é a área na qual o acordo de exclusividade produz seus efeitos³. E um dos efeitos dos acordos de exclusividade de venda, como veremos mais adiante, é o "fechamento" do mercado aos produtos dos concorrentes, que não é, em geral, avaliado diretamente pelo *market share* da empresa que a pratica.

Dada a importância da correta definição do mercado relevante geográfico permito-me alongar um pouco mais nas minhas considerações sobre este tema.

No caso do cigarro-varejo, embora não exista um estudo empírico quantitativo que permita dimensionar a substituíbilidade da demanda entre os cigarros disponíveis ao consumidor em diferentes localidades, os argumentos expostos nos pareceres da SDE e SEAE tornam razoável assumir que o consumidor médio considera custoso se deslocar geograficamente para adquirir sua marca preferida, *mesmo em distâncias relativamente pequenas*. Essa hipótese adotada, tanto pela SDE quanto pela SEAE, é apoiada pela doutrina econômica. De acordo com Scherer, F. & Ross, D. (*Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990, p. 7), bens de conveni-

² Sobre esse ponto, também já manifestou a i. ex-Conselheira do CADE Lucia Helena Salgado, referindo-se à definição de mercado relevante para a análise de atos de concentração, para quem, na definição do mercado relevante geográfico, a questão é saber, *onde o poder de mercado, se existente, pode ser exercido, ou seja, onde tem efeito a operação* ("O Conceito de Mercado Relevante" in *Revista de Direito Econômico* (CADE), nº 26 (Ago./Dez. 1997), pp. 37-46).

³ Cf. Bellamy e Child (Vivien Rose, Ed.). *Common Market Law of Competition*. London: Sweet & Maxwell, Fourth Edition. 1993, p. 98.

ência, tais como pasta de dente, lâmina de barbear e cigarros são itens adquiridos em pequenas compras nos arredores porque os custos da busca de comparação de preços superam os benefícios (tradução livre).⁴

Assim, na falta de estimativas que calculem a elasticidade-preço da demanda, a pesquisa da Marplan constante dos autos pode mesmo indicar, como afirma a SEAE, que os consumidores simplesmente aceitariam o aumento de preço, dado que não estariam dispostos a 1º) substituir o cigarro por outro produto naquele momento; e que 2º) comprá-lo em outro lugar importaria elevado custo de busca *vis-à-vis* o preço unitário de um maço de cigarros. Há, portanto aqui, convergência nas conclusões da SDE e SEAE, com o que também estou de acordo, que nas áreas "fechadas" é factível a possibilidade de abuso do poder de mercado, em decorrência da prática de exclusividade de venda.

Esse raciocínio, válido para o âmbito dos *shopping centers* e aeroportos, também pode ser aplicado às áreas urbanas "abertas" em geral. No caso dessas áreas, tais custos estão certamente presentes, mas existe uma dificuldade em dimensionar seu efetivo impacto em termos da distância que os consumidores estariam dispostos a se deslocar para adquirir o cigarro da marca preferida. Portanto, embora exista um elemento de subjetividade na fixação dessa distância, entendo que mesmo em distâncias curtas (menores que os 500 metros definidos pela SDE), o custo de busca do cigarro para consumidores que não o adquirem em grandes quantidades para estocá-lo é muito superior ao seu preço unitário. Assim, a possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado, nesses pontos de venda com exclusividade, é plausível, considerando-se que também nessas áreas "abertas" ocorrem barreiras à entrada como adiante será discutido.

No caso do *cigarro-atacado*, as dimensões geográficas dos mercados relevantes, ambas as definições da SDE e da SEAE, embora divergentes, estão embasadas em argumentação técnica razoável que justifica as respectivas opções metodológicas, não merecendo aqui qualquer crítica. Entretanto, nem a SDE nem a SEAE se preocuparam em verificar o poder de mercado do Makro nas cidades em que esta rede tem lojas.

A SEAE concluiu que os efeitos líquidos da prática da representada nesse mercado seriam negativos, pois, sendo cada estabelecimento Makro um mercado relevante em si, e, sendo o contrato de exclusividade de venda, pactuado

⁴ No original: "*Convenience goods, such as toothpaste, razor blades, and cigarettes, are items purchased with little shopping around because the costs of obtaining price comparisons outweigh the benefits*".

com a própria rede Makro, o grau de "fechamento" do mercado relevante de cada estabelecimento, será, obviamente, de 100%. Como já mencionado, a SEAE fundamentou sua definição geográfica de mercado na pesquisa da Marplan, que indica que a maioria dos clientes do Makro não recorrem, como regra, a outros estabelecimentos para a compra de cigarros.

Já a SDE concluiu que a prática da representada em *redes atacadistas* não se enquadraria no art. 20 da Lei 8.884/94, tão somente com base nos seguintes argumentos: i) há um grande número de atacadistas disponíveis "no mercado" para as concorrentes distribuírem seus produtos; ii) o atacadista é mais um intermediário que não é interessante para o fabricante; e iii) a extensão da prática seria limitada devido ao elevado preço pago ao Makro pela representada.

Também nesse ponto tenho que discordar da SDE, pois, entendo que a rede Makro, por seu porte, capilaridade e modo de operação, não é um atacadista qualquer, e por isso, a instrução do processo não poderia prescindir de uma análise mais aprofundada em cada mercado relevante onde se localizam as lojas dessa rede.

Algumas considerações sobre as condições concorrenciais nos mercados de cigarros, no entanto, serão ainda expandidas, sem me preocupar, obviamente, com uma definição mais precisa dos mercados relevantes.

2.3 Análise das condições concorrenciais efetivas e potenciais nos mercados relevantes

2.3.1 Padrões de concorrência nos mercados de cigarros

Conforme o parecer da SDE, o mercado brasileiro de cigarros é um oligopólio diferenciado, termo utilizado pela literatura de Organização Industrial para referir-se a mercados concentrados em que não prevalece a concorrência via preços, mas a concorrência por diferenciação de produto. A exceção a esse padrão concorrencial ocorreria nas classes de menores preços (A e B), nas quais concorrem as empresas de pequeno porte, com recursos limitados para investir em publicidade.

A elevada tributação e a rigidez da regulamentação da comercialização de cigarros no país não deixam margem para uma competição via preço no mercado formal entre as empresas fabricantes de cigarros, com exceção, como já dito, das classes de preço A e B. Em razão da carga tributária incidente sobre

o cigarro, menos de um quinto de um aumento de preços do produto seria apropriado pela empresa fabricante.

O grau de fidelidade dos consumidores à sua marca habitual de cigarros está em torno de 76%.⁵ Cálculos citados pela SDE evidenciaram baixa elasticidade-preço do produto, consistente com a percepção de que os consumidores de cigarros não reagem às variações de preço, no curto prazo. Assim é que a Souza Cruz e a Philip Morris fazem investimentos vultosos em *marketing* para diferenciar seus produtos dos demais, estando entre os principais anunciantes do País.

Os recursos investidos em *marketing* são direcionados, em sua maior parte, para propaganda nos meios de comunicação de massa, mas além dos gastos publicitários nas mídias eletrônica e impressa, as empresas recorrem à promoção em pontos de venda. As duas principais fabricantes utilizam os canais de venda em suas promoções de *marketing*, disponibilizando *displays* e material promocional para serem colocados nos locais. Daí o interesse das empresas nos contratos de exclusividade de *merchandising* que celebram com os pontos de venda considerados estratégicos, em especial, por ser a propaganda nos meios de comunicação altamente regulamentada, e, num cenário de ampliação das restrições à propaganda do produto. Como reconhece a própria representada nos esclarecimentos iniciais prestados à SDE "[O] *que de fato existe é uma acirrada competição entre a Souza Cruz e a Representante, no que se refere à disputa por determinados pontos de venda localizados em situações estratégicas para a difusão de suas marcas*" (fls. 229).

A força das vendas dos fabricantes está centrada no pequeno varejo. Os canais mais representativos nas vendas da Souza Cruz são os bares, restaurantes, mercearias, lanchonetes, cafés, tabacarias e bancas de jornais, que representam 80% dos pontos de venda e 65% do volume vendido. Supermercados e atacadistas representam apenas 3% do total das vendas.⁶

Um dos pareceres trazidos aos autos pela representada⁷ mostra que a exclusividade, embora praticada pelas concorrentes em segmentos distintos da cadeia de distribuição, está presente na estrutura do mercado de cigarro, com o objetivo principal de reforço para a comunicação da marca. Segundo tal parecer,

⁵ Dados da Marplan colhidos em pesquisas contínuas (citado pela representada, fls. 333).

⁶ Dados da Gazeta Mercantil, Panorama Setorial A Indústria do Fumo. Maio 1999. P. 102.

⁷ Parecer do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, às fls. 397/408.

“... a exclusividade, na estrutura concentrada do mercado brasileiro de cigarros tem características diferentes conforme as estratégias das empresas.

A Souza Cruz, por adotar um sistema de distribuição direto (empresa/varejista) limita seus acordos de exclusividade aos pontos em que a competitividade é mais acesa, por conta do sistema adotado por sua maior concorrente.

A Philip Morris opta por um sistema também direto, porém focado em áreas urbanas e varejos mais representativos, tendo em vista a força (mundial) da marca Marlboro, trabalhando também, em algumas regiões, com um sistema de distribuição conjunta de cigarros com outros produtos do grupo, como chocolates e balas, por meio de micro-distribuidores, com os quais mantém acordos de exclusividade de promoção, comercialização, representação ou distribuição direta ou indireta do conjunto dos produtos, embora, em menor escala, faça também, ela própria, uso da exclusividade em varejos ”

Assim, de acordo com o parecerista, o contrato de exclusividade das empresas do setor, com a *"função promocional"*, seria, no caso da Souza Cruz, com o varejista, enquanto, no caso da Philip Morris, com o micro-distribuidor e o varejista. Lembra, ainda, esse parecer, que tais contratos buscam continuar a força dos portfólios de marcas das empresas junto aos demais elos da cadeia e aos consumidores, já que ambas operam primordialmente com o sistema de distribuição direta.

2.3.2 Aferição do grau de rivalidade entre os participantes nos mercados relevantes

A Souza Cruz S.A. é uma empresa brasileira, fundada em 1903, que atua na produção e comercialização de cigarros industrializados. Produz também fumo que utiliza para a fabricação dos seus cigarros e para exportação. Dentre as principais marcas de cigarros lançadas pela Souza Cruz no mercado brasileiro, destacam-se *Hollywood, Minister, Belmont, Carlton, Free e Derby*.

A empresa e subsidiária do grupo inglês **British American Tobacco (BAT)**, ao qual se associou em 1914. A **BAT** atua mundialmente no mercado de cigarros. Seu faturamento bruto, no exercício de 1997, foi de US\$ 39,8 bilhões, sendo R\$ 6,1 bilhões no Brasil, por meio da Souza Cruz. Em janeiro de 1999, a BAcr adquiriu o controle acionário da **Rothmans International B.V.**, em-

presa também atuante no mercado de cigarros. Juntas passaram a deter 16% do mercado consumidor de cigarros no mundo, ficando atrás apenas do grupo Philip Morris.

A Philip Morris Brasil S.A. é uma empresa brasileira, que atua na produção e comercialização de cigarros industrializados no país, desde 1973. As principais marcas de cigarros que comercializa no Brasil são *Marlboro*, *L & M Lights*, *Dallas*, *Galaxy*, *Parliament*, *Benson & Hedges*, *Lark* e *Chancellor*.

A empresa é subsidiária do grupo **Philip Morris (Philip Morris Companies Inc.)**, que atua mundialmente não apenas no mercado de cigarros, em que é líder mundial, com 18,2% do mercado consumidor, mas também no mercado de alimentos e de cerveja (Miller). No Brasil, atua no mercado de alimentos, através da empresa Kraft Lacta Suchard Brasil S.A., líder do mercado de chocolates e confeitos. Atua também no mercado de bebidas em pó e goma. Dentre as marcas de grande consumo popular do grupo no país, destacam-se *Sonho de Valsa*, *Bis*, *Laka*, *Tang* e *Ping Pong*. Possui a segunda marca mais valiosa do mundo (*Marlboro*) e trabalha com uma estratégia mundial de fabricação, distribuição, tecnologia e propaganda. O faturamento global do grupo, no exercício de 1997, foi de US\$ 72 bilhões. Considerando apenas a sua atuação no mercado de cigarros no Brasil, seu faturamento foi de US\$ 2,2 bilhões.

No negócio de cigarros, é a maior empresa de fumo do mundo, com 17% do volume mundial. Em termos de negócio de cigarro, sua participação, nos EUA, era, em 1997, de 48%, na Europa, de 31% e na América Latina, de 28%. No Brasil, em 1996, era a 28ª empresa do País em faturamento, sendo que, de 1973 . até 1990, sua participação no mercado de cigarros atingiu 16,2%, com a compra, naquele ano, da **R.J. Reynolds**.

A **British American Tobacco**, controladora da Souza Cruz, tem uma participação expressiva no mercado brasileiro de cigarros (77, 7%), no qual atua já há anos. Comparado com a Philip Morris, porém, seu potencial concorrencial não é insuperável.

Em operação no Brasil há 97 anos, a Souza Cruz conquistou um conhecimento do consumidor brasileiro que lhe deu excelentes condições estratégicas. Desenvolveu marcas brasileiras, atendendo desejos específicos. Desde os anos 30, *Continental* e *Hollywood* mantêm significativas participações no mercado.

A Souza Cruz soube acompanhar as tendências do mercado com a marca *Minister*, mas a Philip Morris tem a marca avaliada como a mais valiosa do

mundo, a *Marlboro*, estimada em US\$ 44,6 bilhões, que desde sua introdução no Brasil, apresenta um crescimento contínuo sendo a marca que mais cresce.

A Souza Cruz demonstra uma boa administração em suas promoções, o que constitui um fator importante de competição no mercado de cigarros. Tem capital expressivo para disputar o segmento dos cigarros *premium*, que requer investimentos altíssimos em mídia, eventos, campanhas promocionais e colocação do produto no ponto de venda. Todavia, a Philip Morris, no seleto grupo de gigantes do tabagismo mundial, é a líder absoluta e a 6ª empresa em termos de valor de mercado do mundo.

No mercado brasileiro, o grupo Philip Morris possui empresas de expressão em outros setores. Diante disto, embora, no País, presente, em relação à Souza Cruz, uma paridade de força baseada em capital, a Philip Morris conta com um suporte de capital substancialmente maior, amparado em uma poderosa *holding*, o que, certamente, lhe dá uma grande potencial idade competitiva.

As duas maiores fabricantes, Souza Cruz e Philip Morris, administram diretamente a distribuição dos seus cigarros, sendo responsáveis pelas vendas e pelo transporte. Possuem equipes de vendas cobrindo o mercado brasileiro, que estabelecem um ativo vínculo com os canais de distribuição.

A Souza Cruz é considerada um exemplo de eficiência na área de distribuição e logística. Para cobrir todo o território brasileiro, possui depósitos e dependências em todos os estados. Nos principais centros de consumo, a operação é feita dentro do conceito de Centro Integrado de Distribuição, que reúne e coordena, a partir de um mesmo local, e de forma automatizada, as diversas operações da área de logística.

Já a Philip Morris tem nove centros de distribuição no País, e a partir de 1997, passou a adotar uma nova forma de distribuição e vendas. Os canais de vendas passaram a ser segmentados por tipo de canal e não mais por produto. Assim, eles foram segmentados em quatro tipos: supermercados, atacadistas, distribuidores e pequeno varejo. Em alguns mercados selecionados, como os dos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, as vendas de seus produtos alimentícios e tabaco também foram unificadas, oferecendo, os vendedores, todo o portfólio da empresa.

2.3.3 Barreiras à entrada

Conforme o parecer da SDE, *as barreiras à entrada no mercado brasileiro de cigarros são elevadíssimas*, dadas sobretudo, pelos investimentos necessários em publicidade e na rede de distribuição do produto.

A tecnologia de produção no mercado de cigarros é bastante difundida e o acesso ao fumo, a principal matéria-prima utilizada na fabricação do produto, é amplo. No entanto, a Souza Cruz e a Philip Morris auferem vantagens absolutas de custo em relação às demais empresas participantes do mercado por adquirirem as matérias-primas em grandes quantidades. Vale observar que a Souza Cruz é a maior exportadora de fumo do mundo, e ambas, Philip Morris e Souza Cruz, são grandes exportadoras de cigarros.

Outro tipo de barreira à entrada, ainda conforme o Parecer da SDE, é a fidelidade dos consumidores marca, e abaixo elasticidade-preço do produto no curto prazo, evidencia a presença de elevados custos irrecuperáveis (*sunk costs*) ligados à diferenciação do produto pela marca. Marcas como *Marlboro*, *Dallas*, *Hollywood*, *Carlton* e *Free* constituem ativos valiosos para suas proprietárias. As empresas do duopólio fazem gastos vultosos em *marketing* para diferenciar seus produtos dos demais e garantir a fidelidade dos consumidores. Conforme aponta o parecer da SDE, essa é, sem dúvida, uma das maiores barreiras estruturais à entrada no mercado de cigarros.

O baixo valor específico do cigarro torna essencial a capacidade das empresas de colocar os seus produtos no maior número possível de varejos, o que eleva os custos relacionados à distribuição, pela complexidade logística envolvida. Como já observado, uma rede de distribuição eficiente e capilar é de suma importância para os custos e para a competitividade das empresas no mercado de cigarros. A participação relativa das empresas, por região do país, conforme apresentado no item 2, mostra como a participação da Philip Morris é incipiente no nordeste, região em que a rede de distribuição da empresa não é forte. A rede de distribuição se coloca assim como uma das maiores barreiras à entrada no mercado de cigarros, principalmente quando se considera as fortes economias de escala associadas à atividade.

Assim, ao contrário do que afirma a representada (fls. 334), o nível das barreiras à entrada é elevado no mercado de cigarros, tanto no "mercado de origem", o que foi demonstrado acima, quanto nos mercados relevantes "alvo" (revenda de cigarros no atacado e no varejo), tendo em vista, sobretudo, a presença de *economias de escopo* consideráveis, como veremos a seguir.⁸

⁸ As expressões "mercado de origem" e mercado "alvo", são empregadas na literatura antitruste para indicar o mercado onde se origina o poder de mercado manifestado na

Segundo a análise da SDE, as barreiras à entrada para a revenda de cigarros, nos *shopping centers* e aeroportos (áreas "fechadas") seriam elevadas, o mesmo não acontecendo com as áreas urbanas "abertas". Embora nessas áreas "abertas" não existam limitações formais e de espaço físico à abertura de novos pontos de vendas de cigarros, ao contrário dos *shopping centers* e aeroportos, entendo, como também aponta a SEAE, que podem existir, nessas áreas, outras limitações de natureza econômica. Entre estas devem ser consideradas: (i) a difícil viabilidade econômica de um estabelecimento comercial especializado apenas na venda de cigarros (a única exceção seria a dos vendedores ambulantes, se é que venderiam somente cigarros) e (ii) a saturação de certas regiões em termos não necessariamente de cigarros, mas do conjunto de produtos com ele comercializados, fato que impede a abertura de novos bares, novas bancas de jornais, e outros estabelecimentos que tipicamente comercializam cigarros nessas áreas. A revenda de cigarros é uma atividade que envolve economias de escopo, e, além disso, nem todos os estabelecimentos comerciais vendem cigarros.

Do mesmo modo, nos mercados relevantes de cigarros no atacado ocorrem economias de escopo, o que gera barreiras à entrada consideráveis (seja no mercado mais restrito, definido pela SEAE, ou no âmbito de municípios, como realizado pela SDE).

Tenho, portanto, dificuldades em concordar com a conclusão da SDE, de que a prática de exclusividade de venda nas áreas "abertas" e no caso do cigarro-atacado não restringe o acesso do consumidor ao produto de sua preferência nem bloqueia o acesso de concorrentes aos pontos de venda, tendo em vista as condições de entrada nesses mercados relevantes acima delineadas.

3. ANÁLISE DA CONDUTA

Os acordos de exclusividade ocorrem quando os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar bens dos rivais.

Em linhas gerais, pode-se dizer que os acordos de exclusividade correspondem a uma espécie de "integração vertical contratual", e, como tal, é razoável que sejam tratados de forma análoga aos atos de integração vertical, isto é,

prática vertical, e o mercado onde os efeitos do exercício desse poder de mercado, consubstanciado na prática restritiva, se dão.

pela "regra da razão", confrontando riscos anticoncorrenciais da mesma natureza, como a criação de barreiras à entrada e os riscos de fechamento do mercado ("foreclosure") para os concorrentes que já atuam no mercado, com possíveis "eficiências" tipicamente associadas a custos de transação.⁹

O fechamento do mercado para competidores existentes e potenciais ocorre quando: (i) a empresa que implementa a prática aumenta seu poder de mercado, ao dificultar o acesso dos consumidores aos produtos dos competidores; e (ii) as barreiras à entrada se elevam com a implementação do acordo, já que um eventual entrante teria que investir em duas etapas da cadeia produtiva ou incorrer em custos de coordenação para garantir a entrada simultânea de novos distribuidores. De acordo com o Anexo 1-B da Resolução CADE na 20/99, as duas situações implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos.

Para que tal efeito de fechamento do mercado se verifique e ocorram danos significativos à concorrência, é necessário que estejam presentes duas condições: (i) **existência de poder de mercado (posição dominante) por parte da empresa que implementa a exclusividade;** e (ii) **que a parcela do mercado atingida pela prática tenha uma extensão significativa.**

Por conseguinte, um elemento importante na avaliação dos efeitos anticompetitivos dos acordos de exclusividade está no "grau de fechamento" do mercado -ou seja na proporção de clientes potenciais cujo acesso para outras empresas é impedido.¹⁰

Quanto às eficiências/benefícios que os acordos de exclusividade geralmente trazem ao mercado, a Resolução CADE n° 20 aponta as seguintes: economias de escala no mercado "alvo", proteção de ativos contra condutas oportunistas

⁹ Para Claudia Curiel, citada pelo Parecer da SDE (fls. 1786), as práticas restritivas verticais "*tienden a afectar la estructura del mercado, por cuanto constituyen formas alternativas o parciales de integración entre empresas; pero al mismo tiempo implican aspectos conductuales, relevantes a los fines de resguardar el grado de competencia em el mercado*" ("Análisis de Competencia Respecto a Diferentes Modalidades de Restriciones Verticales", Brasília, 1998, p. 1, mimeo).

¹⁰ Os acordos de exclusividade com distribuidores podem, também, ser um fator que facilita a implementação de condutas concertadas entre os fabricantes. Se os distribuidores comercializam produtos de diferentes fabricantes, suas iniciativas no sentido de procurar obter descontos nos preços podem dificultar a manutenção de um acordo de preços.

(*free riding*), e estímulo à prestação de serviços pré e pós venda. Essas possíveis "eficiências" foram consideradas, no caso em tela, tanto pela SDE quanto pela SEAE.

A propósito, cabe mencionar que poucas vezes o colegiado do CADE se manifestou formalmente sobre os efeitos da prática de exclusividade de vendas em mercados específicos.¹¹

No caso em apreço, considerou-se que o mercado de cigarros no Brasil é concentrado -um duopólio. A empresa dominante, a Souza Cruz, tem um *market share*, em termos nacionais, de 77,7% (dados de 1998). A Philip Morris, detém somente 16,5% de participação nesse mercado.

Como se pode verificar das tabelas de *market share* apresentadas no item 2, tanto a nível nacional, quanto a nível regional, a Philip Morris vem perdendo participação de mercado, nas classes de cigarro de menor preço (A+B), en-

¹¹ No caso Valer Alimentação/ACATS (PA 32/92), julgado em 22.04.93, o Conselho decidiu pelo arquivamento do processo, por inexistir o objetivo de dominar o mercado ou prejudicar a concorrência, *quando o empresa for de pequeno porte* (Revista do IBRAC, V. 2, n° 2, p. 1-18). Também no caso de contratos de exclusividade de empresas seguradoras com seus corretores de seguros, o CADE decidiu em 02.08.2000 que não seria ilícito tais contratos, no caso em que a empresa "*pretende entrar no mercado*" (Consulta 048/99, Vera Cruz Seguradora S.A.). No caso do mercado de cerveja, cuja exclusividade de venda seria, de certa forma, similar à do cigarro, por duas vezes a questão foi abordada em Plenário (julgamento do Pedido de Reapreciação do AC n° 58/95, *Brahma/Miller*, e no AC n° 08012.005846/99-12 (AMBEV). No entanto, a questão, no primeiro julgamento, ficou dependendo de um "estudo" a ser contratado pelo CADE sobre o sistema de distribuição de cerveja, e, no segundo caso, embora este Relator, tenha sido enfático no seu voto quanto à necessidade de proibição, da AMBEV, de praticar a exclusividade de venda no varejo, dado o poder de mercado a ela conferido pela concentração, fui vencido, neste ponto particular. A necessidade de um estudo para investigar os efeitos da exclusividade de venda no mercado de comercialização de veículos e peças originais e de reposição foi também levantada no julgamento do PA n° 08000.019862/96-89 (ABRADIF/FORD) e do PA n° 89/92 (Volkswagen do Brasil). No mercado de distribuição e revenda de combustíveis, a questão da exclusividade de venda das distribuidoras para os postos foi direta para o Judiciário e o Juiz Rubens Alexandre Calixto (13 Vara Federal de Franca, SP) concedeu liminar que suspende por um ano as cláusulas de exclusividade dos contratos de distribuição de combustíveis. A alegação do pedido era que a exclusividade, nesse mercado, viola o princípio constitucional da livre iniciativa, com prejuízos aos consumidores (Jornal Gazeta Mercantil, de 10.03.2000). No mercado de cartões de crédito, consta o PA n° 08000.022500/96-66 (Visa/American Express), sobre o qual o CADE ainda não se manifestou.

quanto a Souza Cruz vem conquistando os pontos percentuais perdidos tanto pela Philip Morris, quanto pelas outras empresas. Em compensação, nas classes de maior preço (*C/G*), também, tanto no mercado nacional como em todos os mercados regionais, a Philip Morris vem conquistando parcelas que antes pertenciam à Souza Cruz.

Se considerarmos as vendas de cigarros como um todo, sem distinção de classes, os dados indicam que a Philip Morris vem perdendo mercado para a Souza Cruz. Enquanto a participação nacional da Philip Morris caiu de 19,4% em 1994 para 17,2% em 1997, a Souza Cruz aumentou sua participação de 75,6% para 78,8%, no mesmo período. Destaque-se, todavia, que os dados dos autos indicam que a Philip Morris vem ganhando mercado da Souza Cruz na capital e interior do Estado de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, mercados esses em que a sua distribuição é mais eficiente (fls. 429), e, paradoxalmente, onde se concentra, aproximadamente, 60% do volume total de vendas feitas por pontos de venda com exclusividade da Souza Cruz (fls. 16 dos autos apartados), o que pode indicar que a queda de *market share* alegada pela Philip Morris não tem relação de causa e efeito com a exclusividade de venda utilizada pela Souza Cruz.

De qualquer forma, observa o Parecer da SDE, que **a participação de mercado da Souza Cruz, superior a 65% em todas as regiões do país (Estado de São Paulo: 66,9%, em 1998 (fls. 429), aliada às elevadas barreiras à entrada no mercado de cigarros, conferem à empresa um incontestável poder de mercado.**

Quanto aos graus de "fechamento", observe-se que esses dependem, evidentemente, da definição dos mercados relevantes na dimensão geográfica. Mas mesmo com o uso de uma delimitação mais ampla dos mercados relevantes para áreas abertas, no caso do cigarro varejo, e dos cigarros no atacado (como fez a SDE), os graus de "fechamento" devem ser expressivos em um número não insignificante de mercados relevantes, em função da posição dominante da Souza Cruz. Tal situação é agravada pelo elevado nível das barreiras à entrada em todos os mercados relevantes considerados, conforme já demonstrado.

Cabe ainda considerar as análises das secretarias sobre as "eficiências" da prática da Souza Cruz no mercado. A SDE, embora tenha reconhecido a existência de algumas eficiências, como *vantagens comerciais para os varejos, redução nos custos de transação no atacado e me/horias no abastecimento*, não constatou resultados líquidos positivos, nos casos em que identificou uma real restrição à concorrência -aeroporos e *shopping centers* (fls. 1821/2). A

SEAE não reconheceu nenhuma eficiência, e para ela, *o efeito líquido da prática foi negativo* (fls. 1852).

Neste ponto do meu voto, cabe mencionar, então, alguns pontos conclusivos:

- as conclusões dos órgãos de instrução sobre os efeitos da conduta nos mercados relevantes não são unânimes ou convergentes, com exceção dos *shopping centers* e aeroportos;
- o mercado de cigarros no Brasil é caracterizada por um duopólio a concorrência não se dá por preço, mas por diferenciação de produto, sobressaindo-se a importância dos contratos de *merchandising* nos pontos de venda, na disputa pelo mercado;
- a exclusividade, tanto de *merchandising* quanto de venda de produto, está presente na estrutura do mercado brasileiro de cigarros, e é uma estratégia utilizada tanto para a conquista quanto para a defesa de posição no mercado, porquanto há efetiva rivalidade entre as empresas do duopólio;
- o nível das barreiras à entrada é elevado, tanto no "mercado de origem" quanto nos mercados "alvo" (revenda de cigarros no atacado e no varejo);
- a Representada detém posição dominante no mercado, com 77, 7% (1998), e a presença de barreiras à entrada lhe confere poder de mercado - condição para a existência de efeitos anticoncorrenciais na conduta de exclusividade de venda;
- há indícios de expressivos graus de "fechamento", não só em *shopping centers* e aeroportos (como demonstrou a SEAE), mas também nos outros mercados relevantes localizados nas áreas urbanas "abertas" e no segmento atacadista (Makro).
- as análises da SDE e SEAE sugerem que os efeitos líquidos da prática são negativos.

Esses pontos, que resultaram de uma análise abreviada dos autos e dos pareceres das secretarias, me levaram a considerar que a via do Compromisso de Cessação de Prática, pleiteada pela representada, não deveria ser ignorada, e, ao contrário, sua adoção surgia como o caminho mais responsável e recomendável, do ponto de vista do princípio da eficiência que rege a Administração Pública (Art. 2º da Lei nº 9.784/99).

4. COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

4.1 A motivação do compromisso

Como consta do relatório, já na petição inicial, a representante pedia a aplicação da medida preventiva prevista no art. 52 da Lei nº 8.884/94, ou o chamamento da representada para celebrar o COMPROMISSO DE CESSAÇÃO previsto no art. 53 do mesmo diploma. Embora nada obstasse a adoção de uma ou outra medida pelo Secretário da SDE, nenhuma das duas foi merecedora de consideração durante os 15 meses que durou a instrução.

Não tendo a autoridade agido nessa direção, atendo-se à investigação e à análise da nocividade da conduta ao mercado, tão logo foi emitido o parecer da SDE pela ilegalidade de parte da conduta (nos *shoppings centers* e aeroportos) e interposto o recurso de ofício a este Conselho, nos termos da Lei, a própria representada solicitou ao Relator a celebração do Compromisso de Cessação com o CADE.

Embora pudesse ser considerada tardia a adoção dessa providência, como também observou a Procuradoria do CADE em seu parecer, ainda assim, considerei ser oportuno o momento para a celebração do compromisso, pelas razões já discutidas e por outras que mais adiante serão apontadas, sendo a primeira delas a perspectiva razoável de que a cessação espontânea da prática seria mais abrangente e mais eficaz para a restauração da concorrência no mercado do que o seria as medidas sugeridas pela SDE. Por outro lado, o parecer da SEAE, emitido após o término da instrução, continha divergências profundas com o parecer da SDE, defrontando-se, assim, o Relator com duas alternativas distintas: dar o processo por instruído e optar pelas medidas de intervenção recomendadas por uma das Secretarias, ou prosseguir na busca de informações e análise, o que resultaria em mais demora para uma resposta ao mercado e em maior demanda dos já escassos recursos disponíveis.

Chama a atenção nos autos o fato de que embora o ato instaurador do processo administrativo, em decorrência do princípio da oficialidade, não tenha se limitado aos aspectos da conduta suscitados pela representante, mas especificado, em caráter abrangente, a apuração dos fatos nas “cadeias de distribuição e de varejo”, as investigações e análises, tanto na SDE quanto na SEAE, praticamente se limitaram aos casos de exclusividade de venda citados pela representante. Certamente isso aconteceu pelo fato de que, em toda a representação, a Philip Morris tenha alegado sempre que a prática se manifestava de forma mais hostil e prejudicial para o mercado no caso do contrato de ex-

clusividade com a rede atacadista Makro, e nos acordos com os "pontos de venda" estratégicos -no segmento *varejista* da cadeia produtiva.

Para cumprir à risca a apuração dos fatos especificados no ato do Secretário da SDE, as investigações teriam que ter levantado informações e analisado os efeitos líquidos da prática de exclusividade na distribuição de cigarro da representada em todos os canais de distribuição que não fosse a distribuição direta -distribuidores e atacadistas, -e no varejo, nos supermercados e no varejo tradicional, nos seus respectivos mercados geográficos. Segundo os autos (fls. 935), são em número de 5 os atacadistas com os quais a Souza Cruz tem contratos de exclusividade, incluindo a rede Makro, e, no segmento varejista, ocorrem contratos com 4 redes de supermercados e redes de lojas de conveniência, e não apenas com bares, padarias, cafés etc. (dados de 1998; fls. 55 e 58, dos autos apartados). Por outro lado, poderia justificar o enfoque dado às investigações a informação da Souza Cruz (fls. 934) de que, na sua estrutura de distribuição, a participação do segmento atacadista é de apenas 9,26%, representando a venda direta 80% do volume total. Do total de intermediários na distribuição de cigarros no mercado brasileiro, cerca de 2.800, entre atacadistas, supermercados e revendedores, apenas 10, segundo a Souza Cruz, possuem contrato de exclusividade de vendas com ela (fls. 848, 936 e Apresentação SC/CADE, Maio 2000).

Todas essas razões e mais as que adiante aduzirei, me levaram a decidir pela aceitação do pedido da representada para que fosse celebrado o compromisso de cessação de prática.

Como mencionei no despacho que instaurou as negociações para a celebração do compromisso de cessação, referendado por este Plenário, a efetividade desse instituto jurídico no sentido de restaurar de pronto as condições concorrenciais do mercado é tal, que o legislador de nenhuma forma limitou o momento da adoção do remédio. Isto significa dizer que, até que o Plenário do CADE decida sobre o processo, a conduta pode ser objeto de compromisso de cessação. Entenda-se que a lei, ao estabelecer que o compromisso poderá ser celebrado pela autoridade, impôs a esta o dever de celebrá-lo toda vez em que se faça presente a oportunidade para sua adoção. A oportunidade, certamente, está intrinsecamente ligada a duas questões: a primeira diz respeito à natureza da conduta -a conduta há que estar em curso, sob pena de não ter o que cessar e, conseqüentemente, não ter o que remediar com o instrumento;¹² a segunda

¹² Segundo o ilustre ex-Procurador-Geral Substituto do CADE, *Dr. Jorge Gomes de Souza*: "... não tem sentido usar o instituto jurídico se não houve início de conduta punível ou se esta já tiver cessado. ...Ao contrário, a impossibilidade da prática

questão está afeta ao consentimento da representada -enquanto a autoridade pública tem o dever de restaurar de imediato a saúde da concorrência no mercado, a Representada tem o direito de não desejar transigir com o órgão, optando pela continuidade do processo.

Contudo, há que se deixar claro, para o bom e correto entendimento do instituto, bem como de sua aplicação, que a continuidade e delongas de um processo não se resumem à esfera administrativa, percorrendo, às vezes, a lide, com muito mais demora, a esfera judicial, até que se chegue à decisão definitiva. Isto quer dizer que, por mais legítima que possa ser, de parte aparte, a contenda de interesses públicos e privados, o mercado, bem juridicamente tutelado pela lei, e a coletividade, tutora desse bem, se vêem impedidos de auferir as vantagens de uma cessação espontânea da prática objeto de processo administrativo. Entretanto, é importante considerar que, toda vez que a autoridade atuar, deverá fazê-lo nos limites da finalidade legal, sob pena de ser arbitrária sua atuação. Não foi por outra razão que o legislador ordinário atribuiu competência ao CADE e à SDE (*ad referendum* do CADE) para que celebrem compromisso de cessação de prática em qualquer fase do processo administrativo.

Com efeito, como ressalta o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1998, 23ª ed.), "*Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é 'poder' e o que é 'dever' do gestor público...*" (p. 91), e "*O poder administrativo, (...) é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o 'poder de agir' se converte no 'dever de agir' (p. 92), e ainda, 'poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo ...' (idem). Idêntica é a doutrina exposta por Carlos Maximiliano, ao sustentar que "para a autoridade, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o poder se resolve em dever" (in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., pg. 85). A doutrina é caudalosa nesse ponto, citando-se também Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, 1998, 2ª ed. rev. e atualizada, pp. 115/116) e Celso Antonio Bandeira*

ilícita impede a formalização do compromisso, tornando ilegal a atividade dos órgãos de defesa da concorrência, que estariam promovendo acordos sem base fática" (citado no voto da Conselheira-Relatora do PA nº 08000.012720/94- 74).

de Mello ("Legalidade Motivo e Motivação do Ato Administrativo, in RDP-90, pp. 57/69).

O objetivo da Lei 8.884/94 é a *prevenção* e a *repressão* às infrações da ordem econômica (art. 1º). O que se busca com o Compromisso de Cessação de prática, como o próprio nome indica, é a cessação da prática denunciada, sem maiores aprofundamentos da investigação, ou se esta já estiver sido feita, sem maiores delongas na atuação da autoridade. Assim, o Compromisso de Cessação é fundamentalmente ligado ao objetivo preventivo da Lei, no atendimento ao interesse público, e por isso, estabelece o art. 53 que *em qualquer fase do processo administrativo*, poderá, a SDE ou o CADE, celebrar o compromisso de cessação, na presença, é claro, das condições já mencionadas.

"Qualquer fase", obviamente, significa que pode ser tanto na fase instrutória, quanto na fase decisória do processo. A Lei e a doutrina não deixam margem à dúvida de que o compromisso pode sim e deve ser celebrado até a decisão sobre o mérito da conduta, que ocorre com o julgamento. Não cabe à autoridade restringir o momento de celebração do compromisso de cessação a esta ou àquela fase do processo administrativo. A lei dá o direito ao administrado de pleitear a celebração desse compromisso em qualquer momento do processo. Entendo, portanto, que o CADE tem o dever de proceder às negociações visando à celebração do compromisso, quando a oportunidade se faz presente. Evidentemente, cabe ao Conselheiro-Relator do processo, com o *referendum* do Plenário do CADE, definir o alcance, as condições e a abrangência do compromisso, tendo em vista o restabelecimento das condições originais de concorrência no mercado. À representada caberá avaliar, mesmo depois de solicitada a transação com o CADE, se aceita, finalmente, o compromisso definido pelo Colegiado, ou se preferirá submeter-se ao julgamento, incorrendo ou não, nas penas da Lei .

o compromisso de cessação que ora proponho, se aprovado pelo e. plenário, será uma demonstração para todo o mercado, que o CADE não tolera práticas que atentem contra o bom funcionamento do mercado, para que o mesmo tenha condições concorrenciais praticáveis. Esta decisão é um alerta a todos os agentes do mercado aqui analisado que, de alguma forma, têm condições ou potencial para, com suas práticas comerciais, causar danos à concorrência, que procurem adequá-las à lei, porque a ninguém é permitido descumpri-la. Não é demais "lembrar que uma mesma prática que seria infração para um agente não o será para outro, a depender das condições e do poder de mercado desses agentes. .

4.2 O instituto

A liberdade de iniciativa não pode prescindir da intervenção do Estado, sendo a defesa da concorrência uma forma de assegurar o livre exercício da atividade econômica. Conforme já proclamado pelo CADE:

“... a economia de mercado é o pilar de sustentação do sistema capitalista. A livre iniciativa, princípio consagrado na Constituição, requer para a sua concreção indivíduos livres que possam exercer a atividade econômica de sua escolha, evidentemente, nos limites da lei. Mas não existe liberdade sem tutela. Aliás, foi precisamente para resolver o problema da liberdade do homem que foi criado o Estado. Renunciando cada indivíduo uma parcela de sua liberdade, pode-se instalar a liberdade de todos.

De uma concepção liberal da liberdade, passou-se a uma concepção social, que transformou o Estado de guardião da propriedade privada e do contrato livremente pactuado em promotor do interesse público. Conta-se, assim, a história da intervenção do Estado na atividade econômica, não só como agente regulador mas, também, como indutor de desenvolvimento, atuando ele próprio em atividade produtiva, não apenas com intenções sociais, mas com objetivos nitidamente econômicos, visando à própria sustentação do sistema capitalista que, certamente teria sucumbido se tivesse prevalecido o "laissez-faire", tão candidamente proclamado nos primórdios do sistema.

*A defesa da concorrência é o único mecanismo possível de se assegurar a livre iniciativa e conter o abuso do poder econômico. Este não é algo ruim, sendo às vezes até indispensável. Mas pode ser perverso, tanto na origem, em razão dos métodos utilizados para sua obtenção, quanto depois de consolidado, pelos artifícios de que se vale para se manter.*¹³

Como ensina José Afonso da Silva¹⁴,

¹³ Voto condutor do acórdão no P.A. nº 08000.012720/94-74 (ASSOCI-TRUS/BASCITRUS e outros). Cf. também, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 8ª edição revista, 1992, pp. 666-667.

¹⁴ Ob. Cit., p.673.

“A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170 da C.F. como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que ‘assegura todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei’”

E prossegue, esse autor:

“É certamente o princípio básico do liberalismo econômico...No início (...) a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida”

“Ora, a evolução das relações de produção (...), o mau uso dessa liberdade e a falácia da “ harmonia natural dos interesses ” do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada em busca da realização de justiça social. ..”

E, então, inspirado em ampla doutrina de berço italiano¹⁵, esse experiente constitucionalista conclui:

“Assim, a ‘liberdade de iniciativa econômica privada’, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (...) não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário” (grifei).

O Compromisso de Cessação de Prática, ao qual a lei brasileira dedicou um capítulo, foi inspirado no “*consent decree*”, nome que tem o compromisso de

¹⁵ Cf. sua citação de rodapé: Vittorio Ottaviano, “Il governo dell'economia: i principi giuridici”, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*. v.1º *La Costituzione Economica*.

cessação no sistema jurídico do país de maior tradição jurídica no direito anti-truste, os EUA. Enquanto lá esse procedimento, empregado em aproximadamente 92% dos casos levados aos órgãos antitrustes, é realizado no Poder Judiciário, no Brasil, a lei deu ao CADE a competência final de sua aprovação, observado, por óbvio, o princípio da revisão judicial.¹⁶ Vale a pena transcrever um trecho do voto condutor do acórdão no PA n° 08000.061384194-11, quando se celebrou um dos poucos compromissos de cessação no CADE:

"É sobretudo a natureza político-econômica da lei de concorrência, e não a natureza penal, que permitiu fosse acolhido em seu bojo o compromisso de cessação, que busca, nitidamente, conciliar as vantagens almejadas pelo agente econômico e o bem-estar social.

Percebe-se o novo enfoque dado à concorrência a partir da Constituição de 1988, que alçara a livre concorrência à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170), tratando a repressão ao abuso do poder econômico como mero instrumento legal de realização do princípio. Essa nova abordagem constitucional veio privilegiar em vez da repressão, a ação do Estado em busca de resultados vantajosos para o mercado, (...).

Esse novo enfoque constitucional estava a reclamar modificações no regime da concorrência, exigindo do Estado, a par da função repressora, uma atuação preventiva, visando adequar o comportamento dos agentes econômicos aos padrões concorrenciais do novo modelo que se pretendia para o País (...).

Na verdade, fazia-se necessária uma legislação que pudesse descaracterizar(a natureza penal que pretendia imprimir à Lei n° 4.137/62 (...).

A Lei 8.884/94 trouxe, no entanto, a inovação esperada. Prevê expressamente em seu art. 53 o compromisso de cessação e declara não importar ele confissão quanto á matéria de fato e nem reconhecimento da ilicitude da conduta. Falou das condições gerais do termo, da suspensão do processo durante a vigência do compromisso e de sua exequibilidade judicial. Nada disse sobre as normas de pro-

¹⁶ Cf. McDavid, Janet L.; Sankbeil, William A.; Schmidt, E. C.; Brelt, J. Barry. "Antitrust Consent Decrees: ten years of experience under the Tunney Act. in *Anti-trust Law Journal* 52, n. 4, (Fall, 1983) pp. 883-916.

cedimento, deixando por conta do CADE, na parte de sua competência, ditar a norma regulamentadora. (...).

O compromisso de cessação é um dos instrumentos mais eficazes na política de proteção ao mercado, e tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as 'démarches' das ações judiciais. Ao comprometer-se a cessar a prática ou abster-se de condutas anticoncorrenciais tem direito o agente a que o processo fique suspenso e, finalmente, dando mostra de que se portou de acordo com os padrões concorrenciais, será o processo arquivado. Ao contrário, se descumprir o acordo, o processo seguirá. (...)

Discrepa [o compromisso de cessação] das formas normais de por termo ao processo administrativo -arquivamento ou condenação - em função de uma realidade econômica a exigir uma solução imediata, da qual se beneficia toda a coletividade. Ganha maior relevo à medida em que os resultados almejados pelos mecanismos repressores levam tempo e nem sempre se concretizam. (...)

*Com muita precisão salienta **Izabel Vaz**, referindo-se ao espírito dos objetivos a serem alcançados pela Ordem Econômica, que não é mais o de reprimir os agentes econômicos por sua ação abusiva, mas de convocá-los a exercer uma ação positiva. "**Trata-se de uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e a convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica**" (Direito Econômico da Concorrência, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 273).*

*O compromisso de cessação, como bem realçado pelo i. [ex] Procurador-Geral Substituto [do CADE] **Jorge Gomes de Souza**, "**vem no bojo de uma legislação que privilegia o sentido preventivo sobre o repressivo, (...)**"*

*Trata-se de um instrumento a serviço do Estado para compor os conflitos concorrenciais. A sanção administrativa é substituída pela transação, esta, como realça **Georges Ripert**, tem caráter de contrato com força executória em proveito do Estado (Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, Editora Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1947). Em proveito do interesse público que o Estado representa.*

Por isso mesmo, a transação há de pautar-se pela lei, pois o poder concedido ao CADE para transigir deve ser exercido com o único propósito de defender os interesses da coletividade, o interesse público, que é a finalidade legal do compromisso. E, como não poderia deixar de ser, deve obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade”

A propósito, Senhor Presidente, creio ser oportuno sugerir a V. Excia. que o CADE proceda, sem mais tardar, à discussão de uma resolução, com o apoio de especialistas, que discipline as negociações e os procedimentos de celebração do compromisso de cessação, para que tão útil instituto não fique apenas na letra da lei.

4.3 Os procedimentos no CADE

As negociações para a celebração do termo de compromisso que ora submeto ao Conselho desenvolveram-se na mais absoluta transparência. Todas as versões do , termo de compromisso foram enviadas à representada, com quem todas as cláusulas foram discutidas.

As reuniões foram convocadas mediante despacho publicado no Diário Oficial da União, e as atas respectivas constam no processo. De todas as reuniões participou um representante da Procuradoria do CADE.

A pauta das reuniões, assim como as diferentes versões do termo de compromisso, foram encaminhadas aos ilustres Conselheiros.

Procurando suprir a falta de norma interna disciplinando os procedimentos d compromisso de cessação, no CADE, procurei cumprir com as normas do processo administrativo dadas pela Lei nº 9.784/99, que prevê em seu art. 31, consulta pública, quando a matéria do processo envolve interesse geral. Assim, a versão que ora submeto aos membros do plenário ficou à disposição do interessados na Secretaria do CADE, para eventuais manifestações, conforme despacho publicado no Diário Oficial da União nº 165, de 25.09.00 (seção 1, p. 3). Também foi dado conhecimento ao Ministério Público Federal, mediante ofício Gb/CADE nº 2384/2000, de 25.08.00.

Enfim, tudo que se fez durante este processo de negociação acha-se devidamente documentado nos autos.

4.4 O Termo de Compromisso de Cessação

O Termo de Compromisso que a seguir apresento para aprovação do Colendo Colegiado contém, na cláusula primeira a disposição sobre a presunção legal de que a celebração do instrumento, conforme exposto no art. 53 da Lei nº 8.884/94, não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada.

A cláusula segunda estabelece o objeto do termo -manter, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais do mercado relevante de cigarros, especialmente nas cadeias de distribuição e varejo. As demais cláusulas buscam o preenchimento das regras básicas estabelecidas pela Lei, nos parágrafos do referido art. 53.

As obrigações da compromissária dividem-se em principais e acessórias, como no Direito Tributário, e em positivas e negativas, como as obrigações do Direito Privado. Na verdade, conforme **Washington Peluso Albino de Souza**,¹⁷ há uma simbiose de institutos do Direito Privado e do Direito Público no Direito Econômico.

No rol das obrigações negativas constantes da cláusula terceira, consta uma série de abstenções que visam, basicamente, garantir que a compromissária deixe de exigir, imediatamente, a partir da assinatura do termo, a exclusividade de venda de seus produtos ou celebrar acordos que contenham qualquer disposição ou combinação sobre exclusividade de venda de cigarros, com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários e, ainda, com os estabelecimentos da rede Makro Atacadista S.A.

Essas cláusulas visam, sobretudo, assegurar a não infringência dos inc. V, VI e XI do art. 21, tendo em vista o poder de mercado da compromissária e seu potencial para causar os efeitos previstos no art. 20.

Quanto a esse aspecto, a Lei é meridianamente clara, em especial no inc. VI do art. 21, *verbis*:

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

¹⁷ Citação extraída do voto condutor do acórdão no PA 08000.012720/94- 74

...

VI- impedir o acesso de concorrentes (...) aos canais de distribuição;

Contudo, admite-se o acordo de exclusividade de venda dentro de condições específicas, no caso de varejos especiais, em que o patrocínio de marcas, além de ser um importante recurso de *marketing* para a empresa contratante, é também uma fonte de recurso necessária para a viabilização desses estabelecimentos que chamei de "especiais", como casas de show, espetáculos, boates etc.

No rol das obrigações positivas constantes da cláusula quarta, o que se busca, é a cooperação da representada no sentido de rescindir as cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de *merchandising*, ou em quaisquer outros acordos que contenham tais cláusulas, celebrados com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários. Neste caso, devido a questões de ordem operacional, dada a grande quantidade de contratos a serem alterados, concedeu-se o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da assinatura deste termo, para que a compromissária altere todos os seus contratos que disponham sobre exclusividade de venda de cigarro. No prazo máximo de 90 dias, os contratos alterados deverão ser apresentados ao CADE.

Buscou-se também a cooperação da compromissária no sentido de dar publicidade ao que foi acordado no compromisso com o CADE, assegurando a transparência das novas relações de mercado. Assim, deverá a compromissária dar conhecimento ao mercado das novas condições de relacionamento entre ela e seus parceiros comerciais. Trata-se de obrigações de informar.

Previu-se, na cláusula quinta, a obrigação solidária da compromissária, com relação aos atos dos prepostos e entidades filiadas ou associadas e terceiros contratados.

Cuidou-se, na cláusula sexta, de estabelecer a obrigação das compromissárias prestarem informações ao CADE, semestralmente.

Na forma do disposto na lei, tratou-se, na cláusula sétima, da suspensão do processo durante o período de vigência do compromisso de cessação, sem qualquer decisão de mérito, bem como a sua continuidade no caso de descum-

primento de qualquer das obrigações, sem prejuízo da execução judicial de que trata o § 4º do art. 53, da Lei nº 8.884/94.

Conforme determina o § 1º do art. 53, alínea "a", da lei de regência, previu-se, cláusula oitava, multa diária, para o caso de descumprimento do compromisso.

Fixou-se o prazo de 3 anos para a vigência do compromisso, período que entendendo suficiente para que o CADE acompanhe a normalização das condições concorrenciais no mercado (Cláusula Nona), e o arquivamento do processo administrativo se verificada a efetiva cessação das práticas (Cláusula Décima).

Previu-se, por fim, a publicação na sua íntegra do termo de compromisso de cessação no Diário Oficial da União, e obrigando-se, ainda, a compromissária, a mandar publicar às suas expensas um extrato do termo, dentro de 15 dias, em, no mínimo, 02 (dois) jornais de grande circulação nacional.

4.5 Propostas apresentadas para o termo de compromisso

Tendo o termo de compromisso permanecido na Secretaria do Plenário, por oito dias úteis, para consulta pública, somente a representante apresentou comentários e solicitação de alteração de algumas cláusulas da minuta do termo. Na sua petição manifestou preocupação e dúvidas quanto ao prazo de cumprimento das obrigações de cessação constantes na minuta. Segundo a representante, *"os prazos para a representada formalizar providências junto aos seus contratantes (sic) e informá-los ao CADE não devem confundir-se com a cessação da prática propriamente dita. Os primeiros devem sim seguir uma cronologia, enquanto a última deve ocorrer de imediato, assim que assinado o termo de compromisso"*.

Alegou, a representante, que a concessão dos prazos para rescindir os acordos (obrigações positivas) entra em frontal contradição com o disposto nas cláusulas que tratam das obrigações negativas.

Efetivamente, não são os mesmos os prazos para a cessação da prática e para as providências contratuais necessárias. Como está claro nas cláusulas das obrigações negativas, o prazo para o respectivo cumprimento é imediato. A compromissária não mais fará acordos de exclusividade de vendas com os estabelecimentos mencionados, a partir do momento de assinatura do compromisso com o CADE, ou seja, cessará de imediato a prática de exclusividade de venda. Para alterar os seus contratos, a representada terá 60 dias a contar

da assinatura e mais 30 dias para comprovar isso ao CADE que efetivamente promoveu as alterações determinadas.

Entretanto, para evitar que dúvidas como essa manifestada pela representante ocorram, inverti a ordem em que estavam originalmente as cláusulas. Assim, as obrigações no sentido de cessar a prática passam a constar na cláusula terceira; enquanto as obrigações relativas às providências de fazer cessar a prática passam a constar na cláusula quarta.

Além disso, a representante solicitou ao Relator as seguintes alterações na redação das cláusulas abaixo indicadas:

a) Substituição, nas cláusulas 2a e subcláusulas 4.1 e 4.2, da seguinte expressão: “... *quaisquer estabelecimentos varejistas (...), e, ainda os estabelecimentos da rede Makro Atacadista S.A.*” pela expressão “... *quaisquer estabelecimentos, sejam estes atacadistas, distribuidores e/ou varejistas em geral (...), bem como a proibição da celebração de acordos de tal natureza com toda e qualquer espécie de estabelecimento que possa vir a comercializar cigarros*”.

Rejeitei tal alteração porque os distribuidores e atacadistas à exceção da rede Makro, não são objeto deste termo de compromisso. O compromisso de cessação de prática abrange todo e qualquer tipo de varejo, mas no atacado, só alcança o Makro, onde pelas características próprias do estabelecimento, causou preocupações quanto à possibilidade de dano ao mercado.

b) inclusão da alínea "c" na subcláusula 4.1.1 (isenção), com a seguinte redação: “(*c*) *não exista em um raio de 3 km outro ponto de venda que tenha contratado a exclusividade de 'merchandising' e conte com a exceção prevista nesta cláusula 4.1.1*”.

Entendi cabível a sugestão porque afasta a possibilidade de "fechamento" de mercado, mesmo no caso da exceção aberta para a exclusividade de venda de produtos. Entretanto, tendo em vista as outras condições cumulativas expressas nas alíneas “a” e “b”, que já constavam da referida subcláusula, incorporei parcialmente essa sugestão, adotando 500 metros como dimensão desse raio.

c) Inclusão da subcláusula 3.4, obrigando a Compromissária a “...*abster-se de exigir, por qualquer meio, o cumprimento das obrigações contratuais firmadas e/ou verbalmente pactuadas, com os pontos de venda, bem como abster-se da cobrança de eventuais multas por inadimplemento, e de aplicar quais-*

quer cominações, inclusive as de caráter rescisório, durante o prazo que antecede a rescisão formal, ou até que sejam tornados sem efeito os acordos, ou as condições contratuais impeditivas da comercialização de produtos concorrentes.”

Também acolhi esta sugestão, por entender que a mesma garante a imediata eficácia do compromisso, alcançando inclusive eventuais litígios que viessem a ocorrer em função do cumprimento imediato do termo de compromisso. Após o término do período de negociações com a representada, esta ainda requereu, em reuniões com o Relator, as seguintes mudanças:

a) Substituir, na subcláusula 3.2: "Abster-se de criar obstáculos para que os estabelecimentos mencionados nas subcláusulas 3.1, 4.1 e 4.2 comercializem ou venham a comercializar, ou exponham em local visível ao consumidor, marcas concorrentes de cigarros", a expressão "*exponham em local visível ao consumidor*", pela expressão "*exponham ao consumidor*".

Assenti com a substituição solicitada, tendo em vista que a palavra "*expor*" já tem o significado "*pôr à vista*". Portanto, a alteração não importaria em mudança do conteúdo e nem do objetivo buscado com essa disposição.

Por todas as razões apresentadas, considero que o compromisso de cessação que ora submeto ao plenário é o caminho mais eficaz para restabelecer de imediato as condições concorrenciais nos mercados relevantes de cigarro, e sugiro, portanto aos meus ilustres pares que o aprove, para que se alcance, assim, de imediato o objetivo proposto que, conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884/94, pertence a toda a coletividade.

É o meu voto.

Brasília, 13 de setembro de 2.000.

Mércio Felsky
Conselheiro-Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE
Ação independente em prol da concorrência

TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

O **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA - CADE**, doravante designado **CADE**, neste ato representado por seu Presidente, João Grandino Rodas, conforme disposto no inciso VII, do artigo 8º, da Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994 e **SOUZA CRUZ S/A**, com sede na Rua Candelária, 66, na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, registrada no CNPJ sob o nº 33.009.911/0001-39, doravante denominada **COMPROMISSÁRIA**, neste ato representada, na forma de seu Estatuto Social, por seus diretores Flavio de Andrade e Marcio Eduardo Tenório da Costa Fernandes, na qualidade de Representada no Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25, em que lhe são imputadas as práticas previstas no artigo 21, incisos V, VI e XI c/c o artigo 20, incisos I a IV, da Lei 8.884/94, conforme despacho proferido pelo Sr. Secretário de Direito Econômico em 30 de setembro de 1998,

considerando que a **COMPROMISSÁRIA** requereu a celebração de Compromisso de Cessação da prática objeto de investigação no referido processo administrativo, e que o Conselheiro-Relator do processo deferiu o pedido por meio do Despacho nº MF/19/2000, de 19.04.00, publicado no Diário Oficial da União nº 78-E, de 24 de abril de 2000; .

considerando que o **CADE**, na forma de suas competências legais, pode celebrar compromisso de cessação de prática sob investigação em qualquer fase do processo administrativo, conforme o disposto no art. 53 da mencionada Lei.

considerando que as conclusões do relatório circunstanciado da Secretaria de Direito Econômico, enviado ao **CADE**, na forma do art. 39 da Lei nº 8.884/94, não exaure a instrução nem vincula o **CADE** de qualquer forma, podendo o Conselheiro-Relator realizar novas diligências quando entender insuficientes seus elementos de convicção;

considerando que o Conselheiro-Relator pode dispensar ou suspender, quando iniciar com a Representada discussões sobre o conteúdo do termo do compromisso de cessação da prática sob investigação, as diligências complemen-

tares que viessem a ser necessárias para formar sua convicção, incluindo-se a delimitação mais precisa do mercado relevante;

considerando que nenhuma decisão de mérito foi tomada pelo CADE no referido processo administrativo; e

considerando que o compromisso de cessação tem por objetivo manter, e, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais no mercado de distribuição de cigarros no atacado e no varejo, no território nacional, assumindo para tanto, a COMPROMISSÁRIA, ainda que não reconheça a ilicitude da conduta investigada em qualquer dimensão, obrigações positivas e negativas que assegurem de forma mais ampla e abrangente padrões de concorrência, de sorte a proporcionar aos agentes econômicos e aos consumidores plena satisfação de seus direitos e interesses,

resolveram celebrar o presente Termo de Compromisso de Cessação, aprovado pelo Plenário do CADE na 1798 Sessão Ordinária, realizada no dia 13 de setembro de 2000, cuja ata faz parte integrante deste instrumento, de acordo com as cláusulas e condições seguintes.

CLÁUSULA PRIMEIRA -DA PRESUNÇÃO LEGAL

A celebração deste Termo de Compromisso de Cessação, conforme expresso no artigo 53 da Lei nº 8.884/94, não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada.

CLÁUSULA SEGUNDA -DO OBJETO

O presente Termo de Compromisso de Cessação tem por objeto a cessação de práticas relacionadas à celebração de acordos de exclusividade de vendas de cigarros, de qualquer forma manifestados, expressos ou tácitos, entre a COMPROMISSÁRIA e quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles estabelecimentos expressamente indicados nas cláusulas seguintes, bem como a proibição da celebração de acordos de tal natureza com os mesmos tipos de estabelecimentos que possam vir a comercializar cigarros.

CLÁUSULA TERCEIRA -DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS NEGATIVAS

Para a consecução do objeto deste instrumento, a COMPROMISSÁRIA assume, a partir da assinatura deste Termo de Compromisso, de forma definitiva, independentemente do prazo de vigência constante na Cláusula Nona, as seguintes obrigações de não fazer:

3.1 Abster-se de exigir ou celebrar, por qualquer meio, expresso ou tácito, verbalmente ou por escrito, qualquer tipo de contrato ou acordo que contenha qualquer disposição ou combinação sobre exclusividade de venda de cigarros, com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários e, ainda, os estabelecimentos da rede Makro Atacadista S.A.

3.2 Abster-se de criar obstáculos para que os estabelecimentos mencionados nas subcláusulas 3.1, 4.1 e 4.2 comercializem ou venham a comercializar, ou exponham ao consumidor, marcas concorrentes de cigarros.

3.3 Não praticar qualquer ação que resulte em boicote dos seus produtos aos clientes varejistas que desejarem adquirir para revenda outras marcas de cigarros produzidas por seus concorrentes legalmente estabelecidos no território brasileiro.

3.4 No que se refere à proibição e/ou restrições à comercialização de produtos, abster-se de exigir, por qualquer meio, o cumprimento das obrigações contratuais firmadas e/ou verbalmente pactuadas, com os pontos de venda, bem como abster-se da cobrança de eventuais multas por inadimplemento, e de aplicar quaisquer cominações, inclusive as de caráter rescisório, durante o prazo que antecede a rescisão formal, ou até que sejam tornados sem efeito os acordos, ou as condições contratuais impeditivas da comercialização de produtos concorrentes.

CLÁUSULA QUARTA -DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS POSITIVAS

A COMPROMISSÁRIA assume, ainda, as seguintes obrigações positivas:

4.1 Rescindir as cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de *merchandising*, ou em quaisquer outros acordos que contenham tais cláusulas, celebrados com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da assinatura deste termo.

4.1.1 O disposto nesta subcláusula não se aplica aos contratos de exclusividade de venda ou às cláusulas de exclusividade acessórias aos contratos de *merchandising*, DESDE QUE estejam presentes, cumulativamente, as seguintes características:

(a) o estabelecimento junto ao qual tenha sido ou venha a ser celebrado referido contrato ou cláusulas tenha como ramo de atividade o entretenimento noturno, tenha música ao vivo e palco, ou música eletrônica e *disc-jóquei* e, ainda, exista controle de entrada e saída dos clientes;

(b) o pagamento, pelo contratante, da exclusividade de *merchandising*, ou o valor do patrocínio, seja superior a 100.000 UFIR/ano, para estabelecimentos localizados em capitais, e 50.000 UFIR/ano, para estabelecimentos localizados em outras cidades;

(c) não tenha, a COMPROMISSÁRIA, celebrado contrato com cláusulas de exclusividade de venda com estabelecimentos varejistas ou do mesmo ramo de atividade situados num raio de 500 metros do estabelecimento com o qual se pretenda contratar.

4.2 Tornar sem efeito, no prazo de 60 dias da assinatura deste termo, as cláusulas do "Acordo Comercial de Fornecimento e Outras Avenças" celebrado com o Makro Atacadista S.A. , que façam qualquer referência a exclusividade de venda de cigarros nos estabelecimentos dessa rede em todo o território nacional, que estejam funcionando atualmente ou que vierem a ser abertos ao público, especialmente as constantes das cláusulas 1; 2.3; 3.1 e 3.2, do referido Acordo.

4.3 Inserir nos contratos de exclusividade de *merchandising* que contenham cláusulas de exclusividade de venda em vigor, disposição contratual que indique expressamente que a exclusividade de *merchandising* não importa a exclusividade de venda de produtos, no mesmo prazo estabelecido na subcláusula 4.1.

4.4 Incluir nos contratos de exclusividade de *merchandising* que vierem a ser firmados, a mesma disposição contratual prevista na subcláusula 4.3.

4.5 Enviar, no prazo de 15 dias a contar da assinatura deste termo, cartas com aviso de recebimento conforme o modelo do anexo I, a todas as pessoas físicas ou jurídicas com as quais tenha contrato de exclusividade de *merchandising*, esclarecendo o teor do presente termo, bem como informando tais pessoas da liberdade de venda de marcas concorrentes de cigarro, e da inexistência de qualquer tipo de retaliação ou penalidade por conta do exercício dessa liberdade pelo contratado.

4.5.1 Das cartas mencionadas nesta subcláusula, deverá constar os telefones do CADE, bem como a explicação de que os interessados poderão esclarecer

dúvidas quanto ao teor e abrangência do presente instrumento junto a este Conselho e comunicar eventuais condutas da COMPROMISSÁRIA que contrariarem os termos do presente compromisso de cessação.

4.5.2 A relação completa dos números e destinatários dos Avisos de Recebimentos relativos às cartas mencionadas na subcláusula 4.5, deverão ser enviados pela COMPROMISSÁRIA, ao CADE, no prazo de 30 dias a contar da assinatura deste termo.

4.6 Enviar ao CADE cópia autêntica do termo de revogação da cláusula de exclusividade de venda e do aditamento referidos nas subcláusulas 4.1, 4.2 e 4.3, relativos a cada um dos contratos alterados por termo ou aditamento, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da assinatura deste termo.

CLÁUSULA QUINTA -DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

5.1 A COMPROMISSÁRIA assume as obrigações aqui estabelecidas em seu nome, de seus prepostos, terceiros contratados e empresas subsidiárias, cujos atos sejam de sua responsabilidade, contratual ou legal supervisionar, controlar ou deles ser informada, dando-lhes, para tanto, ciência do inteiro teor deste Termo de Compromisso.

5.2 A responsabilidade solidária da COMPROMISSÁRIA, com relação a terceiros contratados não existirá quando a mesma instruir devidamente o terceiro contratado.

CLÁUSULA SEXTA -DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DE INFORMAÇÃO AO CADE

6.1 A COMPROMISSÁRIA deverá enviar ao CADE, a cada período de 06 (seis) meses, a contar da data da assinatura deste termo, até o 15º dia depois de decorrido esse período, cópias dos contratos de *merchandising* com cláusulas acessórias de exclusividade de venda que tenham sido celebrados, no respectivo período, com os estabelecimentos previstos na subcláusula 4.1.1.

6.2 No caso de não ter sido celebrado qualquer contrato de *merchandising* nas condições estabelecidas na subcláusula 4.1.1, a COMPROMISSÁRIA deverá, para cada período previsto na subcláusula 6.1, prestar essa informação ao CADE, por escrito, no mesmo prazo estabelecido na subcláusula 6.1.

6.3 As informações, documentos e relatórios que, de acordo com este Termo de Compromisso, devam ser enviados ao CADE serão entregues, na sede da

Autarquia, em envelope fechado, com a inscrição "confidencial", assegurando-se o sigilo em seu recebimento e guarda, endereçado ao Presidente do CADE.

CLÁUSULA SÉTIMA -DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

O processo ficará suspenso durante o período de vigência do Compromisso de Cessação, sem qualquer decisão de mérito, podendo ter continuidade se a COMPROMISSÁRIA deixar de cumprir qualquer das obrigações aqui estipuladas, sem prejuízo da execução judicial de que trata o parágrafo 4º, do artigo 53, da Lei nº 8.884/94.

SUBCLÁUSULA ÚNICA

O descumprimento das obrigações assumidas neste Termo será apurado pelo CADE, que adotará as providências cabíveis, de acordo com o § 4º do art. 53 da Lei nº 8.884/94.

CLÁUSULA OITAVA -DAS MULTAS

8.1 Pelo descumprimento das obrigações principais assumidas neste Compromisso, a COMPROMISSÁRIA ficará sujeita a multa diária, enquanto perdurar eventual descumprimento, no valor de 10.000 (dez mil) Unidades Fiscais de Referência -UFIR -ou padrão superveniente, nos termos do artigo 25 da Lei 8.884/94.

8.2 O atraso na entrega dos relatórios e informações ao CADE, na forma estabelecida na Cláusula Sexta, sem justa causa ou consentimento prévio, será apurado pelo CADE, respeitado o direito de defesa, sujeita a COMPROMISSÁRIA, à multa diária de 5.000 UFIR, ou padrão superveniente.

CLÁUSULA NONA -PRAZO DE VIGÊNCIA

As obrigações acessórias pactuadas no presente instrumento serão cumpridas pela COMPROMISSÁRIA durante o prazo de 03 (três) anos, contados da data de assinatura, sem prejuízo do cumprimento das obrigações principais nos prazos estabelecidos, em caráter definitivo.

CLÁUSULA DÉCIMA -DO ARQUIVAMENTO

Terminado o prazo assinalado na Cláusula Nona, e verificada a efetiva cessação das práticas de que trata o presente termo, o processo administrativo indi-

cado no preâmbulo será arquivado, sem qualquer decisão sobre o mérito da representação, obedecidas as normas regimentais do CADE.

CLÁUSULA DÉCIMA-PRIMEIRA -DA PUBLICAÇÃO

Este Termo de Compromisso será publicado na íntegra no Diário Oficial da União. Da mesma forma, a COMPROMISSÁRIA fará publicar, às suas expensas, extrato deste termo, em até 15 dias da sua assinatura em, no mínimo, 02 (dois) jornais de circulação nacional.

E, por estarem de acordo, assinam o presente Termo de Compromisso em 2 (duas) vias de igual teor e forma.

Brasília, 13 de setembro de 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -CADE

João Grandino Rodas

SOUZA CRUZ S/A

Flavio de Andrade
Diretor Presidente

Marcio Eduardo Tenório da Costa Fernandes
Diretor

Testemunhas:

.....
.....

ANEXO I

Rio de Janeiro, [●] de 2000
Souza Cruz S. A.
Rua Candelária, 66 -3º andar
Rio de Janeiro –RJ
20092-900

Ao
Sr.(a) [●]

Ref: [●] (Inserir Título do Contrato)
Prezado (a) Senhor (a),

A presente carta tem como objetivo cumprir compromisso assumido com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, consoante o disposto no Termo de Compromisso de Cessação de Prática ("TCC") firmado nos autos do Processo Administrativo n.O 08012.003303/98-25, e esclarecer o quanto segue:

No dia 13 de setembro de 2000, em conformidade com o artigo 53 da Lei n.o 8.884/94¹, foi firmado o mencionado TCC entre a Souza Cruz S.A. ("Souza Cruz") e o CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

¹ **Art.53.** Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;
- c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

Como consequência da assinatura do referido TCC, a Souza Cruz esclarece, contudo, que o contrato de exclusividade de *merchandising* em epígrafe, doravante, não compreenderá exclusividade de venda de produtos, estando V. S^a livre para a comercialização de outros produtos concorrentes, sem que o mesmo acarrete qualquer tipo de represália, multa ou cominação de penalidade, por parte da Souza Cruz, em função de alteração do mencionado contrato.

Informamos, ainda, que todas as dúvidas sobre a presente carta poderão ser esclarecidas através do Serviço de Atendimento ao Varejista -SA V da Souza Cruz telefone 0800 [●] ou através do e-mail [●] .

Por último, informamos que o CADE está aparelhado para esclarecer os termos do TCC e para receber eventuais denúncias de quebra do mesmo, por parte da Souza Cruz, o qual poderá ser acessado por meio dos telefones (61) 327 0742 e (61) 3289455 ou por meio do fax n° (61) 3285523.

Continuamos à disposição para esclarecimentos suplementares que se façam necessários.

Cordialmente,

Souza Cruz S.A .

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial. ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol. / n.º-
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8- 3
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boeing/Macdonnel Douglas	5-8
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
<i>Dias, José Carlos Vaz</i>	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1

Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SE-AE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 Considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (3-6

Gonzaga	inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagrotteria, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 - 1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5

Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter -But it Does	4-6
OECD	Suggested Issues for Discussion III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou Regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação anti-truste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Riviére Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Per-nomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6

Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8-3
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE - Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração N°16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4

04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinós Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafêtil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfêtil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle Gmbh e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Willianmas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10

32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumstost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçímetros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Porducts	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE – AMBEV	7-3
PARECER	SDE – AMBEV	7-3

PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A -	2-2

	Indústrias Químicas	
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada;	5-8

União		
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023 859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001 504/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol./n.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Irls Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -	3-9

Regulamentação	
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4

RESOLUÇÃO Nº 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que	6-4

trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39 , DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policu - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>"Dumping e Concorrência Externa"</i>	1-3
<i>"Concorrência no Mercosul"</i>	1-3
<i>"Concentração Econômica e a Resolução -I do Cade"</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Wordkshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1

I CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PRÊMIO IBRAC - ESSO

1.º	Paolo Zupo Mazzucato	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
2.º	Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
3.º	Tomás Junqueira de Camargo	O Comércio Eletrônico entre empresas e sua	8-2

		relação com o direito concorrencial	
4.º	Giovani Ribeiro Loss	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
5.º	Ricardo Noronha Ingles de Sousa	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
6.º	Cintia Gonzaga Alves	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
7.º	Antonio Carlos Machado de Andrade	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
8.º	Denis Alves Guimarães	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em Prol das Eficiências	8-2
9.º	Lucas Machado Lira	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
10.º	Tatiana Lins Cruz	Defesa da Concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
10.º	Diego Goulart de Oliveira Viana	Globalização e Abertura Econômica X Regulamentação de Mercado	8-2

**www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br**