

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.002740/98-02

Requerentes: Sherwin Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda.
do Brasil Indústria e Comércio Ltda

Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva

ACÓRDÃO

Ato de Concentração nº 08012.002730/98-41

Requerentes: Indústrias Químicas Elgin Ltda. e Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda.

Advogados: Syllas Tozzini e outros

Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado

EMENTA. Ato de Concentração. Aquisição da totalidade das quotas da Indústria Química Elgin pela Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda. Mercado relevante nacional de tintas para repintura em geral. Mercado relevante em crescimento com baixas barreiras à entrada. Operação não elevou consideravelmente o grau de concentração no mercado. Ausência dos pressupostos contidos no caput do artigo 54 da lei nº 8.884/94. Multa por descumprimento do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração sem restrições e, por maioria, vencido o Conselheiro Arthur Barrionuevo, aplicar, às requerentes multa previstas no § 5º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, no valor de R\$ 172.998,00 (cento e setenta e dois mil, novecentos e noventa e oito reais), equivalente a 180.000 UFIR. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky, Ruy Afonso de Santacruz Lima, declarando-se impedido, e Marcelo Procópio Calliari. Presente a Procuradoria-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 19 de agosto de 1998 (data do julgamento).

GESNER OLIVEIRA
Presidente do Conselho

LÚCIA HELENA SALGADO E SILVA
Conselheira-Relatora

EMENTA

Ato de Concentração. Aquisição da totalidade das quotas da Lazzuril Tintas S/A pela Sherwin Williams do Brasil Ind. e Com. Mercado Relevante nacional de tintas para repintura em geral. Mercado relevante em crescimento com baixas barreiras à entrada. Operação não elevou consideravelmente o grau de concentração do mercado. Não estão presentes os pressupostos do caput do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Multa por descumprimento do parágrafo 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrição.

RELATÓRIO **

1. DA Operação

A Sherwin Williams do Brasil adquiriu, em 17 de maio de 1996, a totalidade das ações da Lazzuril. O valor da operação foi de R\$ 60 milhões e visa ampliar sua participação no seguimento de repintura automotiva.

2. As Requerentes

Sherwin Williams do Brasil é subsidiária do grupo norte-americano The Sherwin Williams Co., o qual obteve, em 1995, faturamento de R\$ 3,3 bilhões no mundo, sendo R\$ 98,3 milhões no Brasil. O grupo dedica-se à produção e distribuição de tintas.

A Lazzuril Tintas S/A é empresa familiar brasileira cujo *core business* era a

** Colaboração da integrante do programa de intercâmbio Érica Cristina Rocha Gorga, sob a supervisão da Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva.

era a produção e distribuição de tintas para repintura automotiva. Teve R\$ 35,1 milhões de faturamento no exercício de 1995.

Produto

As duas empresas atuam no setor de repintura automotiva. Entretanto, devido ao elevado grau de substitubilidade na oferta, possível em razão da fácil conversão da produção entre os sub-segmentos de repintura, pode-se considerar o produto relevante como o de tinta para repintura. Incluem-se nesta categoria, além das tintas para repintura automotiva, as tintas utilizadas em eletrodomésticos e as tintas de “retoque” que têm uso geral.

Dimensão Geográfica

Trata-se de um mercado de dimensões nacionais, sendo o produto de fácil transporte e armazenamento. O comércio internacional de tintas é pouco expressivo devido ao custo relativo do frete a longas distâncias em razão do baixo valor agregado do produto.

4. Estrutura de Mercado

De acordo com as informações da empresa, à época, o mercado tinha a seguinte configuração no setor:

Quadro I - Configuração do Mercado

Renner/Dupont	24,5%
Basf/Glazurit	23,7%
Coral	16,1%
Lazzuril	15,9%
Akzo	15,6%
Sherwin Williams	1,3%

Fonte: Requerentes

Com a aquisição da Lazzuril, a Sherwin Williams passou a deter 17,2% de estrutura de oferta do mercado. A Sherwin Williams, seguindo a

mesma estratégia de expansão de atividades no campo de repintura, outrossim, adquiriu Elgin, o que lhe proporcionou uma participação final de aproximadamente 17,5% neste mercado.

O mercado é também composto por produtores locais e regionais que atuam na distribuição do produto em escala menor, porém considerável.

Cabe, por fim, destacar que o mercado de repintura possui baixas barreiras à entrada. Por exemplo, apesar da segmentação na demanda de tintas em geral, nada impediria que uma empresa dedicada à produção de tintas industriais ou automobilísticas passasse a produzir tintas para repintura devido aos investimentos relativamente pequenos que tal empreendimento requereria.

5. Dos Pareceres

Os pareceres dos órgãos (SEAE, SDE) entendem que a operação não elevou o grau de concentração do mercado significativamente, não trazendo efeitos adversos a este e ao consumidor.

Foi ressaltado que a operação somente é alcançada pelo indicador legal de faturamento consoante o 3º do artigo 54 da Lei 8884/94, uma vez que o faturamento global do Grupo Sherwin Williams foi de R\$ 3,3 bilhões em 1995. Houve intempestividade na apresentação do feito, o que se concretizou somente em 28.04.98, mediante requerimento do Plenário do CADE, conforme o que relata a SDE e a Procuradoria.

Ato de Concentração n.º 08012.002730/98-41

Requerentes: Sherwin Williams Brasil Indústria e Comércio Ltda. e Indústrias Químicas Elgin Ltda

Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva

ACÓRDÃO

Ato de Concentração nº 08012.002740/98-02

Requerentes: Sherwin Williams Brasil indústria e Comércio Ltda. Lazzuril Tintas S/A

Advogados: Syllas Tozzini e outros

Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado

EMENTA. Ato de Concentração. Aquisição da totalidade das quotas da Lazzuril Tintas S/A pela Sherwin Williams Brasil Indústria e comércio Ltda. mercado relevante nacional de tintas para repintura em geral. Mercado relevante em crescimento com baixas barreiras à entrada. Operação não elevou consideravelmente o grau de concentração do mercado. Ausência dos pressupostos contidos no caput do artigo 54 da lei nº 8.884/94. Multa por descumprimento do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrição.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração sem restrições e, por maioria, vencido o Conselheiro Arthur Barrionuevo, aplicar, às requerentes, multa previstas no § 5º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, no valor de R\$ 172,998,00 (cento e setenta e dois mil, novecentos e noventa e oito reais), equivalente a 180.000 UFIR. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky, Ruy Afonso de Santacruz Lima, declarando-se impedido, e Marcelo Procópio Calliari. Presente a Procuradoria-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 19 de agosto de 1998 (data do julgamento).

GESNER OLIVEIRA
Presidente do Conselho

LÚCIA HELENA SALGADO E SILVA
Conselheira-Relatora

EMENTA

Ato de Concentração. Aquisição da totalidade das quotas da Indústrias Químicas Elgin pela Sherwin Williams do Brasil Ind. e Com. Mercado Relevante nacional de tintas para repintura em geral. Mercado relevante em crescimento com baixas barreiras à entrada. Operação não elevou consideravelmente o grau de concentração do mercado. Não estão presentes os pressupostos do caput do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Multa por descumprimento do parágrafo 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrição.

RELATÓRIO*

1. A OPERAÇÃO

A Sherwin Williams do Brasil Ind. e Com. Ltda., que atua no mercado de produção e distribuição de tintas, adquiriu a totalidade das quotas da Indústrias Químicas Elgin Ltda. Essa aquisição resulta da decisão de investir e expandir no mercado brasileiro de tintas para repintura em geral, sendo essa operação estimada em R\$ 27,2 milhões e efetuada em 25 de abril de 1.996, mas cuja apresentação foi feita na SDE em 28 de abril de 1.998.

2. AS REQUERENTES

A Sherwin Williams do Brasil é subsidiária da norte americana The Sherwin Williams Co. de atuação mundial no mercado de produção e distribuição de tintas, cujo faturamento do ano de 1.995 no Brasil foi de R\$ 98,3 milhões e o faturamento global de R\$ 3,3 bilhões de reais.

* Colaboração da integrante do programa de Intercâmbio Ligia Cristina Jardim, sob a supervisão da Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva.

As Indústrias Químicas Elgin Ltda., empresa familiar, dedicada à produção e distribuição de tintas para repintura em geral, faturaram no exercício de 1.995 aproximadamente R\$ 16 milhões.

3. MERCADO RELEVANTE

3.1. PRODUTO

As Indústrias químicas Elgin Ltda. fabricavam tinta para repintura em geral, marca Colorgin, vendida sob a forma de spray e usada para retocar falhas de pintura em automóveis, eletrodoméstico, etc.

Assim, o produto relevante é o tintas para repintura, na qual incluem-se as tintas para repintura automotiva e as de “retoque”, que têm uso em geral.

Cabe ressaltar que, o mercado de tintas pode ser subdividido em 4 segmentos: imobiliário, repintura, automotivo e industrial. Como as tintas têm composição e processo de fabricação idênticos, qualquer fabricante de tintas pode, potencialmente, competir no segmento de repintura.

3.2. MERCADO GEOGRÁFICO

O mercado pode ser considerado como nacional, sendo o produto de fácil transporte e armazenamento, porém o mercado internacional tem pouca importância, já que o baixo valor agregado do produto eleva o custo do frete a longa distância, inviabilizando as importações.

4. GRAU DE CONCENTRAÇÃO

O segmento de tintas para repintura é reponsável por uma margem pequena de comercialização no mercado brasileiro de tintas em geral.

Dentre as empresas que atuam no mercado produzindo tal produto relevante estão a RENER/DUPONT com 24,5%, BASF/GLASURIT com 23,7%, CORAL com 16,1%, LAZZURIL com 15,9% e AKZO com 15,6%. A Elgin detinha apenas 0,31% do mercado, ao passo que, S.W. já detinha 1,29% do mercado relevante, sendo importante afirmar que a S.W. também adquiriu a empresa Lazzuril que detinha 15,9% do mesmo mercado.

Quadro I - Configuração do Mercado

Fabricantes	Participação no mercado
Renner/Dupont	24,5%
Basf/Glasurit	23,7%
Coral	16,1%
Akzo	15,6%
Sherwin Williams	1,29%
Elgin	0,31%
Subtotal	1,60%
Lazzuril	15,9%
Outros	2,6%
TOTAL	100%

Fonte: Requerentes

Ao final da transação com as Industrias Químicas Elgin e a Lazzuril, a S.W. do Brasil passou então a ter participação de 17,5% no mercado de tintas para repintura.

5. Dos P a r e c e r e s :

A SEAE concluiu que a operação não criou nem elevou o grau de concentração do mercado, e que sua participação no mercado ficou inferior aos 20%, bem com seu faturamento não atingiu o limite o disposto em Lei.

A SDE analisando a questão entendeu que não trouxe a operação qualquer efeito lesivo no mercado e nem ao consumidor, apenas ressalva que cabe ao CADE a decisão de multar, devido ao fato da operação ter sido realizada em data de 25 de abril de 1.996, e apresentada apenas em data de 28 de abril de 1.998.

A Procuradoria, analisando o presente Ato de Concentração, emitiu seu parecer jurídico no sentido de que, a operação não traz prejuízo à concorrência e nem resulta dominação de mercado, e a concorrência do setor continua acirrada. Em relação a intempestividade, manifesta-se contrária a prorrogação de prazo para a apresentação da operação, visto que a Lei nº 8.884/94 estabelece os prazos de forma explícita, sendo impróprio dar margem a interpretação extensiva.

É o Relatório

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

1. Os atos de concentração de números 08012.002730/98-41 e 08012.002740/98-02 versam sobre operações concretizadas em 25/04/96 e 17/05/96, respectivamente, e apresentadas para análise do CADE somente em 28/04/98, em virtude do relator Conselheiro Antonio Fonseca com a anuência do Plenário, quando do julgamento da aquisição da Sumaré Indústria Química S/A pela Sherwin-Williams do Brasil. O voto do então Conselheiro dispõe nos seguintes termos sobre a argumentação de que as referidas operações não haviam sido submetidas à apreciação do CADE, à época, devido a dúvidas quanto ao critério de faturamento da empresa:

“5. Se existia, a suscitada dúvida agora não existe mais. A obrigação de fazer da Sherwin-Williams, prevista nos §§ 4º e 5º, art. 54, da Lei 8.884/94, persiste porque não apanhada pela prescrição quinquenal. Se a mesma dúvida era relevante, isso poderá afastar a multa pelo atraso na minifestação, não a obrigação de apresentar. Sobre este ponto, reserve-me para, noutra oportunidade e após aprofundado exame, tomar posição definitiva.”
(grifo meu)

2. Tal possibilidade de exame levantada pelo ex-conselheiro foi interpretada, posteriormente, pela procuradoria como a colocação de novo prazo após a publicação do acórdão, o que eximiria a requerente da cobrança de multa pela intempestividade na apresentação do fato. Todavia, conforme o relatado nos autos, em nenhum momento foi concedida a isenção de multa pelo plenário. Além disso, como foi destacado pela procuradoria, o acolhimento da apresentação dos atos de concentração em prazo distinto do previsto, violaria expressamente o texto legal.

3. Conforme o ilustre conselheiro ressaltou, há que se fazer uma avaliação minuciosa da questão suscitada; para isso, é preciso ater-se ao exame das Leis nº 8.884/94 e 9021/95 dentro do espírito de defesa da concorrência em que foram concebidas.

4. Faz-se imprescindível a observância do princípio da finalidade da administração pública, definido pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹: “... o princípio da finalidade impõem que o administrador, ao manejar as competências postas a seu cargo, atue com rigorosa obediência à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução.” Redundante, portanto, lembrar que uma das finalidades da Lei antitruste é a coibição do abuso de poder econômico dos grandes participantes do mercado. Assim, lê-se:

“Art. 2º. Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Parágrafo único. Reputa-se situada no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório estabelecimento, agente ou representante.”

...

“Art. 54. Os atos sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

...

“§ 3º. Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultantes em 20% (vinte por cen-

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p.62.

to) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, ou unidade de valor superveniente.

§4º. Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em 3 (três) vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

§5º. A inobservância dos prazos de apresentação previstos na parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art.32”.

5. À luz desses dispositivos legais, coloca-se incontestável a competência do CADE para apreciar o mérito das operações realizadas uma vez que uma das condições alternativas foi preenchida: Sherwin-Williams do Brasil é subsidiária do grupo The Sherwin-Williams Co. e este teve faturamento de R\$ 3,3 bilhões em 1995.

6. É óbvio que o critério de faturamento a ser adotado engloba o montante realizado pelo grupo inteiro, composto por quantas forem as subsidiárias ou sucursais que o constituem. De outro modo, se se adotasse como parâmetro o faturamento de uma simples sucursal, estar-se-ia menosprezando dramaticamente o potencial que um grande conglomerado tem de exercer poder econômico; e não é esse o alicerce que sustenta as diretrizes adotadas pelo CADE. A matriz e suas filiais mantêm vínculo jurídico-econômico entre si, o que basta para as caracterizar como partes do mesmo grupo empresarial perante a legislação antitruste. Cumpre ao CADE averiguar quaisquer atos que possam limitar ou abalar a livre concorrência, seja preventiva ou repressivamente, tutelando os bens jurídicos de toda a coletividade.

7. Portanto, não procede a afirmação por parte da empresa da dúvida quanto ao critério do faturamento. Como é sabido, não se cabe jamais alegar o desconhecimento da Lei. O voto do ato de concentração nº 28/95 apenas confirmou o entendimento que a própria Lei 8.884/94 já consolidava. Ademais, o parecer

da procuradoria no ato de concentração nº 126/97 elucidou qualquer questionamento:

“Conclui esta Procuradoria que na dúvida a empresa deveria ter submetido a operação aos órgãos de Defesa da Concorrência, pois mesmo que a empresa tivesse entendido que não houve alteração na estrutura de mercado, inexistindo potencialidade de risco a concorrência, não exime a empresa de não levar a operação à apreciação do órgão julgador, pois mesmo sendo a operação considerada viável, corria o risco de não ser, e conseqüentemente ser reprovada. Aliás, a obrigação determinada pelos parágrafos 3º e 4º do art. 54 é de natureza objetiva.”

8. Houve infração ao prazo legal previsto no § 4º do art. 54. Observa-se que, conforme dispõe o parágrafo 5º, a multa é aplicada devido à inobservância dos prazos estipulados, não interessando, nesse dispositivo, se houve danos ou lesões à livre concorrência. Se estes puderem existir, caberá, daí, a abertura de processo administrativo. No caso, existem duas operações que não foram apresentadas às autoridades, logo, haverá determinação de cobrança de duas multas.

9. A the Sherwin Williams Co. contava com faturamento de R\$ 3,3 bilhões em 1995, o que ultrapassa, em muito, o limite posto na Lei antitruste de 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, determinado no § 3º em vigor naquela data.

A Lei adota como pressuposto básico para a competência do CADE o poder econômico do grupo de empresas que constituem o conglomerado empresarial, Senão, bastaria a constituição de uma subsidiária, filial ou agência, que obtendo faturamento diferente (obviamente menor) do grupo da qual faz parte, para que se afastasse a aplicabilidade da lei. Ora, o art. 2º, ao situar a empresa estrangeira no Território Nacional desde que opere no Brasil, descarta em definitivo essa insensata possibilidade.

10. O §5º determina o piso de 60.000 (sessenta mil) UFIR e o teto de 6.000.000 (seis milhões) de UFIR como valores da multa pecuniária a ser aplicada. Subsidiariamente, deve-se recorrer ao art. 27, naquilo que for apli-

cável, sem prejuízo, certamente, de se considerar outras circunstâncias na graduação da multa.

11. A não apresentação (e não intempestividade na apresentação) de atos de concentração ao CADE constitui-se conduta grave, pois, configura ocultação de operações possivelmente danosas à livre concorrência e ao mercado consumidor. Consoante ao texto legal, a apresentação do ato se faz indispensável, uma vez que dela depende a análise das autoridades reguladoras e, por conseguinte, o bom funcionamento do mercado. O CADE, nesse aspecto de suas atribuições, situa-se em posição de inércia, aguardando a conduta-dever do administrado. Logicamente, tal “inércia”, em Direito Administrativo tem limite nas funções-deveres da Administração a qual exercerá o poder de polícia e o poder de fiscalização nos moldes do art. 174 da Constituição Federal.

12. Sobre a situação econômica do infrator, dispensa-se maiores elucubrações, haja visto os valores de faturamento bruto anual que aufere o grupo adquirente. Releva-se que qualquer multa a ser aplicada deve desempenhar, além da função de sanção que lhe é inerente, a função de caráter educativo, isto é, a multa deve ser representativa segundo as condições de cada infrator para que haja real desestímulo à reincidência da infração.

13. Tendo-se discutido os incisos do art. 27 pertinentes de consideração no presente caso, caberá ao administrador fixar o valor da multa, observando os valores mínimo e máximo determinados pelo §5º do art. 54. Vale lembrar, a guisa de ilustração, que o modelo brasileiro, diferentemente do americano, admite certa subjetividade na exata quantificação do montante da multa.

14. Nos Estados Unidos, a notificação dos atos de concentração que preencham os pré requisitos legais, é processada anteriormente à concretização da operação. As autoridades terão, então, 30 dias para manifestarem eventuais impedimentos para a transação econômica. A não manifestação do órgão competente significa o sinal verde para a realização da operação. Entretanto, qualquer consumação ou aquisição econômica sem a devida notificação das autoridades implicará aos responsáveis punições de US\$ 11.000 por dia de atraso.

15. No marco legal brasileiro, a autoridade tem como dever seguir os princípios legais visando ao seu fim maior: o de consecução do interesse público. Na aplicação de sanções, aplica-se o princípio da razoabilidade que descende do princípio da legalidade: “Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discricção administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir dessarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente..”²

16. Por isso, a medida a ser adotada deve ser razoável e proporcional à infração cometida. Dentro dos limites impostos pela lei (multa entre 60.000 e 6.000.000 de UFIR), e a gradação indicada pelas diretrizes do art. 27, com que foram identificados dois agravantes e considerando a responsabilidade solidária de que trata o art. 17 da lei, determino a imposição de multa no valor de 172.998,00 (cento e setenta e dois mil e novecentos e noventa e oito reais), equivalente a 180.000 UFIRs, às requerentes por cada uma das duas operações não notificadas, que corresponde ao triplo da multa mínima estipulada pela lei, devendo as mesmas procederem ao recolhimento dos valores no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do acórdão, sob a supervisão da procuradoria do CADE, que, na ausência dos pagamentos, adotará as providências cabíveis previstas na Resolução nº 9/97.

Na gradação das multas considereirei como atenuante o fato das operações não terem criado nem elevado poder de mercado.

17. No mérito, sou pela aprovação dos atos sem restrições pois que as operações não elevaram consideravelmente o grau de concentração do mercado, não havendo barreiras à entrada de novos players no mercado relevante o qual, conforme apontado, encontra-se em crescimento. Não se configura indício de lesão ou ameaça à livre concorrência pelo o que não estão presentes os pressupostos do caput do art. 54 da Lei.

É o voto.

Brasília, 05 de agosto de 1998.

² Id. *Ibidem*, p.36.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

AC 08012.0022740/98-02 (Lazzuril Tintas S/A e Sherwin-Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda.)

AC 8012.002730/98-81 (Indústrias Químicas Elgin Ltda. e Sherwin-Williams do Brasil Indústria e Comércio Ltda.)

VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO FILHO¹

1. Com o presente voto, pretendo - longe de afastar a aplicação de multas por intempestividade - basicamente ajustar esta aplicação de penalidade a uma correta temporalidade dos fatos, capaz de propiciar uma decisão, a um só tempo, justa para as requerentes e coerente com prática deste Plenário.

2. Todavia, fazem-se necessárias alguns comentários preliminares a respeito da função julgadora e sobre os princípios que devem nortear o seu exercício na formação jurisprudencial.

3. Um dos princípios básicos do liberalismo jurídico é o chamado “princípio da certeza do direito”, diretamente vinculado à indispensável segurança jurídica nas decisões. Dentro do conceito de segurança jurídica, muito prezado em nossa tradição, está a idéia de oferecer ao cidadão, quando da sua interação com o sistema normativo, condições de **certeza** e de **igualdade de tratamento**.

4. Por **certeza** deve-se entender o elemento que garante ou que mantém estável a relação conduta/efeitos, ou seja, tem como função dar ao cidadão ou administrado a condição de prever as conseqüências dos seus atos. Segundo Ricardo Guastini trata-se da

“possibilidade de prever as conseqüências jurídicas de sua própria ação e das decisões jurisdicionais”²

E, no que se refere à **igualdade de tratamento**, sua função como elemento da segurança jurídica não se liga ao conteúdo normativo, mas às expectativas do destinatário da decisão. No dizer de Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

¹ Com a colaboração de Gabriel Nogueira Dias

² “la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, e dunque di prevedere le decisioni giurisdizionali”, in *Il Giudice e la Legge*, p. 169, Torino, 1995

*“a segurança só se obtém se (...) valer para todos igualmente (...) diz respeito (...) ao princípio da isonomia.”*³

5. Por conseguinte, falar em segurança jurídica - uma das maiores preocupações deste Colegiado - é cumprir, simultaneamente duas funções: tornar previsível a relação ato/efeito e fazer com que este efeito atinja a todos de maneira isonômica.

6. Contudo, este propósito não será alcançado se desconsiderarmos o “princípio da irretroatividade do direito”, explicado por Guastini:

*“a criação jurisprudencial do direito é necessariamente uma legislação ex post facto, dado que as normas de direito jurisprudencial se aplicam a controvérsias já postas em julgamento, e portanto, a opiniões já formadas.”*⁴

7. A coerência na aplicação jurisprudencial, conseqüentemente, é fundamental para a manutenção da segurança jurídica, pois *“o bem da estabilidade continua sendo um grande valor”*⁵.

8. Isto posto, devo considerar que se estes princípios fundamentais não forem observados, darão ensejo a uma decisão injusta.

9. Passando ao caso concreto, e sem entrar no mérito dos critérios usados pela ilustre Relatora para a aplicação da multa, reporto-me ao voto proferido pelo então Relator do AC 126/97, o ilustre Conselheiro Antônio Fonseca. Naquela decisão, a qual determinou à Sherwin-Williams a apresentação das operações ora apreciadas, assim se manifestava o Conselheiro:

*“a ...requerente argumentou que as referidas operações não foram submetidas porque, à época, havia dúvida sobre a aplicação do critério de faturamento (.....) **se a dúvida era relevante, isso poderá afastar a multa pelo atraso na apresentação**⁶, não a obrigação de apresentar.”*

³ in Segurança Jurídica e Normas Gerais

⁴ “la creazione giurisprudenziale di diritto è necessariamente una sorta de legislazione *ex post facto*, giacchè le norme di diritto giurisprudenziale si applicano a controversie già sottoposte al giudice, e dunque a fattispecie già formatesi”. Op. Cit.

⁵ “il bene della stabilità ...resta ancora un grande valore” in **Santusuosso**, Fernando, *L’incertezza del Diritto nella Attività Giurisprudenziale*, Firenze, 1993

⁶ Grifo nosso

10. No mesmo voto, o Conselheiro Antônio Fonseca concedeu o prazo de quinze dias para que as operações em tela fossem apresentadas, o que foi cumprido pelas interessadas.

11. A minha discordância quanto à pertinência das multas dá-se com base nos princípios da certeza e da irretroatividade jurisprudencial do direito, na busca da máxima segurança jurídica, haja visto que a interpretação do art. 2º combinado com o §3º do art. 54 da Lei 8.884/94, não era “tão óbvia” quanto se supõe na época das operações objeto da proposta de multa.

12. De fato, a dúvida sobre a aplicação do critério de faturamento como imperativo para apresentação dos atos de concentração ao CADE só restou dirimida em decisão proferida em 19 de junho de 1996, no julgamento do AC 28/95 (Nalco/Exxon), relatado pelo ilustre Conselheiro Rodrigues-Chaves. Naquele julgamento é que se definiu, de forma conclusiva, que as empresas que faturassem, ou pertencessem a grupos que faturassem, ainda que no exterior, mais de 400 milhões de dólares deveriam submeter as suas operações de aquisição ou fusão à apreciação deste plenário.

13. A importância dessa decisão foi referendada pelo saudoso Conselheiro Leônidas Xausa na conclusão de seu voto no AC 49/95 (SHV ENERGY/MINASGÁS), proferido em 17 de julho de 1996, onde afirma:

“Já decidi o Plenário deste Colegiado, em sessão de 19/06/1996, ao apreciar o Ato de Concentração n.º 28/95 que, - a teor do art. 54, parágrafo 3º da Lei 8.884/94 – são obrigatoriamente apreciados pelo CADE os Atos em que qualquer dos participantes, ainda que no exterior (grifo nosso), detenha faturamento superior a R\$ 400 milhões.”

Ora, se foi necessário no Voto vencedor do Conselheiro Leônidas Xausa, afirmar que a decisão do Plenário é que efetivamente definiu a interpretação do parágrafo 3º do art. 54, da Lei 8.884/94, abrangendo o faturamento no exterior, claramente, o Plenário do CADE, até a decisão citada não tinha uma definição clara sobre o tema e, que portanto, não era óbvia, nem para o próprio Colegiado.

14. Já daí se percebe que a dúvida sobre a obrigatoriedade ou não da apresentação era relevante. As operações ora apreciadas ocorreram respectivamente em 25/04/96 (Sherwin Williams/Elgin) e 17/05/96 (Sherwin Williams/Lazzuril), antes, portanto da decisão do caso Nalco/Exxon, tomada em 19/06/96. Ou seja, na data das operações havia a dúvida, que considero bas-

tante justificável, sobre a obrigatoriedade ou não da submissão das mesmas ao CADE.

15.A título de comparação, verifiquei que entre os atos de concentração submetidos aos órgãos de defesa da concorrência entre a edição da Lei 8.884/94 e o final de 1996, apenas naqueles cujo julgamento se deu após decisão do caso Nalco/Exxon, se considerou o critério de faturamento para fundamentar a sua análise pelo CADE. Em nenhum deles se cominou multa às requerentes⁷.

16.Para, mais uma vez, comprovar a relevância da dúvida a respeito da obrigatoriedade da apresentação dos atos de concentração ao CADE, reporto-me ao Parecer 70/96 relativo ao AC 30/95 (PARAMOUNT LANSUL/KARIBÊ/MOINHOS SANTISTA⁸) exarado em 16/10/96⁹ pelo Procurador José Cândido Carvalho Jr. e referendado pela Douta Procuradora-Geral, Marusa Freire. Naquele documento consta:

“26...o presente ato não merece ser conhecido posto queo faturamento das empresas participantesnão alcança o valor previsto no §3º do art. 54.

27. No entanto, pode ele ser conhecido se considerado o faturamento externo da controladora da empresa adquirida (....)

29 (...) esta Procuradoria opina pelo não conhecimento do ato...”

17.No seu voto, contudo, o Relator desse processo, o ilustre Conselheiro Pulo Dyrceu Pinheiro reafirmou o entendimento do Plenário e decidiu por conhecer do ato de concentração.

18.O que resta, no entanto, é que a definição da obrigatoriedade de apresentação dos atos de concentração ao Plenário do CADE, demorou praticamente dois anos até receber uma interpretação definitiva e mais alguns meses até esta interpretação se consolidar. Não considero, portanto, adequado, penalizar

⁷ AC's 31/95, 32/94, 65/96, 71/96, 82/96, 93/96, 98/96 e 111/96. Nos demais atos apreciados não foi considerado o critério de faturamento.

⁸ A Paramount/Lansul tinha um faturamento total de R\$ 88,5 milhões. O faturamento da Karibê não foi mencionado no Relatório, mas o valor da operação foi inferior a R\$ 10,2 milhões e a Karibê controlava apenas 1% do mercado relevante, o que permite concluir que seu faturamento também era bem inferior aos US\$ 400 milhões estipulados pela Lei 8.884/94. Todavia, a Karibê era controlada pelo Grupo Bunge, cujo faturamento global chega à casa de 10 bilhões de dólares.

⁹ após, portanto o julgamento do caso Nalco/Exxon,.

empresas pelo não cumprimento de obrigações que, sequer o próprio CADE, tinha certeza de que existissem. Não me parece oportuno, assim, na apreciação de casos antigos, o uso de critérios descontextualizados e em dissonância com os princípios supra referido, a saber, o da certeza e da irretroatividade jurisprudencial do direito.

19. Concluindo, sou, por conseguinte, pela não aplicação da multa às requerentes dos atos em epígrafe. Quanto ao mérito das operações, acompanho a ilustre Conselheira-Relatora e voto pela aprovação de ambas, sem restrições.

É o voto.

Brasília, 19 de agosto de 1998

ARTHUR BARRIONUEVO FILHO
Conselheiro