

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

**ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 29/95**

**REF: PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARAÍBA**

**RELATOR: Conselheiro Edison Rodrigues-Chaves**

PARECER n.º 41/96, de 01 de agosto de 1996

***DECISÃO***

O Colegiado conhece do ato de Concentração n.º 29/95, deixando de examiná-lo no mérito, para devolvê-lo à Secretaria de Direito Econômico com a recomendação de chamamento ao processo da Itaboraí Comercial Exportadora Ltda. e Marvin Investimentos S.A., para que se complete a instrução processual. Determinou, ainda, a extração das cópias indicadas para a abertura do procedimento administrativo a ser aprovado por este Plenário contra as empresas Itaboraí Comercial Exportadora Ltda. e Marvin Investimentos S.A., com vistas a apuração da infração estabelecida no § 5º do art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

***PARECER DA PROCURADORA MARUSA FREIRE***

**EMENTA**

Ato de Concentração - privatização - mineração Caraíba S. A. - Alienação do controle para terceiros durante o processo de análise no Sistema SDE/SEAE/CADE - Necessidade de atuação do CADE nos Atos de Concentração decorrentes do Programa Nacional de Desestatização - Ineficácia dos atos não aprovados pelo CADE - Instauração de Processo Administrativo.

Senhores Conselheiros,

Em 28/07/94, a CARAÍBA METAIS S/A adquiriu em leilão público realizado na bolsa de valores do Rio de Janeiro a

MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA.. Do bloco único de cotas representativas do capital social da mineradora 80% ficaram com a CARAÍBA METAIS e 20% foram doados por ela aos empregados. Para cumprir o disposto no edital de privatização, aquela empresa prestou a Secretaria do Direito Econômico as informações previstas no art. 54 do Decreto 724, de 19.01.93.

O processo chegou a este Conselho após manifestação da SEAE (fls. 22 a 32), de 20.07.95, e da SDE (fls. 218 a 249), de 17/01/96, que, inclusive, opinaram pela aprovação do ato em exame, tendo esta última recomendado fosse firmado compromisso de desempenho uma vez que alguns dos requisitos contidos no § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94 não estariam presentes.

Observa-se nos autos que em 07.11.95 (fls. 214 a 218) foi protocolado na Secretaria de Direito Econômico, após solicitação daquele Órgão de que a empresa enviasse os documentos e as informações exigidas pela Portaria 004/95 do Ministério da Justiça - SDE, recém publicada, requerimento da CARAÍBA METAIS no sentido de que fosse reconhecido expressamente que a aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA., por aquela empresa não configurou ato de concentração econômica passível de exame e aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, tendo em vista que a correspondência da empresa que deu início ao processo objetivara apenas cumprir as exigências regulamentares inerentes aos processos de aquisição de empresas estatais, no âmbito do programa nacional de privatização e mais especificamente aquela prevista no artigo 54 do Decreto 724, de 19.01.93.

Em 06/03/96, a CARAÍBA METAIS apresentou requerimento ao Secretário de Direito Econômico (fls. 250), onde informa que o controle societário da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. (agora transformada em MINERAÇÃO CARAÍBA S. A.) fora objeto de alienação às empresas ITABORAI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e MARVIN INVESTIMENTOS S/A, anexando cópia do “Contrato de Compra e Venda de Ações Ordinárias de Emissão da Caraíba Mineração S. A. e outras Avenças”, datado de 02.02.96 e requer seja declarado precluso o referido processo e determinado o seu arquivamento, face à perda de objeto.

A Secretaria de Direito Econômico concluiu pela remessa do pleito ao CADE, com a sua manifestação sobre a aquisição, para que esta Autarquia decidisse inclusive sobre o requerido pela CARÁIBA METAIS S.A.

\*\*\*\*

Afloram, portanto, duas questões jurídicas que não foram enfrentadas pela SDE e que merecem consideração deste Colegiado ante a necessidade de se aplicá-las ao caso concreto.

a) A atuação do CADE face ao Programa Nacional de Desestatização; e

b) A possibilidade de arquivamento dos pedidos de aprovação de atos de concentração econômica que se enquadrem nos pressupostos do art. 54.

\*\*\*\*

### **A ATUAÇÃO DO CADE FACE AO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO**

O Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei 8.031, de 12.04.90, ao redefinir o papel do Estado na economia, procura priorizar a participação da livre iniciativa desprovida de tutela governamental no processo produtivo e econômico do país, permitindo que o Estado se retire dos campos de atividade econômica em que sua presença é desnecessária com vistas a garantir o cumprimento das funções governamentais em consonância com as necessidades sociais e os desafios políticos e econômicos da Nação.

Dos objetivos definidos por aquele diploma legal, podem ser destacados de forma indireta, como bem aponta Nuno T. P. Carvalho em sua obra *As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste*<sup>39</sup>, alguns princípios que nortearam a elaboração do PND. Entre eles, importam a nossa análise os que determinam que a privatização deve visar a competitividade do parque industrial do país e que deve ser feita de modo a

---

<sup>39</sup> Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1995, pg. 166.

democratizar a propriedade do capital das empresas incluídas no programa.

Nenhum dispositivo especial definindo como seria preservada ou aumentada a competitividade das empresas integra aquela lei, bem como não se estabeleceu legalmente o que se define por competitividade.

Registre-se, desde logo, que este conceito - “competitividade”- deve merecer atenção por parte do CADE, uma vez que tem estado presente em quase todas as novas regulamentações que visam ordenar as atividades econômicas privadas decorrentes das Emendas à Constituição de 1988, especialmente às que se relacionam com as concessões e permissões de serviços públicos.

Embora em sua origem etimológica possa se identificar sua relação com a concorrência, porque deriva de competir, que por sua vez vem do latim *competere* que significa concorrer com outrem na busca de um objetivo, esse tipo de conceito, que a princípio pode ser confundido com um conceito abstrato, é encontrado em larga escala na ciência jurídica, e pode ser qualificado como integrante da categoria dos conceitos determinados pela função, que abrange os conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulação, com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável<sup>40</sup>.

E esta identificação, segundo o nosso ordenamento jurídico, só pode ser estabelecida em concordância com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Assim, a “competitividade” pode ser tomada como sinônimo de livre concorrência no mercado interno ou de reforço da capacidade de a indústria brasileira competir, como um todo, com a indústria estrangeira tanto no mercado internacional quanto dentro do país, como entendeu Nuno T. P. Carvalho.

---

<sup>40</sup> Larenz. Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª ed.. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal, 1983, pg. 587.

Na exposição dos motivos do PND, verifica-se que existia uma expectativa de que os mecanismos naturais do mercado cuidassem do aspecto da livre concorrência e de que a desestatização resultasse naturalmente na ampliação da competitividade, uma vez que a exploração de atividades econômicas pelo Estado teria levado a uma enorme concentração, sem qualquer preocupação com as regras da livre concorrência.

Ocorre que, o baixo nível de poupança da população brasileira não possibilitou a atuação natural desses mecanismos de desconcentração do poder de mercado, desviando-se desse modo o programa do seu objetivo de democratização do capital das empresas estatais.<sup>41</sup>

Como o legislador não estabeleceu expressamente o primado da defesa da livre concorrência, embora seja este um preceito constitucional que a lei deva obedecer, e como não existiam critérios claros que pudessem ser aplicados aos interessados tanto no momento de participar dos leilões como no momento de venda das ações, alguns equívocos foram se firmando em relação ao PND, o que levou às seguintes conclusões, também equivocadas:

1) como as empresas que estavam sendo vendidas detinham, muitas delas, posição dominante no mercado relevante, não havia motivo para nova análise da questão do domínio no mercado.

2) como a participação dos interessados nos leilões era precedida de uma inscrição formal, com cadastramento e análises formais, pensou-se que a simples admissão ao leilão já pressupunha uma autorização para a aquisição da posição dominante pelas empresas participantes.

Além disso, tem prevalecido durante todo o programa de privatização o argumento um tanto deturpado, da “failing company defense”, isto é, se não aceitas as condições propostas nos leilões pelas empresas participantes, a empresa a

---

<sup>41</sup> Mameluque, Leopoldo - *Privatização - Modernismo e Ideologia*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

ser privatizada (muitas vezes, mas nem sempre, em difícil situação financeira) corre o risco sério de não conseguir sobreviver. Este último equívoco é um tanto mais subliminar do que evidente.<sup>42</sup>

Em janeiro de 1993, para corrigir algumas imperfeições encontradas no programa, foi editado o Decreto 724/93, onde, além de incluir entre as diretrizes para os projetos de privatização a defesa da livre concorrência, (art. 6º, III), incluiu-se um dispositivo sob a epígrafe “Da Defesa da Concorrência”.

Esse Decreto, foi revogado pelo Decreto 1.204, de 29 de julho de 1994, que, embora não repita o elenco de diretrizes para o PND, mantém um dispositivo de defesa da concorrência, com idêntica redação ao do diploma anterior, com atualização apenas no que se refere à citação da Lei n.º 8.884/94:

“Art. 48. Os adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada obrigam-se a fazer com que a sociedade privatizada preste à Secretaria de Direito Econômico (SDE), após liquidação financeira da operação de compra, as informações que possibilitem aferir a aplicabilidade do disposto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994).”

No que se refere à não repetição das diretrizes do PND, nenhum problema acarreta quanto à aplicabilidade das normas de defesa da concorrência uma vez que, como já mencionamos, esta decorre dos mandamentos constitucionais aos quais a lei e seu regulamento têm de se subordinar.

No plano legal, a atuação do CADE nos processos de privatização decorre da Lei 8.884/94, tendo em vista que a Lei 8.031/90 e nenhum outro diploma legal excluiu a sua competência, e, finalmente, do Decreto 1.204/94, que prevê expressamente a necessidade de sua apreciação em relação aos adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada.

---

<sup>42</sup> Cit. 1, pg. 168.

Devem, portanto, segundo a Lei 8.884/94, ser submetidos ao CADE todos os atos decorrentes da aquisição de controle acionário da empresa privatizada para que este verifique a aplicabilidade das normas de defesa da ordem econômica, caso se tratem de atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, como prescrito no caput do art. 54, ou de atos a ele equiparados pelo § 3º daquele mesmo artigo.

O CADE, após verificar preliminarmente a aplicabilidade do art. 54, deverá proceder a sua análise considerando que, de certo modo, a concorrência e a liberdade de mercado restavam prejudicadas pela própria participação do Estado, com sua posição de império, na economia e que o processo de privatização contribui para o fortalecimento da economia nacional, uma vez que atingido o seu objetivo o parque industrial do país terá ampliado a sua competitividade. E esse raciocínio justifica o tratamento privilegiado para apreciação desses casos em conformidade com o § 2º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Todavia, como é sabido, nem sempre a iniciativa privada objetiva um reforço de sua capacidade empresarial ao participar do processo de privatização, particularmente em nosso país, cuja história recente registra que uma grande parte da estatização de empresas deveu-se à falta de eficiência do setor privado, cujas empresas por não terem se tornado auto-suficientes recorreram ao Estado para garantir a continuidade das suas atividades.

Principalmente porque o atual programa de privatização permite o uso indiscriminado de títulos da dívida pública, interna e externa, nos leilões de privatização, que apesar de representarem em valor de face o equivalente ao preço pago pelas empresas privatizadas têm valor nominal muito abaixo do seu valor real, o que pode resultar na hipótese de que os adquirentes satisfaçam seus objetivos com a simples aquisição da empresa privatizada, que possui valor patrimonial em alguns casos superior ao preço mínimo dos leilões, para posterior alienação a terceiros, sem qualquer preocupação com o fortalecimento da economia.

Cumprido, então, ao CADE, especialmente nos casos de privatização de empresas que ocupem posição dominante e em setores estratégicos, verificar o que objetivaram as adquirentes ao participarem do programa de desestatização, bem como assegurar, mediante compromisso de desempenho, que as condições exigidas por lei para considerar o ato como legítimo sejam efetivamente cumpridas pelos adquirentes do controle acionário daquela empresa.

Por outro lado, sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou numa situação de prejuízo à concorrência, que não possa ser superado em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o CADE para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua desconstituição total nos termos legais.

\*\*\*\*

#### **DA POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA ENQUADRADOS NOS PRESSUPOSTOS DO ART. 54**

Passamos então, a analisar a questão da possibilidade de arquivamento do ato de concentração ora em exame tendo em vista que a empresa que iniciou o processo voluntário - CARAÍBA METAIS alienou a terceiros a empresa adquirida - MINERAÇÃO CARAÍBAS LTDA.

Segundo dispõe o art. 54 da Lei 8.884/94, o CADE deverá examinar os atos ali referidos, com a finalidade de verificar se atendem determinadas condições que ensejam sua legitimidade e resultam em aprovação por parte do Colegiado, ainda que sujeitos a compromisso de desempenho que assegure o cumprimento daquelas condições.

A princípio, perdido o objeto, que no caso se caracteriza pela alienação a terceiros da empresa cuja aquisição por processo de privatização se submete ao exame do CADE, não mais caberia ao CADE se manifestar quanto a sua aprovação. No entanto, segundo determina o § 7º do art. 54, a eficácia dos atos de que se trata aquele artigo condiciona-se à sua aprovação pelo CADE, e isso modifica aquela proposição inicial, pois se ineficaz o ato submetido à aprovação do CADE,



esta falta de eficácia acompanhará todos os demais atos praticados em decorrência do ato ineficaz, não podendo, nenhum dos atos produzir os efeitos jurídicos almejados, até que o ato cuja eficácia depende da aprovação do CADE se torne eficaz.

Ao analisar a eficácia dos atos jurídicos, bem se posiciona Marcos Bernardes de Mello em sua obra *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*:<sup>43</sup>

“Eficácia jurídica são os efeitos que se irradiam dos fatos jurídicos, e somente fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos. Nem a lei, nem os fatos por ela previstos (suporte fático), podem gerar eficácia jurídica isoladamente.

A norma jurídica somente tem o efeito de incidir sobre seu suporte fático. Pela incidência, o suporte fático, ou parte dele, entra no mundo jurídico, porque, juridizado, se transforma em fato jurídico. A norma jurídica, portanto, embora não seja a fonte dos efeitos jurídicos, é quem define qual a eficácia que terá o fato jurídico. Os efeitos do fato jurídico são, assim, os atribuídos pela lei. Se a norma jurídica prescreve certo efeito, nenhum outro fator ou circunstância poderá ampliá-lo, reduzi-lo ou eliminá-lo. Se a lei nega a certo fato jurídico determinado efeito, a ninguém é dado o poder de considerá-lo possível.”

A relação entre eficácia e validade, também foi identificada em Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* ao considerar que a eficácia da norma jurídica é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade: “A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular não percam a sua validade. Uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona. Assim, um homem para viver, tem de nascer: mas, para permanecer com vida, outras condições têm de ser preenchidas,

---

<sup>43</sup> 7ª edição revista e atualizada, ed. SARAIVA. São Paulo, 1995, pg. 145.

v.g., tem de receber alimento. Se esta condição não é satisfeita, perde a vida.”<sup>44</sup>

Isto significa que o ato não aprovado pelo CADE, existe no mundo fático, possui validade, mas não é dotado de eficácia jurídica. E existir, valer e ser eficaz são situações distintas em que se podem encontrar os fatos jurídicos, pois se passam em planos diferentes. O fato jurídico existe porque incide uma norma sobre seu suporte fático suficientemente composto. O fato para ser válido ou eficaz precisa existir. O existir, no entanto, independe completamente sua validade ou eficácia. Também não há uma relação essencial entre a validade e a eficácia do fato jurídico. O ato jurídico inválido, quando anulável, produz todos os seus efeitos até que sejam (ato e efeitos) desconstituídos por sentença judicial; mesmo quando nulo, há hipóteses em que é eficaz (casamento putativo, e.g.). Também há situações em que o ato jurídico válido é ineficaz, quanto a seus efeitos específicos, ao menos temporariamente (testamento antes da morte do testador e nos negócios jurídicos sob condição suspensiva antes do implemento da condição, e.g.).<sup>45</sup> Tudo depende do que dispõe a norma legal.

E a Lei 8.884/94 condicionou a eficácia dos atos previstos no art. 54 à aprovação pelo CADE. A apreciação pelo CADE é, portanto, condição legalmente estabelecida que subordina os efeitos do ato jurídico praticado (art. 114 do Código Civil Brasileiro) e funciona como condição suspensiva da eficácia jurídica desse ato, não se podendo falar em direito adquirido em relação àquele ato, mas de expectativa de direito ou direito eventual enquanto a condição não se verificar, segundo dispõe o art. 118 do CCB.

Aprovado pelo CADE, a eficácia dos atos submetidos à sua apreciação retroage à data de sua realização, pois opera-se o seu aperfeiçoamento.

Nesse sentido, a Lei 8.884/94 sintoniza-se com as disposições contidas no Código Civil Brasileiro no que se

---

<sup>44</sup> Kelsen, Hans. - *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Batista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1995, pg. 238.

<sup>45</sup> Mello, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Validade)*, ed. SARAIVA, São Paulo, 1995, pg. 11/2.

refere a possibilidade de que sejam praticados atos destinados à conservação do direito eventual, e até mesmo de disposição da coisa que se encontra sob condição suspensiva (art. 121, 122 e 128 do CCB). Tanto é assim que, embora a eficácia do ato a ser apreciado pelo CADE esteja condicionada a sua aprovação, o legislador prevê a possibilidade de que estes atos sejam praticados sem condição suspensiva e venham a produzir efeitos perante terceiros, inclusive perante a fazenda pública (§ 9º, do art. 54).

Do mesmo modo que as novas disposições realizadas sobre um ato que se encontra sob condição suspensiva só terão valor se realizada a condição, os atos praticados em decorrência do ato em apreciação pelo CADE só terão valor quando este aprovar o ato sobre o qual pendia esta condição. Tanto é assim que a própria Lei 8.884/94 estabelece, naquele mesmo dispositivo, a responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causado a terceiros, inclusive de natureza fiscal.

Por outro lado, a não aprovação pelo CADE também produz efeitos *ex tunc*, para negar a eficácia ao ato e aos respectivos efeitos perante terceiros, inclusive, de natureza fiscal. Isto significa que a lei nega ao ato não aprovado qualquer efeito. E, segundo, o inciso V do art. 145 do CCB, é nulo o ato jurídico quando a lei lhe negar efeito. E esta nulidade, não decorre de declaração do Plenário deste Conselho, mas de seus efeitos anticompetitivos porque ferem a ordem pública.

E exatamente porque um ato jurídico não pode permanecer por muito tempo sem estar dotado de eficácia tendo em vista a necessidade de obtenção de segurança jurídica para o administrado, o legislador determinou que a não apreciação pelo CADE no prazo de 60 dias, resulta na sua automática aprovação, por força do § 7º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Logo, o simples arquivamento do ato de concentração, cuja eficácia condiciona-se à aprovação do CADE - seja por decisão do Plenário seja por decurso de prazo -, ainda que em razão de alienação promovida pelo interessado que entrou com o requerimento neste Conselho, equivaleria a uma aprovação do ato submetido a sua apreciação, o que conferiria ao ato praticado plena eficácia e excluiria a responsabilidade civil por

perdas e danos eventualmente causada a terceiros, podendo ensejar futuramente a responsabilização dos agentes públicos por omissão.

Por essa razão, esta Procuradoria se posiciona pela impossibilidade de arquivamento de atos de concentração quando atendidos os pressupostos contidos no art. 54 da Lei 8.884/94, especialmente, na hipótese de o requerente ter praticado atos de disposição sobre o objeto do processo em análise no CADE, uma vez que o arquivamento pela perda do objeto e sem pronunciamento sobre o mérito do ato praticado, ressalvados os casos de desconstituição do ato em análise ou de apresentação prévia, implica, por expressa disposição legal, na aprovação daquele ato pelo decurso de prazo.

\*\*\*

### CONCLUSÃO

No caso concreto, encontram-se presentes os pressupostos legais que determinam a submissão do ato à apreciação pelo CADE, uma vez que trata-se de aquisição de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada, nos termos do art. 48, do Dec. 1.204/94, onde a empresa privatizada isoladamente detém uma parcela de mercado relevante - concentrado de cobre no Brasil - superior a 20% - de 75 a 85% -, participação esta crescendo em decorrência da diminuição da participação da Cia. Brasileira de Cobre do Rio Grande do Sul - por causa de esgotamento.

As manifestações da SEAE e da SDE indicam a possibilidade de aprovação do ato examinado mediante compromisso de desempenho, tendo em vista o não atendimento de algumas das condições do § 1º do art. 54. Este compromisso, todavia, não poderá ser firmado tendo em vista que a requerente - CARÁIBA METAIS S. A. - alienou as ações representativas do controle acionário da empresa privatizada - MINERAÇÃO CARÁIBA.

Esta Procuradoria se manifesta, portanto, pela devolução dos autos à SDE, para que complete a instrução processual do ato em análise, mediante o chamamento ao processo das partes que sucederam à CARÁIBA METAIS S. A.

no processo de aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA, uma vez que aquele ato não se havia aperfeiçoado por não ter sido aprovado por este Conselho.

Como a apreciação só poderá ocorrer com a identificação do interessado participante do ato de aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA, que sponte sua deveria ter submetido o ato à apreciação deste Conselho, e das demais informações complementares que se façam necessárias em decorrência daquela alienação, fica mantido o statu quo do ato examinado, cuja eficácia por expressa determinação legal condiciona-se à sua aprovação pelo CADE, bem como a responsabilidade civil da CARAÍBA METAIS S. A. prevista no art. 54, § 9º da Lei 8.884/94, particularmente em relação aos terceiros adquirentes. Interrompe-se, no entanto, o prazo do art. 54, § 6º, da Lei 8.884/94, que só começará a fluir quando o processo voltar a este Conselho regularmente instruído.

Recomenda-se, ainda, que após a identificação e o pronunciamento dos novos adquirentes, sejam os autos encaminhados para a SEAE, para que complemente o seu parecer e, finalmente, voltem com nova manifestação da SDE.

Quanto à alegação de perda do objeto, sequer poderia ser reconhecida no caso em exame, particularmente porque a competência do CADE para apreciar o ato decorrente da lei e não do interesse das partes, de tal maneira que a inobservância dos prazos de apresentação dos atos para exame deste Conselho sujeita as partes à multa pecuniária, sem prejuízo da abertura de processo administrativo nos termos do art. 32, nos termos do § 5º do art. 54.

Por essa razão, antes da remessa à SDE devem ser copiadas e autenticadas as peças de fls. 250/3, 261/2 e 275/6, que contém os elementos necessários à imediata abertura de procedimento administrativo contra a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e MARVIN INVESTIMENTOS S.A., para aplicação de multa pecuniária estabelecida no § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, que nos termos do § 1º, do art. 2º da Lei 6.830/80, é considerada como Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Este é o nosso entendimento.

Marusa Freire  
Procuradora-Geral do CADE

**RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR  
EDISON RODRIGUES-CHAVES**

1. Em correspondência datada da localidade de Dias d'Ávila a 16 de novembro de 1994 e recebida pela Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça a 9 de dezembro seguinte a CARAÍBA METAIS S/A - empresa brasileira produtora de cobre eletrolítico, localizada na Via do Cobre, 3.700, Área Industrial Oeste, Dias d'Ávila, BA - prestava informações sobre a aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA, no bojo do seu processo de privatização. Consta dos autos que a CARAÍBA METAIS S/A, única produtora nacional de cobre eletrolítico, atua na área de beneficiamento, transformação e refino do minério de cobre, sua comercialização e a de seus produtos. Da matéria-prima básica por ela utilizada, 25% são de origem nacional, sendo importados os restantes 75%. Sua unidade industrial está situada em Dias d'Ávila, junto ao Polo Petroquímico de Camaçari, próximo ao Porto de Aratu. BA.

2. Assinale-se, por oportuno, que essas informações somente foram prestadas por solicitação expressa da SDE, pois a direção da CARAÍBA METAIS S/A, acreditava-se de seu encaminhamento desobrigada, conforme se lê no trecho a seguir transcrito de uma de suas manifestações apud acta (fls. 214 a 218), in verbis:

...  
12) - ...o ato da aquisição do controle da Mineração Caraíba não teve, por si só, absolutamente nenhuma repercussão nos mercados brasileiros de concentração de minério de cobre ou de cobre eletrolítico. Destarte, não estão, esta empresa ou a Mineração Caraíba Ltda., "data venia", enquadradas nas situações previstas no artigo 54 da Lei n.º 8.884, de 11/06/94. Conseqüentemente, também não estão

obrigadas ao cumprimento das formalidades previstas na Portaria do [sic] SDE n.º 004/95.

Por todo o exposto, requer a Signatária se digne V. S<sup>a</sup>, reconhecer expressamente que a aquisição da Mineração Caraíba Ltda., pela Caraíba Metais S. A. não configurou ato de concentração econômica passível de exame e aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, dispensando, outrossim, ambas as empresas de qualquer formalidade prevista na Portaria do [sic] SDE n.º 004/95.[sublinhei].

3. É evidente o equívoco das Requerentes. A produção brasileira de cobre compete a apenas duas empresas - MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA (85%) e a COMPANHIA BRASILEIRA DE COBRE (15%) - e o faturamento bruto da CARAÍBA METAIS S/A, em 1994, exercício financeiro imediatamente anterior ao da transação, foi de R\$ 567.825.000,00 (quinhentos e setenta e sete milhões, oitocentos e vinte e cinco mil reais), conforme indicado à fl. 284, apud acta. Ora, na forma do art. 54, caput, combinado com o seu § 3º, ambos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, incluem-se entre os atos obrigatoriamente submetidos à apreciação do CADE, “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 cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”[sublinhei]. Como a transação é de molde a ser obrigatoriamente submetida à apreciação deste Colendo Colegiado, inclinei-me a examiná-la.

4. O processo foi-me distribuído em 2 de fevereiro de 1995, aqui ficando no aguardo dos pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Ao receber os autos, instruídos pela SDE, verifíco, surpreso, que a situação se alterara: a CARAÍBA METAIS S/A, ao responder a um dos pedidos de informações formulados por aquele órgão, pediu, à fl. 250, que o Diretor do Departamento

de Proteção e Defesa Econômica - DPDE da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça declarasse “precluso” o processo e determinasse o seu arquivamento, “face a inequívoca perda de objeto”: o controle societário da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. (posteriormente transformada em Caraíba Mineração S. A.) fora alienado por ela, em 2 de fevereiro de 1996, à ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA - com sede na Av. Tancredo Neves, 1.186, 7º andar, sala 1.401, Salvador, BA - e à MARVIN INVESTIMENTOS S/A - MISA (com sede na Av. Almirante Barroso, 52, 11º andar, Rio de Janeiro, RJ). Somente incidental e acidentalmente, portanto, os órgãos de controle e defesa da concorrência tomaram conhecimento dessa operação. Dela não lhes foi feita comunicação formal.

6. Modificara-se uma situação cuja origem deve ser remontada a 1988, quando a CARAÍBA METAIS S. A. IND. E COM. - que englobava uma metalúrgica, uma mina de cobre e instalações inacabadas para a produção de ácido fosfórico - encontrava-se sob o controle acionário do BNDES e do BNDESPAR, tendo antes pertencido ao GRUPO PIGNATARI. Desencadeado o Programa Nacional de Privatização, promoveu-se a cisão da CARAÍBA METAIS S. A. IND. E COM., dando origem à CARAÍBA METAIS S. A. e à MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. A primeira a ser vendida foi a parte industrial (CARAÍBA METAIS) que, posteriormente, em leilão público realizado a 28 de julho de 1994, adquiriu 80% das quotas da MINERAÇÃO CARAÍBA, sendo os 20% restantes doados aos empregados da empresa. Restabeleceu-se, assim, a integração vertical existente antes da privatização.

7. Antes de haver o conhecimento da nova operação de venda da antiga MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA - atual MINERAÇÃO CARAÍBA S. A. - e de sua compra pela ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e pela MARVIN INVESTIMENTOS S/A - MISA, a SEAE e a SDE manifestaram-se favoravelmente à aprovação do Ato de Concentração n.º 29/95, com a recomendação da segunda de ser firmado compromisso de desempenho pela adquirente, pela ausência de alguns dos requisitos contidos no § 1º do art. 54, da Lei n.º 8.884, de 1994.



8. Às fls. 273 usque 297, ao responder a pedido de informações complementares que lhe foi enviado por este Conselheiro-Relator fl. 272), a CARAIBA METAIS insiste na tese de perda do objeto do processo, tendo em vista a alienação da CARAIBA MINERAÇÃO, por ela anteriormente detido, para a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e a MARVIN INVESTIMENTOS S/A - MISA. Assinale-se, por oportuno, que a referida alienação foi efetivada para duas empresas do mesmo grupo: o controle da CARAIBA METAIS S. A. é exercido pela empresa DIAS D'ÁVILA PARTICIPAÇÕES S. A. (78,69% das ações); e esta é controlada pelas empresas ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e FINA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S. A. e MARVIN INVESTIMENTOS S. A., cada uma com 33,33% do capital social. Assim, duas das três acionistas da DIAS D'ÁVILA já exerciam o controle derivado da MINERAÇÃO CARAÍBA.

9. A Douta Procuradora do CADE, em bem lançado Parecer da ilustre Procuradora-Geral, Dra. Marusa Freire, ao mesmo tempo em que entende descabida a alegação de perda de objeto do presente processo, manifesta-se, in verbis, “pela devolução dos autos à SDE, para que complete a instrução processual do ato em análise, mediante o chamamento ao processo das partes que sucederam à CARAÍBA METAIS S. A. no processo de aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA, uma vez que aquele ato não se havia aperfeiçoado por não ter sido aprovado por este Conselho.”[sublinhei].

10. Recomenda-se, ainda, a Procuradoria do CADE, que “antes da remessa à SDE devem ser copiadas e autenticadas as peças de fls. 250/3, 261/2 e 275/6, que contém os elementos necessários à imediata abertura de procedimento administrativo contra a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e MARVIN INVESTIMENTOS S.A., para aplicação de multa pecuniária estabelecida no § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, que nos termos do § 1º, do art. 2º da Lei 6.830/80, é considerada como Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Oportunas, também, são as observações que faz sobre o papel do CADE nos processos de privatização em curso no País, nem sempre devidamente considerado:

“Cumpre, ... ao CADE, especialmente nos casos de privatização de empresas que ocupem posição

dominante e em setores estratégicos, verificar o que objetivaram as adquirentes ao participarem do programa de desestatização, bem como assegurar, mediante compromisso de desempenho, que as condições exigidas por lei para considerar o ato como legítimo sejam efetivamente cumpridas pelos adquirentes do controle acionário daquela empresa.

De outro modo, sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou numa situação de prejuízo à concorrência, que não possa ser superado em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o CADE para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua desconstituição total nos termos legais". [sublinhei]

É o Relatório.

#### VOTO

1. A nova situação surgida, com a venda do controle acionário da MINERAÇÃO CARAÍBA S. A. - atual denominação da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. -, não retira do CADE a competência para a apreciação do ato decorrente do processo de privatização de ambas essas empresas. Especialmente se considerar-se - como foi por mim assinalado no Relatório, acima - que duas das novas controladoras diretas da segunda, já o eram de forma indireta, derivada do controle por elas exercido sobre a acionista majoritária da MINERAÇÃO CARAÍBA S. A., a DIAS D'ÁVILA PARTICIPAÇÕES S. A.

2. Transformo, assim, em diligência o Ato de Concentração n.º 29/95, para devolvê-lo a Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça, com a recomendação de chamamento ao processo das partes que sucederam a CARAÍBA METAIS S. A. no controle acionário da MINERAÇÃO CARAÍBA S. A., a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e MARVIN INVESTIMENTOS S. A.

3. Sou, também, conforme propõe a Douta Procuradoria, pela extração e autenticação de cópias das peças de fls. 250/3, 261/2 e 275/6, que contém os elementos

necessários à imediata abertura de procedimento destinado a apurar o eventual cometimento da infração definida no § 5º do art. 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, por parte da ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e da MARVIN INVESTIMENTOS S.A., sem prejuízo da abertura, pela SDE, “de processo administrativo, nos termos do art. 32”, do mesmo diploma legal.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 7 de agosto de 1996.

Conselheiro RODRIGUES-CHAVES  
Relator

