

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 06/94

REQUERENTES: ETERNIT S.A. e BRASILIT S.A.

DECISÃO

Por unanimidade, o Colegiado negou autorização às Requerentes Brasilit S/A e Eternit S/A, para se associarem na criação da empresa Eterbrás Sul Ltda.

Plenário do CADE, 25 de novembro de 1994.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira-Relatora

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

JORGE GOMES DE SOUZA - Procurador-Geral Substituto

PARECER DO PROCURADOR

***EMENTA:** Ato de concentração. Aporte de ativos produtivos, matérias-primas, produtos acabados e bens imobilizados. Formação de nova empresa. Empresas dominantes no segmento. Matéria-prima fornecida e distribuída por monopólios associados às concentrantes. Preço do produto ascendente. Nível elevado da capacidade ociosa. Mercado não concorrencial. Oferta concentrada. Demanda atomizada. Motivo prepoderante da economia nacional e do bem comum inexistente. Benefícios à concorrência ou ao consumidor final não demonstrados. Parecer contrário à fusão pretendida.*

As empresas Brasilit e Eternit submetem a apreciação dos órgãos de defesa da concorrência proposta para a formação de uma nova empresa, denominada Eterbrás Sul Ltda., constituída pela incorporação de unidades fabris da Brasilit na cidade de Esteio - RS e da Eternit, localizadas na cidade de Colombo - PR, além desses ativos, constituem aporte de capital os respectivos estoques de matérias-primas, produtos acabados e bens imobilizados.

Na linha de unificações anteriores entre unidades produtivas de ambas as empresas, a participação no resultado da nova sociedade será

proporcional ao desempenho das partes na formação do lucro, independente do capital social utilizado, mantendo as empresas-mãe as políticas e práticas comerciais independentes.

Antes do processo de unificação de plantas industriais Eternit e Brasilit respondiam por 68% da oferta nacional de produtos de fibrocimento, ficando o Grupo Isdra com 12%, Sano com 6% e outras empresas do ramo com os restantes 14%. A principal matéria-prima, na proporção de 30%, para o fabrico de produtos de fibrocimento é o amianto, explorado em regime de monopólio pela empresa S/A Mineração de Amianto Sama e distribuído, também em regime de monopólio pela empresa Engedis, Brasilit e Eternit são sócias de Sama e Engedis.

Nos autos encontra-se a informação de que os preços, em dólar, dos principais produtos fabricados pela Brasilit apresentaram uma forte elevação, ao longo dos últimos anos, operando as empresas com elevado nível de capacidade ociosa, em torno de 45%. Para compensar a diminuição da quantidade vendida, houve elevação nos preços, acentuando a Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda a característica de produtos homogêneos, que não indicam a existência de mercado concorrencial, com concentração significativa da oferta e demanda atomizada, sem possibilidade de negociação nas vendas realizadas. Acresça-se ao quadro a ausência de participação do mercado produtor internacional, decorrente do baixo valor agregado do produto em relação ao custo de frete, que se consubstancia em barreira natural às importações.

Fundada nesses elementos, a Secretaria de Política Econômica manifesta-se contrária à unificação pretendida, acrescentando que o mercado brasileiro de produtos de fibrocimento é fortemente restritivo, dado o controle total da matéria-prima - amianto, pelas empresas Eternit e Brasilit.

Estabelece o art. 59, da Lei nº 8.884, que “os atos, sob qualquer 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”.

No exame desses atos, a atuação do CADE não é discricionária, porquanto submete-se sua atuação à disciplina legal, autorizando a realização de atos desse jaez, isto é, limitadores ou prejudiciais à concorrência, desde que tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente às condições a seguir elencadas: tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; c) não impliquem

eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens ou serviços; e d) sejam observados os limites estritamente para atingir os objetivos visados. Também poderão ser considerados legítimos os atos que, atendam pelo menos a três desses objetivos, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

O ato em exame é da espécie que necessita do aval deste Colegiado, para ter validade, posto que se incluem nos atos que se submetem a controle 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 da empresa em vinte por cento do mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual, no último balanço, equivalente a cem milhões de UFIR, ou unidade superveniente.

No caso dos autos, não está demonstrado qualquer benefício para a concorrência, como os elencados nos incisos do art. 59 da Lei nº 8.884/94, a autorizar a incorporação dos ativos das empresas. A fusão pretendida não contempla qualquer motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, hipótese em que inexistente eficiência que supra a eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante.

Sem que se tenha demonstrado benefícios à concorrência ou ao consumidor final, esta Procuradoria adere às conclusões da Secretaria de Direito Econômico, manifestando-se, contrariamente, à criação da Eterbrás Sul, na forma pretendida.

Jorge Gomes de Souza

Procurador-Geral Substituto

RELATÓRIO E VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

1.1. BRASILIT S.A. e ETERNIT S.A. submeteram a aprovação da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE, ainda na vigência da Lei nº 8.158/91, ato de concentração econômica consistente na criação da empresa ETERBRAS SUL LTDA., que incorporaria as unidades da BRASILIT em Esteio, Rio Grande do Sul, e da ETERNIT, em Colombo, Paraná.

A nova sociedade, ETERBRÁS SUL LTDA., teria como capital os estoques, matérias-primas, produtos acabados e, bens imobilizados das unidades de Esteio (BRASILIT S.A.) e de Colombo (ETERNIT S.A.).

Segundo as requerentes, cada uma delas manterá suas próprias políticas comerciais, sendo preservadas a individualidade das marcas e as características dos produtos.

A participação nos resultados da nova sociedade será independente da formação do capital, baseada no desempenho de cada empresa (BRASILIT S.A. e ETERNIT S.A.) para a formação do lucro.

As marcas ETERNIT E BRASILIT serão cedidas, juntamente com o “know-how”, para serem utilizadas pela nova empresa, que servirá os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

1.2. A SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA - SPE, no parecer de fls. 304/312, observa que as empresas estão trabalhando com uma capacidade ociosa elevada, em torno de 45%, e que os preços dos principais produtos fabricados pela BRASILIT S.A. apresentaram acentuada elevação em dólar, ao longo dos últimos quatro anos.

Para a SPE, a alta capacidade ociosa, associada a preços elevados, demonstra a inexistência de vigor concorrencial no mercado nacional, concluindo que a transação constitui uma ameaça tanto para os concorrentes nacionais quanto para os consumidores.

A associação foi desaconselhada pela SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO, ao entendimento de que a concentração conduziria a eliminação da concorrência, aumentando o poder de mercado das requerentes, as únicas supridoras nacionais de matéria-prima. Entendeu, ainda, a SDE, que as repercussões negativas no mercado não se dariam apenas a nível regional, mas também nacional, posto que a Região Sul é responsável por 80% da oferta de fibrocimento no País.

Neste Colegiado manifestou-se o ilustre Procurador-Geral Substituto, Dr. Jorge Gomes de Souza, pela não concessão da autorização (fls. 385/386).

DA COMPETÊNCIA DO CADE

2.1 Os procedimentos para exame e aprovação dos atos de concentração foram alterados pela Lei nº 8.884/94, tendo sido o pedido encaminhado ao CADE, na forma do art. 54 da referida lei.

No que diz respeito às normas processuais, estando a questão pendente de decisão, é de se aplicar a nova lei, segundo princípio geral de direito.

Na parte substantiva, inclusive no tocante à competência do CADE, é de se aplicar igualmente a lei nova, não apenas por se tratar de norma de direito público, de aplicação imediata, mas também porque o ato sob exame ainda não se aperfeiçoou. Não há, pois, falar em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada.

Ressalte-se, ademais, que a lei anterior pouco foi alterada no tocante aos critérios de aprovação do ato, podendo-se, no entanto, afirmar que a lei nova é menos rigorosa, por não exigir a duração pré-fixada na aprovação de acordos potencialmente lesivos à concorrência, quando não atendam ao requisito da cumulatividade das condições legais.

2.2. O controle dos atos de concentração visa a concretização dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

Na verdade, a liberdade de apropriação dos bens de produção tem como corolário o atingimento da máxima eficiência, a minimização de dispêndios e a maximização de lucros. Esses objetivos capitalistas, até meados deste século, não sofriam qualquer limite e nem se colocava à prova o seu cumprimento. Quanto maior fosse a empresa e quanto maior o seu poder de mercado, mais sucesso era a ela atribuído, pois maior a sua capacidade de gerar capital, investir em novo maquinário, produzindo mais e promovendo o desenvolvimento econômico.

O agigantamento dos negócios era a medida de eficiência; o mercado auto-regulava-se através do mecanismo da concorrência, afastando tanto os fabricantes que elevassem indevidamente os seus preços quanto os trabalhadores que solicitassem altos salários.

O avanço tecnológico propiciou a produção em série, conduzindo a enormes economias de escala, ocasionando, com isso, profundas mudanças na concorrência dos mercados. As empresas detentoras de tecnologia, que se dedicavam à produção em economia de escala, foram aos poucos adquirindo posição dominante de mercado, porquanto tinham condições de colocar produtos mais baratos, eliminando, em consequência, seus concorrentes.

A dominação dos mercados surge como um fato econômico normal, mera decorrência do crescimento interno da empresa, que buscava, segundo o mais genuíno espírito capitalista, obter a minimização de custos e a maximização de lucros.

A concentração do poder econômico é o traço característico da competitividade das economias de escala. É a partir dessa realidade, que se faz necessário o controle dos atos e acordos que os agentes econômicos

celebram entre si, com o objetivo de alcançar certas eficiências. Isto porque a concentração, embora não sendo em si um elemento anticoncorrencial do mercado, propicia a adoção de certas condutas por parte dos agentes, certo ainda que, em índices acentuados, tem o condão de afastar concorrentes potenciais, com inegáveis prejuízos para a livre concorrência.

Não mais se crê que o mercado seja auto-regulável. O agigantamento dos negócios e a formação dos grandes conglomerados não tardaram muito a demonstrar que o mercado não podia ficar à mercê da dogmática econômica, e que o Estado deveria intervir, através de sua atividade legislativa, para preencher os vácuos onde não vigorava a lei da oferta e da procura.

A legislação antitruste ou de defesa da concorrência emerge, pois, como garantia da livre iniciativa, para assegurar a quantos queiram investir em determinado mercado o direito de fazê-lo. Assim, além de reprimir determinadas condutas praticadas por quem detenha poder de mercado e, por isso mesmo, lesivas à concorrência e prejudiciais ao consumidor, previne, através do controle dos atos e acordos que têm a potencialidade de prejudicar a concorrência, a formação de estruturas concentradas.

Partindo, pois, da potencialidade lesiva dos atos de concentração, a lei outorga ao CADE competência para o controle daqueles passíveis de restringir a concorrência, estabelecendo as condições para sua aprovação pelo Colegiado.

2.3. Outorgada a competência legal para a aprovação pelo CADE dos atos passíveis de prejudicar a concorrência, coloca-se a questão da natureza jurídica da atuação do Colegiado no exercício dessa competência. Trata-se de exercício da atividade vinculada ou atividade discricionária?

Essa questão está diretamente relacionada ao sistema adotado em nosso ordenamento jurídico para promover a defesa da concorrência.

A Lei nº 8.884/94, atualmente em vigor, a exemplo da anterior, a Lei nº 8.158/91, acolheu o sistema do abuso, e não o da ilegalidade per se. Assim, não se reprime o poder econômico obtido por meios lícitos, em virtude, por exemplo, da superioridade tecnológica, da qualidade do produto ou da eficiência do agente, e nem se controla o crescimento interno da empresa. O monopólio natural, decorrente da capacidade da empresa de conquistar mercados, em função da superioridade de seus produtos ou da ineficiência de seus concorrentes é, para o direito, um fato neutro e, se a empresa não abusar de sua posição dominante, não se cogitará de reprimir o monopólio por ela obtido.

O controle dos atos de concentração, estabelecido pela lei, não alcança esse crescimento interno da empresa, que é livre para adotar as

estratégias que entender, desde, por óbvio, que não tenha por objeto o domínio de mercado, o aumento arbitrário do lucro ou o prejuízo à concorrência.

Tal controle tem como pressuposto a eficiência dos mercados desconcentrados, aos quais se credita uma melhor utilização dos recursos sob o aspecto social. Assim, na realização do lucro, a eficiência buscada pela empresa, que se situa no plano dos seus interesses privados, deve ser compatibilizada com a eficiência social almejada pela lei que, por isso mesmo, submete o agente econômico a critérios legais, que buscam equilibrar as posições das forças que compõem o mercado: de um lado, a empresa, cujo objetivo é a maximização do lucro, e, de outro, o consumidor, que almeja sempre a satisfação plena de suas necessidades, mediante o soberano exercício de escolha.

Assim, a adoção de novas políticas e estratégias por parte da empresa, além de objetivar sua própria eficiência, deve ainda se preocupar com o impacto concorrencial de seu comportamento e com a eficiência do mercado.

2.5. O benefício primacial da integração para a economia é o aumento potencial de sua eficiência. Essa eficiência, no entanto, deve incrementar a competitividade e resultar em preços mais baixos para o consumidor, e não em lucros excessivos para o fabricante.

Por isso mesmo, os atos de integração de empresas que possam conduzir à concentração econômica, criando ou aumentando o poder de mercado, só serão admitidos quando benéficos para o mercado, impondo a lei o preenchimento de alguns requisitos: ter a concentração como objetivo aumentar a produtividade, ou melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; serem os benefícios dela decorrentes distribuídos equitativamente entre as partes e os consumidores; não implicar em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante; e realizar-se nos limites necessários ao atingimento dos objetivos visados.

Ao estabelecer a lei, em “*numerus clausus*”, as condições que os atos deverão atender para que possam ser aprovados pelo CADE, traçou o caminho a ser percorrido pelo Colegiado, ao qual não se admite tomar qualquer atalho. Não pode, pois, o CADE, invocar exigências que não constem da lei, e nem dispensar, a seu talante, a aplicação dos critérios nela traçados.

Trata-se, nesse particular, de atuação vinculada, da qual o CADE não poderá se afastar, sob pena de desviar-se da finalidade da norma que é a aprovação de atos que, não obstante se revestirem de um potencial

anticoncorrencial, trazem benefícios para a coletividade, fazendo pender a balança a seu favor.

2.6. Por outro lado, o legislador não fixou os exatos limites que o CADE deverá considerar na análise do caso que lhe é submetido. Essa política legislativa tem sua razão de ser. A dinâmica do mercado, a fluidez de certos conceitos econômicos, a flexibilidade operacional dos agentes econômicos e a permanente mutação das práticas comerciais requerem, para a eficaz proteção da concorrência, leis flexíveis que possam acompanhar os fatos econômicos com a mesma rapidez com que estes se desenvolvem.

Por isso, a Lei nº 8.884/94, a exemplo da que lhe antecedeu, a Lei nº 8.158/91, adotou a tipicidade aberta, proibindo qualquer ato ou conduta que tenha por objeto uma finalidade anticoncorrencial (dominar mercado, prejudicar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros), ou que produza qualquer efeito anticoncorrencial. E, pelo mesmo motivo, não quis cercear a liberdade do CADE de apreciar os atos de concentração no contexto econômico em que se realizam, atento as políticas econômicas que o legislador tenha traçado ou venha a traçar para se alcançar os objetivos constitucionais da ordem econômica.

Nesse caso, a atuação do CADE é discricionária, o que lhe permite a necessária flexibilização na avaliação dos pressupostos fáticos que autorizam a aprovação do ato. Na verdade, por não serem rígidas as regras do mercado, rígidas não poderiam ser as normas legais que pretendessem protegê-lo.

A valoração do CADE se dá em relação a uma situação concreta, diante de uma realidade, num tempo certo e num lugar determinado, possibilitando, assim, sua apreciação objetiva nos limites da discricionariedade, segundo critérios de bom senso, razoabilidade e proporcionalidade, tendo sempre em vista a finalidade legal. (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Legalidade - Discricionariedade - Seus Limites e Controle*, in *Rev. de Direito Público*, nº 86 - abril/junho de 1988, p. 55).

Ainda que a lei tenha fixado os pressupostos fáticos, não se trata de poder vinculado, posto que o Colegiado não se limita a constatação daqueles para aplicar-lhes a hipótese legal. A atuação do CADE não se dá de forma automática, de vez que o conteúdo dos pressupostos fáticos foi delineado por conceitos imprecisos. Cabe, pois, ao CADE fixar-lhes o sentido no caso concreto: qual o grau de eficiência ou de melhoramento da qualidade de um produto ou de um serviço a justificar a formação de um monopólio; as condições econômicas em que uma certa transação pode ser considerada necessária, por motivos preponderantes para a economia nacional; a parte substancial de cada mercado relevante geográfico ou de produto em que a concorrência não poderia ser eliminada; os limites que seriam estritamente

necessários para se atingir os objetivos visados na transação; o que poderia ser considerado benefício para o consumidor e em que proporções seria ele considerado equitativo para o fabricante e para o consumidor.

O legislador, certo de que não atenderia aos fins concorrenciais a que se propôs, se fixasse todas as hipóteses de incidência da norma - todos os casos de eficiência e de desenvolvimento tecnológico, o rol completo dos graus de melhoria de qualidade, todo o elenco de benefícios ao consumidor, todas as transações necessárias por motivos preponderantes da economia nacional - ou impossibilitado de contemplar “in abstracto”, de forma geral, objetiva ou ideal todas as situações, outorgou ao CADE a competência para fazê-lo.

Na verdade, se o legislador resolvesse elencar todas as hipóteses que configurassem as situações acima referidas, correria o risco de deixar várias outras fora do rol e, quando surgisse uma situação concreta que não tivesse sido contemplada no elenco, o CADE não poderia agir e prejudicada estaria toda a coletividade.

Esta a razão de ser da discricionariedade deferida ao Conselho. Não podendo a situação concreta ser antecipada e nem a melhor solução ou providência fixada de antemão, concedeu a lei liberdade relativa e limitada ao Colegiado para, no momento da apreciação do ato, atento aos critérios nela estabelecidos, encontrar a melhor solução, de forma a satisfazer plenamente a finalidade legal.

No entanto, conforme observa Bandeira de Mello, “a liberdade de agir não é liberdade total, mas sim o dever de buscar a solução ideal”, posto que a lei não almeja uma solução qualquer, não proibida, mas sim a única capaz de atender a finalidade pública nela inserida (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Legalidade - Discricionariedade - Seus Limites e Controles*, RD, nº 86, p. 45).

No momento de aplicação da lei ao caso concreto, o CADE deve promover a integração fato-norma e, ao fazê-lo, deve enunciar de forma explícita os motivos que orientaram a aprovação ou denegação do ato; deve apresentar os argumentos, as razões de fato e de direito que orientaram a decisão.

2.7. É certo que toda competência é atribuída em razão de um fim. A lei determinou a competência do CADE e atribuiu o fim para o qual deve se orientar o Colegiado. Essa finalidade é elemento de vinculação da atuação do Conselho que, em relação a ela, não tem qualquer discricionariedade. Como condição essencial de validade do ato, não pode ser a finalidade substituída, ainda que por outra de interesse público, posto que não é a qualidade do fim, mas a sua natureza legal que legitima a prática administrativa.

Assim, não pode o CADE, ao aprovar ou desaprovar determinado ato, desviar-se da finalidade legal que é a defesa da concorrência, para atender a uma outra finalidade pública.

O fim legal a ser alcançado com a aprovação do ato é um fim específico, expresso em lei e, se dele desvia o CADE, comete desvio de poder.

Somente quando ocorridas certas situações, aprova-se o ato, tendo-se como escopo a finalidade específica, direcionada sempre ao interesse da coletividade, consubstanciado na defesa da concorrência, que o CADE tem competência para realizar.

A valoração que faz o CADE por certo não é intangível, porquanto a liberdade de agir só pode ser exercida no cumprimento do dever de buscar a melhor solução que o legislador não pode fixar, pois só esta atenderá ao interesse público específico - a defesa da concorrência - ditado pela norma.

2.8. Poder-se-ia, no entanto, argumentar, e de fato o fazem as requerentes, através do parecer do mestre de todos nós, Tércio Sampaio Ferraz, que, nesse particular, a fluidez dos conceitos colocados pelo legislador não pode ser entendida como parcela de discricionariedade. Tratar-se-ia de conceitos indeterminados, que conservavam essa característica apenas no plano abstrato. No caso concreto ganhariam consistência, passíveis, portanto, de interpretação pelo Poder Judiciário.

Essa questão foi bem analisada por Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, ao discorrer sobre a moderna concepção da discricionariedade administrativa, em sua dissertação de mestrado intitulada “A atividade administrativa discricionária e a realização do controle, em um Estado Democrático de Direito”.

Diz o autor que boa parte da doutrina entende que os conceitos indeterminados escapam ao campo de incidência da discricionariedade. Essa corrente doutrinária, de base germânica, segundo Vieira de Carvalho, com apoio em Sylvia Zanella, teria sido influenciada pela preocupação de se impor limites à Administração Pública, em razão do regime totalitário que vigorou na Alemanha nazista. No entanto, decorrido o período pós-guerra, os Tribunais da Alemanha passaram a flexibilizar esse entendimento, revalorizando o alargamento da discricionariedade.

A melhor doutrina, de acordo com o citado autor, estaria, no entanto, com Bandeira de Mello, para quem é inaceitável a tese de que o tema dos conceitos fluidos é estranho ao tema da discricionariedade.

Na verdade, conforme arremata Vieira de Carvalho “existirá um limite, além do qual o controlador da legitimidade do ato nunca poderá verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida; poderá ter uma outra

opinião, isto não significando, todavia, que a opinião do administrador, no caso concreto, tenha sido falsa.”

2.9. Em geral, apenas os atos de concentração que criem ou aumentem o poder de mercado ou que facilitem o seu exercício podem prejudicar a concorrência ou resultar em dominação de mercado. Incluem-se entre esses atos as fusões, incorporações, constituição de empresa controladora ou qualquer forma de grupamento societário que resulte em 20% ou mais de um mercado relevante, ou ato em que qualquer um dos participantes tenha registrado, no último balanço, faturamento anual bruto de cem milhões de UFIR, inadmitindo a lei qualquer exceção.

2.10. O caso em apreço se enquadra no §3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, pois decorre da transação uma participação relativa de mais de 20%, sendo certo ainda que as requerentes preenchem o requisito do faturamento bruto de cem milhões de UFIR.

Impõe-se, no entanto, examinar se, em decorrência da transação, aumenta o poder de mercado das requerentes e, se a integração, em razão do índice de concentração do mercado e das características do próprio mercado, pode, potencialmente, causar efeitos adversos à concorrência e desencorajar a entrada de novos concorrentes.

DAS PARTES REQUERENTES

3.1. BRASILIT S.A. e ETERNIT S.A. integram grupos econômicos sob o controle de CIE. DE SAINT-GOBAIN, com sede na França, e AMINDUS HOLDING A.G., com sede em Liechtenstein, respectivamente.

Às fls. 254/283 do Apenso 01 encontra-se detalhada a composição dos grupos ETERNIT e BRASILIT que, na exploração de fibrocimento, detêm, conjuntamente, o controle de S.A. MINERAÇÃO DE AMIANTO, empresa que explora as jazidas de amianto; ENGEDIS DISTRIBUIÇÃO DE SERVIÇOS LTDA., que distribui e transporta o amianto; ETERBRAS-TEC INDUSTRIAL LTDA., que fabrica produtos de fibrocimento, nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Goiás e Rio de Janeiro.

O GRUPO BRASILIT possui, ainda, outras empresas que fabricam produtos de fibrocimento, nos estados do Pará, Pernambuco e Rio Grande do Sul, enquanto que o GRUPO ETERNIT explora também essa atividade nos estados de Goiás, Bahia e Paraná.

DO MERCADO RELEVANTE

4.1. As requerentes objetivam a associação de suas unidades fabris em Esteio, Rio Grande do Sul e Colombo, no Paraná, que fabricam produtos de fibrocimento, basicamente telhas e caixas d'água.

Junto aos fornecedores colheu-se a informação de que os substitutos para esses produtos poderiam ser as caixas d'água de fibra de vidro, aço inoxidável e polietileno e, para as telhas, as de barro, cerâmica, alumínio ou aço zincado, de preços bem superiores aos produtos de fibrocimento.

Essa significativa diferença entre os preços que, no caso das telhas de cerâmica e barro, acentua-se pela necessidade de estrutura especial para a sua instalação, reduz substancialmente a possibilidade do consumidor canalizar sua preferência para o substituto, em caso de um acentuado aumento de preço dos produtos de fibrocimento.

Obstada, assim, a flexibilização da escolha do consumidor, em decorrência da acentuada diferença de preço entre os produtos passíveis de serem substituídos, o mercado relevante é o de produtos de fibrocimento que, em termos geográficos, abrange todo o território nacional, posto que a oferta concentrada nas Regiões Sul e Sudeste atende a demanda de todo o País.

Apenas para reforçar a inelasticidade da demanda por esse produto, juntei aos autos a declaração do Sr. Jacques Rangé, Presidente da Associação Brasileira de Amianto, ao Jornal do Brasil de 13 de outubro, no sentido de que “55% dos telhados brasileiros são de fibrocimento, material de custo mais baixo e que não tem substitutos com base em outro tipo de matéria-prima barata ou eficiente” (fls. 234 do Apenso 01).

4.2. Assim definido, em termos geográfico e de produto, tem-se no mercado nacional dezesseis empresas fabricantes de produtos de fibrocimento, com a participação relativa constante do quadro de fls. 239 do Apenso 01, do qual se verifica que o GRUPO ETERNIT (Eternit, 45% da Eterbrás e Precon-Goiás) e o GRUPO BRASILIT (Brasilit e 55% da Eterbrás) detêm uma participação no mercado nacional de 23,14% e 28,81%, respectivamente, sendo, conjuntamente, responsáveis por 51,95% do mercado nacional.

4.3. Conforme se observa do quadro de fls. 239 do Apenso 01, o índice de concentração do mercado nacional de fibrocimento é de 1.738,05 pontos, calculado pelo Índice Herfindahl-Hirschman (IHH). A associação pretendida elevaria esse índice para 1.909,50, um aumento, portanto, de 100 pontos.

Se tomado o mercado regional, a concentração é ainda maior, conforme se pode verificar do quadro acima mencionado. Atualmente, o índice é de 2.256,76 pontos e, com a associação, passaria para 2.693,39 pontos.

4.4. Diante, pois, da acentuada elevação do índice de concentração do mercado, deve o CADE verificar se a integração propicia eficiências que possam compensar a restrição à concorrência que poderá decorrer da associação em exame.

DAS EFICIÊNCIAS

5.1. Passo, pois, à análise das eficiências invocadas pelas requerentes, com o objetivo de verificar se resultam no bem estar do consumidor, justificando a supressão da concorrência entre ETERNIT S.A. e BRASILIT S.A..

As requerentes afirmam que a integração busca a otimização tecnológica dos processos e da utilização das matérias-primas, pela junção das tecnologias disponíveis nas duas unidades; aproximar as marcas do mercado consumidor, obtendo-se, em conseqüência, a redução do preço através do frete, posto que os interessados poderiam adquirir ambas as marcas, tanto no Rio Grande do Sul quanto no Paraná; atender os países do Mercosul; e reduzir a capacidade ociosa, em torno de 40% (fls. 121);

5.2. As requerentes dizem que pretendem associar as tecnologias disponíveis nas duas unidades fabris do Sul, pertinentes à otimização tecnológica dos processos e à utilização das matérias-primas.

Sabe-se que a tecnologia do fibrocimento é de fácil acesso. NO entanto, argumentam as requerentes que, ao longo do tempo, pequenos aperfeiçoamentos tornam o produto mais competitivo no mercado, propiciando, assim, maior concorrência entre os produtores. Afirmam, outrossim que cada uma delas, ao longo de sua existência, acumulou conhecimentos, com peculiaridades próprias. Assim, a junção de suas experiências traria um resultado sinérgico muito importante.

A sinergia tem sido um argumento constante para os acordos operacionais. Pressupõe a coordenação de atividades entre produtores para se obter uma melhor performance nas funções produtivas.

Nas integrações verticais, essas coordenações, na maioria das vezes, propiciam grandes escalas de eficiências, com resultados positivos para a empresa e para o mercado, traduzindo benefícios para o consumidor. Nas integrações horizontais, essa sinergia é, muitas vezes, indispensável ao desenvolvimento de tecnologias avançadas e ao atingimento de certas economias de escala, caso em que a integração, ainda que limitadora da concorrência, tem grandes possibilidades de trazer vantagens para o consumidor.

Todavia, muitas vezes, a coordenação horizontal buscada traz inegáveis vantagens financeiras para as empresas e resultados positivos pouco prováveis para o consumidor, caso em que a concentração não resulta nas indispensáveis eficiências que possam justificar qualquer restrição da concorrência.

A sinergia buscada pelos agentes econômicos há de, então, ser analisadas segundo os parâmetros legais, estabelecidos no art. 54 e seus incisos, posto que o mercado, também, tem a sua sinergia na realização de sua função precípua, que é estabelecer o equilíbrio entre a oferta e a demanda, tornando-se necessário organizar as forças produtivas de uma maneira independente, para que elas possam produzir produtos de melhor qualidade, a custos mais reduzidos, tudo isso resultando em preço mais baixos para o consumidor. Essa organização, pressupõe, por certo, a pluralidade de agentes econômicos no mercado, em número e com capacidade produtiva suficientes para suprir a demanda dos consumidores.

In casu, conforme alegado pelas próprias requerentes, a ETERNIT detém o “know how” no tratamento das matérias-primas, tendo desenvolvido misturas finais de maior performance técnica, que asseguram o mesmo comportamento mecânico dos produtos finais.

A BRASILIT, por seu turno, conseguiu desenvolver um processo que lhe permite maior volume de produção por hora. Outra vantagem que detém a BRASILIT é a redução dos tempos mortos nas trocas de turnos.

Segundo as requerentes, a integração das duas tecnologias teria aumentado a eficiência da ETERBRÁS-TEC, que conseguiu uma redução de custos de 6%.

Esclareça-se que a ETERBRÁS-TEC é uma empresa decorrente da associação das unidades fabris das requerentes nos estados de Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Goiás. Na primeira fase da integração, uniram-se as unidades de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, com a autorização da SDE, e, na segunda fase, promoveu-se a união das unidades fabris de Goiás e São Paulo, operação que transcorreu por decurso de prazo.

Na verdade, a introdução de novos processos de produção e os pequenos desenvolvimentos tecnológicos que as empresas promovem, em busca da competitividade, constituem elementos concorrenciais de extrema valia para o mercado, não servindo, como justificativa à integração de duas empresas concorrentes. São pequenas inovações como essas que dinamizam o mercado de produtos de tecnologias simples e fazem as empresas concorrerem entre si, buscando a redução de seus custos de sorte a tornar seu produto mais barato e mais competitivo.

A redução de custos das empresas deve ser buscada no desenvolvimento de novas técnicas de produção, na inovação tecnológica e na implantação de novas estratégias administrativas e comerciais, e não na associação com concorrentes, hipótese que, na maioria das vezes, não assegura que os custos mais baixos, eventualmente obtidos, sejam repassados ao consumidor através de preços menores.

5.3. Outra eficiência buscada pelas requerentes é a aproximação das marcas do mercado consumidor. As marcas BRASILIT e ETERNIT estariam próximas dos consumidores do Paraná e do Rio Grande do Sul, com a unificação da produção nos dois estados.

Ocorre, porém, que a clientela dos produtos de fibrocimento, conforme pude verificar junto aos revendedores, não adquire esses produtos pela marca, e sim pelo preço. Compram o produto que estiver disponível e o mais barato. Na verdade, os fabricantes da Região Sul vendem seus produtos nas diversas regiões do País, inclusive nos estados em que as requerentes mantêm suas unidades fabris, numa demonstração de que o preço, e não a marca, constitui o elemento preponderante da escolha.

5.4. Argumentam, ainda, as requerentes que a integração seria necessária para o atendimento aos países do MERCOSUL. Ocorre que ambas as empresas dispõem de uma capacidade ociosa elevada, em torno de 45%, sendo também este o caso de suas concorrentes na Região Sul, conforme se pode verificar do quadro de fls. 239. Essa capacidade ociosa poderá ser utilizada para atendimento de uma demanda eventualmente maior que poderá advir, sendo certo que as requerentes têm porte individual e gozam da vantagem do monopólio sobre a matéria prima - fatores que já as colocam em posição de superioridade sobre suas concorrentes - não se justificando a necessidade de deixarem de concorrer entre si para tornarem-se mais competitivas no mercado.

Ao contrário, é de extrema importância que as duas concorram entre si e que a essa concorrência se integrem outras empresas dos países do MERCOSUL, tornando a competição no mercado de fibrocimento mais vigorosa, de sorte a propiciar ao consumidor um maior leque de escolhas.

Também a capacidade ociosa era um problema nas fábricas de Capivari e Goiânia, não tendo a associação, ali levada a efeito, trazido, até agora, a solução, conforme se verifica do documento de fls. 07 do Apenso 03, que indica uma capacidade ociosa da ETERBRÁS-TEC de 33%.

Na verdade, sem grandes inovações de produto, implantação de políticas administrativas ou tecnologias que importem em preços mais reduzidos, dificilmente essa capacidade ociosa seria ativada e, por certo, não será a integração a estratégia para resolver esse problema.

5.5. As requerentes acenam também com preços menores em decorrência da integração. Mencionam o exemplo da associação que fizeram anteriormente, com a criação da ETERBRÁS-TEC.

O parecer da SECRETARIA DE POLÍTICA ECONÔMICA DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, no entanto, afirma que os preços dos principais produtos fabricados pela BRASILIT S.A. apresentaram acentuada elevação em dólar, ao longo dos últimos quatro anos (fls. 304/312), elevação esta que teria ocorrido para compensar a redução da produção.

Na verdade, verifica-se do quadro de fls. 253 do Apenso 01, elaborado a partir das informações fornecidas pelas requerentes as fls. 25/30 e 42/47, que em relação aos preços das telhas onduladas da marca BRASILIT, nos doze meses do ano de 1993, período após a criação da ETERBRÁS-TEC, a média - US\$ 261,63, é maior do que a média dos doze meses de 1991 - US\$ 249,78, antes da associação. Em 1992, ano em que ocorreu a associação nas unidades de Minas Gerais e Rio de Janeiro, a média do segundo semestre, logo após o ato, foi de US\$ 242,10, aumentando, em 1993, para US\$ 261,63.

É certo que os números relativos ao primeiro semestre de 1994 demonstram uma redução ao preço ao nível de 1993. A média de US\$ 244,35 é, no entanto, parcial, referindo-se apenas ao período de janeiro a julho de 1994. Mesmo assim, apesar de inferior ao ano de 1993, ano seguinte ao da associação, aquela média é insignificativamente superior à do ano de 1991, anterior a criação da ETERBRÁS-TEC.

A situação se repete no caso das caixas d'água, em que a média de preço do ano de 1993 - US\$ 501,01 - é maior do que a de 1991 - US\$ 367,88, e a média de 1994 - US\$ 406,29, embora menor do que a de 1993, é ainda superior à de 1991, antes, portanto, da associação.

No caso da marca ETERNIT, a situação não é diferente, conforme se pode verificar do quadro de fls. 253 do Apenso 01.

Tal constatação não pode conduzir à conclusão de que o sucesso da ETERBRÁS-TEC que, provavelmente, trouxe ganhos financeiros à Empresa, tenha sido compartilhado de forma equitativa com os consumidores, posto que a redução de preços, que pode até impressionar, se tomados como base os preços do período imediatamente anterior à associação, num período anterior mais longo é inexpressiva, e não poderia ser considerada um ganho para o mercado, de sorte a justificar a restrição da concorrência decorrente da associação.

IMPACTO DA PRETENDIDA ASSOCIAÇÃO NO MERCADO

6.1. Conforme se pode verificar do quadro de fls. 238 do Apenso 01, o mercado da Região Sul é um mercado competitivo, onde a BRASILIT S.A. tem uma participação relativa de 17,45% e a ETERNIT S.A., de 14,37%.

Verifica-se do quadro de fls. 241 do Apenso 01, que a oferta concentrada da Região Sul atende uma demanda difusa, e as concorrentes daquele mercado, com suas pequenas e médias participações relativas, têm obtido êxito relativo na penetração em outras regiões do País, com preços competitivos (quadro de fls. 244 do Apenso 01).

No mercado nacional, os preços mais baixos são os cobrados pela ISDRALIT, enquanto que os mais altos ficam por conta de BRASILIT, INFIBRA DO PARANÁ E PRECON - GOIÁS (GRUPO ETERNIT).

A associação das duas concorrentes aumenta substancialmente o índice de concentração num mercado em expansão, responsável por grande parte da oferta nacional.

Esse aumento de concentração do mercado, com a participação relativa da nova empresa em torno de 31,82%, e a existência de inegável barreira à entrada de novos concorrentes, consubstanciada na vantagem decorrente do monopólio sobre a matéria-prima, bem como a eficiente rede de distribuição de que desfrutam as requerentes são, sem dúvida, fatores que tornarão mais altos os custos de entrada, desencorajando os concorrentes potenciais, além de ameaçar a posição daqueles que vêm desempenhando um papel altamente importante para a concorrência no mercado da Região Sul, com ganhos efetivos para o consumidor.

6.2. As empresas requerentes dividem os mercados das Regiões Norte e Nordeste, com produção independente: a ETERNIT dispõe de uma fábrica em Simões Filho, na Bahia, enquanto que a BRASILIT tem fábricas no Pará e em Pernambuco.

Nas Regiões Sudoeste e Centroeste, as requerentes integraram suas produções no Rio de Janeiro e Minas Gerais, inicialmente e, depois, em Goiás e São Paulo.

Detendo já um acentuado poder de mercado em nível nacional, ETERNIT e BRASILIT buscam agora a integração na Região Sul do país, com a criação de uma nova empresa que, com a participação de 31,82%, alcançará naquele mercado a posição dominante que já obtiverem nas outras regiões.

6.3. A integração regional entre as requerentes certamente facilitará a adoção de ações coordenadas nas outras regiões onde as empresas ainda não se associaram, podendo ali alocar a produção para determinadas áreas,

estabelecer diferenciais de preços por produto e adotar muitas outras práticas em prejuízo da concorrência.

Aliás, é provável que, a partir da criação de ETERBRÁS-TEC, já exista, a nível de produção, a mais total disponibilidade de informações entre BRASILIT e ETERNIT. As duas empresas já se conhecem em termos de estrutura de custos, políticas de preços e até de comercialização, posto não ser crível que empregados de uma mesma fábrica, ainda que trabalhando em escritórios comerciais diferentes, não troquem informações sobre o que se faz com o produto final até sua chegada ao consumidor.

A alegada concorrência na comercialização das marcas é, na verdade, uma mera ilusão para os poucos consumidores que compram o produto pela marca, já que a maioria tem no preço seu fator de opção. Isto porque, com a produção unificada, o comprador estará adquirindo exatamente o mesmo produto, seja ele da marca ETERNIT ou BRASILIT, e pagando preços diferenciados que não refletem os custos de produção, sendo muito provável que as eventuais ineficiências na distribuição desses produtos, por qualquer das empresas, sejam compensadas no preço final ao consumidor, dentro de uma estratégia nacional de política de preços que cada uma delas tem condições de adotar, em função da posição dominante de que desfrutam em grande parte do território nacional.

6.4. O produto de fibrocimento é homogêneo, de tecnologia simples, e o principal elemento concorrencial entre os produtores é o preço. Não é crível, pois, que as duas maiores empresas do País queiram unir a produção por conta de sinergia que venha causar substancial redução de custos de sorte a resultarem preços mais baixos para o consumidor.

Se os custos dos dois poderosos produtores de fibrocimento estão altos e significativa, também, é a sua capacidade ociosa, a solução deverá ser buscada por outra via que não a da integração, porque esta, além de nem sempre se constituir em fórmula ideal para solucionar esse tipo de problema, não garante que os consumidores obtenham o benefício primacial da redução de preços, mantida ou aprimorada a qualidade.

Os custos das requerentes já parecem oferecer uma imagem distorcida a partir da aquisição da matéria-prima, posto que os preços que lhe são faturados pelas suas controladas ENGEDIS DISTRIBUIÇÃO DE SERVIÇOS LTDA., empresa distribuidora de amianto, e S.A. MINERAÇÃO DE AMIANTO, são superiores aos preços que essas fornecedoras faturam às próprias concorrentes de ETERNIT S.A e BRASILIT S.A. (fls. 243 do Apenso 01).

Esses artifícios de que podem lançar mão as requerentes, tanto em decorrência do monopólio sobre a matéria prima quanto em razão de seu

poder de mercado, possibilitam a composição de custos capazes de tornar os seus produtos mais caros onde a concorrência não é vigorosa.

6.5. A partir de 1990 promoveu-se a gradual redução da alíquota de importação do amianto, que era de 40%, chegando-se no início deste ano a sua completa extinção. Por conta dessa abertura do mercado, o produto estrangeiro passou a competir com o amianto nacional e as requerentes, que já não gozam mais dos privilégios da união do monopólio da matéria-prima, buscam a alternativa da associação na produção, reservando-se apenas o direito de concorrer em políticas de comercialização, já que a divisão do mercado do norte e nordeste, se não for artificial, conta, pelo menos, com os obstáculos de ordem natural, posto que as distâncias e a precária estrutura viária brasileira, naquelas regiões, constituem barreiras ao acesso de concorrentes.

Vejo, nesse contexto, uma possível explicação para a estratégia das duas empresas nas associações que já promoveram e que agora pretendem levar a efeito.

6.6. O mercado da Região Sul apresenta-se bastante competitivo, buscando a conquista do nacional, não obstante a presença marcante das requerentes e as vantagens de que dispõem em termos da estratégica localização geográfica de suas plantas no território nacional.

As pequenas e médias empresas do Sul oferecem prazos mais longos para pagamento e várias têm preços inferiores aos das requerentes. Também descontos, em função de quantidades adquiridas, são oferecidos por essas empresas e os valores que atribuem ao frete, em termos comparativos, são inferiores aos cotados pelas requerentes. (fls. 241 do Apenso 01).

A associação das requerentes tem grandes possibilidades de afetar esse ambiente concorrencial em razão da posição dominante da empresa que pretendem criar.

VOTO

Inexistem, ao meu ver, eficiências que justifiquem a eliminação da concorrência entre BRASILIT S.A. E ETERNIT S.A. Os ganhos financeiros para as requerentes poderão ser certos e significativos, mas os benefícios para o consumidor afiguram-se-me duvidosos.

Não vejo, pois, como sacrificar a concorrência para resolver problemas passíveis de serem solucionados por outra via que não a integração.

As duas associações levadas a efeito pelas requerentes nos últimos dois anos não demonstraram, conforme já se viu, redução de preços significativa.

Injustificável a restrição da concorrência que decorrerá da associação entre as requerentes, voto no sentido de não se lhes conceder a autorização requerida.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

Conselheira-Relatora

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

1. As empresas Brasilit S/A e Eternit S/A submeteram à aprovação da Secretaria de Direito Econômico - SDE, ainda no regime da legislação anterior, ato de concentração econômica, que consiste na proposta de criação de uma terceira empresa, a Eterbrás Sul Ltda., que incorporaria a unidade fabril da Brasilit, em Esteio, Rio Grande do Sul, e a da Eternit, em Colombo, Paraná. O capital da nova sociedade seria formado com esses ativos, estoques, matéria-prima, produtos acabados e bens imobilizados dessas unidades, mantendo cada Requerente suas próprias políticas comerciais e sendo preservadas a individualidade das marcas e as características dos respectivos produtos.

2. É importante ressaltar, de logo, que as normas processuais e procedimentos estabelecidos pela Lei nº 8.884, de 11-06-94, tal como dispõe o parágrafo único do artigo 7º da Medida Provisória nº 696, de 04-11-94, aplicam-se de logo ao presente caso, podendo-se também considerar, para eventual aprovação da transação em exame, aquelas condições elencadas no artigo 54 da atual Lei, mesmo porque pouco discrepam daquelas constantes da legislação anterior, podendo, mesmo, ser consideradas mais benéficas para as Requerentes.

3. A partir de uma adequada interpretação do artigo 54, citado, pode-se então afirmar que a nossa lei de defesa da concorrência considera que os atos de concentração econômica trazem, em si, a potencialidade de prejudicar a concorrência e, assim, só outorga competência ao CADE para os autorizar, se satisfeitas determinadas condições que venham a demonstrar que tais atos serão benéficos para o mercado.

Assim, se ao Conselheiro do CADE, ao examinar tais questões, é vedado considerar outras condições ou parâmetros, que não aqueles estabelecidos em lei, ou ainda, se não poderá ele perder de vista o objetivo de interesse público visado pela norma, por certo disporá de uma certa margem de discricionariedade, ao apreciar cada caso concreto. Veja-se, a tal propósito, que o parágrafo primeiro do mencionado artigo 54 determina que, uma vez atendidas as condições estabelecidas em seus incisos I a IV, ou, se for o caso, desde que observado o disposto no parágrafo segundo, subsequente, poderá o CADE autorizar o ato concentrador, ou considerá-lo legítimo.

Todavia, ao elencar tais condições (eficiências ou metas a atingir), a Lei o faz em termos fluídos, plurisignificativos, práticos, conferindo ao seu intérprete e executor uma certa discricção, um grau de apreciação subjetiva, a preceder a decisão. Como muito bem assinalou a Conselheira-Relatora, Neide Teresinha Malard, em seu bem fundamentado voto, “nesse caso, a atuação do CADE é discricionária, o que lhe permite a necessária flexibilização na avaliação dos pressupostos fáticos que autorizam a aprovação do ato. Na verdade, por não serem rígidas as regras do mercado, rígidas não poderiam ser as normas legais que pretendessem protegê-lo.”

4. É com base em tais critérios, que a ilustre Conselheira analisa os argumentos de eficiência invocados pelas Requerentes, de modo a justificar os riscos para a concorrência no mercado que a pretendida associação tem todas as condições de causar, buscando, ainda, constatar eventuais benefícios para o consumidor que dela poderão resultar.

Após uma avaliação criteriosa de tais argumentos, chega a Relatora às seguintes conclusões principais:

- anteriormente, as Requerentes criaram a empresa Eterbrás-Tec, como decorrência da associação de suas unidades fabris no Estado de Minas Gerais e Rio de Janeiro, e, após, nas unidades de Goiás e São Paulo. Constatase, todavia, dos elementos constantes do processo, que tal transação pode ter trazido ganhos financeiros à empresa, mas não se pode concluir que tais ganhos tenham sido compartilhados de forma eqüitativa com os consumidores, pois que a redução de preços, se considerada em período mais longo, anterior à transação, é inexpressiva, não se configurando um ganho para o mercado de sorte a justificar a restrição da concorrência decorrente da associação;

- as Requerentes alegam que a integração de suas tecnologias teria aumentado a eficiência da citada Eterbrás-Tec. Argumenta, todavia, a Relatora, que a introdução de novos processos de produção e mesmo de pequenos desenvolvimentos tecnológicos que as empresas promovem, em

busca da competitividade, constituem elementos concorrenciais de extrema valia, não justificando a integração de duas empresas concorrentes;

- a outra eficiência buscada pelas Requerentes diz respeito à aproximação das marcas do mercado consumidor. Pesquisas realizadas junto aos revendedores revelam, todavia, que os consumidores não adquirem tais produtos pela marca, e sim pelo preço;

- argumentam, ainda, que a integração seria necessária para o atendimento aos países do MERCOSUL. Salienta a Relatora que a Brasilit e a Eternit dispõem de capacidade ociosa elevada que poderá ser utilizada para atendimento de uma demanda eventualmente maior. Ressalta, ainda, que as Requerentes têm porte individual, não se justificando a necessidade de deixarem de concorrer entre si, para se tornarem mais competitivas no mercado, inclusive no que se refere ao MERCOSUL;

- registra, também, que as empresas Requerentes já detêm um acentuado poder de mercado a nível nacional e que, com a integração na Região Sul, tal como ora pretendida, alcançarão, também nesse mercado, uma posição dominante, do que resultarão grandes possibilidades de se afetar o ambiente concorrencial em um mercado atualmente competitivo, em que pequenas e médias empresas têm, inclusive, obtido êxito relativo, na penetração em outras regiões do país.

5. Concordo com tais conclusões, que levam a ilustre Relatora a afirmar inexistirem eficiências que justifiquem o sacrifício da concorrência para resolver problemas passíveis de serem solucionados por outra via, que não a integração. Assinala, mesmo, que os ganhos financeiros para as Requerentes poderão ser certos e significativos, mas os benefícios para o consumidor afiguram-se duvidosos.

6. Sendo assim, entendo não dispor o Plenário do CADE de competência para conceder às Requerentes a autorização para levarem a efeito a transação pretendida, eis que não satisfeitos os requisitos estabelecidos no artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Em conseqüência, acompanho a ilustre Conselheira-Relatora em suas razões de decidir e em sua conclusão de voto, manifestando-me pela não autorização a que Brasilit S/A e Eternit S/A se associem na criação da empresa Eterbrás Sul Ltda.

7. É o meu voto.

Brasília, 25 de novembro de 1994

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Conselheiro

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

As empresas Eternit S/A e Brasilit S/A submetem à aprovação deste Colegiado proposta visando a constituição de uma nova empresa, denominada ETERBRÁS S/A, que incorporaria as plantas industriais da BRASILIT em Esteio/RS e da ETERNIT em Colombo/PR.

A transação em exame se enquadra no § 3º art. 54 da Lei nº 8.884/94, visto dela decorrer uma participação no mercado acima de 20%, aliado ao fato de as requerentes terem registrado faturamento bruto anual superior a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR.

Conforme devidamente assinalado pela digna Conselheira Relatora Neide Teresinha Malard “o benefício primacial da integração para a economia é o aumento potencial de sua eficiência, no entanto, deve incrementar a competitividade e resultar em preços mais baixos para o consumidor, e não em lucros excessivos para o fabricante.

Por isso mesmo, os atos de integração de empresas que possam conduzir à concentração econômica, criando ou aumentando o poder de mercado, só serão admitidos quando benéficos para o mercado, impondo a lei o preenchimento de alguns requisitos: ter a concentração como objetivos aumentar a produtividade, ou melhorar a qualidade de bens ou serviços, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; serem os benefícios dela decorrentes distribuídos equitativamente entre as partes e os consumidores; não implicar em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante; e realizar-se nos limites necessários ao atingimento dos objetivos visados.”

Atento a esses parâmetros, que são dispostos no art. 54 da Lei nº 8.884, passo ao exame dos argumentos de eficiência trazidos pelas requerentes.

Antes, porém, cabe assinalar que as requerentes possuem o controle da empresa que explora as jazidas de amianto (matéria prima do fibrocimento), da empresa que transporta o amianto e da ETERBRÁS-TEC Industrial Ltda., que é resultante da integração da Brasilit e Eternit nos Estados de Goiás, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo.

Possuem, ainda, as precitadas empresas unidades fabris de produtos derivados de fibrocimento (telhas e caixas d'água) em diferentes Estados. Enquanto as plantas industriais da Eternit estão localizadas em Goiás, Bahia e Paraná, as da Brasilit localizam-se nos Estados do Pará, Pernambuco e no Rio Grande do Sul.

O Grupo Brasilit detém uma participação no mercado nacional da ordem de 28,8% e o Grupo Eternit de 23,1%, o que totaliza 51,9% do mercado doméstico.

A ilustre Conselheira Relatora observa, com acuidade, que, atualmente, o índice de concentração (IHH) alcança 1.738 pontos, considerado elevado, e, que se efetivada a transação se expandiria mais de 100 pontos, passando a 1909 pontos considerado altamente concentrado.

As requerentes alegam que a integração de um conjunto maior de atividades promoveria um processo sinérgico, levando a um melhor desempenho empresarial. Observam que a Brasilit desenvolveu processo industrial que lhe assegura maior produtividade, sendo que a Eternit detém conhecimento específico no tratamento de matérias primas que conduzem a misturas de melhor desempenho técnico e que a integração dessas tecnologias permitem a ETERBRÁS-TEC uma redução de custos da ordem de 6%.

Ressalte-se que as tecnologias de fabricação de materiais oriundos do fibrocimento são consideradas simples e não requerem grandes investimentos em pesquisas e desenvolvimento, seja no processo produtivo, seja no desenvolvimento de novos produtos.

A redução de custos de 6% apresentada pelas requerentes se, por um lado, trouxe benefícios técnicos e financeiros às empresas, deveria igualmente ter resultado em benefícios aos consumidores.

Tal fato não se verificou, visto que os preços em dólar (US\$) praticados tanto nas telhas onduladas quanto nas caixas d'água em 1993 e nos primeiros seis meses do corrente ano apresentam-se superiores aqueles cobrados em 1991, período anterior à constituição da ETERBRÁS-TEC.

Conforme devidamente constatado pela Secretaria de Política Econômica, os preços dos principais produtos fabricados pela Brasilit S/A apresentaram forte elevação em dólar, ao longo dos últimos anos.

Complementa aquela Secretaria observando que as empresas (Eternit e Brasilit) estavam operando com elevada capacidade ociosa e teriam alavancado sua rentabilidade, via elevação de preços, para compensar a redução das quantidades comercializadas, Não indicando, portanto, um vigoroso processo concorrencial no mercado.

Claro está que a restrição à concorrência não foi justificada pela associação, firmada entre a Brasilit e a Eternit visto que os benefícios não foram equitativamente distribuídos entre as empresas e os consumidores finais e/ou usuários do produto.

Entendo igualmente pouco consistente o argumento de que tal integração seria necessária para o atendimento do mercado originário do MERCOSUL.

Na verdade, tanto a Eternit quanto a Brasilit são empresas tradicionais, dinâmicas, que atualmente possuem elevada capacidade ociosa, dispondo, assim, de condições extremamente favoráveis para atuar individual e competitivamente naquele mercado.

Conforme afirmam as requerentes, tal transação levaria a unidade da Eternit, localizada em Colombo/PR, a produzir para o atendimento do próprio Estado, do Paraná, de Santa Catarina e do Paraguai, enquanto a fábrica da Brasilit de Esteio/RS estaria voltada para suprir o Uruguai e a Argentina e o próprio Estado do Rio Grande do Sul.

Tal divisão geográfica de mercados, a exemplo do que já ocorre no País com a Eternit atuando em GO, MG, RJ e SP e a Brasilit em Estados distintos (PA, PE e RS), considerando a representatividade que o peso dos custos de transporte possuem no valor dos produtos (13%), fornece indícios de repartição de mercados e de redução do vigor da concorrência.

Considerando que tal associação conduzirá a uma concentração do mercado que atualmente apresenta-se competitivo, dificultando o ingresso de novos concorrentes, e tendo em vista que as requerentes já dispõem de elevado poder de mercado em todo país, aliado ao fato de as eficiências não estarem demonstradas, entendo que não se justifica a restrição à concorrência, com potenciais riscos ao mercado.

Isto posto, acompanho o voto da digna Conselheira Relatora em todos seus fundamentos.

É o meu voto.

Brasília, 25 de novembro de 1994.

Marcelo Monteiro Soares

Conselheiro

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

1. As empresas BRASILIT S/A e ETERNIT S/A submeteram a aprovação Da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda, ainda na vigência da Lei nº 8.158/91, ato de concentração econômica consistente na criação da empresa ETERBRAS SUL LTDA., que incorporaria as unidades da BRASILIT, em Esteio, Rio Grande do Sul, e da ETERNIT, em Colombo, Paraná.

A nova empresa, ETERBRÁS SUL LTDA., manterá suas próprias políticas comerciais, sendo preservadas a individualidade das marcas e as características dos produtos, e a participação nos resultados será independentemente da formação do capital, baseada no desempenho de cada uma das Requerentes para a formação do lucro. A sua área de atuação abrangerá os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

2. Preliminarmente, manifesto a minha concordância com a il. Relatora, que ao abordar o tema dos conceitos fluidos, cita o trabalho de autoria do Professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, denominado “A atividade administrativa discricionária e a realização dos controle, em um Estado Democrático de Direito”, no qual afirma que a melhor doutrina estaria com Bandeira de Mello, para quem é inaceitável a tese de que o tema dos conceitos fluidos é estranho ao tema da discricionariedade.

3. No exame do mercado relevante constata-se, da leitura dos autos, que as Requerentes objetivam a associação de suas unidades fabris em Esteio - RS e Colombo - PR, que fabricam produtos de fibrocimento, basicamente telhas e caixas d’água. Considerando a diferença de preço entre os produtos em condições de serem substituídos, no caso das telhas, por produtos de zinco, alumínio, barro ou cerâmica e das caixas d’água, por produtos de fibra de vidro, aço inoxidável e polietileno, entendo, na mesma linha adotada pela il. Relatora, que o mercado relevante é o de produtos de fibrocimento que, em termos geográficos, abrange todo o território nacional, posto que a oferta concentrada nas regiões sul e sudeste atende a demanda de todo o País.

O mercado nacional conta com dezesseis empresas fabricantes de produtos de fibrocimento, sendo que o Grupo Eternit detêm 23,14% desse mercado e o Grupo Brasilit detêm 28,81%. A participação conjunta das Requerentes representa, portanto, um total de 51,95% do mercado nacional.

4. Com base nos autos, e ressaltados no voto da il. Relatora, ficam demonstrado uma acentuada elevação do índice de concentração do mercado, tornando-se necessário, portanto, o exame para verificar se a integração pretendida propicia eficiências que possam compensar a restrição à concorrência que poderá decorrer da mesma.

Vale observar, segundo informam às Requerentes, que a tecnologia do fibrocimento é de fácil acesso, e que, ao longo do tempo, pequenos aperfeiçoamentos tornam o produto mais competitivo no mercado, propiciando, assim, maior concorrência. Alegam que cada uma das Requerentes, ao longo de sua existência, acumulou conhecimentos, com peculiaridades próprias, e que a soma de suas experiências traria resultado sinérgico muito importante.

Nesse sentido, as Requerentes afirmam que pretendem associar as tecnologias disponíveis nas suas duas fábricas instaladas na região, com vista à otimização tecnológica dos processos e à utilização das matérias-primas.

5. Em preliminar, creio oportuno destacar a relevância do papel do empresário na economia, na qual é o agente propulsor, contribuindo decisivamente, ao lado dos consumidores, para o funcionamento do mercado concorrencial. O advento da competição global, que caracteriza o mundo dos negócios na atualidade, impõe como imperativo que as empresas se voltem totalmente para os consumidores. É por meio do acompanhamento, da avaliação e do julgamento permanentes que se estabelece o processo de interação entre o empresário e o consumidor. Esse processo visa à produtividade, com a melhoria da qualidade dos produtos ou serviços e a redução de custos e de prazos. dele resulta a competitividade da empresa.

Feitas essas observações, passarei, a seguir, a tratar das alegações feitas pelas Requerentes, em especial, as que se referem as vantagens que a integração entre elas poderiam propiciar, através da união (ou sinergia) de suas experiências, o que permitiria tornar os seus produtos mais competitivos no mercado.

A sinergia que se pretende, no caso dos atos de concentração, é a cooperação entre empresas ou grupos de empresas, através da união de forças concorrentes, visando maior eficiência, qualidade, aumento de produtividade, redução de preços, entre outros fatores, na produção e comercialização dos seus produtos no mercado. Entendido aqui mercado como a reunião ou soma da procura e oferta relativa a um determinado bem. Aos argumentos da sinergia que se pretende obter com a integração, deve o julgador, necessariamente, dar especial atenção, no exame do ato de concentração.

6. Feita essa preliminar, passo a seguir a manifestar no mérito, o meu entendimento sobre o ato de integração pretendida pelas Requerentes:

a) A pretendida associação na produção, através da utilização de tecnologias disponíveis nas duas fábricas existentes em Esteio-RS e Colombo-PR, com vista a otimização tecnológica dos processos e à utilização das matérias-primas, em princípio, se apresenta, em princípio, como uma eficiência consistente.

No exame dos atos de integração horizontal, essa sinergia torna-se necessária, especialmente para atingir certas economias de escala, bem como para viabilizar o desenvolvimento de tecnologias avançadas, caso em que, mesmo limitando a concorrência, tem enormes possibilidades de trazer vantagens para o consumidor.

O fato da tecnologia do fibrocimento ser simples e de fácil acesso, conforme consta das informações prestadas pelas Requerentes, em princípio, não preenche, de maneira contundente, esse requisito.

Outra eficiência buscada pelas Requerentes é a aproximação das marcas do mercado consumidor, o que viabilizaria inclusive o atendimento aos países do Mercosul, com reflexos nos custos de transportes que representa cerca de 15% no preço do produto, e na redução dos custos de estocagem dos produtos.

Deve-se registrar que existem cerca de oito fabricantes no mercado da Região Sul, onde a empresa Isdra aparece com a participação de cerca de 33% do mercado. A integração pretendida pelas Requerentes colocaria a nova empresa ETERBRAS SUL em igualdade de condições com a empresa líder, no caso, a indústria Isdra. Dados esses citados no memorial das requerentes, de 23.11.94, e aqui trazidos com base no princípio da verdade material que rege os processos administrativos, que permite ao julgador não ficar restrito às informações existentes nos autos.

b) Os argumentos mencionados anteriormente, por sua vez, necessitam ser confrontados com o desempenho que vem sendo obtido pelas empresas ETERBRÁS-TEC, resultado da fusão das unidades fabris das Requerentes nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, ocorridas em 1992, e em Goiás e São Paulo, em 1993.

Com uma capacidade ociosa em torno de 45% em suas fábricas de Esteio e Colombo, conforme consta dos autos, a associação na produção, alegam as Requerentes, viria a resolver tal problema.

Por sua vez, documento acostados aos autos registra que a capacidade ociosa da ETERBRÁS-TEC, apesar da integração, ainda apresenta na ordem de 33%. Pode-se concluir, assim, que a integração nas fábricas de Capivari e Goiânia não resolveram o problema da alegada capacidade ociosa.

c) Se contrapõem, também, às alegações da necessidade de resolver a questão da capacidade ociosa os dados existentes nos autos, e analisados de forma criteriosa pela il. Relatora, que demonstram que a criação da ETERBRÁS-TEC não refletiu na queda dos preços de venda para os consumidores dos produtos fabricados pelas Requerentes (telhas onduladas e de 4 mm e caixas d'água).

Assim, pode-se concluir, com base nesse quadro descrito, bem como nas informações existentes nos autos, que a empresa ETERBRÁS-TEC certamente obteve resultados financeiros positivos, que não foram repassados, de forma eqüitativa, para os consumidores.

Por outro lado, dizem as Requerentes, que está ocorrendo uma sensível redução da capacidade ociosa das fábricas do setor, com sinais de

queda nos preços para o consumidor. Essa afirmação, conforme alegado na defesa feita pelo il. Advogado das Requerentes, Dr. Minutti Filho, em princípio, são indicadores factíveis de ocorrer. Com a estabilização da economia os preços tendem a ficar mais alinhados, o que poderá permitir um crescimento nas vendas dos produtos fabricados pelas Requerentes.

Em que pese esses argumentos, não cabe porém, a este Conselho, no meu entendimento, levá-los em consideração na sua decisão. Caso se configure essas previsões, poderá as Requerentes, na forma da Lei, se assim o desejarem, retornar a este CADE.

Isto posto, entendo que o pleito tal como formulado, com vista a se conceder às requerentes a autorização para levarem a efeito a associação pretendida, não reúne condições de aprovação, visto que tem possibilidades de afetar o ambiente concorrencial na Região Sul, em decorrência da posição dominante da empresa que pretendem criar.

Assim, acompanho os termos da conclusão do voto da il. Relatora, no sentido de não se conceder às requerentes a autorização para levarem a efeito a associação pretendida.

Este é o meu voto.

Brasília - DF, 25 de novembro de 1994

José Matias Pereira

Conselheiro do CADE