

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO
volume 2 nº 3

CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

*ATOS DE CONCENTRAÇÃO
ECONÔMICA*

SET/NOV 1994

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

**Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 872 2609 / 263 6748
Fax.: (011) 872 2609**

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, , Tércio Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria, Ubiratan Mattos.

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

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

Ao separar, em um Caderno de Jurisprudência específico, as decisões do CADE em “atos de concentração econômica”, atende o IBRAC à significação desta matéria, revelada entre as questões ultimamente levadas à apreciação desse órgão de defesa da concorrência.

O Caderno de Jurisprudência, contendo as decisões do Cade em processos administrativos, continuará a ser ordinariamente editado.

Pedro Dutra
Editor

ÍNDICE

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 12/94.....	7
REQUERENTES: RHODIA S.A. E SINASA S.A. Administração, Participações e Comércio	7
DECISÃO	7
PARECER DO PROCURADOR	7
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR	13
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	18
VOTO CONSELHEIRO	33
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO	33
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD	38
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES	49
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 12/94.....	56
REQUERENTES: RHODIA S.A. E SINASA S.A. Administração, Participações e Comércio	56
DECISÃO	56
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	56
VOTO DO CONSELHEIRO.....	63
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO	63
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD	67
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES	74
ATO DE CONCENTRAÇÃO (AC) Nº 11/94	79
REQUERENTES: YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA, e CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE DO ESTADO DE PERNAMBUCO.	79
DECISÃO	79
PARECER DO PROCURADOR	79
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	85
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	88
VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO DE CARVALHO	97
VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD	99
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA.....	100
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 06/94.....	106
REQUERENTES: ETERNIT S.A. e BRASILIT S.A.	106
DECISÃO.....	106
PARECER DO PROCURADOR	106

RELATÓRIO E VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA	108
VOTO DO CONSELHEIRO.....	125
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO	125
VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES	128
VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA.....	130

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 12/94

REQUERENTES: RHODIA S.A. E SINASA S.A. Administração, Participações e Comércio

DECISÃO

Por unanimidade, o Conselho decidiu aprovar parcialmente a transação a ele submetida pelas empresas RHODIA S.A. e SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO, determinando às Requerentes, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, a desconstituição parcial dos atos sob exame, de forma a deles excluir as atividades pertinentes à fabricação das fibras de acrílico e poliéster. As Requerentes deverão, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, a partir da publicação desta ata, informar a este Conselho o prazo necessário à adoção das providências referentes ao cumprimento da presente decisão, sob pena de sua imediata execução judicial, nos termos do artigo 60 da Lei nº 8.884/94.

Plenário do CADE, 30 de setembro de 1994.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SORES - Conselheiro

Fui Presente:

JORGE GOMES DE SOUZA - Procurador-Geral Substituto

PARECER DO PROCURADOR

EMENTA - Consulta formulada nos termos da Lei nº 8.158/91. Constituição de Joint Venture. Comunicação no prazo legal. Incorporação de empresas com repercussão no mercado relevante. Integração vertical e horizontal. Ato de concentração de empresas examinado sob a ótica do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Domínio da empresa nos mercados relevantes de PTA, resina PET, filmes, BIDIM, fibra viscosa, fibra poliéster, fibra acrílica, com possibilidades de ocorrência de domínio nos mercados relevantes de garrafas (preforma) e garrafas. Disciplinamento legal. Análises técnicas da Secretaria de Política Econômica e da Secretaria de Direito Econômico favoráveis ao ato de concentração. Compromisso de desempenho necessário.*

Acompanhamento do mercado com destaque à participação das empresas. Irrelevância da espécie de ato jurídico de concentração. Parecer favorável ao ato de concentração, que poderá ser revisto se desatendidas as condições determinadas.

I - OBJETO

Em exame a Consulta nº 7/94, submetida à apreciação da Secretaria de Direito Econômico, nos termos da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1.962, com redação que lhe deu a Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1.991, mediante a qual, de um lado, Sinasa S/A Administração, Participações e Comércio (Tsu Hung Sieh - 84,75%, outros - 15,23%), controladora de Excel - Indústria e Participações Ltda. (Sinasa S/A - 63,87%, Tsu Hung Sieh - 13,12%, Grupo Citicorp - 17,23% e IFC (Instituições financeiras já acionistas) - 5,04%) que controla a empresa Celbrás Química e Têxtil S/A (Excel - 99,62%) e de outro, Rhodia S/A, controladora de Rhodia Nordeste Ltda. - Rhodia NE, que detém 100% do capital de Rhodia Filmes Nordeste, que, por seu turno, possui 100% do capital de Rhodia Fibras Ltda. e a empresa Rhodiaco Indústrias Químicas Ltda. (Rhodiaco), comunicam a assinatura do "Contrato de Constituição de Joint Venture", formalizado em 02 de maio de 1994, pelo qual juntam seus esforços e capitais para a constituição de uma holding, a empresa Excel Indústrias e Participações S/A, que passa a se denominar Rhodia-Ster S/A.

II - PRELIMINARES

A CONSULTA

1. De início, esclareça-se que a Consulta¹ está disciplinada pelo art. 59 da Lei nº 8.884, mediante o qual "todo aquele que pretender obter a manifestação do CADE sobre a legalidade de atos ou ajustes que, de qualquer forma, possam caracterizar infração da ordem econômica poderá formular consulta o CADE, devidamente instruída com os instrumentos necessários à

¹ Entendida como modalidade de prevenção à prática de ato que possa causar dano à concorrência, o sistema de consulta foi instituído pela Lei nº 4.137/62, adquirindo nova redação pela Lei nº 8.158/91. Não há discrepâncias profundas entre a consulta da legislação anterior e a da atual.

apreciação". No parágrafo primeiro desse artigo ficou estabelecido que a consulta será respondida no prazo de sessenta dias, prazo sujeito à suspensão, enquanto não forem fornecidos pelo interessado, documentos e informações julgadas necessárias, não se aplicando ao consulente qualquer sanção por atos relacionados ao objeto da consulta, após esse prazo. Em outras palavras, Consulta é a indagação feita ao CADE pela parte interessada, sobre a legalidade de atos ou ajustes, cuja realização, de algum modo, possa caracterizar infração à ordem econômica. São elementos ou condições inerentes à estrutura da Consulta: a) o ato ou ajuste não está formalizado; b) existe possibilidade de dano à ordem econômica; c) a consulta será instruída com documentos; d) o prazo de resposta de sessenta dias, fica suspenso, enquanto não estiver instruída a consulta; e) após esse prazo, a falta de manifestação CADE inibe a aplicação de sanção. No presente caso, a primeira condição caracterizadora da consulta não foi atendida: o ato já foi realizado. Não se trata, portanto, de consulta, tornando-se desnecessário continuar a análise, sob os demais prismas. Assim, tanto sob a égide d Lei nº 8.158/91, como da Lei nº 8.884/94, o caso não é de consulta, porque já realizado o ato, mas de sua submissão ao controle deste Conselho, sob o prisma do art. 54 e seguintes da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Cuida-se, portanto, de Ato de Concentração, já realizado, que se submete à apreciação desse Colegiado, para exame de sua legalidade.

O PRAZO

2. Ainda em preliminar, examina-se, agora, o ato de concentração, ainda no aspecto formal, no que tange a prazo. Como se assinalou, o ato foi formalizado em 02 de maio de 1994, e sua apresentação à SDE ocorreu em 20 de maio de 1994. Adotando-se a regra processual civil de contagem de prazos, que exclui o dia de começo e inclui o do fim, o prazo final ocorreria em 23 seguinte. Portanto, o ato foi submetido à apreciação do órgão competente no prazo legal.

A JOINT VENTURE

3. Também em preliminar, chama à atenção o tipo de empreendimento resultante da conjugação dos interesses de Rhodia e Sinasa, ao qual dão o nome de joint venture espécie de sociedade em que as partes, sem se descaracterizarem, juntam seus esforços na obtenção de um objetivo comum, normalmente operações determinadas, cujo atingimento coincide com

o fim do empreendimento e, por conseguinte da associação. Como se observará, este não é o caso dos autos.

III - MÉRITO

O EMPREENDIMENTO

1. As empresas envolvidas no negócio são: a) pela Rhodia S/A - Rhodiaco Indústrias Químicas Ltda e Rhodia Nordeste Ltda., com suas subsidiárias integrais Rhodia Filmes Nordeste Ltda. e Rhodia Fibras Ltda., e b) pela Sinasa S.A. - Administração, Participações e Comércio - Excel Indústrias e Participações S.A., que controlava a empresa operacional Celbrás Química e Têxtil S.A. O novo empreendimento é a Rhodia-Ster S/A (ex Excel) que terá como acionistas a Rhodia S/A (82,00%), Sinasa (11,49%), Citicorp (2,75%), Tsu Hung Sieh (2,36%) e IFC (instituições financeiras já acionistas) ACIONISTAS (0,90%), que controlará 99,62% da empresa Celbrás, ficando ajustado que ela controlará as empresas Rhodia-Ster Nordeste Ltda. (ex Rhodia Nordeste Ltda.) e suas subsidiárias Rhodia Filmes Nordeste Ltda. e Rhodia Fibras Ltda. Também é transferida para a Rhodia-Ster S/A a participação majoritária (em torno de 70%) que a Rhodia S/A detinha na empresa Rhodiaco Indústrias Químicas Ltda. A denominação da Celbrás é alterada para Rhodia-Ster Fipack cujo capital será integralizado com importância suficiente para a aquisição de ativos da Rhodia, voltados à produção de fibra poliéster e polímero poliéster.

2. Em resumo: neste primeiro estágio da associação, a Rhodia S.A. passa a deter 82% do capital social da ex-Excel, ora Rhodia Ster S.A. enquanto a Sinasa e outros acionistas ficam com os restantes 18%. No estágio subsequente, a intenção é que a Rhodia-Ster S.A. seja transformada em companhia de capital aberto, com oferecimento de 22% das ações detidas pela Rhodia, que ficará com os 60% restantes.

3. Do que foi até agora exposto, verifica-se que as alterações societárias que estão ocorrendo em Rhodia e Sinasa não se compatibilizam com o conceito, usualmente aceito, de joint venture. O quadro societário aproxim-se mais mais de integração de empresas, em que uma adquire setores de produção de outra. Por esta razão, como integração de empresas e não joint venture, o ato de concentração, submetido ao exame do CADE, será tratado.

A INTEGRAÇÃO

1. Analisada a questão do ponto de vista societário, pelas informações dos autos constata-se a integração vertical, decorrente do empreendimento, com o aporte de capital se fazendo pela transferência de unidades operacionais produtoras de PTA, filmes poliéster, não tecidos (BIDIM), fibras poliéster, fibras acrílicas e fibras viscose da Rhodia para a Excel. Entretanto, os autos também informam que a Excel, por intermédio de sua subsidiária Celbrás, já atuava na produção de resina PET, embalagens PET, fibras poliéster e fibras acrílicas, fato que permite antever a possibilidade de integração horizontal, pela atuação das partes contratantes em alguns mercados idênticos, com concentração significativa nos mercados de fibras sintéticas, para produtos têxteis - poliéster acrílica, fabricados por ambas as empresas.

2. Não escapa a esta Procuradoria que o acordo firmado entre empresas fabricantes do mesmo produto, pela maciça participação no mercado nacional, implicará a criação de um monopólio na produção de fibras poliéster e acrílica, em especial quanto à primeira, obtida a partir do PTA, fabricado pela Rhodiaco (grupo formado pela associação de Amoco e Rhodia), MEG, oriundo do oxiteno, acetato de vinila, ambos produzidos pela Rhodia, dimetil formamida, produzido pela BASF e catalisadores. Torna-se patente o domínio da empresa integrada nos mercados relevantes de PET, resina PET, filmes, BIDIM, e fibra viscose*. Por outro lado, não há registro nos autos da existência de qualquer restrição à importação dessas matérias primas, circunstância em que um provável futuro concorrente poderia importá-las sem dificuldades, mormente se considerar que são insumos de largo comércio no mercado internacional.

O DISCIPLINAMENTO LEGAL

1. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE. É o que ocorreu no presente caso. Sua aprovação, entretanto, verificada sua necessidade por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final, depende do atendimento de três das seguintes condições: a) tenham por objeto aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços 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 do mercado

relevante de bens ou serviços; c) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. Em essência, este é o balizamento legal instituído pelo art. 54 e seguintes da Lei nº 8.884/94, para que o CADE conceda a autorização para a prática de ato que, de alguma forma prejudique ou possa prejudicar a livre concorrência.

2. Estão sujeitos à aprovação do CADE, para ter validade, todos os atos que visem à 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 para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento ou mais do mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha faturamento bruto anual no último balanço equivalente à cem milhões de UFIR, ou unidade de valor superveniente.

3. O ato em questão é submetido a parecer técnico da Secretaria de Política Econômica, do Ministério da Fazenda, que se manifestará em trinta dias, e encaminhado à Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, que o instruirá, em idêntico prazo, e o remeterá o CADE, para manifestação no prazo fatal também de trinta dias. A falta de manifestação nesse prazo, acarretará a imediata aprovação do ato.

4. No presente caso, tanto o parecer técnico da Secretaria de Política Econômica, quanto o da Secretaria de Direito Econômico, foram favoráveis à integração, sendo de se destacar a difícil situação financeira da ex-Celbrás, que "não continuaria operando no mercado de fibras sintéticas, sem um importante aporte de recursos, podendo, até mesmo, encerrar suas operações, o que redundaria em concentração de capital, agravada por uma restrição de oferta" (fl.636). Não é de se olvidar que, embora o objetivo da lei seja o de evitar o domínio do mercado, essa condição não é absoluta, nem um fim em si mesma. Trabalha contra ela a rule of reason a admitir abrandamentos, quanto presentes fatores desfavoráveis à concorrência. O próprio art. 54 da Lei nº 8.884/94 elenca um série de condições a favorecer concentração num determinado mercado relevante. A concentração aqui vista é a única saída possível à continuidade da Excel/Celbrás, cuja extinção, por certo, além de facilitar a concentração sem controle, traria reflexos indesejáveis.

IV - CONCLUSÃO

Não é interessante, nem relevante, ao deslinde da matéria, a forma jurídica utilizada para realizar o ato de concentração se joint venture, holding, fusão ou integração. Importa determinar, como no presente caso, o grau de

concentração e prevenir seus efeitos indesejáveis. Por essa razão, atendidas às formalidades legais inerentes ao deferimento do ato, como submissão da matéria ao controle do órgão de defesa da concorrência, no prazo legal, com exame favorável da Secretaria de Política Econômica e Secretaria de Direito Econômico, esta Procuradoria manifesta-se favoravelmente ao ato de concentração, desde que o Plenário do CADE defina compromissos de desempenho para as empresas interessadas de modo a assegurar o cumprimento das condições impostas pelo art. 54, mediante o acompanhamento do mercado, com destaque à participação das empresas Rhodia S.A. e Sinasa S/A - Administração, Participações e Comércio.

Jorge Gomes de Souza

Procurador-Geral Substituto

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

I - TRANSAÇÃO

01. As empresas SINASA S.A. Administração, Participações e Comércio e RHODIA S.A., submetem para apreciação do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, transação, que celebraram entre si que se objetiva através do aumento de capital da EXCEL INDUSTRIAS E PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade antes controlada por SINASA S.A. O aumento de capital foi integralmente subscrito pela RHODIA S.A. e integralizado mediante a cessão e conferência de bens e direitos pertencentes até então à aquela empresa. Após as modificações estatutárias decorrente do ingresso do novo sócio majoritário, a sociedade emergente passou a se denominar RHODIA-STER S.A. A empresa EXCEL INDUSTRIAS E PARTICIPAÇÕES S.A. (hoje Rhodia-Ster S.A.), cujo controle acionário mudou de mãos, controla a sociedade CELBRAS QUÍMICA E TÊXTIL S.A. (hoje Rhodia-Ster Fipack S.A.), empresa operacional dedicada à produção de fibras poliéster fibras acrílica, resinas para embalagens de poliéster (polietileno tereftalato - PET), preformas PET e embalagens PET. (Fls. 001/328).

02. Com a superveniência da Lei nº 8.884, de 11.06.94, e a vista das informações trazidas pelas Requerentes verifico não ser o caso de formulação de consulta, eis que se trata de transações já consumadas. Aplicar-se-ão, as normas processuais e procedimentos previstos na referida Lei, em seu artigo 54, que cuida do controle de atos de concentração econômica.

É, nesses termos, que recebo o requerimento de SINASA S.A. Administração, Participações e Comércio e RHODIA S.A. (Fls. 782).

Verbis:

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

§ 1º. O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

.....

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

.....

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

.....

03. O Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, pelo Ofício nº 267/94, de 24.05.94, encaminhou cópia da mencionada transação à Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, para, com base no art. 6º, parágrafo único, arts. 20 e 21 do Regulamento da Lei nº 8.158/91, aprovado pelo Decreto nº 36/91, bem como solicitou que a mesma se pronunciasse, através de parecer técnico sobre o objeto da referida transação. (Fls. 329).

04. Foi solicitado, através do DPDE/SDE, pela SPE/MF, informações complementares às empresas Requerentes. Em 16.06.94, as Requerentes apresentaram à aquele Departamento, os esclarecimentos e os documentos solicitados (docs. 01/17) conforme consta das fls. 349/618.

05. PARECER TÉCNICO DA SDE/MF

A Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, através da Coordenação Geral para Assuntos Industriais emitiu Parecer Técnico nº 25/94, de 15.07.94 (fls. 626/648), sobre o qual destaco o seguinte:

Em análise detalhada aquela SPE/MF examinou a estrutura acionário da Sinasa S.A., Excel e Celbrás, bem como o perfil dos grupos empreendedores Rhodia S.A. e SINASA S.A. Examinou, ainda, os mercados, em especial a estrutura da oferta dos produtos PTA Resina PET Filmes Bidim, fibra viscosa fibra poliéster, fibra acrílica garrafas (pré-forma) e garrafas (fls. 629).

Examinou, também, a concentração horizontal, destacando que o aumento de capital acordado pelas empresas requerentes implicou na criação de um monopólio na produção nacional de fibras poliéster e acrílica, através da Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), que passou a controlar as empresas operacionais que se dedicam à fabricação desses produtos no país (Celbrás e Rhodia Nordeste - fibras de poliéster e Celbrás e Rhodia Fibras - fibras acrílica), o que por si só representa uma poderosa barreira à entrada de novos produtores nos mercados em questão.

Em relação a concentração vertical, observou que a transação pretendida pelas requerentes implicará mudanças nos padrões de concorrência nos mercados de fibras poliéster e acrílica, como também nos de resinas PET e embalagens PET.

No caso das fibras, a integração vertical, com monopólio de algumas das mais importantes matérias-primas, aumentará sensivelmente a barreira à entrada de novos produtores.

Tratou ainda da motivação das transação, assinalando que a associação indica fazer parte de uma redefinição da estratégia de longo prazo da Rhodia. também para a SINASA S.A., que aceita a RHODIA S.A. como sócia majoritária na ex-Excel (atual Rhodia-Ster S.A.), a associação decorre de tomadas de decisões estratégicas anteriores. Nessa linha, analisa a situação financeira da Celbrás, registrando que o aumento de capital subscrito pela Rhodia na Excel, embora sem injeção direta de recursos, tem por objetivo alterar a estrutura de endividamento da empresa, garantindo de imediato a renegociação dos encargos financeiros em melhores bases, a reinserção da empresa no mercado financeiro como tomadora de recursos, abrindo perspectiva para o lançamento de ações na bolsa. A Celbrás, por sua vez, também gozará dos mesmos benefícios decorrentes dessa associação. Nesse sentido, é importante ressaltar que Excel/Celbrás não continuaria operando no mercado de fibras sem um importante aporte de recursos, podendo, até

mesmo, encerrar suas operações / o que redundaria também em concentração de capital, agravada por uma restrição da oferta.

Concluiu o seu parecer, afirmando que a criação de um monopólio na produção de matérias-primas estratégicas, dificulta, por si só, a entrada de novos competidores no mercado.

Porém, em função do acesso ao produto concorrente importado e da sensível pressão sobre os preços das fibras poliéster e acrílica exercida pelas demais fibras têxteis (especialmente algodão), pode-se concluir que o grande consumidor desses produtos não sofrerá uma sensível redução no seu poder de barganha como consequência da transação ora em análise. Quanto ao pequeno consumidor, a criação do monopólio da produção de fibras de poliéster e acrílica, com significativa elevação do nível de dificuldades à entrada de novos competidores nesse mercado poderá reduzir o poder de negociação do pequeno cliente, responsável por 50% da demanda doméstica de fibras poliéster e 20% da demanda de fibras acrílica.

Finaliza, destacando que as possíveis desvantagens para o processo concorrencial decorrentes da transação entre a Rhodia S.A. e Sinasa S.A., na empresa Excel, serão plenamente compensadas para a sociedade como um todo, se os planos de investimento, produção e exportação das empresas, que serão controladas pela Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), se realizarem.

06. PARECER TÉCNICO DA SDE/MJ

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, através do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, emitiu pareceres da área técnica e do Diretor do DPDE, nos quais acompanham a linha de entendimento da SDE/MF.

O parecer da CGTACE/DPDE concluiu que é irrelevante, o fato de estabelecer-se um monopólio, ou mesmo uma forte concentração no segmento de fibras sintéticas, na medida em que não haja prejuízos internamente, e que se estabeleça uma situação realmente competitiva perante o mercado externo, conforme proposta das requerentes.

Registrou o DPDE/SDE, ainda, no seu parecer técnico, que é fundamental analisar a questão da transação, dentro de um contexto global da economia. Concluiu que em face da não constatação de elementos impeditivos à aprovação da transação, submetiam o parecer à consideração superior. (Fls. 650/680).

O Diretor do DPDE/SDE, às fls. 681/688, concluiu que pelos elementos constantes dos autos, opinou pela aprovação da transação, por

encontrar presentes os requisitos legais, devendo as requerentes cumprir os compromissos de desempenho sugeridos no parecer da CGTADE/DPDE.

07. Por sorteio, a mim foi distribuído, no dia 24.08.94. Em despacho da mesma data, encaminhei os autos ao il. Procurador Geral Substituto do CADE, para manifestação, nos termos da Lei nº 8.884/94.

08. No dia 02.09.94 determinei o encaminhamento de Notificações aos principais clientes da Rhodia S.A. e CELBRÁS/SINASA S.A., conforme relação constante dos autos, requisitando informações com vista a obter esclarecimentos sobre o comportamento do mercado de fibras poliéster e acrílica. As informações vieram a mim, conforme docs. de fls. 788/1070.

09. Através de Notificação à Rhodia-Ster S.A., de 05.09.94, com base no art. 7º da Lei nº 8.884/94, e com vista a subsidiar a análise do ato de concentração em exame, requisitei informações relevantes sobre os pormenores da transação. Foi comunicado na mesma Notificação que, até que o CADE recebesse todas as informações, não correria os prazos estabelecidos no art. 58, parágrafo 7º, da Lei nº 8.884/94 (fls. 703/705).

As informações requisitadas pela referida Notificação vieram a mim, em 12.09.94, conforme consta das fls. 701/781.

10. PARECER DO PROCURADOR-GERAL DO CADE

Em fundado parecer, de fls. 786/791, o il. Procurador-Geral Substituto, Dr. Jorge Gomes de Souza ressalta que na presente transação, tanto o parecer técnico da secretaria de Política Econômica, quanto o da Secretaria de Direito Econômico, foram favoráveis a integração, sendo de se destacar a difícil situação financeira da ex-Celbrás (atual Rhodia-Ster Fipack S.A.), que “não continuaria operando no mercado de fibras sintéticas, sem um importante aporte de recursos, podendo, até mesmo, encerrar suas operações, o que redundaria em concentração de capital, agravada por uma restrição de oferta”(fls. 636). Continuando, destacou: “não é de se olvidar que, embora o objetivo da lei seja o de evitar o domínio de mercado, essa condição não é absoluta, nem um fim em si mesma. Trabalha contra ela a “rule of reason”, a admitir abrandamentos, quando presentes fatores desfavoráveis à concorrência. O próprio art. 54 da Lei nº 8.884/94 elenca uma série de condições a favorecer a concentração num determinado mercado relevante. A concentração aqui vista é a única saída possível à continuidade da Excel/Celbrás, cuja extinção, por certo, além de facilitar a concentração sem controle, traria reflexos indesejáveis.

Concluiu o seu parecer, afirmando que não é interessante, nem relevante, ao deslinde da matéria, a forma jurídica utilizada para realizar o ato de concentração, se “joint venture”, “holding”, fusão ou integração. Importa determinar, como no presente caso, o grau de concentração e prevenir os seus efeitos indesejáveis. Por essa razão, atendidas as formalidades legais inerentes ao deferimento do ato, como submissão da matéria ao controle do órgão de defesa da concorrência, no prazo legal, com exame favorável da Secretaria de Política econômica do Ministério da Fazenda e secretaria de Direito econômico, manifestou-se favoravelmente ao ato de concentração, desde que o Plenário do CADE defina compromissos de desempenho para as empresas interessadas, de modo a assegurar o cumprimento das condições impostas pelo art. 54, mediante acompanhamento do mercado, com destaque à participação das empresas Rhodia S.A. e Sinasa S.A. - Administração, Participações e Comércio (fls. 786/791).

José Matias Pereira

Conselheiro-Relator

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

***EMENTA** - Ato de concentração. Lei nº 8.158/91, Art. 5 parágrafo 2º. Integração horizontal. Alteração de estrutura de mercado, com criação de monopólio na produção de fibras sintéticas de poliéster acrílica. Desconstituição, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Integração vertical no mercado relevante de resina PET, preforma PET e embalagens PET (garrafas). Aprovação.*

01. DESCRIÇÃO DA TRANSAÇÃO

Trata-se de transação, que celebraram entre si submetem para apreciação do Conselho Administrativo de defesa econômica, as empresas SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO E RHODIA S.A., e que se objetiva através do aumento de capital da EXCEL INDÚSTRIAS E PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade antes controlada por SINASA S.A O aumento de capital foi integralmente subscrito pela RHODIA S.A. e integralizado mediante aporte de recursos financeiros, cessão e conferência de bens e direitos até então à aquela empresa. Após as modificações estatutárias decorrente do ingresso do novo sócio majoritário, a sociedade emergente passou a se denominar RHODIA-STER S.A A empresa

EXCEL INDÚSTRIAS E PARTICIPAÇÕES S.A (hoje Rhodia-Ster S.A.), cujo controle acionário passou para a Rhodia-Ster S.A., controla a sociedade CELBRÁS QUÍMICA E TÊXTIL S.A. (hoje Rhodia-Ster Fipack S.A.), empresa operacional dedicada à produção de fibras poliéster, fibras acrílicas, resinas para embalagens de poliéster (polietileno tereftalato - PET), preformas PET e embalagens PET.

Dos bens e direitos que são transferidos pela Rhodia S.A. para a Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), constam a sua participação de 10% no capital da empresa Rhodia Nordeste Ltda, empresa dedicada à produção de fibra poliéster e que detém 100% do capital da empresa Rhodia Film Nordeste Ltda, que produz filmes poliéster e detém, por sua vez, 10% do capital da empresa Rhodia Fibras Ltda, produtora de fibras acrílica viscose e não tecido (bidim). A Rhodia S.A. também transferiu para Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), a sua participação total na Rhodia Indústrias Químicas Ltda (71% do capital dessa sociedade matéria-prima de poliéster utilizada na fabricação de fibras, filmes não tecidos e resinas de poliéster. O acionista minoritário da Rhodiaco é o Grupo Amoco, de origem norte-americano, e o maior cedente de tecnologia PTA, a nível mundial.

Com a efetivação da transação, a nova estrutura acionária da Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel) e da Rhodia-Ster Fipack S.A. (ex-Celbrás), ficou assim constituída:

A empresa Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), tem os seguintes acionistas: Rhodia S.A., com 82,00% do capital, a Sinasa com 11,49%, o Citicorp com 2,75%, a família Sieh, com 2,36% e o IFC, com 0,90% do capital. Por sua vez, a Rhodia-Ster Fipack S.A. (ex-Celbrás), tem como acionista a Rhodia-Ster S.A., com 99,62% do capital.

Deve-se destacar que, caso seja efetivada uma pretendida abertura de capital da Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), a controladora Rhodia S.A. deverá deter 60% do capital total da empresa, a Sinasa deterá cerca de 14%, o Citicorp e IFC (instituições financeira já acionistas da ex-Excel) participarão com cerca de 4%, e os novos acionistas serão chamados a participar, através da Bolsa de Valores, com 22% do capital da empresa. Em síntese, a operação pretendida consiste num aumento de capital por parte da Rhodia S.A., na Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), com posterior abertura de capital dessa última empresa e conseqüente redução da participação da Sinasa.

1.1. PERFIL DAS EMPRESAS REQUERENTES

a) RHODIA S.A.

Rhodia S.A. é uma subsidiária da multinacional de origem francesa Rhone Poulenc S.A., com atuação especialmente no setor químico, têxtil, farmacêutico, veterinário, agroquímico e de alimentação animal. Atua no Brasil nesses mesmos setores, através de empresas subsidiárias e coligadas. O espectro de atividades desenvolvidas pela empresa brasileira revela sua importância como grupo empreendedor, em diferentes segmentos da indústria.

b) SINASA S.A.

Sinasa S.A., controlada pela família Sieh, com 84,77% do capital total, é sociedade holding, dedicando-se através de empresas subsidiárias ao setor químico, de alimentos, fiação e tecelagem e ao comércio exterior. Antes da transação, a sua principal controlada era a sociedade holding Excel S.A., com 63,87% do capital, que, por sua vez, tinha o controle da Celbrás S.A., com 99,62% do capital. Essa última empresa, onde se desenvolve as atividades objeto do acordo, é sucessora da Celanece do Brasil - Fibras Químicas Ltda., empresa que se dedicou até 1988, à produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, e, posteriormente redirecionou seus investimentos para a produção de resina e embalagens do tipo PET. A ex-Celbrás (atual Rhodia-Ster Fipack S.A.), controla a empresa operacional Braspet, onde é produzido as embalagens do tipo PET.

02. Com a superveniência da Lei nº 8.884, de 11.06.94, e a vista das informações trazidas pelas Requerentes, verifico não ser o caso de formulação de consulta, eis que se trata de transações já consumadas. Aplicar-se-ão, as normas processuais e procedimentos previstos na referida Lei, em seu artigo 54, que cuida do controle de atos de concentração econômica, verbis:

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

Parágrafo 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

.....

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

.....

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Parágrafo 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafos anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

.....

É, nesses termos, que recebo os requerimentos de SINASA S.A. Administração, Participações e Comércio e RHODIA S.A. (fls. 1074).

02. DISCRIMINAÇÃO DOS PRODUTOS DAS EMPRESAS REQUERENTES

Na transação em exame, no que diz respeito as implicações do acordo para o mercado concorrencial, gerou uma integração vertical e horizontal, pois as empresas integradas são concorrentes e ao mesmo tempo fregueses ou supridores uma da outra.

Deve-se registrar que a preocupação maior, na transação em exame, é a restrição da concorrência que resulta da concentração horizontal, na produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, visto que ocorreu entre empresas que concorriam entre si, num mesmo nível ou estágio da produção.

Cabe ao CADE, portanto, examinar, de maneira criteriosa, os atos de concentração, nos termos da Lei nº 8.884/94, em especial, os artigos 54 e 58, verificando se a transação poderá resultar em restrições sérias à concorrência. Isto porque, a proibição de restrições da concorrência, decorrente de concentração de empresas, é parte importante de uma política em defesa da concorrência.

Feitas essas considerações, deve-se registrar que o fato, com base nos dados e as informações contidas nos autos, demonstram que a transação permitiu que fosse absorvida pela Rhodia S.A. a sua concorrente no mercado, no caso a Excel Indústria e Participações S.A., que controlava a sociedade Celbrás Química e Têxtil S.A., empresa operacional dedicada à produção de fibras poliéster, fibras acrílica, resinas para embalagens de poliéster (polietileno tereftalado - PET), preformas PET e embalagens PET.

Deve-se alertar que é preocupante para o mercado concorrencial, a retirada da concorrente da Rhodia S.A. do mercado, no segmento de produção de fibra de poliéster (essa fibra combinada com outras fibras têxteis destinam-se à indústria de tecido para cama, mesa, banho, tapeçaria, vestuário, entre outros), e de fibra acrílica (fibra essa que combinada ou não com outras fibras têxteis, é matéria-prima para as indústrias de tecidos para decoração e vestuário em geral, principalmente malhas e agasalhos).

Nesse contexto, creio necessário destacar que o aporte de capital da Rhodia se dá, além do aporte de recursos financeiros, através da transferência para a Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), de unidades operacionais produtoras de PTA, filmes poliéster, não-tecidos (bidim), fibras poliéster, fibras acrílica e fibras viscose. Por sua vez, a Excel, através da sua subsidiária Celbrás, já atuava na produção de resina PET, embalagens PET, fibras poliéster e fibras acrílica. Dessa forma, observa-se uma integração vertical decorrente da nova estrutura societária da Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), com repercussões em vários mercados, como os de resina para embalagens PET, preformas PET e embalagens PET, além da criação de monopólio nos mercados de fibras sintéticas para produtos têxteis - poliéster e acrílica - que são produtos já fabricados por empresas dos dois grupos requerentes deste Ato de Concentração.

Essa situação descrita pode ser visualizada, quando do exame do Quadro III, do parecer técnico da SPE/MF (fls. 629), que trata da estrutura da oferta nos mercados dos produtos, citados no parágrafo anterior. Registre-se que, no mercado de resina PET, na qual a Rhodia S.A. não atuava, a ex-Celbrás produziu em 1993, 50.000 toneladas (com 55% de participação no mercado), da mesma forma, a Rhodia S.A. também não atuava nos mercados de preforma PET e embalagens PET (garrafas), nos quais a Braspet/Excel teve uma participação expressiva.

03. CRIAÇÃO DE MONOPÓLIO DE FIBRAS POLIÉSTER E ACRÍLICA

O poder de mercado da empresa Rhodia-Ster S.A., isto é, sua posição dominante, foi medida em função do mercado relevante em que atua. E esse mercado relevante é o nacional de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, levando-se em consideração a substitutibilidade, bem como a resposta de demanda de cada grupo de compradores. Para isso se considerou cada um dos produtos fabricados pelas empresas integradas.

Assim, pode-se afirmar que a transação implicou na criação de um monopólio na produção nacional de fibras de poliéster e acrílica, através da

Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), quer passou a controlar as empresas operacionais que se dedicam à fabricação desses produtos no país (Celbrás e Rhodia Nordeste - fibras de poliéster e Celbrás e Rhodia Fibras - fibras acrílica).

As fibras poliéster, creio importante destacar, são obtidas a partir de PTA (Rhodiaco - associação entre os Grupos Amoco e Rhodia), MEG (Oxitenio - Grupo Rhodia), o acetato de viníla (CAN - Grupo Rhodia), o dimetil formamida (BASF) e catalisadores.

Constata-se, também, vale reafirmar, um processo de significativa integração vertical, uma vez que algumas das matérias-primas são de fabricação exclusiva do Grupo Rhodia, o que por si só representa uma poderosa barreira à entrada de novos produtores nos mercados em questão.

Por outro lado, apesar de tais matérias-primas terem um amplo comércio internacional e preços cotados, as suas importações para o Brasil são tributadas pelo imposto sobre importação, cuja alíquota é de 15%, na fase atual. Encontra-se em fase de negociação, no âmbito do Subgrupo 10, do Mercosul, nova tarifa externa comum, para a cadeia têxtil sintética e artificial, a partir de 01 de janeiro de 1995.

Essa barreira tarifária, decorrente da incidência da alíquota de 15% do imposto sobre importação de matérias-primas de fibras sintéticas, com a criação do monopólio de fibras de poliéster e acrílica, implica num cerceamento do mercado concorrencial potencial, visto que os preços internos estão próximos dos preços externos (FOB). Assim, um novo produtor, com a incidência da alíquota do imposto sobre importação, teria uma elevação dos seus custos, caso tivesse que adquirir tais fibras no mercado externo, numa eventual dificuldade de obter essas matérias-primas internamente.

A argumentação de que os juros praticados internamente são maiores que os juros internacionais, o que compensaria o percentual decorrente da cobrança do imposto de importação, não pode ser utilizado pela empresa Rhodia S.A., visto que na sua totalidade ou mesmo em sua maior parte, a captação dos recursos que irá necessitar para viabilizar a Rhodia-Ster S.A., certamente não serão obtidos no mercado financeiro nacional. Isto porque, a sua dimensão de empresa mundial lhe permite alavancar recursos em condições mais favoráveis que outras empresas de menor porte.

04. EFEITOS DA BARREIRA TARIFÁRIA NO MERCADO RELEVANTE

A produção de fibras sintéticas encontra coligação nos mercados de vestuário (83%), de não tecidos (9%), e o restante é utilizado para aplicações industriais diversas. Fonte: Ato de Concentração e Parecer SPE/MF. Dessa forma, apenas cinco grandes empresas do setor têxtil absorvem mais de 50% das vendas de fibra acrílica de Rhodia e Celbrás, juntas, enquanto os cinco maiores compradores de fibra de poliéster são responsáveis por cerca de 80% das vendas dessas empresas. Esses dados foram confirmados, a partir da análise das informações requeridas dos principais clientes da Rhodia S.A. e da Celbrás, feitas através das Notificações deste Conselheiro-Relator, expedidas em 02.09.94 (Fls. 788/1070).

É necessário registrar que, apesar da barreira decorrente da tarifa de imposto sobre importação de produtos estrangeiros, vem ocorrendo um crescimento das importações desses produtos, na década de 90, especialmente nas fibras de poliéster. Constata-se, porém, que esse crescimento se dá sobre a fatia de mercado anteriormente ocupado pela Celbrás, que parece encontrar dificuldades em competir com o produto estrangeiro num ambiente de proteção reduzida (a tarifa de importação caiu de 40%, em 1990, para 15%, em 1993). Fonte: SPE/Ministério da Fazenda.

Como conseqüência direta de redução das tarifas de importação das fibras sintéticas, os preços médios de vendas das fibras poliéster negociados no mercado interno também se reduziram, passando de US\$ 2,35/kg, em 1990, para US\$ 1,55/kg, enquanto os preços médios das fibras acrílica caíram de US\$ 3,10/kg, em 1990, para US\$ 2,05/kg (dados da SPE/MF). Esses preços são consistentes com os preços FOB internacionais desses produtos, que atualmente giram em torno de US\$ 1,16/kg e US\$ 1,73/kg, respectivamente. O custo total de internação no Brasil - considerando frete marítimo, seguro, imposto de importação e despesas de desembarço aduaneiro - está na faixa de US\$ 1,56/kg, para a fibra poliéster, e US\$ 2,61/kg para a fibra acrílica. Observa-se que o custo de importação das fibras poliéster sofreu sensível redução, enquanto o de fibras acrílica não caiu tanto em função de uma elevação no seus preços FOB.

Esse quadro descrito, onde a alíquota do imposto sobre importação se apresenta como uma barreira à entrada de novos concorrentes, merece especial atenção, por parte das autoridades econômicas do país, o grau de concentração econômica no setor de produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica.

E mesmo que a Rhodia S.A. e a Celbrás permaneçam como empresas concorrentes, o mercado brasileiro de produção de fibras de poliéster e acrílica continuará bastante concentrado. Isso pode ser constatado quando comparado com a situação da Europa, que onde existem cerca de

quatorze produtores, nos Estados Unidos da América, Canadá e México, nove produtores. A Índia conta com oito produtores, a Indonésia, oito produtores, o Japão, cinco produtores, além dos tigres asiáticos, que possuem dezenas de produtores desse segmento têxtil. (Fls. 273/315).

05. DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

As fibras sintéticas constituem-se em matéria-prima da indústria têxtil, na qual são utilizadas em misturas com outras fibras artificiais (viscose) e naturais (algodão, lã, etc). Sendo assim, sofrem concorrências indireta de todas essas fibras. A expansão do mercado analisado em direção a um mercado geral de fibras têxteis reduziria significativamente as participações dos produtos fabricados por Rhodia e Celbrás para 10,5% do total do consumo industrial brasileiro de fibras têxteis (dados do parecer técnico da SPE/MF), divididos em 8,2% de participação das fibras de poliéster e 2,3% das fibras acrílica.

Entendo, porém, que o mercado relevante aqui examinado, é o de fibras químicas (sintéticas e químicas), o que eleva a participação das fibras de poliéster e acrílica para 24% das vendas no mercado brasileiro, sendo 17,6% originária de fibras têxteis de poliéster e 6,1% originário de fibras têxteis acrílica, conforme dados de 1993 (doc. 7-B), fontes: Associação Brasileira dos Produtos de Fibras Artificiais e Sintéticas (ABRAFAS), Associação Brasileira da Indústria Têxtil (ABIT), Rhodia e Celbrás (fls. 094).

Deve-se destacar no parecer técnico da SPE/MF, que tem como fonte a SRF/MF, a importância relativa, em volume, das importações de fibras de algodão - que atualmente têm imposto de importação de 0% - sobre as importações de fibras poliéster e acrílica (fls. 632).

É importante ressaltar ainda, que o mercado de fibras têxteis, no conceito ampliado, é liderado pelas vendas de fibras natural de algodão, conforme registrado no parecer SPE/MF, com base no estudo do Instituto de Estudos e Marketing Industrial - IEMI (Levantamento Estrutural e Conjuntural da Indústria Têxtil Brasileira - 1988), que aponta uma predominância das fibras naturais de algodão na composição dos tecidos vendidos no Brasil. Cerca de 60% dos tecidos vendidos no país são compostos com predominância da fibra de algodão, enquanto as fibras químicas (sintéticas e artificiais) participam com cerca de 30%. Esse mesmo estudo indica que as fibras poliéster participam com cerca de 10% da composição dos tecidos nacionais e as fibras acrílica com menos de 2% (fls. 633).

Dessa maneira, mesmo com a possibilidade de substituição de fibras pela indústria têxtil limitada por questão de mercado - não se pode, num exemplo extremo, considerar a substituição total de fibras naturais por artificiais, ou vice-versa, na maior parte dos tecidos. Porém, é possível afirmar que em condições normais de preços relativos, os preços internacionais das fibras têxteis são influenciados pelos da fibra natural de algodão. Nesse sentido, as Requerentes anexaram ao pedido de aprovação da transação, cópia de boletins de circulação mundial, que nas suas análises de mercado, estabelecem claramente a relação entre as flutuações dos preços em bolsa de algodão natural com os preços das fibras químicas.

A hipótese de que variações nos preços internacionais das fibras de algodão determinariam variações na mesma direção nos preços das fibras sintéticas de poliéster e acrílica, foi testada tomando-se os preços FOB de importações brasileiras desses produtos, entre janeiro de 1990 e abril de 1994, como uma aproximação dos preços praticados no mercado mundial. O resultado da regressão linear, citada no parecer técnico da SPE/MF, que estimaria o grau de correlação entre as variáveis não foi satisfatório, como um baixo coeficiente de correlação (R ao quadrado).

Assim, pode-se concluir, que os produtos têxteis são normalmente classificados como de alta elasticidade renda. Dessa forma, suas condições de vendas sofreriam uma influência significativa das condições macroeconômicas, especialmente daquelas ligadas ao nível de renda pessoal disponível.

06. FUNDAMENTOS E RAZÕES DA INTEGRAÇÃO

Creio necessário observar, antes de entrar na análise das razões que levaram a integração entre a Rhodia S.A. e a SINASA S.A., que a concentração é o elemento chave na questão da estrutura do mercado e fator determinante da conduta da empresa e do desempenho do próprio mercado.

A esse respeito, observa a il. Conselheira Neide Teresinha Malard, no seu trabalho denominado “Integração de Empresa: Concentração, eficiência e controle”, no qual destaca:

“que em mercados concentrados as empresas tendem a adotar uma variedade de estratégias comerciais que lhe possam proporcionar lucros excessivos. Ademais, não raro, eventuais inovações tecnológicas deixam de ser introduzidas”.

Destaca, no mesmo trabalho, que:

“Outra característica negativa que se aponta no mercado concentrado é a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes, consubstanciadas nas vantagens que detêm as empresas que o integram, tais como a capacidade de diferenciação de produto, custos mais baixos decorrentes do controle sobre técnicas de produção, redes de distribuição e fatores de produção e vantagens que tornam mais alto os custos de entrada, desencorajando os concorrentes potenciais”. (in: Conferência proferida no II Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, Brasília, DF, de 12 a 16/09/94, págs. 5/6).

Feitas essas observações, ressalto que a associação pretendida pelas requerentes implicará mudanças nos padrões de concorrência nos mercados de fibras poliéster e acrílica, conforme demonstrado na estrutura da oferta do mercado. Após a associação, a Rhodia S.A. passou a controlar a Rhodia-Ster S.A. (ex-Excel), que por sua vez controla as empresas produtoras de fibras poliéster e acrílica e PTA (uma das principais matérias-primas das fibras poliéster). A Rhodia S.A. também controla a produção nacional de acrilonitrila e acetato de vinila (utilizados na fabricação das fibras acrílica), através de empresas coligadas (Acrinor e CAN, respectivamente).

Por outro lado, conforme citado anteriormente, a Rhodia-Ster Fipack S.A. (ex-Celbrás), já participava da estrutura da oferta de resinas PET e embalagens PET (através da Braspet), sendo que a Celbrás é a única empresa parcialmente integrada nesse mercado de transformados (resina PET e transformados PET). Após a associação pretendida o processo de integração vertical da produção é completado, uma vez que os novos controladores da Ex-Excel já controlavam a produção brasileira de PTA (principal matéria-prima).

No caso das fibras, a criação do monopólio de algumas das mais importantes matérias-primas, sem dúvidas, aumentará sensivelmente a barreira à entrada de novos produtores. Nos mercados de transformados, a associação da Sinasa com o grupo Rhodia, que controla a produção nacional de uma das principais matérias-primas, terá como consequência idêntica elevação no grau de dificuldade à entrada de novos concorrentes.

Não vale, para o ato de concentração em exame, o fato de que tais matérias-primas sejam “commodities”, isto é, de livre oferta no comércio internacional e com preços cotados, visto que existe a restrição tarifária imposta pelo imposto sobre importação em vigor, que colocam em desvantagens os competidores externos. Essa argumentação somente teria consistência, se configurada a redução para zero da alíquota do imposto sobre importação das citadas matérias-primas.

Preocupante, também, a constatação do parecer técnico da SPE/MF, e com o qual estou de acordo, quando afirma que a criação do monopólio na produção de fibras de poliéster e acrílica, com significativa elevação do nível de dificuldades à entrada de novos competidores nesse mercado, poderá reduzir o poder de negociação do pequeno cliente, responsável por 50% da demanda doméstica de fibras poliéster e 20% da demanda de fibras acrílica.

07. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DE EFICIÊNCIA

Preliminarmente, vale destacar que a concorrência e a livre iniciativa são os valores supremos tutelados pela legislação antitruste. Por outro lado, a eficiência econômica deve ser levada em conta, tendo em vista que é a justiça social, em última instância, o objetivo que a ordem econômica se propõe alcançar.

Diante desse entendimento, as noções de eficiência e de concorrência não podem ser conflitantes, considerando que é a própria concorrência que induz à eficiência. Por isso, as integrações que buscam eficiência devem ser entendidas como benéficas para o mercado, desde que levem à redução de preço dos produtos ofertados no mercado.

As Requerentes alegam que a transação submetida à aprovação, não fere os princípios básicos da concorrência e propiciará, em termos de macroeconomia, um aumento no crescimento de riquezas para o país, com a criação de novos empregos, economia no dispêndio de divisas, e ingresso de divisas, decorrentes de exportações, e ainda, produtos mais baratos ao consumidor final, como consta dos itens 5.1. a 5.4, das considerações finais (fls. 28/53), e do docs. anexos n^os 40 e 41 (fls. 316/324).

Sobre essas alegações, deve-se destacar, no que se refere ao aumento da produção e de exportações de seus diversos produtos (docs. 40 e 41, citados), que as Requerentes esperam obter, nos segmentos dos produtos de resina PET e garrafas uma duplicação da produção, no período de 1994/2000; no de filme poliéster uma taxa média de crescimento de 11% ao ano, com a conseqüente duplicação da produção, com aumento das exportações; e na fabricação de não tecido (bidim) um crescimento médio de 13,5% na produção, no período de 1994/2000.

Quanto às fibras têxteis (onde está previsto um crescimento médio de 7% ao ano, no período de 1994/2000, referente ao subsegmento poliéster e de 3% nesse mesmo período, no que se refere ao consumo de fibra acrílica no mercado brasileiro), as eficiências propostas, considerando a análise do parecer técnico da SPE/MF e o pequeno volume de investimento a serem

feitos, bem como os efeitos danosos sobre o mercado concorrencial que o monopólio criado irá causar, não recomenda a sua aprovação.

No que se refere a melhoria da distribuição, considerando que a nova empresa está apenas agregando à Rhodia-Ster S.A. as plantas já existentes nas regiões Nordeste e Sudeste, a afirmação de que será possível uma melhor distribuição e economia no transporte dos produtos não pode ser aceita.

A alegação de que a fábrica de Cabo - PE poderá atender os clientes da ex-Celbrás, na Região Nordeste, e por sua vez, os clientes da Rhodia Nordeste Ltda., poderão ser atendidos pela fábrica de Poços de Caldas - MG, leva-me a concluir que ocorreu, com a criação do monopólio, o desaparecimento da concorrência, na medida em que a integração passou a não dar nenhuma oportunidade aos compradores desses produtos, de buscar uma nova alternativa de oferta dos mesmos no mercado nacional.

Em relação ao aumento de eficiência decorrente da sinergia técnico / comercial / estratégico, apresentado de forma vaga pelas Requerentes, onde indica que a eficiência permitirá ganhos ainda não quantificados, levou-me a incluir o seu questionamento, na Notificação enviada à Rhodia-Ster S.A., em 05.09.94 (fls. 703).

Em resposta aos quesitos da Notificação mencionada, as Requerentes Rhodia S.A. e Sinasa S.A., se comprometeram que a transação, com base nos compromissos de desempenho propostos, permitirá aumento de eficiência decorrentes da sinergia técnico / comercial / estratégico entre os negócios objetos da associação. Desses compromissos de desempenho deve-se destacar os seguintes:

a) As eficiências decorrentes de novos investimentos, que serão feitos pela Rhodia-Ster S.A., na ordem de US\$ 255 milhões, em cinco anos, indicam que tais investimentos, embora significativos em seu volume, não se apresentam como extraordinários, conforme alegado pelas Requerentes, considerando que somente a Celbrás, no período de 1989/1993, investiu US\$ 236,4 milhões (fls. 215).

Esses investimentos, caso viabilizados pelas Requerentes, indicam que a capacidade produtiva do grupo de empresas controlada por Rhodia-Ster S.A., passará de 385.000 ton/ano para 763.000 ton/ano, em cinco anos.

Levando-se em conta o aumento do efetivo de mão-de-obra necessário para acompanhar estas ampliações, a produtividade, expressa em tonelada, produzida por pessoa, por ano, passará de 154 ton/pes/ano para 270 ton/pes/ano.

No que se refere as eficiências obtidas na distribuição, conforme alegado, o exame dos autos demonstram que não haverá reduções no custo da

logística de distribuição da fibra poliéster. Conforme citado anteriormente, a nova empresa passou a controlar as plantas já existentes nas regiões Nordeste e Sudeste do país, eliminando a concorrência no mercado.

A situação de cerceamento da concorrência no mercado de fibra poliéster pode ser visualizada, na medida em que a Celbrás, atualmente, vende 2.000 toneladas anuais na região Nordeste; esse volume passará a ser atendido pela fábrica de Cabo - PE, que a Rhodia transferiu para a Rhodia-Ster. Por sua vez, com um volume que já se constatou ser de 3.000 ton/ano, é fornecido na região Sudeste pela ex- Rhodia Nordeste Ltda.

Deve-se registrar ainda, a manifestação feitas pelas Requerentes de que não tem intenção de fechar qualquer uma de suas unidades ou linha de produção, visto que a transação visa o aumento de capacidade de produção (fls. 1071).

Em relação a manutenção dos empregos existentes, as Requerentes registraram que na programação do projeto está previsto um aumento de mão-de-obra na ordem de 15% em relação ao efetivo da empresa na data da transação, em função dos novos investimentos previstos, impactando também nos empregos indiretos (fls. 1071).

No que se refere ao desenvolvimento tecnológico (item 5.1.4.), afirmaram as Requerentes que as atividades em pesquisa e desenvolvimento serão ampliados de 30%, passando os investimentos nessa área dos atuais US\$ 2,5 milhões, para US\$ 3,2 milhões, ao ano, somente no que diz respeito às fibras poliéster e acrílica.

Esse é um setor importante, com vista a melhoria da qualidade e redução de preços dos produtos ofertados no mercado. Os dados contidos no parecer da SPE/MF, bem como nas informações complementares decorrentes da Notificação citada, indicam que os investimentos que serão canalizados para este segmento são pouco significativos.

O enfoque dado para a questão do desenvolvimento econômico (item 5.1.5), apresenta-se vago na forma apresentada pelas Requerentes, embora esteja relacionado à intenção de investir, aumentar a produção e as exportações, conforme registrado no doc. 41, às fls. 320.

Quanto aos benefícios aos consumidores finais, a Rhodia-Ster S.A., destaca (com base nos itens 5.1.1. a 5.1.6.), que os seus resultados serão distribuídos para os consumidores dos produtos finais onde os produtos das Requerentes entram como matéria-prima ou produtos intermediários. Em relação a produção e distribuição de fibras sintéticas de poliéster e acrílica este compromisso não pode ser aceito, considerando os danos que o monopólio causará ao mercado concorrencial, conforme demonstrado anteriormente.

Em relação ao meio ambiente, alegou as Requerentes, que as vantagens ecológicas derivadas da transação permitirão a utilização de matéria-prima reciclada proveniente da indústria de embalagem em outras aplicações menos nobres, o que trará benefícios aos consumidores de todos esses produtos. Trata-se de questão relevante proposta pelas Requerentes, que deve ser levada em consideração.

08. COMPETÊNCIA DO CADE

Assim posto, cabe ao CADE manifestar-se sobre duas questões no presente ato de concentração:

A primeira refere-se a integração vertical no segmento de produção de resina PET, preforma e embalagem;

A segunda está relacionada a integração horizontal no segmento de produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, com uma conseqüente concentração do mercado. A questão a ser enfrentada é se tal integração horizontal poderá causar danos irreparáveis e gerar restrições ao funcionamento do mercado.

A Lei nº 8.884/94 não reprime o ato de concentração por si só, busca, no entanto, prevenir os males concorrenciais que dele possam advir, assim como não pune a posição dominante, mas o abuso que dela eventualmente decorra, visto que o poder econômico anticoncorrencial é aquele que se exerce para controlar o preço e limitar a produção.

Necessário se torna, examinar o presente ato de concentração à luz da Lei nº 8.884/94.

Registre-se, conforme disposto no art. 20 da Lei nº 8.884/94, que as diversas formas de integração só constituem práticas restritivas apenas quando tenham por objeto ou possam produzir o efeito de prejudicar a concorrência, dominar o mercado, aumentar arbitrariamente os lucros ou quando resulte em exercício abusivo de posição dominante.

Partindo desse entendimento, creio que cabe ao CADE julgar se a transação submetida pelas Requerentes para aprovação, com a criação da Rhodia-Ster S.A., e que permitiu a constituição de monopólio na produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, contraria o disposto no artigo 54, da mencionada Lei, verbis:

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

Parágrafo 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

.....

.....

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

.....

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Parágrafo 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor final.

Assim, o ato de concentração em exame, em relação a integração no segmento de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, deve ser apreciado à luz do parágrafo 2º do artigo 54, que dá competência ao CADE para autorizar os atos a que se refere o caput, por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor final, a transação não pode ser acolhida, em relação ao segmento de produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, ressaltando porém, que não satisfazem as eficiências propostas, conforme retratado no presente voto, e que foi fundamentado nas informações constantes dos autos, em especial, os compromissos propostos na petição inicial, itens 5.1. a 5.4., bem como no docs. anexos, acostados aos autos.

Diante do exposto, chego a conclusão de que o ato de concentração, ora em julgamento, na parte que diz respeito a criação de monopólio no mercado nacional de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, não pode ser consideradas legítimas por este CADE, eis que não atendidos as condições estabelecidas no parágrafo 2º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Assim, não dispõe este Conselho a competência para aprovar o ato de concentração nesta parte apresentado.

No que diz respeito ao processo de integração vertical, envolvendo os produtos resina PET, preformas PET e embalagens (garrafas PET), voto pela sua aprovação, à vista dos elementos constantes dos autos, que

demonstram que a integração, de que se trata, não alteraram a estrutura desse mercado, visto que a Rhodia S.A., já era detentora do fornecimento da matéria prima dos produtos finais.

Isto posto, voto pela aprovação parcial da transação submetida pelas empresas SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E COMÉRCIO e RHODIA S.A., determinando-se às Requerentes, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à incorporação das atividades de fabricação de fibras sintéticas de poliéster e acrílica.

José Matias Pereira

Conselheiro-Relator

**VOTO CONSELHEIRO
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO**

Vem a apreciação deste Colegiado, em cumprimento ao disposto no artigo 54 da Lei nº 8.884, de 11.06.94, pleito formulado pelas empresas SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÃO E COMÉRCIO e RHODIA S.A., que dá notícia de transações já consumadas, celebradas entre as referidas empresas, configurando atos de concentração econômica e, assim, passíveis de prejudicar a concorrência.

02. O requerimento, recebido pela Secretaria de Direito Econômico - SDE em 20.05.94, está fundamentado no artigo 74 da Lei nº 4.137, de 10.09.62, com a redação introduzida pelo artigo 13 da Lei 8.158, de 08.01.91. Com a superveniência da Lei 8.884, de 13.06.94 - que revogou a legislação anterior - e encontrando-se o processo ainda pendente de decisão, a matéria passou a ser examinada nos termos do artigo 54 da citada lei, eis que, como um princípio geral de direito, suas normas processuais se aplicam desde logo e, na parte substantiva, o novo texto não discrepa do anterior, naquilo que é fundamental, podendo-se até afirmar que exige do agente condições menos rigorosas para aprovação de atos de concentração econômica.

03. Uma adequada interpretação do dispositivo citado (artigo 54), ou, se assim se quiser, do texto legal anterior, conduz à conclusão de que a lei considera tais atos de concentração como potencialmente lesivos à concorrência e, sendo assim, só admite a sua aprovação pelo Colegiado do CADE, quando preenchidos determinados requisitos, de modo que, embora tragam eles como consequência inevitável o aumento de participação do

agente em determinado mercado relevante, possam vir a ser considerados benéficos a esse mesmo mercado.

04. Em outras palavras: se, de um lado, a lei não reprime, por si só, o ato de concentração econômica, de outra parte, só o admite, quando dele poderão advir certas eficiências para o mercado, assim elencadas no § 1º do artigo 54, citado, tais como o aumento da produtividade, a melhoria de qualidade de bens ou serviços, a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, a distribuição eqüitativa dos benefícios decorrentes entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais, a não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços.

Também admite a nossa lei antitruste, no § 2º do artigo 54, a possibilidade de serem considerados legítimos os atos de concentração, desde que satisfeitas pelo menos três das condições elencadas em seu § 1º, quando tais atos venham a ser considerados necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem em prejuízo ao consumidor ou usuário final. Na legislação revogada, adotava-se critério bastante semelhante, como se lê no § 1º do artigo 74 da Lei nº 4.137/62, *verbis*:

“Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no caput, quando a restrição neles contida for necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.”

05. Constata-se, então, que a autorização para aprovar atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados de bens ou serviços, está delimitada por parâmetros e balizamentos estabelecidos pela própria lei, de modo que qualquer decisão que não os considere será ilegal, por ferir o objetivo de interesse público que a norma pretende preservar.

06. Ao Colegiado do CADE, que, em tais casos, exercerá uma função típica de controle, cumprirá aprovar ou não atos dessa natureza. Sua competência, como não poderia deixar de ser, decorre da própria lei e se exerce nos limites dessa mesma lei (artigo 7º, XII, c.c. o artigo 54, da Lei 8.884/94).

Se assim não fosse, estaria sendo descumprido o princípio da legalidade, consagrado no caput do artigo 37 da Constituição e a que deve submissão a toda a Administração Pública.

Por certo, a utilização pela norma de certos conceitos plurisignificativos e a própria fluidez ou indeterminação de alguns parâmetros conferem ao Colegiado do CADE, ao apreciar a legitimidade de atos de concentração econômica, um certo grau de discricão, uma estreita margem de apreciação subjetiva, mas que, em nenhum momento, se poderá afastar dos limites da lei.

07. É, em tal contexto, que o ilustre relator deste processo, Conselheiro José Matias Pereira, procedeu à análise das informações trazidas por SINASA e RHODIA, bem assim avaliou as eventuais eficiências que as transações realizadas poderão trazer para o mercado. Considerou, ainda, os compromissos assumidos pela Requerentes, como metas a atingir.

Destacou, então, em seu voto, que a transação, sob exame, implicou na criação de um monopólio nacional de fibras de poliéster e acrílica, eis que a empresa RHODIA-STER S.A. (ex-Excel) passou a controlar as empresas que se dedicam à fabricação desses produtos no país, quais sejam, a CELBRÁS e RHODIA NORDESTE (fibras de poliéster) e a CELBRÁS e RHODIA FIBRAS (fibras acrílicas).

De outra parte, constatou também um processo de significativa integração vertical, uma vez que algumas das matérias-primas são de fabricação exclusiva do Grupo Rhodia, o que, por si só, representa uma poderosa barreira à entrada de novos produtos no mercado em questão. De fato, tem-se que a empresa EXCEL, hoje RHODIA-STER, sob controle acionário da RHODIA S.A., controla, por sua vez, a sociedade CELBRÁS QUÍMICA E TÊXTIL S.A. (hoje RHODIA-STER FIPACK S.A.), empresa dedicada à produção de fibras poliéster, acrílicas e, ainda, resinas para embalagens de poliéster, preformas PET e embalagens PET.

08. Assim, uma vez constatada a criação de um monopólio no mercado nacional de fibras de poliéster e acrílica, os atos de concentração ora submetidos ao CADE não atendem, por evidente, o requisito constante do inciso III do § 1º do artigo 54 da Lei, qual seja, a não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante.

Em tal caso, só disporá o Colegiado do CADE de competência para considerar legítimos os atos em questão, se atendidas as condições do § 2º do mesmo artigo 54 (ou, se assim for o caso, do § 1º do artigo 74 da Lei nº 4.137/62), o qual, como antes se viu, exige o atendimento de pelo menos três das condições previstas nos incisos do § 1º, devendo ainda tais atos ser considerados “necessários por motivos preponderantes da economia nacional

e do bem comum e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.”

09. Em seus argumentos de eficiência, ressaltam as Requerentes que a concentração, realizada não fere os princípios básicos da concorrência, “e propiciará, em termos de macroeconomia, um aumento no crescimento da riqueza para o país, com a criação de novas empresas, economia no dispêndio de divisas, e ao reverso aumento nos recebimentos de divisas decorrentes de exportações e ainda produtos mais baratos ao consumidor final, como se demonstrará a seguir.” (fls. 028)

Todavia, os argumentos desenvolvidos, em seqüência, pelas Requerentes, não demonstram ou comprovam tais assertivas.

Assim, no que se refere a investimentos, não consta do documento de nº 11-B, a fls. 105, sequer um cronograma por linha de produção, o que inviabiliza um exame adequado do argumento invocado.

De outra parte, assinalam os Requerentes, a fls. 034, que o aumento das exportações “permitirá não somente a sobrevivência da atividade de produção das fibras têxteis, mas também o incremento de exportações dos produtos da associação em percentuais notáveis, como demonstrado em anexo (doc. 41). “Entretanto, os dados constantes de tal documento (fls. 320) indicam níveis de exportação aparentemente pouco expressivos, que não asseguram um aumento da competitividade internacional, tal como pretendido.

Afirmam também os interessados, a fls. 028, que, através da associação realizada, terão condições de aumentar a produção em seus diversos setores conforme demonstrado detalhadamente em documento anexo. Todavia, os dados apresentados no documento de fls. 320 - produção projetada com a “joint venture”: 1994: 2000 - não são significativos, a ponto de justificarem a incorporação de uma concorrente, se considerados dados internacionais de produção no setor.

As Requerentes nos falam, também, de melhoria de distribuição, levando-se em conta que a nova empresa terá plantas em diversas regiões (fls. 029). Deve ser ressaltado, entretanto, que, de acordo com os dados do processo, tais fábricas já existiam antes do ato de concentração, não podendo ser logicamente atribuídas como eficiências decorrentes desse ato.

Outro argumento utilizado diz respeito aos ganhos de eficiência. Menciona-se, as fls. 030, que a sinergia obtida através da união das atividades propiciará especialização das unidades produtoras, o que permitirá ganhos, todavia ainda não quantificados.

Há, ainda, a fls. 033, uma assertiva das Requerentes no sentido de que os investimentos estimados que farão até o ano 2000, para aumentar a

oferta de fibras têxteis à indústria química brasileira, permitirão a essa indústria gerar entre 100 e 150.000 novos empregos, nas condições de tecnologia existentes no país atualmente. Trata-se, todavia, de uma referência totalmente vaga, sem qualquer plano a lhe dar consistência, e que, além do mais, diz respeito à indústria têxtil brasileira como um todo, não se podendo, nossos termos, considerar tal fato como um benefício diretamente decorrente da concentração.

Faz ainda menção, a fls. 031, que os esforços em pesquisa e desenvolvimento serão ampliados em 30%. Os dados apresentados a fls. 106 (doc. 12) não deixam claro, todavia, o quanto será efetivamente investido em fibras.

Finalmente, no que concerne aos benefícios ao consumidor, faço referência ao parecer técnico da Secretaria de Política Econômica - SPE, do Ministério da Fazenda, no qual se afirma que “a criação do monopólio na produção de fibras de poliéster e acrílica, com significativa elevação do nível de dificuldades à entrada de novos competidores nesse mercado, poderá reduzir o poder de negociação do pequeno cliente, responsável por 50% da demanda doméstica de fibras poliéster e 20% da demanda de fibras acrílicas. “Já quanto ao grande consumidor, ressalva-se no parecer que, em função do acesso ao produto concorrente importado e da possível pressão sobre os preços das fibras poliéster e acrílica exercida pelas demais fibras têxteis, não sofrerá ele “uma sensível redução do seu poder de barganha como consequência da associação objeto desse parecer técnico”.

10. De todo o exposto, chego à conclusão de que os atos de concentração, em exame, na parte em que se verifica a criação de um monopólio no mercado nacional de fibras de poliéster e acrílica, não podem ser considerados legítimos pelo Colegiado do CADE, eis que não satisfeitas as condições estabelecidos no § 2º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

De fato, a par de os argumentos de eficiência invocados pelos Requerentes não satisfazerem requisitos do § 1º do artigo 54, os atos considerados, à vista das metas de desempenho referidas e dos compromissos assumidos, também não se configuram como necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, nem ainda se têm como não causadores de prejuízos ao consumidor.

Sendo assim, não dispõe o Colegiado do CADE de competência para aprovar o ato de concentração nesta parte considerado.

11. Quanto ao processo de integração vertical, envolvendo resinas para embalagens de poliéster, preformas PET e embalagens PET, é meu entendimento, à vista dos elementos constantes dos autos, que os atos de concentração, de que se trata, não alteraram a estrutura desse mercado, eis que

a RHODIA S.A., já era a fornecedora da matéria prima dos produtos finais. Em suma: a mercado relevante, neste caso, não sofreu impactos anticoncorrenciais em decorrência dos atos de concentração cuja aprovação se requer.

12. Isto posto, acompanho o voto do ilustre Conselheiro-Relator, propondo a este Colegiado seja aprovada parcialmente a transação submetida pelas empresa SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO e RHODIA S.A., determinando-se às Requerentes, nos termos do § 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, a desconstituição dos atos pertinentes à incorporação das atividades de fabricação de fibras acrílicas e poliéster.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

1. RHODIA S.A. e SINASA S.A. - ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO submetem à aprovação do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, ato de concentração consistente na seguinte transação:

A empresa EXCEL - INDÚSTRIA E PARTICIPAÇÕES S.A., doravante denominada EXCEL, antes controlada por SINASA, que detinha 76,97% de seu capital, sendo seus demais acionistas o CITICORP, com 17,22%, a INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION-IFC, com 5,03%, e diversos outros que, juntos, detêm 0,76%, passa ao controle acionário de RHODIA S.A., detentora de 91,14% das ações, remanescendo com SINASA S.A. 7,41%, pulverizado o percentual restante entre outros quatro acionistas.

A empresa EXCEL, assim reestruturada, passa a dominar-se RHODIA-STER S.A., assumindo a condição de controladora da empresa CELBRÁS QUÍMICA E TÊXTIL S.A., antes pertencente ao GRUPO SINASA que, através da EXCEL, detinha seu controle, passando CELBRÁS a denominar-se RHODIA-STER FIPACK.

RHODIA-STER S.A., assume a condição de controladora de RHODIA-STER NORDESTE LTDA., que controla RHODIA FILMES NORDESTE LTDA., que, por seu turno, é controladora de RHODIA FIBRAS LTDA., e de RHODIACO INDÚSTRIAS QUÍMICAS LTDA.

2. Antes da transação em apreço eram assim as linhas de produção de cada empresa:

RHODIA NORDESTE S.A., atualmente denominada RHODIA-STER NORDESTE LTDA., dedicava-se à produção de fibra de poliéster;

RHODIA FILMES NORDESTE LTDA., produzia filmes poliéster;

RHODIA FIBRAS LTDA., fabricava fibras acrílicas, viscose e bindim (não-tecido);

RHODIACO INDÚSTRIAS QUÍMICAS LTDA., produzia PTA (ácido tereftálico purificado), que constitui matéria-prima de poliéster para a fabricação de fibras, filmes, não-tecidos e resinas de poliéster;

SINASA é uma empresa “holding”, sem linha de produção;

EXCEL era empresa “holding”, que controlava a empresa CELBRÁS;

CELBRÁS, atual RHODIA-STER FIPACK, era fabricante de fibra poliéster, acrílica, “fiber-fill” poliéster, resina PET, pre-formas PET e embalagens PET.

A produção de embalagens realizava-se nas fábricas situadas em São Paulo, Gaspar e Poços de Caldas, enquanto que a de fibras ocorria em Camaçari, Poços de Caldas e Indaiatuba, e a produção de resina se dava em Poços de Caldas.

3. Em decorrência da transação, a CELBRÁS e as empresas do GRUPO RHODIA que concorriam no mercado de fibras de poliéster e acrílica, em situação de duopólio, integram as respectivas produções, passando, através da RHODIA-STER, à posição monopolística no referido mercado relevante.

Ainda como consequência da transação, o GRUPO RHODIA verticaliza a produção de garrafas pet desde a matéria-prima.

Se se admitir, no caso da concentração horizontal, que o produto relevante é a fibra de poliéster, inclusive o produto importado à alíquota de 15% (Parecer da SPE, às fls. 626/639), RHODIA-STER detém 76,4% do mercado nacional, posto que o produto importado soma apenas 23,6%.

A concentração é maior no sentido de fibra acrílica, do qual RHODIA-STER detém 88,0%, já que o produto importado alcança apenas 12,0%.

Se se incluir no mercado de produto todas as fibras sintéticas, a participação de RHODIA-STER é de 38,0%, já que as demais fibras químicas se responsabilizam por 62,0% desse mercado (docs. 7-C, 7-D, 7-E).

No entanto, se se considerar como mercado relevante de produto o de fibras têxteis, em geral, a participação de RHODIA-STER cai para 10,5%.

Há que se levar em conta, porém, que as fibras acrílica e de poliéster, como fibras sintéticas que são, misturam-se às fibras naturais para a

composição de diversos tecidos e materiais, sendo insubstituíveis nessas composições. É, pois, nesse mercado de componentes de misturas têxteis que a transação em apreço deve ser analisada.

4. A Lei nº 8.884/94, em seu art. 54, autoriza o CADE aprovar atos de concentração econômica, traçando-lhe os exatos parâmetros para conceder a aprovação.

Assim, o CADE só pode aprovar atos que, além de objetivarem certas eficiências (aumento de produtividade, melhoramento da qualidade de bens e serviços e desenvolvimento tecnológico) e não implicarem em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante, devam permitir que os benefícios decorrentes da transação sejam distribuídos equitativamente entre os participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro. Ademais, o ato deverá respeitar os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Esses requisitos são cumulativos, admitindo-se, todavia, que apenas um deles não seja atendido, caso em que a lei impõe, em contrapartida, que a transação seja necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, não podendo, ainda, acarretar prejuízo para o consumidor final.

A transação em apreço conduz a um monopólio no mercado de fibras acrílicas e de poliéster, e a uma situação de quase-monopólio no mercado de fibras sintéticas. Trata-se, pois, de eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, cabendo, assim, ao CADE, examinar se as eficiências e as condições elencadas na lei são atendidas pelas requerentes, e se a transação é necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum.

Atenta a esses balizamentos, passo à análise dos argumentos de eficiência trazidos pelas requerentes.

5. As requerentes argumentam que as empresas ocidentais vêm realizando fusões e associações, como única forma de se promover a produtividade comercial, a pesquisa e desenvolvimento, e de se atingir escala econômica que permita a sua sobrevivência. A alternativa a essa situação, alegam, seria o encerramento das atividades, fato que também conduziria à concentração do mercado.

Em abono ao argumento, juntaram quadro demonstrativo dessas transações durante o período compreendido entre 1984/1993 (doc. 35), cujos números, na verdade, não me impressionam. Num período de quase dez anos - período da demonstração - são normais essas mutações, que vejo como resultantes do próprio dinamismo do mercado, propiciadas pela concorrência que, no caso das fibras em questão, torna-se acentuada com a presença

marcante de inúmeros produtores asiáticos, responsáveis, com toda certeza, pela reestruturação das empresas ocidentais.

Não há, nos dados trazidos à colação pelas requerentes, a tendência apontada. Ao contrário, o que se vê é, no caso das fibras de poliéster, a presença, na Unidade Européia, de dezesseis empresas, tendo apenas uma capacidade de produção superior a 90 mil toneladas; a concorrência de quinze empresas na área do NAFTA, sendo onze nos Estados Unidos, três no México e uma no Canadá, das quais apenas cinco dispõem de capacidade de produção superior a 90 mil toneladas. Na Àsia o número é impressionante: são mais de oitenta empresas espalhadas pela China, Índia, Paquistão, Indonésia, Japão, Taiwan, Coréia, Tailândia e outros, não chegando a uma dezena as empresas que têm capacidade de produção superior a 90 mil toneladas (doc. 38).

No tocante à fibra acrílica, os mercados são mais concentrados, mas não se aproximam da situação de monopólio. No Mercado Comum Europeu concorrem dez empresas, com a capacidade total de 826 mil toneladas; no NAFTA são sete, com a capacidade total de produção de 364 mil toneladas; e, na Àsia, concorrem 31 empresas, com a capacidade total de 1400 toneladas (doc. 39).

A tendência concentracionista se verifica, no entanto, no Mercosul. Com o monopólio ora criado, RHODIA, com a capacidade de produção de fibra de poliéster de 80 mil toneladas, passa a deter 100% do mercado nacional e 84% do mercado do Mercosul, já que a Argentina e Uruguai dispõem, respectivamente, da capacidade de produção de apenas dez mil e 4,6 mil toneladas (doc. 38).

Quanto à fibra acrílica, o monopólio é absoluto no Mercosul, dispondo RHODIA da capacidade total de produção de 26 mil toneladas (doc. 39).

6. Não resta a menor dúvida de que a transação em apreço, que na verdade significa a incorporação de uma concorrente, conduz à situação de monopólio. As requerentes, no entanto, buscam convencer o CADE de que o monopólio ora criado é necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e que não implica prejuízo para o consumidor ou usuário final.

Argumentam com a sinergia e dizem da impossibilidade de sobreviverem sem a integração, não esclarecendo, contudo, como sobreviveram até então e como sobrevivem suas concorrentes internacionais sem a tal sinergia.

As estratégias do GRUPO RHODIA para os próximos cinco anos, apresentadas para justificar as eficiências que a integração busca alcançar,

demonstram claramente que resultados positivos da transação no setor monopolizado - fibras de poliéster e de acrílico - simplesmente inexistem.

Não convencem os argumentos das requerentes de que a transação é indispensável para se atingir a meta de 121 mil toneladas no ano de 1995, na produção de fibra de poliéster, e de 29 mil toneladas de fibra acrílica, ou seja, um aumento de produção de apenas 40 mil toneladas da primeira fibra e de insignificantes três mil toneladas de fibra acrílica.

Basta ver o exemplo do México, trazido à colação pelas requerentes, onde a Celanese não teve de se juntar a concorrente para ter triplicada a sua capacidade de produção. O crescimento da empresa se deu internamente, depois que foi adquirida por outra que não era sua concorrente. O mesmo ocorreu com a empresa Nylon de México, que duplicou sua capacidade produtiva (doc. 38, p.15).

7. As requerentes relacionaram as eficiências que pretendem alcançar, com o objetivo de demonstrar que preenchem as condições legais a ensejarem a autorização deste Conselho para a transação que já levaram a efeito.

Vejamos cada uma delas.

8. De acordo com as informações constantes dos autos (DOC. 41), as exportações, até 1999, serão da ordem de 6,0 mil toneladas de fibra poliéster e de 6,2 mil toneladas de fibra acrílica, de uma produção de 121,5 mil toneladas e de 29,4 mil toneladas, respectivamente.

Com exportações nesses baixos níveis não se pode afirmar que a nova empresa pretenda adotar uma política agressiva para se tornar competitiva no mercado internacional, de sorte a garantir sua sobrevivência.

9. As requerentes afirmam que farão vultuosos investimentos em decorrência da transação. Não foi, porém, oferecido qualquer cronograma desses investimentos, tendo sido citado apenas os montantes globais por ano e grupo de produto (doc. 11-B, fls.). Os investimentos globais somam 255,8 milhões de dólares até 1998. Ocorre que, investimentos em fibras só serão realizados nos anos de 1994 a 1996. O quadro demonstrativo apresentado pelas requerentes apresenta um total de 127 milhões de dólares em investimentos em fibras, bidim, filmes, garrafa pet e pta.

Vê-se do documento nº 10 que RHODIA sozinha investiu, apenas nas linhas de fibras, bidim, filmes e PTA, 129,8 milhões de dólares, no período de cinco anos, compreendido entre 1989 e 1993. Por outro lado, os investimentos da CELBRÁS foram da ordem de 236,454 milhões de dólares, no período compreendido entre 1989 e 1993 (doc. 22).

Esses dados, trazidos aos autos pelas requerentes, demonstram à sociedade que os investimentos que pretendem fazer nos próximos cinco anos, na linha de fibras, que compõem o segmento monopolizado, são bem inferiores aos efetuados pelas duas empresas nos cinco anos passados, fulminando o argumento de que serão significativos para a economia nacional.

10. As requerentes argumentam que a nova empresa propiciará uma melhor distribuição de seus produtos, posto que dispõe de fábrica no Nordeste, em Pernambuco, que atenderá os clientes daquela região que compravam de CELBRÁS 2000 toneladas, aproximadamente. Ora, se CELBRÁS vendia essa quantidade no Nordeste, onde RHODIA estava presente, é porque, certamente, oferecia melhores condições na venda de seu produto, pois seria absurdo admitir que alguém preferisse pagar o custo adicional de frete por matéria-prima oriunda de outra região se dispusesse de similar, nas mesmas condições de venda, próximo de suas fábricas.

Com toda a certeza, a integração das requerentes criará um mercado cativo para os compradores de fibras de poliéster e de acrílico, já que as importações e as taxas de internação do produto não tornam as importações atraentes para os compradores de quantidade menores.

Ressalte-se, ademais, que as fibras tintas, tanto a acrílica quanto a poliéster, só são produzidas nas unidades fabris de São José dos Campos e de Santo André, respectivamente, produzindo as demais unidades apenas fibras cruas. Essa fabricação regional em nada altera para os compradores o valor do frete e nem a participação deste no valor do produto.

11. Outra eficiência apontada pelas requerentes diz respeito à criação de empregos. Argumentam que os investimentos que farão até o ano 2000, a saber, 250 milhões de dólares que, como já se viu, no tocante ao setor de fibras de poliéster e de acrílico será de apenas de 127 milhões de dólares, e somente até 1996, propiciarão um aumento no número de empregos, da ordem de 100 a 150 mil, no setor têxtil.

O otimismo da assertiva impressiona. As requerentes não dizem como um aumento de apenas 50% da produção de fibras poderá gerar uma quantidade tão fantástica de empregos. A afirmação é vaga e não específica sequer o número de empregos que seriam gerados no âmbito do próprio grupo, sendo certo ainda que logo após a transação já houve demissões na linha de fibras e resinas, onde mais de 200 empregos foram perdidos na CELBRÁS (doc. 8).

Reconheço o inegável direito que tem a empresa de organizar livremente sua mão de obra. Não pode, contudo, afirmar de forma imprecisa

que gerará novos empregos, ainda que indiretamente, demonstrando exatamente o contrário em suas ações.

Por outro lado, o bem jurídico tutelado pela lei, a concorrência, não pode ser sacrificado por conta de algumas centenas de empregos que o monopólio diz pretender salvar.

12. As requerentes afirmam, também, que almejam com a transação o desenvolvimento tecnológico. Acenam com grandes investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Os autos dão conta de que os investimentos realizados por RHODIA, em fibras, no período compreendido entre 1989 e 1993 somam 33 milhões de dólares (doc. 10).

Por seu turno, a nova empresa se propõe a investir nesse segmento apenas nos anos de 1994, 1995 e 1996. Informa que nesse período investirá globalmente 127 milhões de dólares. Verifica-se, pois, que, para manter os mesmos níveis de investimentos realizados no período de 1989/93, a nova empresa terá de investir os mesmos 33 milhões de dólares, que somente RHODIA investiu, o que é pouco provável, posto que o montante total que pretende investir no período deverá abranger seis segmentos, a saber: PTA, filmes, não-tecidos, fibras, resina pet e embalagens pet.

Prometem, também, como importante meta a atingir, a introdução de, pelo menos, duas inovações por ano. Admitem, no entanto, que esse número de inovações é o mínimo que se pode introduzir no mercado de fibras, em razão das estações do ano (p. 33 do pedido). Se assim é, não será certamente a integração a grande força indutora das pretendidas novidades, mas a própria característica do mercado têxtil.

13. As requerentes alegam que a sinergia obtida através das atividades integradas consiste na eficiência que pretendem alcançar. Sua afirmação, no entanto, de que não podem quantificar os ganhos não permite que o CADE possa analisar esse requisito legal, com o objetivo de autorizar um monopólio em razão de motivos preponderantes da economia nacional.

Se os ganhos não podem ser quantificados sequer para as requerentes, como se poderá afirmar que serão distribuídos equitativamente com os consumidores?

Neste tocante, vale à pena transcrever o que diz o parecer técnico da Secretaria de Política do Ministério da Fazenda:

Portanto, em função do acesso ao produto concorrente importado e da possível pressão sobre os preços das fibras poliéster e acrílica exercida pelas demais fibras têxteis (especialmente de algodão), pode-se concluir que o grande consumidor desses produtos (cinco maiores compradores são

responsáveis por cerca de 50% e 80% das vendas internas totais, respectivamente) não sofrerá uma sensível redução no seu poder de barganha como consequência da associação objeto desse parecer técnico. Quanto ao pequeno consumidor, também é possível supor que a política de preços diferenciados tem um limite, e que, portanto, seria beneficiado pela concorrência do produto importado apenas parcialmente. Assim, a criação do monopólio na produção de fibras poliéster e acrílica, com significativa elevação do nível de dificuldades à entrada de novos competidores nesse mercado poderá reduzir o poder de negociação do pequeno cliente, responsável por 50% da demanda doméstica de fibra poliéster e 20% da demanda de fibras acrílicas (fls. 626/639).

Não tenho como certo os efeitos desse significativo poder de barganha dos grandes consumidores, que podem, simplesmente, ao invés de exercê-lo, optar por não importar a fibra e repassar o eventual aumento de preço ao consumidor final, principalmente se mantida a alíquota de importação nos atuais níveis, ou até mesmo no nível de 12% pactuado para o Mercosul, o que pode tornar anticompetitivo o produto importado. Ressalte-se que o poder de monopólio detido pela nova empresa lhe confere a aptidão de vender suas fibras em preço até quase 15% superior ao preço do produto importado, valendo-se das barreiras erguidas aos concorrentes estrangeiros, consubstanciadas na tarifa de importação e demais despesas de internação.

Situação mais difícil é a dos pequenos compradores das fibras que, no caso de produto de poliéster, compreendem 50% do mercado consumidor nacional e, da fibra acrílica, 20% desse mercado. O monopólio, sem dúvida, os transforma em clientela cativa, em virtude das inexpressivas quantidades que individualmente adquirem, fator que lhes dificulta o acesso ao mercado internacional, quando os preços ali vigentes se tornam atraentes.

14. As requerentes acenam com a possibilidade de preços mais competitivos para os seus produtos em função das eficiências que afirma querer atingir.

Instadas pela SDE, juntaram aos autos os resultados operacionais anteriores e posteriores à transação. É impressionante o aumento do custo de matéria-prima. No caso do pet resina, o custo duplicou; da linha preforma, o custo mais que triplicou; no caso das garrafas, quase que dobrou (doc. 6).

Solicitadas pelo Conselheiro-Relator a esclarecer esse discrepante aumento, argumentaram as requerentes que os produtos petroquímicos, matérias-primas básicas, haviam, a nível mundial, sofrido um aumento substancial, em decorrência do reaquecimento das economias européia e norte-americana e da falta de produto, decorrente de maior consumo. Em abono à justificativa, juntaram os documentos de fls. 973/982.

É certo que os documentos registram um aumento de preços. O PTA, por exemplo, que em julho de 1993 era cotado para exportação nos Estados Unidos a preços que variavam de 515 a 565 dólares americanos por tonelada, em fevereiro de 1994 teve a cotação de 600 a 560 dólares americanos por tonelada, apresentando uma diferença de 15%, aproximadamente. O MEG que, na Europa, era cotado no “spot” entre 271 e 283 dólares americanos por tonelada, em julho de 1993, passou, em fevereiro de 1994, a ser cotado a 331/316 dólares americanos por tonelada, apresentando um aumento de aproximadamente de 22%. O DMT que, em julho de 1993 era vendido na Ásia a preços que variavam de 545 a 550 dólares americanos por tonelada, em fevereiro de 1994 era ali vendido à cotação de 550 a 560 dólares americanos por tonelada, com um aumento de menos de 1% (fls. 976/980).

Verifica-se, pois, que os aumentos da matéria-prima no mercado internacional em nada justificam o custo exorbitante atribuído pelo monopólio.

Há indícios, pois, de que o monopólio já vem exercitando sua aptidão de fixar seus preços acima dos níveis de concorrência.

Ainda no tocante aos preços praticados pelo monopólio, é relevante a informação trazida aos autos pela Fábrica de Cobertores Parayba, ao responder aos quesitos formulados pelo Conselheiro-Relator. Disse a Parayba que obtém o produto nacional, fibra acrílica de primeira, ao preço de US\$ 2.931,10 a tonelada, a serem pagos no prazo de 30 dias, mas que estava negociando a importação da mesma fibra, em setembro, procedente da Monsanto Company, nos Estados Unidos, ao preço de US\$ 2.574,05, posto em São José dos Campos, para pagamento em 60 dias, através de carta de crédito (fls. 872).

Verifica-se, pois, que o GRUPO RHODIA, por deter o monopólio da fibra acrílica no Brasil, pode fixar seu preço 13,86% superior ao da fibra estrangeira posta no País pela Monsanto. Somam-se a esse diferença, em favor do GRUPO RHODIA, o percentual da alíquota de importação e as despesas de internação do produto.

Esse fato, por si só, demonstra os riscos em que se pode incorrer na autorização de um monopólio num mercado onde boa parte dos usuários da matéria-prima são pequenos compradores e não têm acesso ao mercado internacional.

15. Os pareceres técnicos da Secretaria de Política Econômica e da Secretaria de Direito Econômico são unânimes em afirmar a existência de barreiras e a potencialidade de efeitos danosos à concorrência. Louvaram-se, no entanto, para propor ao CADE a aprovação da transação, nas eficiências

que as requerentes se propõem a atingir e na “inegável capacidade gerencial do grupo no sentido da alocação eficiente de seus recursos, que se traduz em melhores produtos, menores custos, e massificação do consumo por força da ampliação da escala dos seus negócios”.

Não veio nos pareceres, contudo, qualquer análise desses argumentos de eficiência no contexto histórico de cada empresa e dos respectivos mercados. Somente esse tipo de análise é que permitirá concluir se uma transação trará não apenas ganhos financeiros para as partes, como, de fato, benefícios para o mercado, de sorte a permitir sua aprovação pelo CADE.

A capacidade gerencial é a característica marcante dos grandes grupos empresariais e a eficiência que esses grupos buscam alcançar situa-se, por óbvio, no plano de seus interesses privados.

É, pois, importante não confundir os ganhos financeiros com os econômicos. Os primeiros dizem respeito à empresa, enquanto que os últimos dizem respeito ao mercado, entendido como tal o conjunto de forças que compõem os segmentos da oferta e da demanda. A autorização de um monopólio não poderá jamais privilegiar lucros financeiros com o sacrifício da eficiência do mercado. E, para o mercado, uma transação só será eficiente se, além de propiciar a maximização do lucro, resultar no bem estar do consumidor.

16. As requerentes não conseguiram oferecer qualquer demonstração séria e firme de seus alegados propósitos. Seus argumentos de eficiência são por absoluto insustentáveis. Não há nada a justificar a transação proposta. Seu significado para a economia nacional é inexpressivo. Os investimentos são inferiores ao que se efetuava anteriormente.

A concorrência tem a eficiência como pressuposto e o monopólio só poderá ser aprovado por este Conselho quando irrefutável seu valor econômico. Se houvesse eficiência e risco inafastável para a concorrência, não hesitaria em privilegiar a concorrência, denegando a aprovação.

Indemonstradas, contudo, as eficiências, sequer me deparo com tal conflito.

Está-se diante de um monopólio, e todas as conseqüências adversas que dele podem advir. Nada do que foi alegado pelas requerentes pode permitir ao CADE autorizar a eliminação da concorrência no mercado das fibras poliéster e acrílica. Qualquer autorização nesse sentido seria ilegal, posto que desatendidos os pressupostos para tanto indispensáveis.

Voto, pois, pela desconstituição do ato naquilo que é pertinente às atividades que dizem respeito às fibras de poliéster e acrílico.

É o meu voto.

ADITAMENTO DE VOTO

17. Restou analisar a questão da situação do estado de insolvência que se alega no tocante à CELBRÁS.

A meu ver, é possível acolher no direito pátrio a doutrina da “failing company” do direito americano, com base no art. 54, § 2º da Lei nº 8.884/94, caso a transação seja necessária por motivos preponderantes da economia nacional. Mas aqui também seria necessário demonstrar os mesmos requisitos que se impõem no direito americano: a real situação de insolvência e a inegável tentativa de oferecer o negócio ao concorrente potencial antes de submetê-lo ao concorrente atual.

Há nos autos meras alegações de dificuldades financeiras que, em absoluto, correspondem à situação real de insolvência, exigida pela referida doutrina.

Se não fora esse o entendimento a ser dado à doutrina, o CADE passaria a autorizar a simples entrega a concorrentes de empresas em dificuldades financeiras, propiciando, com isso, a concentração do mercado e a criação de monopólios, incentivando o fim da concorrência.

18. No tocante à transação, no seu sentido vertical, entendo que a incorporação não altera a estrutura atual dos mercados relevantes de resina pet e garrafas que, apesar de concentrados, parecem não apresentar problemas concorrenciais, apesar do controle de RHODIA sobre a matéria-prima. Eventuais distorções poderão ser corrigidas com importações, posto que presentes no mercado doméstico empresas multinacionais, que dispõem das vantagens operacionais que lhe são peculiares, para adquirir a matéria-prima no mercado externo.

A verticalização não altera os índices de concentração nos referidos mercados relevantes já que o GRUPO RHODIA neles não atuava.

Não vejo sequer a necessidade de compromisso de desempenho para essa verticalização, posto que qualquer abuso que venha a ser cometido poderá ser reprimido nos termos da legislação em vigor.

É o aditamento que faço ao meu voto.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

1. A Lei nº 8.884/94 reconhece os monopólios naturais de fato, ou seja, ainda que a operação possa resultar em concentração econômica, o CADE poderá autorizá-la. O caput do artigo 54 da precitada lei dispõe que “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

O teor do § 1º estabelece que o CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivos, cumulada ou alternativamente

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens e serviços;

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam atribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não implique eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Por sua vez, o § 2º dispõe que “também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidos pelo menos 3 (três) das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

2. O digno Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, em seu fundamentado voto, considera que uma correta interpretação do precitado artigo e seus parágrafos (*litteris*): “conduz à conclusão de que a lei considera tais atos de concentração como potencialmente lesivos à concorrência e, sendo assim, só admite a sua aprovação pelo Colegiado do CADE, quando preenchidos determinados requisitos, de modo que, embora tragam eles como conseqüência inevitável o aumento de participação do agente em determinado mercado relevante, possam vir a ser considerados benéficos a esse mesmo mercado.”

Assim, do texto desse artigo e de sua conjugação com o disposto na redação de seu parágrafo terceiro, depreende-se que o poder de controle dos

atos jurídicos de que fala a norma tem seu fundamento necessário na possibilidade de o ato em questão limitar ou prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Conforme observa José Del Chiaro, “esta conclusão não decorre apenas da necessidade hermenêutica geral de se interpretar o parágrafo a partir do seu caput, mas também do fato de o Direito Antitruste Brasileiro estar, tal como o seu modelo europeu, estruturado em função da prevenção do, da correção do, e da repressão ao abuso do poder econômico, não do poder econômico em si mesmo.”

3. Relativamente à concentração de empresas, esta pode ser vertical ou horizontal ou ambas ao mesmo tempo. A concentração horizontal se dá entre empresas concorrentes, ou seja, empresas que já concorreram entre si no mercado e não o fazem mais. A vertical ocorre entre clientes e fornecedores uma das outras. Por fim, ocorre a concentração que é ao mesmo tempo vertical e horizontal quando as empresas concentradas são concorrentes e ao mesmo tempo clientes e fornecedores uma da outra.

O ato de concentração submetido à apreciação do CADE por SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO e RHODIA S.A. alcança a última situação acima referenciada, ou seja, alcança tanto a concentração vertical quanto a horizontal, em atividades produtivas distintas.

4. Inicialmente gostaríamos de examinar o presente ato de concentração sob a ótica de uma integração vertical e suas repercussões em relação aos concorrentes que tenham que adquirir a matéria-prima junto à empresa concentrada horizontalmente.

Os elementos trazidos aos autos dão conta que:

a) a RHODIA é acionista majoritária da RHODIACO que é a única produtora no país de PTA, utilizado na fabricação de fibras e resinas poliéster, utilizados na produção de resina PET e seus transformados, que são as garrafas;

b) a RHODIA possui uma participação acionária de 48% (ações votantes) na ACRINOR, empresa que controla a produção de acrilonitrila; e

c) a RHODIA controla a produção nacional de acetato de vinila (AVM) através da Companhia Alcoolquímica Nacional - CAN.

Claro está que tal integração vertical já existia antes da associação pretendida e que esta não conduzirá a alterações substantivas do mercado relevante.

Eventual potencialidade nociva que poderia ocorrer seria o tratamento diferenciado no que respeita ao estabelecimento de preços

favorecidos a empresas ligadas ao Grupo RHODIA-STER, mas tal prática prejudicaria o próprio sócio minoritário (AMOCO).

Por outro lado, conforme: devidamente observado pela Secretaria de Política Econômica do MINFAZ, existe sensível oferta de produto importado no mercado, que representa cerca de 30% do volume consumido.

Cabe considerar, também, que os produtos não são fabricados apenas por uma empresa que produz a matéria-prima e a transforma, mas são fabricados por uma empresa e processados em outra, com personalidades jurídicas distintas.

De se observar, ainda, que eventual favorecimento a empresas coligadas ou, em sentido contrário, a discriminação a empresas externas ao grupo, constituiria prática repudiada pela legislação de defesa da concorrência.

Assim, a exemplo dos ilustres Conselheiros que me antecederam, e por entender que a concentração vertical pretendida não alterará substancialmente o mercado relevante, manifesto-me favoravelmente à sua realização.

5. Relativamente à concentração horizontal, cumpre observar, de plano, que com a transação proposta, as empresas RHODIA e CELBRAS, que anteriormente concorriam no mercado de fibras de poliéster e acrílica, deixam de fazê-lo. Referidas empresas integram suas unidades produtivas e assumem, por intermédio da RHODIA-STER, uma posição monopolística no mercado relevante brasileiro, como única empresa produtora de fibras sintéticas.

As informações constantes dos autos dão conta de que, se considerado os produtos relevantes fibra de poliéster e fibra acrílica, a integração da produção conduziria a níveis de concentração da ordem de 76,4% e 88%, respectivamente.

A alegação das Requerentes de que ocorre uma tendência concentracionista mundial nesse segmento produtivo (1º volume fls. 21/23) visando aumentar a capacidade instalada das indústrias, como fórmula de elevar a produtividade comercial, o nível de pesquisa e desenvolvimento, com vistas a alcançar a escala econômica que lhe permita competir no mercado internacional não impressiona.

Conforme devidamente observado pela ilustre Conselheira Neide Teresinha Malard, em seu criterioso voto, a argumentação relativa à tendência mundial concentracionista do setor não procede, visto que na União Européia existem dezesseis empresas instaladas e somente uma com escala de produção de fibras poliéster superior a 90.000 toneladas/ano e no NAFTA concorrem quinze empresas das quais apenas cinco com capacidade de produção acima de 90.000 t/ano.

Complementarmente, cabe ressaltar que as informações constantes do 1º volume DOC 38 não permitem chegar às mesmas conclusões efetuadas pelas Requerentes em termos de escala de produção, ao se examinar os dados de plantas industriais localizados em diversos países.

Quanto às eficiências da transação, os argumentos das requerentes não se mostraram convincentes e as eficiências, no nosso entendimento, não são demonstradas como veremos a seguir:

a) Exportações - trata-se de um argumento valioso para os Requerentes, visto que as empresas pretendem associar-se visando adquirir competitividade para atuar no mercado internacional. Estimam as Requerentes que as exportações, em termos globais, cresçam de US\$ 40 milhões em 1993 para US\$ 72 milhões em 1999.

Nessa área o que se observa é que o grande esforço será empreendido nos segmentos de filme poliéster e resina PET, que terão suas vendas destinadas ao mercado externo expandidas em 56,6% e 34,5% respectivamente no período.

Relativamente às fibras, o comportamento das vendas destinadas ao mercado internacional será bastante distinto. Assim, no que respeita às fibras acrílicas, haverá queda ao longo de 1994 até 1999 (4 KTON/94, 2 kton/95, 1 KTON/96, 1,3 KTON/97, 1,3 KTON/98 e 2,9 KTON/99).

Releva salientar, ainda, que no período considerado (1994/99) está estimada uma produção de fibra acrílica de 185.400 KTON e exportada apenas 12,5 KTON, o que demonstra que somente 6,7% da produção será destinado ao mercado externo.

Quanto às fibras de poliéster a estimativa do comportamento das exportações é igualmente surpreendente. As vendas destinadas ao mercado internacional praticamente não se alteram nos dois primeiros anos (1994 e 95), crescem (14%) no terceiro ano, expandem-se em 118% em 1997 e reduzem-se em 48% em 1998 e 65% em 1999. (Doc. 41 - fls. 99.4).

Dada essas constatações, os argumentos utilizados pelas Requerentes, no que concerne a uma participação mais efetiva no mercado internacional, carecem de melhor fundamentação, visto apresentarem-se inconsistentes.

b) Investimentos - o volume de recursos destinados a investimentos alcança US\$ 255 milhões, sendo US\$ 127 milhões no período 1994/96 e US\$ 128 milhões ao longo de 1997/98.

Ao se analisar o Doc 11-B observa-se que não ocorrerão investimentos no segmentos de fibras a partir de 1997. Como os investimentos estão globalizados (Fibras, PES, BDM, Filmes, Garrafa PET, PTA e

Manutenção Imobilizada), não é possível ter-se uma visão objetiva, por linha de produto, onde os recursos serão aplicados e quais segmentos serão privilegiados. O mesmo ocorre em relação ao período de 1994/96, quando não são discriminadas, por linha de produção, onde serão efetuadas as inversões.

c) Pesquisas e Desenvolvimento - é mencionado à fls. 31 - (1º volume) que na área de fibras poliéster e acrílica, os investimentos passarão dos atuais US\$ 2,5 milhões para US\$ 3,2 milhões, representando um incremento de 30%. Cabe observar que, no período de 1989/93, a RHODIA sozinha investiu US\$ 33,1 milhões, o que representa um investimento médio anual de US\$ 6,6 milhões, contrastando com a informação prestada pelas Requerentes de expansão dos investimentos em P & D.

d) Geração de Empregos - com suporte nos investimentos que serão efetuados, os Requerentes afirmam que “permitirão a essa indústria (referindo-se à indústria química) gerar entre 100 a 150.000 novos empregos, nas condições de tecnologia existentes no país atualmente. “Cabe observar que a indústria química não se caracteriza por observadora de mão-de-obra. De outra parte, uma expansão de 40% na produção de fibras, certamente não concorrerá para gerar 100 a 150.000 empregos (diretos e indiretos) até o ano 2.000. A título ilustrativo, cabe mencionar que o acordo firmado há dois anos no âmbito da indústria automobilística, envolvendo empresários, trabalhadores e o governo possibilitou que a produção crescesse em 56%, os preços fossem reduzidos em 16%, ocorresse forte repercussão também na indústria de auto-peças, tendo sido gerados 15.000 novos empregos diretos.

Por fim a imprecisão dos números apresentados impressiona, 150.000 empregos, como se sabe é 50% superior a nível inferior estimado em 100.000 empregos.

e) Benefícios aos consumidores - conforme devidamente observado pela Secretaria de Política Econômica do MINFAZ, tem-se que com a criação do monopólio na área de fibras ocorrerá redução do poder de contratação das empresas de menos porte que são responsáveis por 50% da demanda de fibras poliéster e de 20% na de fibras acrílicas.

f) Quanto à questão financeira alegada pela CELBRAS, os elementos constantes dos autos são igualmente insuficientes, indicando a ocorrência de dificuldades financeiras, mas não permitindo configurar uma situação de insolvência e a necessidade de se efetuar a concentração visando assegurar a preservação de seus ativos. Ou seja, não foi devidamente caracterizada a situação da empresa insolvente.

g) Melhoria de distribuição - nesta área também não ficam evidenciados os ganhos que advirão com a associação. O que se pode inferir é que as aquisições efetuadas pelos clientes localizados no Nordeste, realizadas

junto à unidade industrial de Poços de Caldas/MG, deve-se certamente à diferenciação do produto fabricado em Pernambuco e às vantagens comparativas em termos de preços e condições de pagamento, que acabam por neutralizar as alegadas vantagens locais e a redução dos custos de transporte.

Tais constatações, ao contrário dos argumentos invocados pelas Requerentes, indicam que a transação consumada na área de fibras não concorrerá para promover as exportações, propiciar o desenvolvimento tecnológico, incorporar novos investimentos, gerar empregos, dentre outras eficiências relacionadas por SINASA e RHODIA. Ao contrário, a incorporação de uma concorrente pela RHODIA, levando à criação de um monopólio de fibras de poliéster e acrílica, redundará em uma diminuição sensível no vigor da competição, podendo trazer potencialidade nociva ao mercado.

6. Assim, entendo que os atos de concentração em exame, no que respeita ao segmento de fibras poliéster e acrílica, não atendem aos requisitos constantes do § 1º do artigo 54, assim como não satisfazem as condições previstas no § 2º do mesmo artigo.

7. De todo o exposto, acompanho o voto proferido pelo digno Conselheiro José Matias Pereira, notadamente no que respeita à aprovação parcial da presente transação submetida ao CADE, à determinação aos requerentes à desconstituição dos atos concernentes à incorporação das atividades voltadas à fabricação de fibras acrílicas e de poliéster, bem como à formalização do compromisso de desempenho nas áreas de resina e embalagens PET.

Marcelo Monteiro Soares

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 12/94

REQUERENTES: RHODIA S.A. E SINASA S.A. Administração, Participações e Comércio

PROPOSTA: DESCONSTITUIÇÃO DAS ATIVIDADES DE PRODUÇÃO DE FIBRAS ACRÍLICA E POLIÉSTER DA EMPRESA RHODIA-STER S.A.

DECISÃO

Por maioria, o Colegiado acolheu a proposta, desde que, no prazo de cinco dias, a ela fossem agregadas as condições e garantias adicionais à desconstituição do monopólio de fibras acrílicas e de poliéster, indicadas no voto do Conselheiro-relator.

Plenário do CADE, 16 de novembro de 1994.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SORES - Conselheiro

Fui Presente:

JORGE GOMES DE SOUZA - Procurador-Geral Substituto

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

1. As empresas SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO e RHODIA S.A., submetem para apreciação do Conselho Administrativo de defesa Econômica, proposta que se objetiva procederem a desconstituição, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, de monopólio na produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica, criado com a formação da empresa RHODIA-STER S.A., eis que não atendidas as condições estabelecidas no parágrafo 2º do artigo 54 da citada Lei.

2. Registre-se que em sessão extraordinária, realizada em 30 de setembro de 1994, este Conselho, por unanimidade, decidiu aprovar parcialmente a transação a ele submetida pelas empresas RHODIA S.A. e

SINASA S.A. ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO, determinando às requerentes, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, a DESCONSTITUIÇÃO parcial dos atos sob exame, de forma a deles excluir as atividades pertinentes à fabricação das fibras de poliéster e acrílica. Foi decidido ainda, que as Requerentes deverão, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, a partir da publicação da ata, ocorrida no D.O.U. de 17.10.94, Seção I, pág. 15648, informar a este Conselho o prazo necessário à adoção das providências referentes ao cumprimento da presente decisão, sob pena de sua imediata execução judicial, nos termos do art. 60 da Lei nº 8.884/94.

3. A citada decisão, conforme consta dos autos, não estabeleceu a forma como sea desconstituído o ato de concentração horizontal, pelo qual se criou o monopólio ali vetado, deixando em aberto para as Requerentes a escolha de uma entre as diversas hipóteses de DESCONSTITUIÇÃO prevista na segunda parte do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, verbis:

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

.....
Parágrafo 9º o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituído, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

4. Por se tratar de peça indispensável para o exame da proposta de desconstituição apresentada (fls. 1070/1137), em especial no que se refere aos aspectos tecnológicos, qualidade, competitividade e capacidade de produção industrial, dos conjuntos industriais que serão transferidos para a nova empresa, de forma a reconstituir, como antes, os mesmos volumes de oferta de fibras acrílica e de poliéster, anteriormente existentes à formação da empresa Rhodia-Ster S.A., como exigido na decisão deste Conselho, com base no parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, determinei (fls. 1069), que se aguardasse a entrega, pelas Requerentes, do parecer técnico referido no item 08 da proposta, emitido por empresa de consultoria independente, especializada na matéria.

O mencionado laudo de avaliação tecnológica de desempenho dos conjuntos industriais de fabricação de fibras poliéster e acrílica, localizados

em Santo André - SP e Camaçari - BA, respectivamente, veio a mim, em 04.11.94, elaborado por consultores especializados na matéria do Departamento de Projetos industriais da Empresa de consultoria independente SETAPE - Serviços Técnicos de Avaliações do Patrimônio e Engenharia S/C Ltda., com sede em São Paulo e filiais no Rio de Janeiro e Salvador (fls. 1138/1211), o qual encaminhei, junto com a proposta das Requerentes, para manifestação do il. Procurador-Geral Substituto do CADE, nos termos da Lei nº 8.884/94. O parecer do Procurador-Geral Substituto veio aos autos, às fls. 1212/1214).

É o Relatório.

Ao dar início à leitura do meu voto, quero preliminarmente refutar de plano, às afirmações da existência de dúvidas sobre a parte formal do processado, contidas no item 08 da petição das Requerentes (fls. 1072), em especial a alegação que se o Colegiado tivesse ainda qualquer dúvida sobre o preenchimento dos requisitos mencionados nos parágrafos 1º e 2º da Lei nº 8.884/94, caberia aos julgadores utilizarem-se do disposto no artigo 58, que trata do compromisso de desempenho, cuja finalidade é possibilitar a aprovação do ato condicionada à concretização de objetivos e metas definidos e compromissados dentro de prazo determinados, não se podendo, deixar de aprovar um ato de associação com base em presunções que as condições do artigo 54 poderiam não se realizar. A decisão do Colegiado do CADE, no caso da integração horizontal, foi pela recusa do ato de concentração, determinando a desconstituição do monopólio de fibras de poliéster e acrílica criado com a formação da empresa Rhodia-Ster S.A., cabendo, no caso, tão somente, a aplicação do artigo 54 da citada Lei, como devidamente fundamentada no teor dos votos do Relator e dos demais membros deste Colegiado.

Sobre a proposta e o laudo apresentado pelas Requerentes, passo a fazer as seguintes considerações:

a) o laudo apresentado faz uma descrição do processo produtivo dos equipamentos e da capacidade produtiva das unidades industriais. Na sua elaboração foram feitas vistorias nas referidas unidades industriais, onde foram analisados o estado de conservação, qualidade e características técnicas e produção dos equipamentos.

Vale ressaltar que, segundo consta do laudo, o trabalho foi facilitado pelo conhecimento prévio, pela equipe de consultores que assinam o parecer, de tais conjuntos industriais.

Creio necessário destacar que a referida empresa de consultoria, conforme consta dos autos (fls. 1182/1197), possui experiência na área em que atua, tendo prestado serviços, para, entre outros clientes, Indústrias

Químicas Matarazzo S.A., Degussa S.A. Divisão Química - Representações, bem como para Sistema BNDES.

b) Em relação às atividades desenvolvidas pelos consultores, constante no laudo da SETAPE, pode-se constatar que as vistorias dos equipamentos foram realizadas com os equipamentos em rotina normal de produção, nos locais onde se encontram as unidades industriais, no qual afirmam que os equipamentos envolvidos na produção de fibras de poliéster e acrílica são os mesmos existentes antes da formação da empresa Rhodia-Ster S.A. Afirmam, também, que mantidas as mesmas características de fabricação atualmente praticadas, aqueles equipamentos tem plena condições de produzir fibras segundo os níveis de qualidade e características técnicas solicitadas pelo mercado (fls. 1271).

c) No que se refere a capacidade de produção desses conjuntos industriais, o laudo atesta que são de 2.270 toneladas/mês, perfazendo um total de 24.970 toneladas/ano de fibras de poliéster, na unidade industrial localizada em Santo André - SP, e de 18.000 toneladas/ano de fibras acrílica, na unidade de Camaçari - BA.

4. Pode-se verificar, ainda, na proposta em exame, que as Requerentes optaram pela “venda de ativos” o que se fará em uma primeira etapa pela constituição de uma nova sociedade entre os integrantes da transação, para a qual carrearão ativos destinados à produção de fibras poliéster e acrílica, sociedade essa que terá, desde a sua formação, administração independente, até a efetiva venda desses ativos, que se fará a terceiros desvinculados das Requerentes.

5. Feitas essas observações preliminares, destaco os seguintes pontos da proposta apresentada pelas requerentes:

a) as proponentes constituirão no prazo de dois (2) meses, uma sociedade (cujo capital será detido na proporção de 82% e 18% entre Rhodia de um lado e Sinasa e demais minoritários da Rhodia-Ster, respectivamente) que terá como objeto principal a industrialização e a comercialização de fibras acrílica e poliéster.

b) num período não superior a quatro (4) meses, após a constituição da nova empresa, que terá forma de sociedade limitada ou sociedade anônima, conforme decisão a ser tomada entre os acionistas, essa nova empresa os seus ativos será colocada a venda à terceiros interessados, fixando um prazo de quatro (4) meses para a sua venda.

a) a mencionada alienação se fará através de procedimento similar a licitação pública, por preço e condições de pagamento lastreados em avaliação, por empresa idônea do ramo, sendo que a venda será acompanhada por empresa de auditoria de conhecida reputação, comprometendo-se as partes

a envidar seus melhores esforços na consecução desta venda, de forma que a mesma se concretize no menor prazo possível.

d) as proponentes transferirão para a nova empresa conjuntos industriais de máquinas e equipamentos, cuja capacidade de produção seja igual ou superior à produção efetiva destinada ao mercado nacional de uma das concorrentes antes da referida transação, de tal modo que a concorrência, no que diz respeito à produção nacional seja restabelecida em duas empresas, como era anteriormente, da seguinte forma:

PRODUÇÃO DE FIBRAS POLIÉSTER - As proponentes transferirão para a nova empresa conjuntos industriais de máquinas e equipamentos que lhe permitam uma produção de 24.970 toneladas/ano. Tais conjuntos industriais correspondem à unidade de fabricação de fibras poliéster da Rhodia-Ster, localizado em Santo André - SP, originalmente fazendo parte de um conjunto industrial maior pertencente à Rhodia, mas que, já na constituição da Rhodia-Ster, foram organizadas de maneira a poderem ser operados de forma independente.

Alegam que essa solução se justifica, e com a qual estou parcialmente de acordo, tendo em vista que em outras plantas, os conjuntos industriais referentes à produção de fibras poliéster estão por demais integrados com outros conjuntos pertencentes às demais atividades econômicas, cuja permanência na Rhodia-Ster foi autorizado na citada decisão de 30.09.94, deste Conselho.

Deve-se destacar que a capacidade instalada para produção de fibra poliéster da Celbrás é de 30.000 toneladas/ano, conforme quadro III, do parecer técnico nº 25/94, da SPE/MF (fls. 625/648), e que a produção no período 1993/1994 foi de 23.000 toneladas/ano. O restabelecimento da situação anterior à formação do monopólio, no caso em exame, passa, além da oferta de no mínimo 23.000 toneladas/ano de fibras de poliéster, pela reconstituição, na nova empresa, da capacidade instalada de 30.000 toneladas/ano.

PRODUÇÃO DE FIBRAS ACRÍLICAS - Serão transferidos pelas proponentes para a nova empresa um conjunto industrial completo de máquinas e equipamentos localizado em Camaçari - BA, com capacidade instalada de 18.000 toneladas/ano de fibras acrílica e que se constitui exatamente naquele conjunto de máquinas e equipamentos que eram de propriedade originalmente do Grupo Sinasa/Celbrás. Esse excesso de capacidade, visto que a capacidade instalada da Celbrás é de apenas 9.000 toneladas/ano, conforme consta do parecer da SPE/MF (fl. 629, dos autos), acima citado, é oferecido à nova empresa pela impossibilidade de se dissociar o conjunto industrial total.

Assim, com base na proposta apresentada, bem como no laudo de avaliação tecnológica de desempenho elaborado pela empresa de consultoria independente SETAPE, verifico que a proposta poderá ser parcialmente aceita, desde que atendidas as garantias adicionais propostas na parte final do presente voto, atendendo assim ao disposto no parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, promovendo as Requerentes, em uma primeira fase, a separação de ativos e, em uma segunda fase, a venda dos referidos ativos, de tal modo a serem desconstituídos os monopólios nas duas fibras, eliminando-se os efeitos nocivos à ordem econômica, como disposto no referido parágrafo 9º ou prejudiciais a livre concorrência conforme mencionado no “caput” do artigo 54.

Caso completada a proposta formulada pelas Requerentes, com as garantias adicionais a seguir requeridas, entendo que ficariam reconstituídos, em duas empresas (sendo que a nova empresa com uma capacidade instalada maior na produção de fibra acrílica e a mesma capacidade instalada da unidade fabril de fibra poliéster, bem como mantidos os volumes de oferta de fibras acrílicas e poliéster), como anteriormente existentes, e dessa forma recomposta a estrutura de mercado anterior à formação da Rhodia-Ster S.A., como exigido na decisão deste Conselho.

Isto posto, e tendo em vista os termos da proposta das Requerentes, que se apresenta incompleta em termos de garantias, bem como pelo conteúdo do laudo de avaliação tecnológica de desempenho elaborado pela empresa de consultoria independente SETAPE, das fábricas de Camaçari - BA. (produção de fibras acrílica), e da fábrica de Santo André - SP. (produção de fibras de poliéster), no qual atesta que os referidos conjuntos industriais foram vistoriados com os equipamentos em rotina normal de produção, constatando a viabilidade de produção de 24.970 toneladas/ano de fibras de poliéster e a produção de 18.000 toneladas/ano de fibras acrílicas, que confirma os dados contidos na proposta apresentada pelas Requerentes Rhodia S.A. e Sinasa S.A. Administração, Participações e Comércio, voto pela aceitação da proposta, desde de que a ela seja agregada os seguintes compromissos:

a) garantia de recomposição da capacidade instalada, na nova empresa, da produção de fibra poliéster para 30.000 toneladas/ano, conforme consta do parecer da SPE/MF (fls. 629);

b) garantia de que os equipamentos possuem plenas condições de produzir fibras de poliéster e acrílica, segundo os níveis de qualidade e características técnicas solicitadas pelo mercado, nos volumes mínimos de 24.970 toneladas/ano de fibras de poliéster e de 18.000 toneladas/ano de fibras acrílicas;

c) garantia de que constará no edital de venda da nova empresa, a cláusula de que os compradores manterão em funcionamento os conjuntos industriais citados, direcionado preferencialmente para a produção de fibras de poliéster e acrílica, por um período mínimo de 3 (três) anos, caso não seja alterada a estrutura atual de oferta no mercado nacional dessas fibras;

d) garantia de manutenção das unidades industriais de Santo André - SP e Camaçari - BA, nos locais ora instalados, caso seja de interesse dos compradores;

e) garantia de que a nova empresa, até a sua venda ou de seus ativos, será administrada, independentemente da Rhodia-Ster, por profissionais de reconhecida competência, ficando desde já assegurado ao CADE livre acesso aos livros e registros societários, contábeis e fiscais da nova sociedade, além de relatórios mensais detalhados sobre o andamento das providências objetivando a venda de tais ativos;

f) garantia de que em um período não superior a quatro (4) meses, após a sua constituição, que será feita em dois (2) meses, a nova empresa será colocada a venda a terceiros interessados. Fica estabelecido ainda, o prazo máximo de quatro (4) meses para a venda da nova empresa, vencido tal prazo, e não tendo sido vendida na segunda tentativa, que será realizada 30 (trinta) dias após a primeira, as Requerentes retornarão ao CADE para informar, de forma detalhada, das razões da não venda da nova empresa, bem como apresentar nova proposta para ser aprovada por este Conselho;

g) garantia de que farão constar no edital de venda da nova empresa, de que o laudo de avaliação tecnológica de desempenho, ora apresentado a este Conselho, bem como o levantamento feito pela empresa SETAPE, por ocasião da transação realizada pelas Requerentes para a criação da Rhodia-Ster S.A., no que se refere às unidades industriais de Santo André - SP. (Produção de fibras de poliéster), e de Camaçari - BA. (produção de fibras acrílicas), estarão à disposição dos interessados na compra da nova empresa.

Assim posto, determino às Requerentes, para, no prazo de 5 (cinco) dias, se assim o desejarem, afirmarem sua intenção de submeter a este Colegiado uma proposta, nos termos das observações anteriores, venha a trazer elementos que garantam a consistência das medidas pretendidas realizar, com vista a dar cumprimento à determinação do Colegiado do CADE, adotada em 30.09.94; caso assim não ocorra, proponho que o Presidente do CADE fica autorizado a determinar à Procuradoria que adote as medidas judiciais cabíveis, nos termos do art. 8º, inciso VI combinado com o art. 60 e seguintes, da Lei nº 8.884/94.

Que venha aos autos a proposta.

Por fim, proponho a remessa do inteiro teor desta decisão à Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda, bem como recomendar àquela Pasta, considerando o elevado nível de concentração na produção e comercialização no mercado nacional de fibras de poliéster e acrílica, que promova estudos no sentido de reduzir para zero (0) a alíquota do imposto sobre importação dos mencionados produtos.

José Matias Pereira

Conselheiro-Relator

**VOTO DO CONSELHEIRO
CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO**

OBJETO: Exame de proposta objetivando a desconstituição de monopólio no mercado nacional de produção de fibras sintéticas e poliéster e acrílica.

1. As empresas Rhodia S.A. e Sinasa S.A. Administração, Participações e Comércio, visando a dar cumprimento à decisão deste Colegiado, proferida na Sessão Extraordinária realizada a 30.09.94, submetem à apreciação deste Plenário, proposta visando à desconstituição de atos, na parte que resultou na criação de monopólio na produção de fibras sintéticas de poliéster e acrílica.

2. De fato, ao apreciar, naquela oportunidade, pleito formulado pelas Requerentes, dando notícia de transações realizadas entre as referidas empresas, o Colegiado do CADE constatou que a Celbrás, então controlada pela Sinasa, através da Excel, e as Empresas do Grupo Rhodia, que concorriam no mercado de fibras poliéster e acrílica, em situação de duopólio, integraram as suas produções, passando, através da Rhodia-Ster S.A., ex-Excel, já sob controle acionário da Rhodia S.A., à posição monopolística no respectivo mercado relevante.

Entendeu o Plenário, à vista do disposto no parágrafo 2º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, que os atos de concentração, que lhe foram submetidos, não poderiam ser considerados legítimos, na parte em que resultaram na criação do monopólio acima referido, eis que, a par de os argumentos de eficiência invocados pelas Requerentes não satisfazerem os requisitos do parágrafo 1º do artigo citado, até porque implicavam na eliminação total da concorrência naquele mercado relevante, os atos considerados também não se configuravam como necessários, por motivos preponderantes da economia

nacional, nem ainda se tinham como não causadores de prejuízos ao consumidor.

Em um tal contexto, improcedem por inteiro as observações constantes do item 08 da proposta de encaminhada pelas Requerentes. A uma, porque se lê claramente, no processo, que o Plenário deixou de aprovar, nesta parte, a transação que lhe foi submetida, não com base em presunções, mas após exaustivo exame dos argumentos de eficiência trazidos pelas Requerentes; por outro lado, ao assim entender, não poderia o Plenário, pena de afrontar a lei, aplicar, no caso, o artigo 58 da Lei nº 8.884/94, que pressupõe a aprovação do ato, definindo, todavia, compromissos de desempenho aos interessados. Não havendo aprovado o ato, por certo inaplicável era o dispositivo.

Assim, outra não poderia ser a decisão do Plenário, que a de determinar às Requerentes procedessem à desconstituição dos atos que resultaram na criação do monopólio de produção de fibras de poliéster e acrílica, nos exatos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, verbis:

“Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorridos efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.”

Como se pode constatar, a lei confere alternativas várias para a realização da desconstituição dos atos não aprovados, mas é muito clara no sentido de que, qualquer que seja a adotada, deverá ser eficaz para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica. Uma vez que a decisão do Plenário deixou em aberto, às Requerentes, a escolha da providência a adotar visando a desfazer o ato de concentração horizontal, cumpre, então, nesta oportunidade, verificar se a proposta apresentada pelas Requerentes oferece elementos que permitam ao Plenário do CADE considerá-la factível e eficaz para atingir o objetivo de interesse público definido na lei, qual seja, a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência.

3. Lendo-se a proposta das Requerentes, constata-se que a opção foi a venda de ativos, constituindo-se, para tal fim, uma terceira empresa, sob controle da Rhodia-Ster S.A., para a qual seriam carreados ativos destinados à produção de fibras de poliéster e acrílica. Tal empresa teria, desde a sua

formação, administração independente, até a efetiva venda desse ativos a terceiros, absolutamente desvinculados das Requerentes.

No desenvolvimento da proposta, esclarecem as Requerentes que seriam transferidos para a nova empresa, conjuntos industriais de máquinas e equipamentos que hoje integram a unidade localizada em Santo André, SP, de modo a permitir uma produção de 24.000 toneladas/ano de fibra poliéster, equivalente à média de produção da Sinasa/Celbrás nos últimos três anos. De outra parte, partindo da consideração de que o Grupo Sinasa/Celbrás produziu uma média de 10.900 toneladas/ano de fibras acrílicas, nos últimos três anos, propõe-se a transferência para a empresa, a ser criada, de um conjunto industrial completo de máquinas e equipamentos localizado na unidade de Camaçari-BA., com capacidade instalada de 18.000 toneladas/ano de fibras acrílicas, constatando-se um excesso de capacidade oferecido, face à impossibilidade de se dissociar o conjunto industrial total.

As Requerentes trouxeram aos autos um laudo elaborado pela empresa SETAPE - Serviços Técnicos de Avaliações do Patrimônio e Engenharia S/C Ltda., posteriormente aditado, no qual se faz uma descrição do processo produtivo, dos equipamentos e da capacidade de produção das unidades de Santo André e Camaçari. Informa-se que as vistorias foram realizadas com os equipamentos em rotina normal de produção e atesta-se que a capacidade de produção da unidade de Santo André é de 25.000 toneladas/ano de fibras de poliéster e a da unidade de Camaçari, de 18.000 toneladas/ano de fibras acrílica, em números aproximados, considerando-se 11 (onze) meses de operação.

4. Em seu respeitável voto, conclui o ilustre Relator, Conselheiro José Matias Pereira, que a proposta é factível e que atende ao disposto na lei, uma vez que prevê a reconstituição, em duas empresas, dos volumes de oferta de fibras acrílica e poliéster, recompondo-se a estrutura do mercado, tal como era anteriormente à constituição da empresa Rhodia-Ster S.A. Condiciona, todavia, a sua aprovação, ao entendimento, pelas Requerentes, de uma série de compromissos, dentre os quais o de garantia de produção dos conjuntos industriais e de manutenção das unidades nos locais ora instalados, caso seja de interesse dos compradores.

5. Com a devida vênia, permito-me divergir de tais conclusões, uma vez, que da análise que realizei na proposta das Requerentes, bem assim do laudo que a acompanha, não retiro indispensáveis elementos de convicção quanto à adequabilidade de técnica da operação cogitada ou quanto ao reunir ela condições para a reconstituição do mercado, tal como objetivado na decisão deste Colegiado.

Na verdade, a proposta de transferência de ativos de duas unidades industriais a uma empresa a ser criada, sem estar acompanhada de estudo de sua viabilidade técnica, não permite concluir que a produção se mantenha nos mesmos níveis das plantas originais. De outra parte, as Requerentes apenas se comprometem a, na oferta de venda de tais ativos, fazer constar uma garantia de produção dos conjuntos industriais, sem se referir a exigência de compromisso contratual do eventual comprador, no sentido de efetivamente utilizar seus equipamentos na produção de fibras de poliéster e acrílica, consideradas as condições especialíssimas que terão determinado a operação; tal exigência abrangeria um período mínimo de 3 (três) anos, desde que não alterada substancialmente a estrutura de oferta de tais fibras no mercado nacional, como consta nesta parte, do voto do Relator.

Pode-se ainda inferir, à vista dos elementos constantes do processo, que ao menos no concernente à produção de fibras de poliéster, a opção adotada pelas Requerentes se configura como um reforço de concentração, à medida em que amplia o poder de mercado do Grupo Rhodia. Veja-se, a tal propósito, que as próprias Requerentes, em seu pedido inicial, afirmam que a capacidade instalada de produção de fibra de poliéster da Celbrás, na unidade industrial localizada em Poços de Caldas era de 30.000 toneladas/ano. Todavia, conforme se verifica, a proposta é de se transferir à empresa a ser criada, uma capacidade instalada de produção de 24.000 toneladas/ano dessas fibras, sendo que no laudo da SETAPE se lê que a capacidade de produção da unidade de Santo André é de 25.000.000 toneladas/ano, aproximadamente.

Outro aspecto importante, que mereceria adequado estudo, é o do grau de competitividade de que disporia o eventual comprador dos conjuntos industriais, em um mercado atualmente monopolizado; ou, ainda, se, em um tal contexto, haveria realmente interessados em ingressar nesse mercado e efetivamente competir com o Grupo dominante, devendo-se ainda levar em conta, segundo se extrai dos elementos dos autos, que existem barreiras fiscais que inibem a concorrência de produtos importados.

6. Enfim, são todos dados fundamentais, imprescindíveis mesmo, segundo entendo, a que o julgador do CADE possa firmar sua convicção e, assim, autorizar uma operação que se venha a demonstrar eficaz, no sentido de recompor a estrutura concorrencial daquele mercado relevante, em cumprimento ao disposto no parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Assim considerando, a proposta encaminhada pelas Requerentes, tal como formulada, se demonstra incompleta, tecnicamente insatisfatória e, mesmo, concentradora, não reunindo condições de aprovação.

Sugiro, então, ao Plenário, se assinalar um prazo de 05 (cinco) dias às Requerentes, para, se assim o desejarem, afirmarem sua intenção de submeter

a este Colegiado uma outra proposta de desconstituição do monopólio, que, nos termos das observações posteriores, venha a trazer elementos que demonstrem a consistência e eficácia das medidas pretendidas realizar, visando a dar cumprimento à anterior decisão do CADE. Caso assim não ocorra, proponho seja o Presidente do CADE autorizado a determinar à Procuradoria a adoção das medidas judiciais cabíveis, nos termos do art. 8º, VI c.c. art. 60 e seguintes, da Lei nº 8.884/94.

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

PROPOSTA DE DESCONSTITUIÇÃO

1. PRELIMINARMENTE, em comentário às ressalvas apresentadas pelas proponentes sobre a não aprovação da transação que submeteram ao CADE e a não celebração do compromisso de desempenho, observo que a Lei não outorga ao Colegiado competência para aprovar a formação de monopólio e submetê-lo a compromissos de desempenho. O sistema de controle dos atos de concentração adotado em nosso ordenamento jurídico admite que certo grau de restrição à concorrência possa ocorrer, desde que resulte em benefícios para os consumidores. Não admite, porém, que a concorrência no mercado seja totalmente suprimida, posto que o bem estar do consumidor depende da pluralidade de agentes produzindo e colocando bens no mercado a preços competitivos.

Ao aprovar um ato de concentração que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência, o CADE definirá, quando for o caso, compromissos de desempenho, em termos qualitativos e quantitativos, de sorte a assegurar que as eficiências objetivadas no ato de concentração sejam efetivamente alcançadas.

O compromisso de desempenho não é, contudo, como insinuam as proponentes, um direito absoluto de quem submete acordos ao CADE. A função do Colegiado não é simplesmente homologatória de atos de concentração, até porque a concorrência pressupõe mercados desconcentrados. Cabe ao Colegiado, ao contrário, examinar aqueles atos e aprová-los ou não, conforme o seu impacto concorrencial e os benefícios que acarretarão para o consumidor, de acordo com os critérios definidos na lei.

Se o ato de concentração é de todo prejudicial à concorrência não há compromisso que possa eliminar seus efeitos, não tendo, portanto, o CADE, competência para autorizá-lo.

Ademais, o objetivo do compromisso de desempenho não é fazer com que a regulação do Estado substitua a concorrência, pois é no processo concorrencial e na dinâmica do mercado, e não através do controle estatal, que os agentes encontram o necessário incentivo para buscar o aperfeiçoamento de seus produtos e custos mais reduzidos para fazer face às preferências do consumidor.

Em regra é o mercado, e apenas excepcionalmente o CADE, o local onde as empresas devem buscar seus parâmetros de eficiência. Se não for este o entendimento, o CADE será transformado num grande cartório de homologação de atos de concentração e controle dos objetivos propostos. Isto significa matar a concorrência e transformar o órgão de sua defesa em controlador do mercado.

Com toda a certeza este não é o objetivo da lei e nem autoriza esse tipo de entendimento o princípio da livre concorrência consagrado na Constituição.

A proposta política de flexibilização dos monopólios públicos está inclusive calcada no princípio da concorrência, na crença de que o Estado nem sempre tem condições de substituir o mercado na tarefa de maximizar a satisfação do consumidor.

A transação monopolística submetida por RHODIA e SINASA foi desaprovada pelo CADE, não ficando qualquer dúvida sobre a sua nocividade para a concorrência. Essa questão, portanto, já se encontra superada a nível do Colegiado.

A negociação que ora se faz, para desconstituir o ato que o Conselho julgou prejudicial à concorrência, é uma maneira de resolver o problema criado pelas concorrentes que uniram, sendo certo que a outra é a via judicial, assegurada tanto às proponentes quanto ao CADE.

Na verdade, o direito que têm as concorrentes de defender seus interesses e questionar as decisões do CADE no Poder Judiciário corresponde à obrigação que tem o Colegiado de fazer executar suas decisões judicialmente, na defesa do interesse público.

2. NO MÉRITO, o que se tem de apreciar é a proposta submetida por RHODIA S.A. e SINASA S.A. - ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO à aprovação do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE, nos termos do art. 54, § 9º da Lei nº 8.884/94, para a desconstituição do monopólio de fibras acrílicas e de poliéster, conforme determinado pelo COLEGIADO.

O citado dispositivo está assim expresso:

Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, vendas de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

Verifica-se que o legislador colocou à disposição do CADE um vasto elenco de alternativas que, a seu critério, possam ser utilizadas para promover, com a desconstituição do ato, a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência.

No caso presente, este Colegiado, ao invés de escolher de pronto a alternativa capaz de eliminar os efeitos anticoncorrenciais, determinou às partes que propusessem a forma de desfazimento do ato para se atingir a finalidade legal, qual seja, o retorno do mercado às condições anteriores ao processo de concentração desautorizado.

Cabe, pois, a este Colegiado, no momento, analisar a proposta oferecida por SINASA e RHODIA e verificar se a mesma dispõe das necessárias condições de restaurar a concorrência no mercado relevante de fibras acrílica e de poliéster.

3. SINASA E RHODIA propõem a este Colegiado desconstituir a transação que realizaram nos seguintes termos:

Criarão, no prazo de dois meses, uma empresa, ainda sem forma societária definida, cujo objeto principal será a industrialização e a comercialização de fibras acrílica e de poliéster, para a qual seriam transferidos conjuntos de máquinas e equipamentos pertinentes à fabricação daquelas fibras, de modo a assegurar a produção futura, em quantidades iguais àquela que ocorria no mercado nacional antes da transação.

A empresa assim constituída seria, no prazo de quatro meses, colocada à venda, com a alternativa de se vender apenas os seus ativos, em licitação, por preço e condições de pagamento lastreados em avaliação, realizada por empresa idônea do ramo, sendo toda a operação de alienação acompanhada por empresa de auditoria de conhecida reputação, comprometendo-se as vendedoras a envidar todos os esforços para que a venda se realize no menor prazo possível.

As proponentes asseguram que a nova empresa será administrada de forma independente de RHODIA-STER, oferecendo ao CADE livre acesso a

todos os documentos pertinentes à transação, além de relatórios mensais sobre o andamento das providências necessárias à venda da empresa ou de seus ativos.

A independência operacional da nova empresa seria possibilitada com a transferência de empregados da área comercial de RHODIA-STER e, depois de vendida, se houvesse interesse dos adquirentes, seria assegurada assistência técnica, por um período razoável de tempo, nos termos e condições a serem pactuadas por ocasião da venda.

4. Os ativos que se propõe transferir à nova empresa são constituídos de equipamentos e maquinários que se encontram em operação nas instalações de RHODIA-STER. Está claro na proposta que as instalações de Santo André, que produzem a fibra poliéster, não estão à venda. Há dúvidas, porém, quanto ao complexo de Camaçari, não se sabendo, ao certo, se as máquinas que produzem a fibra acrílica serão vendidas juntamente com as instalações.

Há, no entanto, uma afirmação no item 7 da proposta que me leva a crer que, também, no caso de Camaçari, somente as máquinas estão à venda.

Se apenas as máquinas estão sendo vendidas, não me parece justificável a criação de uma empresa, no prazo de dois meses, para fazê-lo. Por outro lado, dos termos da proposta, é difícil concluir pela factibilidade da transação.

A empresa a ser criada, que terá como objeto a industrialização e a comercialização de fibras não tem parque industrial próprio. O maquinário de que dispõe está localizado em parques industriais distintos, Bahia e São Paulo, em instalações que não serão suas, mas de sua futura e única concorrente, hoje responsável pelo monopólio e, após a venda do maquinário, detentora, como adiante se verá, de 70% da produção dessas fibras.

Depois de criada, até a sua venda, a nova empresa permanecerá em operação para garantir a produção do mercado, nos níveis anteriores à criação do monopólio. Essa produção, no entanto, só pode ser assegurada pelas proponentes até a venda, já que o comprador deverá desocupar, como é de se presumir, as instalações do vendedor, seu futuro concorrente, e arcar com todo o ônus e as delongas para instalar a nova fábrica, o que, certamente, afetará todo o processo produtivo.

A remoção desses equipamentos, sua reinstalação em outro local e a contratação de pessoal especializado num mercado onde só existe um fabricante são barreiras incontestes à entrada de novos concorrentes no mercado e, sem dúvida, dificuldades que a proposta sequer sugere como contornar.

5. Mas não apenas a inviabilidade da venda dessa nova empresa que me preocupa. Verifico, também, que ainda que a transação seja efetivamente realizada e bem sucedida, e que o novo comprador restaure de pronto a capacidade de produção dos equipamentos e, de fato, inicie com a vendedora um processo concorrencial, RHODIA obterá, com o aval do CADE, um aumento de sua capacidade de produção de fibra poliéster.

Se capacidade de produção da fibra acrílica do maquinário a ser vendido é de 18.000 toneladas/ano, assegurando-se ao eventual comprador uma participação 29,7% no mercado, a mesma capacidade produtiva que CELBRÁS detinha em Camaçari, o mesmo já não ocorre no caso da fibra de poliéster.

Isto porque, a empresa CELBRÁS, ao ser incorporada pelo GRUPO RHODIA, tinha uma capacidade instalada de 30.000 toneladas/ano para a produção de fibra poliéster, com a participação de 26,2% no mercado. O maquinário à venda, em Santo André, só teria a capacidade de produzir 24.000 toneladas de fibras poliéster, ou seja, 6.000 toneladas a menos do que CELBRÁS era capaz de produzir em Poços de Caldas.

Antes da criação do monopólio, a capacidade de produção de RHODIA era de 50.000 toneladas/ano de fibra poliéster, sendo 24.000 em Santo André, São Paulo, e 26.000 em Cabo, Pernambuco. Essa quantidade, somada à produção de CELBRÁS, formava a produção nacional de 80.000 toneladas.

Com a venda do maquinário, capaz de produzir apenas 24.000 toneladas de fibra poliéster, RHODIA reterá a capacidade de produção de 56.000 toneladas, que corresponde a 70% do mercado, se a venda realmente se efetivar e os equipamentos forem efetivamente utilizados na produção daquela fibra. Isto quer dizer que, desconstituída a transação na forma proposta, RHODIA permanecerá com uma participação relativa no mercado ainda maior do que aquela que detinha antes de adquirir CELBRÁS, com um aumento de 7,5%, correspondente a 6.000 toneladas, que é substancial no caso de duopólio.

6. A factibilidade da proposta não está, a meu ver, na possibilidade de criação de uma empresa para vender máquinas usadas, em perfeito estado de conservação. Isto é algo aparentemente simples. O que a proposta deve demonstrar é se essa venda tem condições de eliminar os efeitos nocivos causados ao mercado com a supressão total da concorrência.

A transação levada a efeito pelas proponentes e desaprovada pelo CADE não foi uma simples compra de ativos, mas a incorporação de uma empresa, que resultou na transformação de um duopólio em monopólio, com

total eliminação da concorrência e a mais completa ausência de parâmetro no mercado nacional para a aferição do preço competitivo.

Criar uma empresa e colocar à venda o maquinário de que disponha não constituem ações suficientes para recompor o mercado, quando sequer se sabe se os compradores do maquinário poderão lhe dar uso alternativo, que os retiraria do mercado de fabricação das fibras de poliéster ou acrílico, assegurando-se a RHODIA o monopólio que criou.

Não acompanha a proposta qualquer informação sobre a viabilidade mercadológica da transação; sobre o interesse que as máquinas e equipamentos possam despertar fora de suas instalações; sobre a possibilidade de utilização das máquinas e equipamentos na fabricação de outras fibras; sobre as eventuais dificuldades ou facilidades que os compradores poderiam encontrar na instalação do novo negócio; sobre a mão-de-obra especializada necessária ao empreendimento; ou a respeito do capital necessário à instalação da unidade fabril.

A única informação acostada é o laudo relativo à capacidade de produção do maquinário, que atesta o que já era conhecido do CADE, vez que os dados ali trazidos já haviam sido oferecidos no processo e examinados na análise do ato de concentração. E foi exatamente nesses dados que as proponentes se louvaram para alcançar as eficiências que consideram preponderantes para a economia nacional, não sendo de se supor que estivessem certificando a existência de algo que não tinham.

7. Não encontro na proposta em apreço elementos que me convençam de que a desconstituição do ato na forma submetida reverta os efeitos que as proponentes causaram ao mercado, eliminando totalmente a concorrência com o monopólio que criaram na produção das fibras acrílica e de poliéster.

Não é difícil concluir, da leitura da proposta, que seu principal objetivo é manter a tal sinergia na produção de fibras e pet, e não restaurar as condições concorrenciais no mercado das fibras.

A desconstituição da transação só tem como objetivo a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência. O dano ao mercado já foi causado, com a supressão total da concorrência. Ao desaprovar o ato de concentração mencionei indícios de abuso de posição dominante nos preços excessivos atribuídos à matéria prima. É certo que já não existe no mercado nacional parâmetro concorrencial, tendo-se de buscar no exterior o preço comparável. E, nessa comparação, vê-se da informação trazida aos autos pela Fábrica de Cobertores Parayba, que o produto nacional, fibra acrílica de primeira, é obtido ao preço de US\$ 2.931,10 a tonelada, a serem pagos no prazo de 30 dias, e que o importado, procedente da Monsanto Company, nos Estados

Unidos, podia ser comprado em setembro ao preço de US\$ 2.574,05, posto em São José dos Campos, para pagamento em 60 dias, através de carta de crédito (fls. 872).

Apontei naquela ocasião os riscos de se autorizar um monopólio num mercado onde boa parte dos usuários da matéria-prima são pequenos compradores e não tem acesso ao mercado internacional, com o ônus ainda de pagar a alíquota de importação, em torno de 15%, e as despesas de internação do produto.

São efeitos anticoncorrenciais como esses, que, sem qualquer apuração, chegaram ao conhecimento do CADE, através da simples leitura de documentos fornecidos pelas próprias proponentes, que o CADE deve eliminar, buscando a recomposição do mercado, para que o consumidor volte a ter opções.

Os problemas existentes hoje no mercado nacional de fibras acrílica e poliéster são de inteira responsabilidade das proponentes que criaram um monopólio em desobediência à lei. Aos agentes econômicos deu o legislador a opção de consultar o CADE previamente à transação ou correr o risco de, eventualmente, desfazê-la por contrariar a lei e prejudicar o mercado, assegurado a terceiros que sofrerem danos a devida reparação.

8. Mas a tarefa que me cumpre aqui é votar pela aprovação ou não da proposta de desconstituição oferecida por RHODIA e SINASA, tendo em vista a finalidade legal, qual seja, a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência.

O ilustre Conselheiro Relator afirma em seu voto que a proposta pode ser parcialmente aceita, mas altera substancialmente o seu conteúdo, exigindo garantias de fatos e atos que nem foram contemplados pelos proponentes, limitando-se a acolher o *modus faciendi* da desconstituição do ato, através da criação da nova empresa e venda dos ativos.

No tocante às garantias, o ilustre Relator não lhes especificou a modalidade, enquanto que as proponentes falaram em *performance bond*, sem, contudo, oferecer qualquer definição.

As dúvidas e os problemas relativos à proposta começam, a meu ver, exatamente a partir da tentativa de vender algo que nem se sabe se vendável e da possibilidade dessa venda recompor o mercado.

A exequibilidade da venda da nova empresa e sua aptidão para recompor o mercado deveriam ter sido objeto de laudos de especialistas, já que a mera venda das máquinas não tem, com toda a certeza, o condão de recompor a estrutura do mercado antes do monopólio, e nem eliminar os

efeitos nocivos à concorrência. Nas delongas da criação de uma empresa que, na prática, administrará e venderá máquinas para, depois, provavelmente se extinguir, corre o risco de se tornar inóqua a decisão deste Colegiado.

RHODIA E SINASA estão se desfazendo do que não lhes interessa mais no seu complexo industrial e não há nada na proposta que indique que outros se interessarão. Nos termos em que se apresenta afigura-se-me inepta e protelatória.

Voto, pois, pela sua não aprovação e, por não vislumbrar na proposta disposição das proponentes em eliminar os efeitos que causaram no mercado com a total supressão da concorrência, entendo que este Colegiado deve dar por encerrada as tentativas de composição, propondo judicialmente a desconstituição, autorizado, desde já o Sr. Procurador Geral Substituto a promover as medidas cabíveis.

Estando configurado o domínio de mercado e a eliminação da concorrência, deve o fato ser comunicado ao Secretário de Direito Econômico, para que instaure o competente processo administrativo e apure, desde já o abuso de posição dominante, cujos indícios já se fazem presentes, conforme já mencionado.

Ciência também da transação impugnada deverá ser dada ao Ministério Público Federal para as providências de sua competência, à vista do que dispõe o art. 4º da Lei 8.137/90.

Neide Teresinha Malard

Conselheira

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO MONTEIRO SOARES

TRANSAÇÃO: DESCONSTITUIÇÃO DA PRODUÇÃO DE FIBRAS ACRÍLICAS E POLIÉSTER DA EMPRESA RHODIA-STER S.A.

1. Preliminarmente, entendo que algumas questões devem estar devidamente assentadas para que não parem dúvidas sobre a Decisão do CADE proferida em 30.09.94.

Conforme observado às fls. 13, item 8, da proposta em análise, as requerentes afirmam que o CADE “deixou de aprovar sumariamente um ato de associação com base em presunções de que as condições do art. 54 poderiam não se realizar,” e que caberia aos julgadores utilizarem-se do art. 58, que trata do compromisso de desempenho.

Ressalte-se, uma vez mais, que, em decorrência da transação, a CELBRÁS e as empresas do Grupo Rhodia, que concorriam no mercado de fibras poliéster e acrílica em situação de duopólio, deixaram de fazê-lo, passando, por intermédio da RHODIA-STER, à assumir uma posição de monopólio.

Ao constatar a eliminação da concorrência no mercado de fibras acrílicas e poliéster, coube aos integrantes deste Conselho analisar se as eficiências e as condições descritas em lei estavam sendo atendidas pelas requerentes e se a transação era necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum.

Exame atento das eficiências demonstrou a ocorrência de flagrante inconsistência entre as informações apresentadas no memorial e os dados constantes dos documentos anexos (1º e 2º volumes), notadamente no que respeita aos investimentos programados, o incremento das exportações e a geração de empregos.

Ficou evidente para todos os membros deste Colendo Conselho que as requerentes não conseguiram oferecer uma demonstração robusta e consistente de seus alegados propósitos, por serem insustentáveis seus argumentos de eficiência.

Assim, o Colegiado entendeu por bem aprovar a integração vertical e, em relação a concentração horizontal, verificando a criação do monopólio na área de fibras acrílicas e poliéster, determinou a sua desconstituição, nos termos do parágrafo 9º do art. 54 da Lei nº 8.884.

Portanto, por descabido, não haveria possibilidade de formalização de compromisso de desempenho, visto o CADE ter rejeitado o ato por considera-lo ilegal.

2. Naquela oportunidade, a decisão do CADE foi no sentido de que não se deveria estabelecer previamente a forma pela qual seria desconstituído o ato de concentração horizontal, deixando à escolha das requerentes as hipóteses de desconstituição previstas na segunda parte do parágrafo 9º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, ou seja, “distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades, ou qualquer ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica.”

As requerentes optaram pela constituição de uma subsidiária integral da RHODIA-STER S/A, para a qual destinarão ativos voltados à produção de fibras poliéster e acrílica, subsidiária esta que terá, desde a sua formação, administração independente, até a efetiva venda desses ativos, que se fará a terceiros desvinculados das requerentes.

3. O digno Conselheiro Relator, Dr. José Matias Pereira, em seu Despacho proferido em 04.11.94, determinou que se aguardasse a entrega,

pelas requerentes, de parecer técnico, a ser emitido por empresa de consultoria independente especializada na matéria, por entender que tal parecer constituir-se-ia em peça indispensável para o exame da proposta de desconstituição apresentada.

As requerentes apresentaram laudo de avaliação que, conforme constata-se em sua Introdução “tem por objetivo apresentar uma descrição do processo produtivo dos equipamentos e da capacidade produtiva da unidade industrial. Na sua elaboração foi feita vistoria nessa Unidade Industrial onde foram analisados o estado de conservação, qualidade e características técnicas e produção dos Equipamentos.”

Ao se examinar o laudo apresentado pelas requerentes, constata-se uma descrição do processo produtivo e dos equipamentos, além de ser estimada a capacidade produtiva das unidades industriais. É ressaltado no documento que a vistoria foi realizada com os equipamentos em rotina normal de produção.

Não consigo alcançar, até por insuficiência de elementos contidos no referido parecer, como poderá ser recomposto o mercado, visto que, em momento algum, foi demonstrado pelas requerentes a adequabilidade técnica da proposta.

Na verdade, embora o precitado parecer informe que serão restabelecidos os níveis de produção, ou seja, 24.000 toneladas/ano de fibras de poliéster na unidade industrial de Santo André/SP e de 18.000 toneladas/ano de fibras acrílicas na unidade da Camaçari/BA, não contempla aspectos que entendo essenciais à operação, visando assegurar condições de competitividade da nova empresa no mercado. Refiro-me particularmente à factibilidade de relocação das máquinas e equipamentos em outras plantas industriais; a viabilidade técnico/econômica da nova empresa; os padrões de competitividade dos equipamentos, mantida sua localização atual e considerada sua realocação; em que condições esses equipamentos, ao estarem integrados ao conjunto industrial pertencente à RHODIA, poderão ser operados de forma independente por outra empresa, dentre outros aspectos.

Releva salientar que a imobilização de recursos em uma planta industrial, o realocamento dos equipamentos nesta planta, a contratação de assistência técnica e pessoal especializado envolve volume de recursos tal que poderá representar uma barreira ao ingresso de novos concorrentes no mercado.

A afirmativa na proposta de que os equipamentos das duas unidades industriais possuem capacidade de produção para recompor os volumes de fibras acrílicas e poliéster, anteriormente produzidos, por si só não assegura

que poderão ser operados de forma independente dos conjuntos industriais pertencentes à RHODIA, assegurando a maximização da produção.

Seria um excesso de credulidade imaginar que uma empresa concorrente viesse a se interessar em adquirir os equipamentos que se encontram integrados ao processo produtivo de outra, “mas que poderão ser operados de forma independente”. Tal “independência” na prática não se viabilizará, visto que os quadros técnicos da primeira possuem conhecimento detalhado sobre o processo produtivo utilizado, a produtividade que poderá ser alcançada também é conhecida, os custos de correntes são igualmente do conhecimento da concorrente, assim como a capacidade de produção, seus clientes e fornecedores, dentre outros aspectos.

No que respeita à produção de fibras poliéster, considero da maior relevância a criteriosa análise efetuada pelos dignos Conselheiros que me precederam de que a unidade industrial da CELBRÁS, localizada em Poços de Caldas, e adquirida pela RHODIA, dispunha de uma capacidade instalada de 30.000 t/ano, ou seja, 30% superior àquela que o conjunto de máquinas e equipamentos de Santo André poderá vir a fabricar.

Tal fato demonstra, de forma insofismável, que o mercado de fibra poliéster não será integralmente reconstituído, eliminando-se, assim, os efeitos nocivos à ordem econômica. Ao contrário, se acolhida tal proposta, ter-se-á uma expansão no nível de concentração com efeitos nocivos sobre esse mercado.

Isto posto, permito-me discordar do ilustre Conselheiro Relator, inobstante as ressalvas apresentadas em seu voto, por entender que a proposta apresentada pelas Requerentes não é factível visando recompor aquele mercado.

Acompanho, portanto, o voto proferido pelo digno Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, no sentido de as requerentes apresentarem, no prazo de 5 (cinco) dias, proposta consistente que reúna condições efetivas de reconstituição do mercado de fibras acrílicas e de poliéster.

Marcelo Monteiro Soares

Conselheiro

ATO DE CONCENTRAÇÃO (AC) Nº 11/94

REQUERENTES: YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA, e CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE DO ESTADO DE PERNAMBUCO.

DECISÃO

Por unanimidade, o Colegiado rejeitou a preliminar de aprovação do ato por decurso de prazo. No mérito, por maioria, o Colegiado aprovou a operação de aquisição da CILPE - Companhia de Industrialização de Leite do Estado de Pernambuco, pela YOLAT - Indústria e Comércio de Laticínios Ltda., observadas as condições estabelecidas no voto do Conselheiro-Relator e fixando à Requerente o prazo de quinze dias para manifestar sua disposição em aceitar as referidas condições.

Plenário do CADE, 23 de novembro de 1994.

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Presidente
Substituto

MARCELO MONTEIRO SORES - Conselheiro-Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

JORGE GOMES DE SOUZA - Procurador-Geral Substituto

PARECER DO PROCURADOR

EMENTA - Ato de Concentração Econômica. Parecer PG nº 15/94. Alegação de Incompetência do Conselho. Consulta sobre ato de concentração econômica. Prazo decadencial. Aprovação automática por decurso de prazo. Aplicação do art. 74, 3º, da L. 4.137/62, com a redação do art. 13 da L. 8158/91. Esclarecimentos solicitados à empresa no prazo legal. Pedido de prorrogação. Suspensão do prazo na proporção do atraso. Esclarecimentos prestados insuficientes. Advento da L. 8.884/84 com nova sistemática. Interpretação gramatical inaplicável. A decadência não admite suspensão do prazo. Decadência não configurada. Manutenção do entendimento antes firmado. Competência do CADE para exame da matéria.

Após o Parecer PG nº 15/94, desta Procuradoria, a Yolat Indústria de Comércio de Laticínios Ltda., peticionou nos autos, suscitando a

incompetência deste Colegiado, para exame do Ato de Concentração, por considerá-lo aprovado, por decurso de prazo, nos termos do art. 74, § 3º, da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/94.

A questão da decadência no presente caso foi analisada pela Secretaria de Direito Econômico às fls. 365 e seguintes dos autos, bem assim por esta Procuradoria no Parecer nº 17/94, de fls. 380 a 388. Nos dois momentos, entendeu-se que o prazo de 60 dias não foi extrapolado. Entretanto, a empresa requerente não se acha convencida desse entendimento, daí a petição.

O § 3º, do art. 74, da Lei nº 4.137/62, com a redação que lhe foi dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91, tem o seguinte teor:

“Art. 74 - Os atos, acordos ou convenções, sob quaisquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame a anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

.....
§ 3º - A validade dos atos de que trata este, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização, não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados”.

Justificando seu entendimento, a empresa sustenta que o prazo aludido é decadencial, admitindo como prorrogação a hipótese de atraso na entrega de informações e mesmo assim na proporção da demora. Como a Consulta foi formalizada em 11.03.94, a decorrência é que a Secretaria de Direito Econômico deveria se manifestar sobre o ato de concentração até 12.05.94 e como esta manifestação não se fez, o ato, objeto da consulta, foi aprovado tacitamente, por decurso daquele prazo, mesmo pendente de manifestação da empresa, conforme se depreende da seguinte cronologia:

11.03.94 (sexta-feira) - Apresentação da Consulta.

14.03.94 (segunda-feira) - Início do prazo de 60 dias.

09.05.94 (segunda-feira) - Ofício OF/DPDE/Nº 234/94, solicita resposta à quesitos formulados naquela data, prazo de 48 horas para cumprimento (57º dia do prazo).

11.05.94 (quarta-feira) - Petição da Requerente solicitando, ainda dentro do prazo concedido no Ofício supra, prazo adicional (59º dias de prazo).

12.05.94 (quinta-feira) - Despacho do Diretor do DPDE concedendo prazo adicional de 24 (vinte e quatro) horas (60º dia do prazo).

.....

13.05.94 (sexta-feira) - Ofício OF/DPDE/Nº 243/94, dando ciência à Requerente que lhe fora concedido o prazo complementar (61º dia do prazo).

.....

16.05.94 (segunda-feira) - Petição da Requerente atendendo a solicitação do DPDE (64º dia do prazo).

Conclui a empresa que, ante tal quadro, fica evidente ter o prazo fatal expirado em 12.05.94 e que, de qualquer modo, transcorreram mais de 60 (sessenta) dias da data da apresentação

Está evidente que o processo de interpretação utilizado pela empresa é o gramatical, consubstanciado na parêmia “in claris cessat interpretatio, e que, no presente caso, poderia ser resumido na seguinte fórmula: recebida a consulta pelo órgão que não a apreciou no prazo decadencial de 60 dias, o ato é considerado automaticamente aprovado. O entendimento esposado pela empresa é o de que, mesmo tendo ela peticionado em 11.05.94, solicitando prorrogação de prazo para a apresentação de informações, como a SDE não se manifestou até 12.05.94, decaiu do direito de opinar sobre o ato de concentração.

Esses os fatos, passo ao exame:

Embora seja verdadeira a máxima atribuída ao apóstolo São Paulo - a letra mata, o espírito vivifica, nem por isso é menos certo caber ao juiz afastar-se das expressões claras da lei, somente quando ficar evidenciado ser isso indispensável para atingir a verdade em sua plenitude. O abandono da fórmula explícita constitui um perigo para a certeza do Direito, a segurança jurídica; por isso é só justificável em face de mal maior, comprovado: o de uma

solução contrária ao espírito dos dispositivos, examinamos em conjunto. As audácias de hermeneuta não podem ir a ponto de substituir, de fato, a norma por outra (Carlos Maximiliano, em Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 111, apud M. Rumpf - Gesetz und Richter, 1906, p. 76-78).

Entretanto, o maior perigo, fonte perene de erros, acha-se no extremo oposto, no apego às palavras. Atenda-se à letra do dispositivo; porém com maior cautela e justo receio de “sacrificar as realidades morais, econômicas, sociais, que constituem o fundo material e como o conteúdo efetivo da vida jurídica, a sinais, puramente lógicos, que da mesma não revelam senão um aspecto, de todo formal” (François Geny - Science et Technique en Droit Privé Positif, 1914, vol. I, p. 148). Cumpre tirar da fórmula tudo o que na mesma se contém, implícita e explicitamente, o que, em regra, só é possível alcançar com os vários recursos da Hermenêutica (Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 111). Verbum ex legibus, sic accipiendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis¹.

É o caso dos autos, em que se empregou para a interpretação o processo gramatical. Esse processo interpretativo, que busca amparo nos termos e palavras de lei, conduz a alguns resultados interessantes, como o da hipótese em que o órgão solicita esclarecimentos na mesma data da consulta, e a empresa pede adiantamento do prazo, de modo a ultrapassar aquele de que trata a Lei nº 8.158/91. Como o recebimento das informações e posterior manifestação do órgão se operam após o prazo de 60 dias. Tem-se, pela interpretação gramatical, que o ato de concentração está aprovado por decurso do prazo.

Referindo-se ao art. 74 da Lei nº 4.137/62, em sua primitiva redação. Werter Rotundo Faria anotou (in Constituição Econômica - Liberdade de Iniciativa e de Concorrência, p. 12) que “o reconhecimento de caráter benéfico ou prejudicial dos acordos restritivos da concorrência exige a realização de estudos e a elaboração de pareceres técnicos, como base nos quais possa julgar-se entre acordos bons ou maus (francês, alemão, brasileiro, etc...)” *juiz tende a ceder o lugar ao perito*”, como nota Claude Champaud (*Liberté de la Concurrence, Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, p. 61)... *O prazo para o Plenário*

¹ - O sentido das leis se deduz: tanto do espírito como da letra respectiva - Ulpiano, em o Digesto, liv. 50, tit. 1

do CADE decidir sobre o pedido de autorização e registro e de sessenta dias. Se nesse lapso de tempo, não o tiver preciado, a lei considera válido o acordo, até que sobre ele se pronuncie (sublinhei). O excesso de prazo, portanto, apenas faz gerar a presunção temporária de licitude da combinação” (ob.cit., p. 13).

Observe-se que a ausência de prazo para manifestação deixava a empresa sob o arbítrio do Estado, posto que, em qualquer momento, mesmo que transcorridos um mês, um ano, dez anos, poderia o órgão de defesa da concorrência impugnar a concentração efetivada, anulando o ato e acarretando, com isso, incomensuráveis prejuízos, não só à empresa, ao mercado que se pretendia ver protegido e à própria sociedade.

Daí a alteração introduzida pela Lei nº 8.158/91 na disposição legal em comento (art. 74, § 3º da L. 4.137/62), cujo objetivo foi o de evitar esse arbítrio, estabelecendo prazo, que se julgou razoável, para que a Administração se manifestasse. Entretanto, não poderia ela ficar à mercê de manobras jurídicas protelatórias impeditivas da análise do ato de concentração submetido a registro. O exemplo típico dessa manobra é o que se constata no presente caso: em 09.05.94 (segunda-feira - 57º dia de prazo), a empresa foi notificada, via fax, de que deveria apresentar respostas a quesitos formulados, em 48 horas. Em 11.05.94 (quarta-feira), a empresa peticionou a concessão de prazo adicional. Essa dilatação foi autorizada em 12.05.94 (quinta-feira), conforme despacho do Diretor do DPDE concedendo-lhe mais 24 (vinte e quatro) horas (60º dia de prazo).

Pretende a empresa que não se considere sua artimanha: o prazo da SDE era de 60 dias e como nele não houve manifestação sobre o ato, o órgão decaiu do direito de aprová-lo ou não. Entretanto o artigo 3º, aqui tratado, é claro: os atos de concentração não apreciados no prazo de 60 dias após sua apresentação serão automaticamente considerados válidos, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso.

Ineludivelmente, a empresa deixou de cumprir a determinação da SDE no prazo assinalado, só o fazendo de forma completa em 16 de maio de 1994. Por óbvio, de 09.05.94 a 16.05.94, transcorreram exatamente sete dias, prorrogando a data fatal para 19 de maio de 1994, se o processo estivesse

devidamente instruído. Ocorre que não estava, motivo pelo qual, em 16 de maio de 1994, antes do termo assinalado, a empresa juntou aos autos os esclarecimentos solicitados, entretanto, como se vê às 296/297, as respostas apresentadas foram consideradas insuficientes, porque a empresa deixou de prestar várias informações. Para finalizar a instrução do processo, em 06 de julho de 1994, a SDE solicitou novos elementos. E somente em 19 de julho de 1994 as duas últimas solicitações foram integralmente atendidas, ao ver da SDE.

Como é do conhecimento público, em 12 de julho de 1994, foi editada a Lei nº 8.884/94, que, em seu art. 90, interrompeu os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, da nova lei, que subordina o processo de consulta sobre ato de concentração a novos prazos, não ultrapassados no presente caso, porque, no entender do Conselheiro-relator, a quem o feito foi distribuído, o caso comporta esclarecimentos, já solicitados.

Para finalizar, uma pequena observação, quanto a alegada decadência que se diz do prazo em comento. Segundo Nicola Stolfi (em *Diritto Civile*, vol. III, nº 1.197) incorre em decadência, quando a lei ou a vontade do homem estabelece um termo peremptório para o exercício de um direito ou a propositura de uma ação judiciária. Nenhuma circunstância suspende ou interrompe o prazo decadencial, nem mesmo a incapacidade do agente de quem se exige a ação. No caso concreto, o prazo era de sessenta dias, prorrogável na proporção da demora na apresentação de documentos exigidos pelo órgão. A própria lei estabeleceu hipótese de suspensão. Logo, o caso não é de decadência. Quanto muito, se a tanto ousar chegar, seria de prescrição extintiva de um direito que, se não for utilizado até o termo assinalado, supõe a lei que ele foi abandonado. Em decorrência, embora o Parecer CCJ/CJ nº 247, trate como decadencial tal prazo, não é de se olvidar sua aplicação a questão diferente da do presente e mesmo assim, como bem salienta o senhor Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Secretário de Direito Econômico (in Memorial, de 27.10.94, que ora junto aos autos) e mesmo naquela hipótese não se afastou a possibilidade de suspensão do prazo pela Administração Pública.

Face ao exposto, mantenho o entendimento esposado no Parecer PG nº 15/94, por inexistir o alegado decurso de prazo, firmando, por decorrência, a competência deste Conselho para o exame da matéria.

Jorge Gomes de Souza

Procurador-Geral Substituto

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

YOLAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA., com fundamento no art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, e nos arts. 20 e seguintes do Regulamento anexo ao Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991, submeteu ao exame da Secretaria de Direito Econômico - SDE o contrato de aquisição do controle acionário da empresa Companhia de Industrialização de Leite do Estado de Pernambuco - CILPE.

Afirma a Requerente que, através de leilão especial do qual participou como única licitante, adquiriu o controle acionário da CILPE, empresa de economia mista vinculada à Secretaria de Agricultura do Estado de Pernambuco e incluída no Programa Estadual de Desestatização daquele Estado, tendo sido arrematado 90% do capital da empresa licitada.

Segundo informa a Yolat, a CILPE iniciou suas atividades em maio de 1961, com a implantação da Usina de Beneficiamento de Leite (USIBE), que seria responsável pela distribuição de leite pasteurizado na Região Metropolitana de Recife. Informa ainda a Yolat que a CILPE não teria surgido com a função específica de atuar apenas como intermediária entre o produtor de leite e o consumidor, tendo sido criada com a finalidade maior de dinamizar a estrutura produtiva do Estado de Pernambuco, consolidando a bacia leiteira que estava em crescimento.

Na década de 1970, informa a Requerente, teria a CILPE partido para a encampação de empreendimentos privados que, na época, se encontravam operando no setor de laticínios em Pernambuco, tendo adquirido as empresas Garanhuns Industrial S/A (GISA), Laticínios Santa Maria, Laticínios Sanharó S/A (LASA), todas situadas no Estado de Pernambuco e operando no setor de industrialização de leite e derivados.

A partir de 1988, diz a Yolat, com o decréscimo da produção do leite tipo C e o surgimento de novos concorrentes, a CILPE teria passado a enfrentar suas primeiras dificuldades, tendo, no período de 1987/91, seu desempenho prejudicado pela morosidade em adaptar-se à forte concorrência, ambiente que se intensificou nos últimos anos. A busca e a exploração de novos mercados não teria feito parte de sua estratégia comercial, resultando em perda de competitividade e degradação da situação financeira da empresa.

Segundo a Requerente, foi essa a razão que levou o Governo Pernambuco a decidir pela transferência do controle acionário da CILPE e da GISA para a iniciativa privada, com a finalidade de permitir a eliminação dos constrangimentos advindos do controle estatal e a realização de investimentos

essenciais ao desenvolvimento e à recuperação da competitividade dessa empresa.

Informa a Yolat que com a aquisição da CILPE será possível o saneamento da capacidade instalada e o alcance do nível de escala, com recuperação de equipamentos, modernização da planta mediante substituição de equipamentos obsoletos, relativização de linhas de produção ora paralisadas, e reformulação do fluxo de produção com vistas à redução de custos. Contemplam-se ainda, prossegue a Requerente, ganhos significativos no campo tecnológico, com reflexos positivos em qualidade e produtividade e, por consequência no custo de produção da CILPE, sendo que uma das prioridades da operação será a preservação da qualidade dos produtos fabricados pela CILPE, em benefício direto do consumidor.

Afirma a Yolat que a operação permitirá a produção local do leite longa vida, linha a que não se dedicava a CILPE, assegurando ao consumidor sensível ampliação dos prazos de qualidade do produto.

Com o Requerimento vieram os documentos de fls. 11/181.

Em 16.03.94 a Secretaria de Direito Econômico-SDE, “ex vi” do disposto nos arts. 20 e 21 do Regulamento da Lei nº 8.158/91, aprovado pelo Decreto nº 36/91, solicitou o parecer técnico da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda (fls. 182).

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, em 09.05.94, notificou a Requerente para que apresentasse respostas aos quesitos formulados por aquele Departamento (fls. 185/198).

A Requerente, em 11.05.94, requereu ao DPDE a prorrogação do prazo para prestar as informações solicitadas, o que lhe foi deferido (fls. 233/234), tendo a empresa prestado as informações através dos documentos de fls. 246/293.

As fls. 199/225 encontra-se o parecer da Secretaria de Política Econômica.

Através do Ofício/MJ/SDE/DPDE/nº 277/94, de 18.05.94, o DPDE notificou a Requerente para que complementasse as informações prestadas àquele Departamento, por ter entendido que as mesmas não haviam sido atendidas na íntegra (fls. 296/297).

Em 06.07.94 o DPDE reitera à Requerente os termos do Ofício/MJ/SDE/DPDE/nº 277/94 e solicita informações complementares (fls. 300), tendo a empresa respondido às fls. 301/315.

O DPDE, em 21.07.94, solicita novas informações à YOLAT (fls. 318), tendo reiterado o seu pedido a fls. 319.

A Empresa requerente, em 09.08.94, presta ao DPDE parte das informações solicitadas, e requer prorrogação de prazo para o fornecimento dos demais elementos. Alega a Yolat em sua petição que a Consulta submetida ao exame da SDE encontrava-se sob a égide da legislação anterior à Lei nº 8.884/94, já tendo sido aprovada por decurso de prazo (fls. 320/322).

Das fls. 322/324 constam as demais informações enviadas pela Requerente.

A Coordenadoria Geral Técnica de Assuntos de Concentração Econômica do DPDE, em nota técnica de fls. 325/362, concluiu pela inexistência de elementos que obstassem a aprovação da operação sob exame, uma vez que a operação atenderia aos requisitos legais. Sugeriu aquela Coordenadoria que, uma vez aprovado pelo CADE, fosse o ato condicionado a alguns pressupostos indicados pelo Departamento.

O Diretor do DPDE, às fls. 365/372, afirma ser improcedente o argumento sustentado pela Requerente de que a Consulta submetida à SDE estaria aprovada em razão do decurso de prazo.

Após ressaltar os aspectos positivos e negativos da operação sob consulta levantados pela Secretaria de Política Econômica e pela Coordenadoria Geral Técnica de Assuntos de Concentração Econômica, o Diretor do DPDE manifesta-se no sentido de que o CADE, uma vez aprovando referida operação, deveria impor à Requerente compromissos capazes de minimizar os efeitos negativos no mercado regional.

O Secretário da SDE, em 10.09.94, reportando-se aos pareceres da Coordenadoria Geral Técnica (GTACE) e do Diretor do DPDE, deu por concluída a instrução do processo de consulta determinando o seu encaminhamento ao CADE, a teor do disposto no parágrafo 6º do art. 54, da Lei nº 8.884/94 (fls. 373).

Encaminhado o presente processo de consulta ao CADE (fls. 376), a mim foi distribuído em 13.09.94 (fls. 377).

Em parecer acostado às fls. 380/388, o digno Procurador-Geral Substituto do CADE, Dr. Jorge Gomes de Souza, manifesta-se favoravelmente à aprovação da operação, sugerindo ao Plenário do CADE a definição de compromissos de desempenho para a empresa requerente, de modo a assegurar o cumprimento das condições impostas pelo art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, mediante o acompanhamento do mercado, com destaque à participação da empresa Yolat, bem assim do Grupo Parmalat, nos mercados regional e nacional de leite e seus derivados.

Em 04.10.94, foram requisitadas informações à Yolat, com vistas a subsidiar a análise da presente operação (fls. 390/393), vindo a resposta às fls. 420/439.

As fls. 394/400 encontra-se requerimento da Yolat, em que a empresa alega ter sido o seu pedido objeto de anuência tácita pelo decurso do prazo decadencial previsto no parágrafo 3º do art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91, então em vigor.

As fls. 401/409, em memorial dirigido ao Procurador do CADE, a SDE aborda a questão suscitada pela Yolat, vindo às fls. 410/413 a manifestação do ilustre Procurador no sentido da improcedência da alegação da empresa.

Em 08.11.94 a Associação das Indústrias de Panificação de Pernambuco e a Associação Pernambucana de Supermercados foram notificadas a prestar informações no prazo de 5 (cinco) dias (fls. 414/419), vindo às fls. 440/441 a resposta da segunda notificada.

A Yolat, em 17.11.94, requereu cópias de peças dos autos, no que foi atendida (fls. 444).

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR

***EMENTA:** Preliminar de incompetência do CADE para apreciar operação aprovada por decurso de prazo. Hipótese de suspensão prevista no parágrafo 3º do art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91. Prazo prescricional. Informações fornecidas de maneira incompleta e dentro de prazo adicional. Prorrogação do prazo na proporção do atraso. Advento da Lei nº 8.884/94 com nova sistemática. Preliminar rejeitada. Aquisição de empresa com base no art. 54 da Lei nº 8.884/94. Adquirente que não atua no mercado relevante: não alteração do índice de concentração. Razoabilidade da operação. Preenchimento das condições previstas em lei. Aprovação da aquisição.*

VOTO

1. Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda., com fundamento no art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, e nos arts. 20 e

seguintes do Regulamento anexo ao Decreto nº 36, de 14 de fevereiro de 1991, apresentou para exame e anuência da Secretaria de Direito Econômico-SDE o contrato de compra e venda de ações e outros pactos, instrumento representativo da aquisição, pela Yolat, via leilão especial, do controle acionário da empresa de economia mista Companhia de Industrialização de Leite de Pernambuco-CILPE.

A SDE, com base no parecer da Secretaria de Política Econômica, manifestou-se pela inexistência de elementos que obstassem a aprovação da operação realizada pela Yolat (fls. 360).

2. A Yolat suscita nestes autos a preliminar de incompetência do CADE para exame do ato de concentração, por considerá-lo aprovado, por decurso de prazo, nos termos do art. 74, parágrafo 3º da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91.

Sobre o assunto manifestou-se o Procurador-Geral do CADE Substituto, Dr. Jorge Gomes de Souza, às fls. 380/388 e às fls. 410/413.

O parágrafo 3º do art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação que lhe foi dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91, dispõe, “*verbis*”:

“Art. 74. Os atos, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

Parágrafo 3º. A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados”.

Da leitura que se faz do dispositivo acima transcrito tem-se que compete ao Poder Público o exame de atos de concentração que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas. Para o exercício dessa competência contará o Poder Público com um prazo de sessenta dias.

De outro lado, compete aos agentes participantes da operação fornecerem completa e tempestivamente as informações solicitadas pelo Poder Público para que esse, assim, tenha condições técnicas de exercer sua competência. Caso não o façam, o prazo concedido ao Poder Público será

prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados. Entenda-se atraso não só como o fornecimento de informações além do prazo assinalado como também o fornecimento inexato de informações.

A Yolat, ao requerer prazo adicional para o envio das informações solicitadas pelo DPDE e ao fornecê-las de forma incompleta, impossibilitou o DPDE de examinar a operação a ele submetida. Somente em 19.07.94 aquele Departamento recebeu todas as informações.

Com o advento da Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91, foram interrompidos, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, da nova lei.

Como bem ressalta o ilustre Procurador-Geral Substituto, a Lei nº 8.884/94 subordina o processo de consulta sobre ato de concentração a novos prazos, os quais, no presente caso, não foram ultrapassados, não havendo, pois, que se falar em aprovação por decurso de prazo (fls. 413).

Sobre a alegada decadência do prazo previsto no parágrafo 3º do art. 74 da Lei revogada, com propriedade entendeu o digno Procurador que, tendo a lei estabelecido hipótese de suspensão, ou seja, de prorrogação do prazo na proporção do atraso na apresentação das informações solicitadas pela SDE, não poder-se-ia falar em decadência. Quanto muito, prossegue o Procurador, seria o caso de prescrição extintiva de um direito que, se não utilizado até o termo assinalado, supõe a lei que teria sido abandonado (fls. 413).

Isto posto, rejeito a preliminar suscitada pela empresa.

3. Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda., via leilão especial, adquiriu, em 04.02.94, o controle acionário da empresa de economia mista CILPE.

A CILPE, então uma empresa de economia mista vinculada à Secretaria de Agricultura do Estado de Pernambuco, iniciou suas atividades com a implantação da Usina de Beneficiamento de Leite (USIBE) que seria responsável pela distribuição e abastecimento de leite pasteurizado na Região Metropolitana de Recife.

Quando de sua aquisição pela Yolat, a CILPE contava com unidades de captação, representadas por 15 (quinze) postos de recepção e resfriamento de leite, localizados nos municípios pernambucanos de Ribeirão (Zona da Mata); Limoeiro e Surubim (Agreste Setentrional); Gravatá, Pesqueira, São Bento do Una e São Caetano (Vale do Ipojuca); Bom Conselho (2 postos); Canhotinho e Correntes (Agreste Meridional); Águas Belas, Venturosa, Itaíba e São Pedro (Moxotó/Arcoverde). Os postos Santo Antônio (em Bom

Conselho) e São Pedro até então eram utilizados por cooperativas locais sob regime de comodato de equipamentos (fls. 77).

Além das unidades de captação, apresentava a CILPE três unidades fabris, sendo uma usina de pasteurização em Recife (USIBE), onde está centralizada a administração da CILPE, no local denominado “Ilha do Leite”, uma fábrica de queijos no Vale do Ipojuca, em Sanharó (LASA), uma fábrica de leite em pó e manteiga no Agreste Meridional, em Garanhuns (GISA). Estas cidades distam do Recife, por rodovia asfaltada, 199 Km (Sanharó) e 230 Km (Garanhuns).

A Usina de Beneficiamento de Leite - USIBE recebe o leite dos postos de recepção e da Gisa, produzindo ao final o leite pasteurizado tipo C, acondicionado em sacos de polietileno de 1.000 ml; a manteiga extra com sal, em tablete de 200 g; o leite pasteurizado vitaminado, acondicionado também em sacos de polietileno de 1.000 ml e o leite achocolatado e o iogurte, cujas produções encontram-se suspensas (fls. 79 e 83/84). A USIBE, no período de 1983 a 1989, produziu também o leite pasteurizado tipo B, tendo sido insignificante a participação do produto na produção da empresa (fls. 86).

A GISA, embora uma empresa independente, funciona como unidade operacional da CILPE, prestando serviços de industrialização do leite “in natura”. O destino final do leite enviado para a GISA é a sua transformação em pó do tipo LPI (leite em pó integral) ou LPD (leite em pó desnatado), ambos acondicionados em embalagens de 25 kg. Do desnate é obtido o creme (matéria gordurosa) que dá origem à manteiga, do tipo comum, produzida pela GISA, produto esse comercializado em tablete de 200 g ou em lata de 10 kg (fls. 79 e 84).

O leite beneficiado na LASA é recebido em sua própria plataforma, que conta com um conjunto de equipamentos para recepção, análise, resfriamento e estocagem, para posterior pasteurização e/ou processamento, conforme programa de produção. Nessa unidade é fabricado o queijo tipo prato, comercializado em embalagem de 500 g e 2 kg; o queijo fundido, em embalagem de 500g; o requeijão do norte, em embalagem de 500g; o requeijão cremoso, acondicionados em copo de 250g, e o queijo mussarela, comercializado em embalagens de 2 kg (fls. 79 e 84/85).

O leite pasteurizado produzido pela CILPE destina-se 70% a 75% às panificadoras e 15% a 20% aos supermercados. Quanto aos derivados, são distribuídos entre supermercados (70%), atacadistas (20%) e panificadoras (10%). Em relação à GISA, 100% do leite desnatado (embalagem de 25 kg) é destinado à indústria de alimentos (sorvetes, massas, biscoitos, chocolates etc) (fls. 89).

4. A adquirente, Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda., empresa que se dedica à produção e comercialização de laticínios, é subsidiária (99%) da Parmalat Brasil Administração e Participações Ltda., empresa “holding” do grupo no Brasil, que, por sua vez, tem como controladora a empresa italiana, Parmalat Finanziaria, sediada em Collecchio.

A Yolat, em 15 de outubro de 1993, adquiriu o controle acionário da empresa SPAM S/A-Sociedade Produtora de Alimentos Manhuaçu (56,1256%).

A nível nacional, a Parmalat é a líder do mercado de leite longa vida, detendo de 20% a 25% do mercado, seguida pela Paulista, CCGL (Cooperativa Central Gaúcha de Laticínios) e CCPL (Cooperativa Central Produtora de Leite) (fls. 219).

O leite pasteurizado é o carro chefe das vendas da Parmalat e responde por aproximadamente 40% do seu faturamento. O tipo longa vida, cujas vendas vêm ascendendo, corresponde a 30% (fls. 206).

A estratégia do grupo tem sido a de comprar laticínios regionais que lhe permita entrar no gigantesco e popular mercado de leite pasteurizado, vendido em saquinhos plásticos (fls. 206). Uma vez a empresa possuindo diversas unidades fabris espalhadas pelo País, terá uma redução nos custos do leite longa vida, o qual poderá ser colocado a preços competitivos nas diversas regiões correspondentes à localização de suas unidades fabris, em decorrência de redução sensível nos custos de transporte.

Os produtos fabricados pela Yolat, no setor de leite e derivados, são (fls. 210):

- leite longa vida e pasteurizado;
- creme de leite;
- doce de leite;
- queijos;
- leite pasteurizado reconstituído;
- manteiga, e
- leite aromatizado chocolate/morango.

A Yolat, de acordo com sua declaração a fls. 08, não comercializa leite pasteurizado no Estado de Pernambuco, onde o grupo Parmalat se limita, por intermédio da ALIMBA (empresa localizada em Salvador-BA), a vender o leite longa vida, o que é ratificado pela Associação Pernambucana de Supermercados em correspondência dirigida ao CADE (fls. 440/441).

Trata-se, pois, de uma nova concorrente no mercado de leite tipo C em Pernambuco.

A SPAM produz, no mercado de laticínios, os leites pasteurizado e longa vida, manteiga, requeijão, doce de leite, leite em pó, queijo parmesão, e iogurtes (fls. 210).

A empresa “holding” não comercializa qualquer marca ou tipo de produto.

A Yolat adquiriu 90% do capital da CILPE, passando a deter o controle acionário da empresa.

Do leite processado pela CILPE, 69% destina-se à produção de leite tipo C (fls. 85), sendo esse, portanto, o principal produto produzido pela empresa.

Com a aquisição da CILPE, passa a Yolat a produzir o leite pasteurizado tipo C, sendo esse, portanto, o produto relevante para análise da presente operação.

5. O leite pasteurizado, por ser altamente perecível, não admite o percurso de grandes distâncias entre as fábricas e as bacias leiteiras e nem tampouco a sua comercialização além de uma determinada região, atribuindo ao mercado o caráter regional.

Para as empresas produtoras de leite tipo C é praticamente impossível distribuir fora da região em que é produzido, face ao alto grau de perecibilidade desse produto.

A bacia leiteira de Pernambuco está geograficamente situada nas micro-regiões de Arcorverde, Agreste Setentrional, Vale do Ipojuca e Agreste Meridional, sendo o produto comercializado na Grande Recife (fls. 76). Tem-se, portanto, que o produto relevante é fabricado em Pernambuco por empresas com unidades fabris situadas nesse Estado, e comercializado na Região Metropolitana do Recife.

Com relação à zona rural, a população tem acesso ao leite “in natura”, produto esse proveniente do mercado informal. A propósito, vale ressaltar que somente 50% da produção nacional de leite são produzidos sob controle SIF-Serviço de Inspeção Federal, ficando a outra metade a cargo do mercado informal (fls. 201).

Outro fato característico dessa região é o uso, pela população, do leite em pó, tendo em vista a durabilidade do produto aliado à falta de recursos da população de menor renda para aquisição de refrigeradores.

O mercado geográfico sob o qual deve ser analisada a operação é, portanto, o mercado da Região Metropolitana do Recife.

6. No tocante ao substituto para o produto relevante, poder-se-ia considerar o leite do tipo longa vida. Acondicionado em caixas (embalagem tetra-pack), tem prazo de validade de até seis meses (após o envazamento), e

pode ser distribuído para qualquer ponto do País. Trata-se de produto de custo superior ao do leite pasteurizado tipo C, cujo consumo se restringe às classes média e alta.

O leite pasteurizado tipo C tem como destinatárias as classes de renda baixa e média, sendo o produto, dentre os diversos derivados do processamento do leite, o mais acessível à população, face ao seu reduzido custo de produção e, conseqüentemente, seu baixo preço de venda.

Dados do IBGE de 1992 mostram que 45% do leite controlado pelo SIF é destinado à produção de leite pasteurizado, 24% à produção de leite em pó, 4,6% para leite esterilizado (leite longa vida), 18% para os queijos. O restante do leite é direcionado para outros produtos, de maior valor agregado, tais como: requeijão, iogurte, leite condensado e manteiga. Do leite pasteurizado produzido, 90% é de leite tipo C, 9% de leite tipo B, e 1% de leite tipo A (fls. 201).

Vê-se, pois, que a maior demanda em termos de laticínios dá-se em relação ao leite pasteurizado, mais especificamente em relação ao do tipo C.

Com certeza essa demanda justifica-se em função do preço. Trata-se de produto de consumo popular, de custo e preço baixos e de demanda certa, que vem incentivando as empresas que atuam no mercado de laticínios, como é o caso do Grupo Parmalat, a buscarem nele o registro e a difusão de sua marca para, assim, motivarem o consumidor a adquirir seus demais produtos.

E de concluir, portanto, que a substituição do leite pasteurizado tipo C pelo leite tipo longa vida só seria factível se a demanda desse último produto ocorresse em nível mais próximo daquele que é atingido pela demanda do leite tipo C.

Ocorre, contudo, que apenas 4,6% do leite controlado pelo SIF é destinado à produção do leite tipo longa vida. Tal nível de produção revela uma demanda pequena, certamente em razão dos preços mais altos do produto, porquanto, em termos de qualidade, o leite tipo longa vida tem qualidade superior à do leite pasteurizado tipo C.

Não sendo o leite tipo longa vida um substituto para o leite tipo C, tem-se por definido como mercado relevante, em termos do produto, o de leite pasteurizado tipo C.

7. O mercado de leite pasteurizado tipo C da Região Metropolitana de Recife representa 0,6% do mercado nacional, dele participando, em termos de capacidade instalada, a CILPE (61,82%); Companhia Pernambucana de Laticínios-COPEL (10,91%); LATICÍNIO BARCELONA (4,55%), e outros (19,08%), estando este último percentual dividido entre diversas unidades de pequeno porte, nem sempre formalmente estabelecidas (fls. 85).

A COPEL-Companhia Pernambucana de Laticínios instalou-se em Pernambuco (Recife), no final de 1989, onde produz somente leite tipo C (fls. 85).

Localizado em Pesqueira-PE, o Laticínio Barcelona teve suas atividades iniciadas no primeiro semestre de 1991. Produz leite pasteurizado e detém a marca “Leite Fazenda” (fls. 85).

No decorrer de 1993, entraram no mercado de leite pasteurizado tipo C alguns pequenos produtores, como a FACO, a CAPRI e outros (fls. 85).

Aplicando o índice Herfindahl-Hirschman (IHH), tem-se que o mercado relevante é altamente concentrado, com um total de 3.990 pontos.

A Yolat entra no mercado relevante através da aquisição em apreço, substituindo a CILPE. Não há, portanto, alteração do índice de concentração.

8. Todavia, a Yolat passa a deter 62% de um mercado relevante, participação essa que antes pertencia a uma empresa pública.

Com essa participação poderá a empresa adquirente adotar conduta que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação do mercado relevante (art. 54 da Lei nº 8.884/94).

A Empresa, no entanto, demonstra eficiências que autorizariam a operação em exame.

Prevê, a Yolat, para a recuperação operacional do complexo industrial, um investimento superior a US\$ 3.850.000,00, tendo como objetivos primordiais o aprimoramento da qualidade dos produtos CILPE, o lançamento de novos produtos (queijos, iogurtes e sucos), a ampliação de diversas linhas (requeijão, leite “Longa Vida”, embalagem de leite em pó, etc.), além de investimentos em tratamento de efluentes (fls. 08).

O elevado nível de ociosidade existente na CILPE (80%) faz com que ela atue na mesma escala de produção de empresas menores. Isso a torna vulnerável, pois seus custos de produção tornam-se maiores, reduzindo-lhe a competitividade. Ademais, como informa os autos, várias fabriquetas e produtores caseiros de derivados de leite impõem ao mercado uma considerável demanda diária de leite. Assim, e na medida que apresentam vantagem comparativa, como isenções de fretes e pagamento à vista, tornaram-se fortes concorrentes da CILPE. A este fenômeno cresceu-se, embora em menor escala, a concorrência dos leiteiros que entregam a domicílio o leite “in natura”.

No caso de otimização de suas linhas de produção nas diferentes unidades fabris, a empresa diminuiria esta capacidade ociosa, resultando provavelmente em maior participação nos mercados de leite e derivados, resgatando-lhe, assim, a competitividade, o que garantiria ao consumidor o

direito de escolha, a preços competitivos. Além disso, a empresa se beneficiaria com uma rede de comercialização de vários postos de recepção e resfriamento, localizados na bacia leiteira do Estado, próximos aos centros produtores.

Sem dúvida a entrada da Yolat no mercado relevante propiciará o aproveitamento e a ampliação de todo o parque industrial da CILPE, recuperando equipamentos, modernizando a planta mediante substituição de equipamentos obsoletos, incorporando novas tecnologias e modernas técnicas de gestão, contribuindo, assim, para elevar a produtividade da empresa.

Segundo informa a empresa, uma das prioridades da operação será o empenho na preservação dos produtos fabricados pela CILPE, em benefício direto do consumidor. De fato, tem sido essa a filosofia adotada pela Parmalat em relação às empresas que por ela vêm sendo adquiridas.

Como exemplo vale citar a aquisição da Alimba Produtos Alimentícios da Bahia Ltda, pela empresa “holding” do grupo, em 1990. No ano da aquisição, a empresa adquirida produzia, dentre outros produtos, 5,1 milhões de litros de leite pasteurizado e 4,4 milhões de litros de leite longa vida. Em 1993 a Alimba produziu 9,2 milhões de litros de leite pasteurizado e 43,4 milhões de leite longa vida (fls. 277/281). Em um período de três anos houve um incremento na produção de leite pasteurizado da ordem de 80% e na do leite longa vida da ordem de 88,6%, o que demonstra não existir por parte da Parmalat a intenção de reduzir ou não estimular a produção de leite pasteurizado.

De fato existe por parte da empresa a intenção de colocar no mercado em maiores quantidades e a preços competitivos o leite tipo longa vida, o que para o consumidor é benéfico.

A operação permitirá a produção local do leite longa vida, produto de qualidade superior à do leite pasteurizado e linha a que não se dedicava a CILPE, possibilitando ao consumidor sensível ampliação dos prazos de validade do produto. Ressalte-se que a Yolat, vem sendo a única empresa fabricante de leite longa vida em Pernambuco, terá condições de colocar o produto no mercado a preço mais reduzido, uma vez que não terá custos com transporte, custo esse que as demais empresas concorrentes, por não possuírem unidade fabril na região, terão que arcar.

Por todas as razões expostas, meu voto é pela aprovação da operação de aquisição da CILPE pela Yolat.

Deverá contudo a empresa adquirente, nos termos do que dispõe o art. 58 da Lei nº 8.884/94, e ao longo de 5 (cinco) anos, manter a produção de leite pasteurizado tipo C de acordo com a demanda do produto na Região Metropolitana do Recife, a não ser que a empresa coloque no mercado, em

função de novas tecnologias, produto de valor nutritivo equivalente ao preço do leite tipo C.

Outrossim, deverá a Yolat, em igual período, informar semestralmente à SDE, para efeito do disposto no parágrafo 2º do mencionado artigo, a participação do leite tipo C em sua produção total, os preços pagos ao produtor pelo leite destinado à produção do leite tipo C e os preços deste produto no varejo, bem como as ações implementadas e os resultados alcançados no que diz respeito aos investimentos realizados para ampliação das linhas de produtos, melhoria de qualidade e tratamento de efluentes.

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO DE CARVALHO

1. A Requerente, Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda., submeteu a exame da Secretaria de Direito Econômico-SDE, ainda no regime da legislação anterior, operação envolvendo a aquisição do controle acionário, em leilão especial, da Companhia de Industrialização de Leite do Estado de Pernambuco-CILPE, uma sociedade de economia mista.

2. Cabe destacar, de logo, que os procedimentos e normas processuais estabelecidos pela Lei nº 8.884, de 11.06.94, se aplicam, de logo, ao caso presente, em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 7º da Medida Provisória nº 696, de 04-11-94, podendo-se também aplicar, à operação em exame, as condições para aprovação elencadas no artigo 54 da atual legislação, até porque, pouco diferem daquelas estabelecidas na legislação anterior, podendo-se mesmo considerá-las menos rigorosas para a Requerente.

3. Quanto à preliminar argüida pela Requerente, na qual sustenta aprovação da operação por decurso de prazo, é de ser rejeitada, e invoco, no particular, os argumentos utilizados pelo douto Procurador-Geral Substituto, em seu bem elaborado parecer, no qual registra que a Lei nº 8.884/94 subordinou o processo de consulta sobre atos de concentração a novos prazos, e conclui que, no presente caso, tais prazos não foram ultrapassados.

4. No mérito, acompanho o ilustre Conselheiro-Relator em suas razões de decidir e nas conclusões constantes do seu fundamentado voto, manifestando-me, assim, pela aprovação da transação, desde que a Requerente se comprometa a observar as condições estabelecidas no aludido voto e definidas com base no artigo 58 da Lei nº 8.884/94.

5. Ao assim me manifestar, levo em especial consideração que a Yolat entra no mercado relevante através da aquisição do controle acionário da CILPE, não ocorrendo, em consequência, alteração do índice de concentração no aludido mercado.

Não se poderá deixar de considerar, entretanto, que, com a transação, a Yolat passa a deter 62% desse mercado e que tal participação pertencera a uma empresa estatal, cuja atuação, por certo, envolvia um compromisso bem definido com a comunidade.

Todavia, a empresa apresenta metas de desempenho, razões de eficiência, criteriosamente analisadas no voto do Relator. Tais metas e eficiências, a que se propõe a Yolat, dizem respeito, em linhas gerais, à recuperação operacional do complexo industrial que passa ao seu controle, através de um investimento superior a US\$ 3.800.000,00, tendo como objetivos primordiais o aprimoramento da qualidade dos produtos CILPE, o lançamento de novos produtos, a ampliação de diversas linhas; à redução da atual capacidade ociosa da CILPE, o que fazia com que essa empresa atuasse na mesma escala de produção de empresas menores, tornando maiores os seus custos de produção e reduzindo-lhe a competitividade; à eleição, pela Yolat, como prioridade, de se empenhar na preservação dos produtos fabricados, mais especificamente, a industrialização do leite pasteurizado tipo C, de preço mais acessível para o consumidor; e, a par disso, à intenção demonstrada pela empresa de colocar no mercado, em maiores quantidades e a preços competitivos, o leite longa vida, o que será benéfico para o consumidor.

6. As análises realizadas pelo Conselheiro-Relator e as conclusões a que chegou, quanto às metas e eficiências objetivadas pela Requerente, revelam a consistência das mesmas, e, segundo entendo, permitem ao Plenário do CADE aprovar a transação, com fundamento no disposto no parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei nº 8.884, desde que a Yolat manifeste, no prazo de quinze dias, a intenção de cumprir os compromissos de desempenho definidos no voto do Relator, com base no artigo 58 da Lei citada, a saber:

- manter, ao longo de cinco anos, a produção de leite pasteurizado tipo C, de acordo com a demanda do produto na Região Metropolitana do Recife, a não ser que a Yolat coloque no mercado, em função de novas tecnologias, produto de valor nutritivo equivalente ao preço do leite tipo C;

- informar, semestralmente, à Secretaria de Direito Econômico - SDE, por igual período, para efeito do disposto no parágrafo 2º do artigo 58 da Lei nº 8.884/94, a participação do leite tipo C em sua produção total, os preços pagos ao produtor pelo leite destinado à produção do leite tipo C e os preços desse produto no varejo, bem como as ações implementadas e os resultados alcançados no que diz respeito aos investimentos realizados para

ampliação das linhas de produtos, melhoria de qualidade e tratamento de efluentes.

7. Cumpre enfatizar que o descumprimento injustificado dos compromissos de desempenho, assumidos, implicará na revogação da aprovação do Plenário do CADE, na forma do artigo 55 da Lei nº 8.884/94, e na abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis (parágrafo 3º do artigo 58 da mesma Lei).

8. Nesses termos, acompanho o voto do ilustre Conselheiro-Relator, Marcelo Monteiro Soares, pela aprovação da transação submetida a exame do CADE.

Carlos Eduardo Vieira De Carvalho

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

Rejeito a preliminar de decadência pelos judiciosos argumentos e consistente fundamentação do ilustre Procurador-Geral Substituto do CADE, Dr. Jorge Gomes de Souza.

No mérito, observo que o leilão de privatização que deu origem ao ato em apreço, realizou-se na vigência das Leis nº 4.137/62 e nº 8.158/91. Os critérios a serem seguidos por este Colegiado, na análise deste ato, são, pois, aqueles estabelecidos no art. 74 da Lei nº 4.137/62, com a redação que lhe foi dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158/91.

Não obstante a incorrência de alterações no índice de concentração do mercado relevante, eis que se trata de entrada de nova empresa, o ato se enquadra no art. 74 da Lei nº 4.137/62. Isto porque a empresa de economia mista cujo controle foi adquirido por YOLAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA., detinha 62% do mercado relevante, parcela substancial que, sem dúvida, lhe confere poder de mercado, tornando-a apta para a adoção de condutas prejudiciais à concorrência.

Assim, torna-se necessário examinar as eficiências invocadas pela YOLAT, de sorte a verificar se, realmente, o ato preenche os requisitos elencados no mencionado dispositivo.

O Conselheiro-Relator Marcelo Monteiro Soares, depois de detalhado exame da transação, discorreu sobre as eficiências pretendidas alcançar por YOLAT.

Estou convencida, pelos argumentos do Relator, de que a aquisição da CILPE atende aos requisitos legais, razão por que acompanho o bem

fundamentado voto do ilustre Conselheiro, inclusive no que diz respeito às metas a serem alcançadas pela Requerente, nos próximos cinco anos.

Acrescento, no entanto, que a Requerente deverá informar a este Colegiado, no prazo de quinze dias, a sua disposição de acolher as condições estabelecidas pelo ilustre Conselheiro-Relator, desde, é claro, que aprovadas também pelo Plenário.

Neide Teresinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

1. A empresa YOLAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA., subsidiária da Parmalat Brasil Administração e Participações Ltda., submeteu à aprovação da Secretaria de Direito Econômico - SDE/Ministério da Justiça, ainda na vigência da Lei nº 8.158/91, o ato de concentração consistente no contrato de compra e venda de ações e outros pactos, instrumento representativo da aquisição, pela Yolat, via leilão especial, pelo qual adquiriu 90% do controle acionário da empresa de economia mista Companhia de Industrialização de Leite de Pernambuco - CILPE.

Preliminarmente, refuto de plano, nos termos do parecer do il. Procurador-Geral Substituto, Dr. Jorge Gomes de Souza, a alegação feita pela Requerente de aprovação do ato, por decurso de prazo. Os prazos, no caso em exame, não foram ultrapassados, visto que houve uma suspensão, na proporção do atraso na apresentação pela Requerente das informações solicitadas pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, não havendo que se falar, pois, em aprovação por decurso de prazo (fls. 423).

2. No que se refere ao mérito do ato de concentração, em especial no que diz com o exame do mercado relevante e das eficiências invocadas pela Requerente, em que pese os argumentos utilizados pelo il. Relator no seu voto, dele permito-me divergir, com base no seguinte entendimento:

a) Quando do exame do mercado relevante geográfico e do produto, sob o qual deve ser analisada a operação de aquisição da CILPE pela YOLAT, entendo que não se restringe apenas ao mercado da região metropolitana do Recife.

b) O mercado relevante, no caso em exame, é mais amplo, e pode ser definido como o mercado estadual e parcela do regional, visto que o leite pasteurizado tipo C tem no leite longa vida, segmento de maior interesse da Requerente, conforme demonstrado nos autos, um substituto perfeito,

considerando a sua qualidade, que são as mesmas ou melhores do que o leite pasteurizado, além do preço, que se encontra numa faixa bastante próxima do preço do leite pasteurizado tipo C.

De acordo com as pesquisas elaboradas pela SUNAB, sob o título guia do consumidor, para o mercado do Distrito Federal, e publicadas semanalmente pelo Jornal Correio Braziliense (cito aqui as do dias 01 e 18 de novembro de 1994, págs. 10 e 12, respectivamente), o leite pasteurizado tipo C, vendido nos principais supermercados de Brasília, apresentou um preço médio de R\$ 0,50 (cinquenta centavos de reais). O preço praticado nas padarias de Brasília, no período, era de R\$ 0,60 (sessenta centavos de reais). O leite longa vida, com marcas menos conhecidas ou promocionais, e também vendidas nos grandes supermercados variaram de R\$ 0,59 (cinquenta e nove centavos de reais) a R\$ 0,72 (setenta e dois centavos de reais).

Em relação aos preços de leite pasteurizado e longa vida, na cidade de São Paulo, os dados disponíveis indicam que são semelhantes aos praticados no Distrito Federal. Para exemplificar, cito o preço do leite longa vida, marca Batavo, ofertado pelo preço de R\$ 0,66 (sessenta e seis centavos de reais), na rede Sonda de Supermercados (anúncio publicado pelo Jornal A Folha de São Paulo, de 07.11.94, pág. 3-3).

É importante observar que, a diferença entre o preço, na ordem de 20% a 30%, numa economia estabilizada é muito. Mas, no caso, trata-se de centavos, e quando isso ocorre o consumidor de leite pasteurizado tipo C tem como opção um produto de melhor qualidade e de fácil manuseio, representado pelo leite longa vida. Explica-se, assim, o crescimento da produção do leite longa vida, por parte das indústrias de laticínios, como demonstrado pelo resultados alcançados pela Alimba, na Bahia, no período de 1991/1993.

Outro indicador relevante, no exame do ato de concentração em questão, é o preço bruto pago pelos laticínios aos produtores, por litro de leite tipo C, no Estado de São Paulo, para pagamento no prazo de 15 a 20 dias, que varia de R\$ 0,22 (vinte e dois centavos de reais) a R\$ 0,27 (vinte e sete centavos de reais), conforme dados do mercado agropecuário, cotação de preços produtor, publicado pela Folha de São Paulo, de 18.11.94, pág. 2-6. Esses dados demonstram que, mesmo nos mercados mais organizados, como é o caso do Estado de São Paulo, os produtores tendem a ser mal remunerados, considerando o custo final do referido produto (leite tipo C), que, depois de empobrecido, com a retirada de gorduras, é vendido ao consumidor pelo dobro do preço pago pelos laticínios ao produtor.

Creio oportuno registrar que, as informações e provas ora citadas no presente voto, e aqui peço vênha ao il. Relator, tem como objetivo a busca da

verdade material, que permite ao julgador, nos exames de processos administrativos, não se restringir apenas aos dados contidos nos autos.

Essa diferença de preços entre o leite pasteurizado tipo C e o leite longa vida, de acordo com os especialistas na área, apresenta uma tendência de diminuição, considerando as inovações tecnológicas que vem sendo introduzidas no setor. Assim, a partir das melhorias sensíveis nas condições de produtividade, com reflexos positivos na competitividade do mercado concorrencial de leite longa vida, foram criadas enormes vantagens para as grandes empresas produtoras, em termos de mercado, comprovado pelo forte incremento de sua oferta aos consumidores.

Em resposta aos argumentos de defesa, feitos pelo il. Advogado da Requerente, Dr. José Inácio Gonzaga Francischini, de que é impossível produzir o leite longa vida mais barato que o leite pasteurizado tipo C, quero registrar que este também é o meu entendimento. Os argumentos e provas aqui apresentadas tem como objetivo demonstrar que o leite longa vida é um substituto perfeito para o leite pasteurizado. E nesse sentido, não se pode ignorar que o preço do leite longa vida, conforme demonstrado pelos preços praticados no mercado, se encontra muito próximo do leite pasteurizado tipo C, quando se trata de marcas menos conhecidas ou promocionais.

c) O custo um pouco superior do leite longa vida, na fase atual, em relação ao leite pasteurizado tipo C, considerando o seu prazo de validade de até seis meses após o envasamento, caso produzido com características nutricionais semelhantes, poderá servir como alternativa, inclusive, para o consumidor do leite em pó (que possui uma maior durabilidade, tendo porém um custo mais elevado).

Deve-se observar que naquela área, se concentra uma parcela significativa da população carente da região, que na sua maioria, não tem acesso a equipamentos de refrigeração. Com base em declarações recentes à imprensa, por parte de dirigentes da Associação Brasileira de Supermercados (ABRAS), constata-se que vem ocorrendo um crescimento de cerca de 10% nas vendas de alimentos. É inegável que a estabilização da economia permitiu que os preços ficassem mais alinhados, refletindo numa elevação do poder de compras das camadas de menor renda da população.

Com base nos indicadores existentes, por pesquisas de acompanhamento de preços publicadas em jornais e pelos dados de produção da própria Parmalat, na Bahia, indicam um forte crescimento na produção de leite longa vida, que aliado a uma concorrência vigorosa, provocará, como vem provocando, redução nos seu preço.

Deve-se destacar que, considerando as suas características de qualidade, durabilidade, manuseio e preço, o leite longa vida vem sendo

consumido por um amplo segmento da população, que vai das classes de renda alta e média, incluindo aí os extratos D e E, consumidores cativos, até então, em função do preço, de leite pasteurizado tipo C.

Pode-se concluir, assim conforme demonstrado, que o leite tipo longa vida é um substituto perfeito do leite pasteurizado tipo C, tanto pela sua qualidade quanto pelo preço.

A conclusão acima, fundamentada nos argumentos e provas citadas, está respaldada também pelo exemplo citada pelo il. Relator, em relação a aquisição da Alimba Produtos Alimentícios da Bahia Ltda. pela empresa Parmalat, “holding” do grupo, em 1990, que num período de três anos teve um aumento na produção de leite pasteurizado na ordem de 80% e na do leite longa vida da ordem de 886%, o que demonstra claramente a intenção da Parmalat de incrementar, de forma agressiva, a produção de leite longa vida que possui excelentes perspectivas mercadológicas, o que certamente levará a produção do leite pasteurizado tipo C, a médio prazo, a se tornar uma atividade menos significativa, em termos de faturamento, no seu processo de beneficiamento e comercialização de leite e seus derivados (fls. 277/281).

Vale destacar que a Parmalat, a nível nacional, é a líder no mercado de leite longa vida, detendo cerca de 25% do mercado. O leite pasteurizado ainda se apresenta como o principal produto da Parmalat, respondendo por cerca de 40% do seu faturamento. Logo a seguir, vêm o leite longa vida, cujas vendas estão crescendo de forma contínua, respondendo atualmente com cerca de 30% desse faturamento (fls. 206).

Do exame das eficiências propostas pela YOLAT, registre-se a previsão de recuperação operacional do complexo industrial, com investimentos de cerca de US\$ 3,9 milhões, tendo como objetivos principais o aprimoramento da qualidade dos produtos CILPE, o lançamento de novos produtos (queijos, iogurtes e sucos), a ampliação de diversas linhas (requeijão, leite longa vida, embalagem de leite em pó, etc.), além de investimentos em tratamento de afluentes (fls. 08).

3. Quando do exame do impacto da aquisição da CILPE pela YOLAT no mercado, verifica-se que o mercado de leite pasteurizado tipo C da região onde atua é pouco competitivo, em grande parte concentrado na empresa CILPE. Em termos de dimensão, representa apenas 0,6% do mercado nacional, dele participando, por capacidade instalada, a CILPE com 61,82%; COPEL com 10,91; Laticínios Barcelona com 4,55%, e o restante dividido entre diversas empresas de pequeno porte, nem sempre formalmente estabelecidas (fls. 85).

A CILPE, então uma empresa de economia mista vinculada à Secretaria de Agricultura do Estado de Pernambuco, que cresceu em

decorrência de encampação de empreendimentos privados ocorridos na década de 1970, com as suas três unidades fabris e os seus 15 postos de recepção e resfriamento de leite, localizados nos principais municípios pernambucanos seria a principal responsável pela distribuição e abastecimento de leite pasteurizado tipo C na região metropolitana do Recife, além da produção de queijos, leite em pó e manteiga.

A aquisição do controle acionário da CILPE pela YOLAT certamente facilitará a adoção de ações coordenadas nas outras áreas onde a empresa atua, como é o caso da Alimba, na Bahia, podendo ali alocar a produção para determinadas áreas, estabelecer diferenciais de preços por produto e adotar outras práticas em prejuízo da concorrência.

4. A afirmação de que a YOLAT, através da Alimba (BA), não comercializa leite pasteurizado em Pernambuco (fls. 08), que permitiu a afirmação do il. Relator (fl. 5 do voto), de que se trata de uma nova concorrente no mercado de leite tipo C em Pernambuco, em que pese os seus argumentos, no meu entendimento, não procede. Ao contrário, a Requerente concorria com a CILPE, no mercado de leite pasteurizado tipo C em Pernambuco, quando nele vendia o leite longa vida por ela fabricado.

Não é o caso, pois, de se afirmar que houve a entrada de uma nova concorrente no mercado, mas sim de uma mudança de controle acionário da CILPE, num segmento onde existia um enorme concentração de produção e comercialização de leite e derivados, nas mãos do governo do Estado de Pernambuco, controle esse que foi transferida para uma empresa privada, com enorme poder de mercado.

A criação dessa situação, torna-se importante lembrar, além de indesejável, é preocupante para o mercado, levando-se em consideração a experiência negativa para a concorrência, em virtude dos efeitos do programa de privatização, posto em prática a nível federal, com a venda de algumas de suas estatais, notadamente no setor siderúrgico.

A manutenção dessa concentração do mercado pela Requerente, em cerca de 62%, se apresenta como uma inegável barreira à entrada de novos concorrentes, representada pelo grande poder de mercado da Parmalat, bem como pela eficiente rede de produção e distribuição de leite e derivados que desfruta a nível nacional. Pode-se afirmar que, sem dúvidas, esses fatores tornarão mais altos os custos de entrada, desencorajando os concorrentes potenciais, além de ameaçar a posição daqueles que vêm desempenhando um papel essencial para a concorrência no mercado do Estado de Pernambuco e região, com ganhos para o consumidor.

A situação privilegiada da Requerente YOLAT, com a aquisição do controle acionário da CILPE, no mercado de Pernambuco e parcela da região,

tanto em decorrência do controle que passará a deter sobre os seus fornecedores de leite quanto em razão de seu poder de mercado, poderão possibilitar ajustes na composição de seus custos, que tornarão os seus produtos mais caros em áreas onde a concorrência não se tiver condições de competir de forma vigorosa.

5. Vislumbro, em tal contexto, levando-se em conta as observações anteriores, uma possível explicação para a estratégia da Parmalat, através da YOLAT, para a aquisição da CILPE. A afirmação manifestado na parte final da defesa feita pelo il. Advogado da Requerente, de que a YOLAT sequer precisaria ter adquirido o controle acionário da CILPE para entrar no mercado no Estado de Pernambuco e região, reforçam esse entendimento. Vale observar, em resposta a tal afirmação, que o papel das empresas na economia não é o de fazer caridade, e sim obter lucros. Creio ter sido esta a intenção da YOLAT ao adquirir o controle acionário da CILPE.

A meu ver, as eficiências alegadas pela Requerente são frágeis, e não atendem o disposto no art. 54, parágrafo 2º da Lei nº 8.884/94, não justificando o risco para a concorrência no mercado de leite e derivados, os danos que essa aquisição poderá causar. O retorno dos investimentos feitos e os lucros financeiros para a Requerente certamente serão significativos e seguros, mas os benefícios para os fornecedores de leite e para os consumidores, no meu entendimento, afiguram-se bastante duvidosos.

Assim, não vejo, pois, como prejudicar a concorrência para resolver o problema do programa de privatização adotado pelo governo do Estado de Pernambuco, no que diz respeito à transferência do controle acionário da CILPE para a YOLAT.

Isto posto, voto no sentido de determinar à Requerente, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, a DESCONSTITUIÇÃO dos atos pertinentes à aquisição do controle acionário da Companhia de Industrialização de Leite de Pernambuco - CILPE

José Matias Pereira

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 ganhavam 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; e 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 BRASLIT (Brasilit e 55% da Eterbrás) detém 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 consequência, 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 equitativa 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 atual 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

NÚMEROS DA REVISTA DO IBRAC JÁ PUBLICADOS

REVISTA DO IBRAC VOLUME 1, NÚMERO 1 CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

Processo Administrativo nº 15

Representante: Presidência da República

Representado: Laboratório Silva Araújo Roussel S/A

Data: 13 de maio de 1992

Processo Administrativo nº 19

Representante: Presidência da República

Representado: Knoll S.A Produtos Químicos e Farmaceuticos

Data: 27 de maio de 199

Processo Administrativo nº17

Representante: Presidência da República

Representado: Laboratórios Pfizer Ltda.

Data: 16 de junho de 1992

Processo Administrativo nº20

Representante: Presidência da República

Representado: Glaxo do Brasil S.A.

Data: 16 de junho de

Processo Administrativo nº18

Representante: Presidência da República

Representada: Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.

Data: 22 de junho de 1992

Processo Administrativo nº 02

Representante: SDE Ex Oficio

Representada: West do Brasil Com e Ind. Ltda

Metalúrgica Marcatto Ltda.

RAJJ Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda

Data: 09 de setembro de 1992

REVISTA DO IBRAC VOLUME 1 NÚMERO 2 CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

Processo Administrativo nº38

Representante: Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo
Representada: Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A
Indústria de Produtos Eletrônicos
Data: 07 de outubro de 1992

Processo Administrativo nº 12

Representante: Presidência da República
Representado: Achê Laboratórios
Data: 29 de outubro de

Processo Administrativo nº29

Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul
Representada: Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A
Data: 29 de outubro de 1992

Processo Administrativo nº13

Representante: Presidência da República
Representada: Prodome Química Farmacêutica Ltda.
Data: 29 de outubro de 1992

Processo Administrativo nº 109/89

Representante: Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C
Representada: Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado de São Paulo e outros
Data: 07 de dezembro de 1992

Processo Administrativo nº 07

Representante: SERPRO - Serviço Federal de Processamento de Dados
Representada: TICKET - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras
Data: 16 de dezembro de 1992

SUMÁRIO

SIMPÓSIO "PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE"

Neide Malard
Tércio Sampaio Ferraz
Ubiratan Mattos
Mauro Grinberg
Debate
Carlos Francisco de Magalhães
José Inácio G. Franceschini
Lázara Cotrin
Eugênio de Oliveira Fraga
Marcos Vinicius de Campos
José Del Chiaro Ferreira da Rosa
Debate

SIMPÓSIO "DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA"

Tércio Sampaio Ferraz
Leane Naidin
Debate
Carlos Francisco de Magalhães
Ubiratan Mattos
Pedro Camargo Neto
Pedro Wongtschowski
Edmondo Triolo
Mauro Grinberg
Guilherme Duque Estrada

SIMPÓSIO "CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL"

Werter R. Faria
Maria Isabel Vas
Luiz Olavo Baptista
Debate
Michel A. Alaby

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 1 NUMERO 4
CADERNO DE TEXTOS

SUMÁRIO

***A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO
MERCOSUL***

José Matias Pereira

***APURAÇÃO DE PRÁTICAS RESTRITIVAS À
CONCORRÊNCIA***

Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

***INTEGRAÇÃO DE EMPRESAS:
CONCENTRAÇÃO, EFICIÊNCIA E
CONTROLE***

Neide Teresinha Malard

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 2 NÚMERO 1
CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 30/92

REPRESENTANTE: SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA

REPRESENTADA: ICI BRASIL S/A.

Data: 01 de março de 1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23/91

REPRESENTANTE: REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS
DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS

REPRESENTADA: XEROX DO BRASIL LTDA.

Data: 31 de março de 1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 01/91

REPRESENTANTE: INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

REPRESENTADA: SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Data: 28 de maio de 1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 31/92

REPRESENTANTE: TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS

DE AUTOMÓVEIS S/A

REPRESENTADA: FIAT AUTOMÓVEIS S/A

Data: 06 de outubro de 1993

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 10/91

REPRESENTANTE: FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA

REPRESENTADA: LUMIX QUÍMICA LTDA

Data: 27 de outubro de 1993

REVISTA DO IBRAC
VOLUME 2 NUMERO 2
CADERNO DE JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 32

INSTAURADO DE OFÍCIO PELA SECRETARIA NACIONAL DE DIREITO ECONÔMICO - SDE

INDICIADAS: VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA e ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS

CONSULTA Nº 01/93

CONSULENTE: ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 53/92

REPRESENTANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

REPRESENTADA: ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

CONSULTA Nº 03/93

CONSULENTE: ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 34/92

REPRESENTANTE: COSMOQUÍMICA S/A - Indústrias e Comércio

REPRESENTADA: CARBOCLORO S/A - Indústrias Químicas

