

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 6 número 3

**I
B
R
A
C**

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Volume 6 número 3 - 1999

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

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 263 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 263-6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

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, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria.

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

Periodicidade: 10 números em 1999

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

DOCTRINA

PAPEL DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E SISTEMA JUDICIAL ANTONIO FONSECA	5
OS LIMITES DA LIBERDADE CONTRATUAL NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA ANA CRISTINA PAULO PEREIRA	51

JURISPRUDÊNCIA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.001504/95-48	61
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO SERGIPE X CONSELHO REGIONAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS - CRECI (16ª REGIÃO). VOTO	64
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.000396/98-08	69
IGARAS PAPÉIS E EMBALAGENS S/A E TROMBINI PAPEL E EMBALAGENS S/A RELATÓRIO SIMPLIFICADO DE ANÁLISE DE ATOS E CONTRATOS OBJETO DO ART. 54 DA LEI Nº 8.884/94	69
VOTO	76
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 165/97	78
HOECHST DO BRASIL S.A. E CLARIANT S. A ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 0812.004834/98-17	81
MCCAIN FOODS LIMITED E PRATIGEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. RELATÓRIO	82
VOTO	86
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº: 08000.022038/97-97 – AC 181/97	89
ACESITA SANDWIK TUBOS INOX S/A; TUBRA TUBOS INOX BRASILEIROS LTDA; TEQUISA TUBOS INOXIDÁVEIS LTDA E TUBOS INOXIDÁVEIS LTDA - TUBINOX RELATÓRIO	89
VOTO	103

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

PROCESSO IV/M.833 - THE COCA-COLA COMPANY/CARLSBERG A/S	107
--	------------

LEGISLAÇÃO

LEI Nº 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999

INSTITUI A TAXA PROCESSUAL SOBRE OS PROCESSOS DE COMPETÊNCIA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS 153

LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999

REGULA O PROCESSO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL... 157

ÍNDICE DAS MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC 175

DOUTRINA

PAPEL DOS TRIBUNAIS ADMINISTRATIVOS E SISTEMA JUDICIAL¹

Antonio Fonseca²

Sumário

1. INTRODUÇÃO; 2. TRÊS NOÇÕES FUNDAMENTAIS; 2.1 Em Torno da Segurança Jurídica; 2.2 Noção de Interesse Público; 2.3 Devido Processo Legal; 3. INSTRUMENTOS DE PLANIFICAÇÃO JURÍDICA; 3.1 Importância das "Guidelines"; 3.2 Prova Científica e Percepção Estatística; 3.3 Princípios de Discrção Administrativa; 4. PAPEL DISCRICIONARIO; 4.1 Função Seletiva; 4.2 Função Estrutural; 4.3 Função Controle; 4.4 Discricionariedade Técnica? 5. PAPEL POLITICO: INFLUENCIAS EXTERNAS; 5.1 Tarefas Extramandato; 5.2 Colaboração Institucional; 5.3 Prestação de Contas ao Executivo ou Legislativo; 5.4 Outras Conexões Institucionais; 5.5 Doutrina da *State Action*; 5.6 Aspecto da Revisão Judicial; 5.7 A Agência e a Mídia; 5.8 Aspecto da Função Promocional; 6. JUSTIÇA ADMINISTRATIVA: À CATA DE UM MODELO.

1. INTRODUÇÃO

Um sistema de justiça confiável teria contribuído para o sucesso das colônias inglesas. As colônias luso-espanholas que não alcançaram igual nível de prosperidade eram dotadas de um sistema de decisão criticado pelos homens de

¹ O texto, na sua versão inicial, foi adotado nas aulas ministradas pelo autor no CURSO DE POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA sob a direção da FGV/CADE, nas cidades de Brasília e Rio de Janeiro, 1977. Uma versão do mesmo texto foi publicada na Revista de Informação Legislativa, do Senado Federal, nº 137, pp. 215 a 238, Jan/Mar, 1998.

² O autor é PhD em Direito pela Universidade de Londres (Queen Mary & Westfield College), mestre pela Universidade de Brasília, procurador regional da República, advogado consultor, ex-conselheiro do CADE. Áreas de interesse: antitruste, informática, propriedade intelectual, fiscal e regulação econômica. E-mail: fonseca@prrl.mpf.gov.br.

negócios da época.³ Isto sugere que no período pré-industrial, tanto quanto nas modernas democracias, os sistemas de justiça administrativa e judicial são indispensáveis à legitimação do controle estatal.

A legitimidade do estado está associada ao direito, cujo escopo e estrutura tem a forma que os juizes dão. Por isso, as cortes asseguram a vitalidade do estado democrático, mediante o desempenho de um papel multifacetado no desenvolvimento do direito, na preservação do interesse público e segurança jurídica - pré-condições para uma estabilidade necessária aos investimentos e fomentação das relações de comércio. Os tribunais administrativos participam dessa mesma realidade.

Este trabalho discute o papel dos tribunais administrativos ou agências⁴ e o controle das suas decisões. O objetivo é contribuir para uma proposta de modelo de justiça administrativa, que opera com interesses, normas, ações e reações. A partir da qualificação dessa realidade (natureza do problema), espera-se estabelecer alguns pressupostos que permitam formular a proposta. A hipótese é que um modelo de justiça administrativa deve incorporar um conjunto de valores, instrumentos de ação e comprometimentos. O entrelaçamento desses elementos definirá os papéis que os tribunais administrativos desempenham e qualificará o controle das suas decisões, bem como projetará uma nova relação entre poder público e iniciativa privada.

No desenvolvimento do trabalho, a experiência judicial é observada como um paralelo, bem assim a atuação de agências autônomas de outras jurisdições é considerada. O autor tem o benefício das experimentações pessoalmente reali-

³ Na sua obra "A Causa da Riqueza das Nações", Adam Smith sublinha que as colônias inglesas conseguiram melhores resultados, comparados com os obtidos pelas colônias lusoespanholas, porque, ao contrário destas, dispunham, entre outras coisas, de um sistema confiável de administração da justiça. O autor sugere que os comerciantes tinham a segurança de que suas questões encontrariam uma solução justa.

⁴ A noção de agência abrange uma concepção e um modelo jurídico. Enquanto concepção, a agência funda-se em modelo de administração gerencial eficiente orientada por três elementos: autonomia (poder de auto-organização), independência na tomada de decisão (inclusive dos membros de colegiado quando o processo colegial é o adotado) e observância do devido processo legal. Tais elementos são necessários ao fortalecimento da identidade institucional e à justa prestação administrativa. Autarquia especial, gerida sob um plano estratégico e um contrato de gestão, é o modelo jurídico adequado, mas não exclusivo. A eficiência administrativa é a tônica da agência e está associada ao Plano Diretor da Reforma do Estado Brasileiro. O funcionamento das agências reguladoras é um teste importante dessa Reforma, que tem como arcabouço jurídico básico a Emenda Constitucional nº 19, de 4 de janeiro de 1998, e a Lei nº 9.649/98, artigos 51 e 52.

zadas como conselheiro do CADE e da experiência de duas décadas de efetiva atuação profissional perante juízos singulares e cortes judiciais. O trabalho não discute o sistema judicial em geral nem em particular, apenas, repita-se, toma-o como paradigma, o que permite lançar mão das lições que o mesmo sistema oferece.

O desenvolvimento do direito passa por um papel discricionário e político que qualifica a função dos tribunais administrativos.⁵ À parte a discussão sobre se juizes podem ou não criar, é indiscutível a assertiva de que os tribunais não se limitam a dizer o direito.⁶ Essa função é fundamental para estabelecer um ambiente de segurança jurídica, garantir um processo justo e zelar pelo interesse público. Essas três noções básicas são discutidas no item 2.

O item 3 explora os instrumentos necessários ao planejamento das ações do tribunal ou agência administrativa. Sem um planejamento adequado, a definição de papéis e sua realização ficam prejudicados. O item 4 discute o papel discricionário e o item 5 o papel político. Ambos se completam e dão a gravidade dos encargos da entidade. Isso está sintetizado no item conclusivo, que busca avaliar e explicar os elementos da hipótese acima indicada.

2. TRÊS NOÇÕES FUNDAMENTAIS

A segurança jurídica atrai a idéia de previsibilidade das conseqüências decorrentes da aplicação das leis e regulamentos. Esse objetivo é de certo modo frustrado pela impossibilidade de se regulamentar plenamente todas as condutas humanas. Em obséquio a elas, a segurança jurídica é temperada com um ideal de justiça objetiva ou do caso concreto, comprometida com um direito dinâmico. A noção de interesse público suscita no aplicador do direito um comprometimento com o interesse da sociedade como um todo e contra os privilégios indevidos de elites, grupos ou indivíduos. O devido processo legal é uma apologia à ampla defesa e ao contraditório e responde a uma demanda de como aplicar o direito. Essas noções fundamentais são objetos de uma breve reflexão a seguir desenvolvida.

2.1 Em Torno da Segurança Jurídica

⁵ Segundo Richard A. Posner, esse misto de papel discricionário e político é uma combinação de “legislative, litigative, and enforcement functions”, delegadas pelo Congresso. In *Economic Analysis of Law*, p. 605, 4ª ed., p. 605, Little Brown Co., 1992.

⁶ Cf. Antonio Fonseca, “Técnica Jurídica e Função Criadora da Jurisprudência”, *Rev. Inf. Legislativa*, Senado Federal, a.19, n. 75, jul/set 1982, pp. 137-176.

Quanto mais o direito se torna certo, pela previsibilidade das conseqüências da incidência da norma ao caso concreto, mais gera condições de segurança. Onde o direito é claro e delimitado garante o chamado câmbio das expectativas, i.e., propicia ao cidadão prever as conseqüências dos atos ou ações próprias ou de terceiros.⁷

A organização da sociedade supõe a idéia de direito e está associada à noção de ordem e segurança. Essa noção é tão profunda que se revela conata à convivência humana. Segurança jurídica e certeza são, pois, postulados básicos que fazem parte da ordem jurídica positiva em todas as suas manifestações.

O postulado da certeza exige clareza na definição dos comportamentos humanos pela norma jurídica. Uma regra clara (conteúdo formal) tende a ser estável. É impossível, todavia, regulamentar todos os comportamentos humanos, muito menos fazê-lo de forma adequada. Isso acusa a existência de omissões, imprecisões, ambigüidades e contradições. Enfrentando este problema, o princípio da plenitude ou unidade da ordem jurídica tende a criar recursos interpretativos de modo a buscar sempre uma norma de decisão para um caso concreto, mas é um mito supor que a legislação oferece solução para toda controvérsia. Há situações em que a incidência de uma norma é certa. Em outras situações, a aplicação da mesma norma pode ser negada ou afirmada. É possível distinguir, portanto, um núcleo de certeza e uma margem de dúvida ou ambigüidade na aplicação de uma norma.⁸

Corolário da segurança é a sistematização do ordenamento jurídico, segundo o qual as normas estão subordinadas umas às outras pelo seu conteúdo (racionalismo material) e pela hierarquização de competências (racionalismo formal). A crença de que uma norma pode complementar outra alimenta a idéia de uma ordem plena. A esse respeito, a segurança cumpre um sentido racional ou lógico. Relacionar uma norma com outras, porém, nem sempre é possível. A tarefa exige habilidade de especialista, capaz de realizar adequada avaliação dos resultados.

Ainda que o conteúdo formal da norma continue o mesmo, concepções podem mudar com o tempo. Essa mudança pode ser de tal ordem que um direito certo, hoje, pode se tornar incerto amanhã. Um direito incerto é apto a gerar in-

⁷ A reflexão sobre segurança jurídica segue o texto encontrado em “Direito Tributário: Atitude Científica e Pensamento Jurídico Equitativo”, do autor, publicado em R.T.J.E., vol. 74, pp. 9-28.

⁸ Cf. Bernard S. Jackson, *Law, Fact and Narrative Coherence*, p. 144.

justiça na sua aplicação. Daí a certeza do direito ter um sentido funcional. A ordenação de comportamentos traduz, também, um compromisso do legislador com a justiça, ou do tribunal com a equidade (justiça do caso concreto). O direito, assim, aspira a realizar valores mais altos na hierarquia axiológica.

Usando do seu poder de subsunção, o juiz adapta a norma à exigência do justo, particularmente falando, para atender adequadamente uma necessidade humana específica ou a uma política pública. Não se sabe em que medida o sistema jurídico constitui uma ordem pronta ou dada ao juiz. Pelo mister de julgar, o juiz tem um poder que lhe é próprio de re-elaborar a lei. Isso dá ao direito um caráter dinâmico e permite um inevitável vaivém da segurança à equidade e da equidade à segurança.

A segurança, como se disse, está associada a uma imagem estática do direito. Esse lado conservador está em luta permanente com o caráter dinâmico do direito. Suposto que a realização da justiça é um compromisso inerente ao direito, é possível afirmar que a busca da segurança qualifica um conflito da justiça consigo mesma. Tudo isso torna a aplicação do direito uma tarefa desafiante, sobretudo quando a aplicação é inspirada no interesse público.

2.2 Noção de Interesse Público

A despeito da sua natureza intangível, interesse público é uma noção central para teoria jurídica e aplicação ou execução do direito. O seu conteúdo, a priori indefinido, é uma constante dor-de-cabeça para os tribunais, em qualquer ramo do direito e, em particular, no campo do direito da concorrência. Nesta breve reflexão, o interesse público é contrastado com o interesse privado. Não se busca estabelecer um conceito. O propósito é refletir sobre o processo de seleção dos critérios para definir interesse público como elemento de legitimidade das decisões.⁹

O interesse público é elevado à categoria de fundamento de aceitação geral quando o legislador, dispondo sobre a generalidade das situações, o invoca e quando os tribunais fazem dele ingrediente da racionalidade judicial. A esse respeito, o processo legislativo e os casos concretos são de alguma forma expressivas fontes de identificação do interesse público.

⁹ A presente discussão acompanha o texto correspondente ao item 7.2.1, “reflections on public interest”, capítulo 7 (*Adjudication on Non-Voluntary Licences over UK Patentes*) da tese de doutorado do autor, “Limiting Intellectual Property, the Competition Interface”, Queen Mary and Westfield College, Universidade de Londres, 1996.

A imprecisão ou ambigüidade de conceito pode ensejar manipulação das normas. A invocação do interesse público sem critérios pode servir a propósitos pouco conveniente ao bem comum. Segue-se que o parlamento e as cortes, ao estabelecer o interesse público como optativo político ou judicial, têm o dever de assegurar que o interesse da sociedade como um todo não seja explorado por grupos particulares na busca de ganhos privados às expensas do público.

Há uma relação entre interesse individual e interesse público. Indivíduos ou grupos de indivíduos podem perseguir variados interesses. Nem todos esses interesses podem pertencer à sociedade como um todo. Essa observação leva ao pressuposto de que a sociedade é capaz de ter seus próprios interesses. A questão é como distinguir os interesses do público como um todo daqueles interesses reduzidos à esfera individual.

Pode-se argumentar que a reunião dos interesses individuais representaria o interesse da própria sociedade. Para que a afirmação se torne verdade é necessário que os interesses antagônicos desses mesmos indivíduos ou grupos de indivíduos sejam excluídos, ou que os indivíduos ou grupos desistam dos seus interesses conflitantes para afirmar os interesses comuns ou da coletividade. A assertiva pode ser possível em princípio, mas ninguém a reivindicaria como uma verdade universal. O que é de fato reclamado como pertencente à sociedade ou correspondente ao interesse público não passa da materialização do interesse de uma maioria contra o interesse de uma minoria. A partir dessas colocações, pode-se inferir os riscos da construção da noção de interesse público: a possibilidade que grupos imponham seus interesses sobre outros.

Se é certo que não há outra forma de estabelecer o interesse público senão através da regra da maioria, o processo como instrumento de decisão ganha um papel vital na teoria jurídica e no modo como o interesse público é oficialmente estabelecido. O reconhecimento do interesse público como elemento chave significa que a implementação das políticas públicas deve produzir um benefício para sociedade. Fora desse objetivo, não há legitimidade possível. Ademais, a maneira como interesse individual e interesse público são relacionados é também uma questão de representação. Ao isolar e legalizar um interesse em particular, o legislador se vale de todo um conjunto de informação que pode estar viciada e, assim, ele pode estar favorecendo a dominação ou repressão de grupos.

O caráter representativo do interesse público exige uma articulação de elementos que confere um sentido democrático do processo legislativo e, ao mesmo tempo, permite uma justificação de interesses que vão além da esfera individual. Esse mecanismo descreve a conversão de optativos políticos em optativos jurídicos, destinados a repelir a usufruição individual de ocasionais benefícios. Tanto o parlamento ao fazer escolhas (optativos legais) ou tomar suas decisões, quanto as cortes, ao operá-las, têm um objetivo comum: cuidar para que o interesse público não seja dirigido para o privilégio de uma elite. Até onde o quadro legal é capaz de garantir tal objetivo é um assunto da alçada das cortes ou tribunais administrativos. Em circunstâncias particulares, o que é bom para a sociedade como um todo deve corresponder ao interesse público.

Freqüentemente, os tribunais têm que aplicar conceitos imprecisos ou abertos. Noções, tais como, bem comum, liberdade de comércio e interesse dos consumidores, reúnem considerável força intelectual que apelam para a sensibilidade dos juizes. O desenvolvimento de tais conceitos exige um mínimo de racionalidade. Ao desincumbir-se dessa tarefa a autoridade realiza uma política legal que não é dela, mas do parlamento. Segue-se que não cabe aos tribunais sobrepujar os optativos legais. Embora as autoridades administrativas e os tribunais sejam dotados de um mandato que lhes confere razoável liberdade de construção dos conceitos, essa franquia é limitada. Esse sentido de limitação governa toda a atuação do aplicador da norma e recebe uma qualificação particular, à luz do devido processo legal.

2.3 Devido Processo Legal

De origem americana, o instituto do devido processo legal tem conteúdo variável. O seu significado depende da cultura de cada país.

Fundamentos Constitucionais do Devido Processo Legal

- Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. inciso LIV);
- Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes (art. 5º, inciso LV);
- São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI);

- A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, inciso LX);
- Todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (art. 93, inciso IX).

No Brasil, a Constituição Federal oferece os fundamentos do devido processo legal e a legislação ordinária os implementa. (quadro acima). O princípio pode ser subdividido em dois aspectos: formal e substancial. Isto significa que a garantia processual, i.e., cumprimento de certas formalidades essenciais à ampla defesa e ao contraditório, é um requisito necessário à observância ou aplicação adequada (*enforcement*) do direito. Isto se aplica também ao direito de concorrência e, assim, define um devido processo antitruste. Não se pretende esgotar toda a dimensão do instituto, o que escaparia do objetivo do presente trabalho. Deseja-se apenas estabelecer as suas características mais notáveis¹⁰ descritas no quadro seguinte.

Direito de ser ouvido

A audiência do administrado, além de refletir um princípio de justiça, traduz uma garantia de eficácia, porque não somente assegura ao interessado o conhecimento dos fatos e a possibilidade efetiva da sua participação útil no processo, como proporciona melhor recepção e cumprimento da decisão administrativa. Nesta linha situa-se o magistério de Agustín A. Gordillo¹¹, segundo o qual:

“El principio se mantiene incolume incluso cuando los hechos sobre los cuales debe decidir-se parecen absolutamente claros, Y la prueba existente sea contundente Y univoca, porque si la administración tiene en cuenta no solamente razones o motivos de legitimidad, sino también motivos de oportunidade, merito o conveniencia - principio éste indiscutido em la

¹⁰ Cf. discussão em “Liquidação Extrajudicial - Multicred: Devido Processo Legal,” por A. C. Fonseca da Silva, R.T.F.E. vol. 66, pp. 137-176. A discussão aqui elaborada sobre devido processo legal não destoia na essência da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

¹¹ In RPD 10, 1.19.

doctrina Y em la practica - entonces es meridiano que la voz del afectado, aún en el más claros de los casos, aporta siempre un elemento más de juicio a tener en cuenta para el juzgamiento del mérito ú oportunidad del acto.”

O princípio radica no direito natural, já inscrito na parêmia jurídica *nemo debet inauditus demnari* (ninguém deve ser condenado sem ser ouvido), designado, às vezes, por justiça natural e teria sido observado pelo Criador, que, antes de condenar Adão e Eva, os ouviu (Gêneses, 3,9-19). A dimensão da regra permite desdobramentos vários, como a publicidade do processo administrativo, oportunidade de exposição de razões pelo administrador e administrado, expressa consideração dos argumentos e das questões propostas, dever de a administração decidir expressamente a sua decisão, e direito de defesa por profissional habilitado.

A publicidade do processo diz respeito ao chamamento do interessado para se defender. As partes (administração e administrado) são colocadas em condições de se contrariarem. Descarta-se qualquer atuação em segredo, salvo circunstâncias excepcionalíssimas justificadas pelo resguardo de situações. Compreende não somente o conhecimento das atuações administrativas como também o exato conteúdo ou alcance da impugnação, de modo a permitir a formulação de defesa.

As razões de direito e de fato visam confortar um juízo de convicção. Há uma oportunidade adequada em que elas poderão ser oferecidas, variando segundo a modalidade ou o fim do processo. A sua exposição de ordinário deve preceder ao pronunciamento administrativo conclusivo; a precedência atende a uma questão de utilidade. É desejável que o pronunciamento administrativo não ocorra muito distante da época do oferecimento das razões do administrado.

Desde que as questões e os argumentos suscitados se revelem pertinentes, a decisão deve tocá-los, considerando-os expressamente. O silêncio ou a omissão da autoridade constitui falha em detrimento do direito de ser ouvido. Deve a decisão, portanto, ferir todos os fundamentos da defesa.

O dever de a administração decidir expressamente os requerimentos atende ao postulado de que todo pedido deve merecer uma resposta, seja em nível de impugnação ou de recurso, pedido de consulta, reconsideração ou de diligências. Tratando-se de pedidos plúrimos, formulados através de um só instrumento, tem a administração o dever de decidir expressamente cada um deles.

A autoridade julgadora deve fundamentar a sua decisão, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes do processo. Isso exige uma indicação objetiva dos motivos formativos do convencimento.

Enfim, o direito de ser ouvido, na sua plenitude, não dispensa a defesa do administrado por profissional habilitado. A esse aspecto, não é necessário que a defesa seja feita por advogado. Entretanto, qualquer que seja o representante do administrado, quando este próprio não patrocinar a sua defesa, a ele é assegurado o acesso a todo expediente a fim de poder praticar todos os atos procedimentais indispensáveis a uma defesa eficaz.

Direito de oferecer defesa e produzir provas

A prova é dirigida à formação do convencimento do julgador. As diligências, perícias, quaisquer meios lícitos de prova compreendem-se no âmbito do contraditório, sem o qual o processo perde a sua legitimidade. O direito em destaque consiste em que: (a) toda prova razoavelmente requerida seja produzida; (b) a produção da prova deva ocorrer em tempo útil, havendo de ordinariamente preceder a decisão da controvérsia, e (c) o controle da produção da prova seja realizado pela administração.

Caberá à defesa requerer as provas que desejar produzir, ou por elas protestar, sempre atendendo a uma exigência de utilidade, objetivamente demonstrada ou deduzida das circunstâncias. A autoridade poderá, em despacho fundamentado, indeferir as que considerar impraticáveis, prescindíveis ou inúteis. Essa faculdade, porém, encontra limites, devendo a recusa atender a preceito de lei ou à razão de lógica jurídica. Se o escopo da prova é a procrastinação desarrazoada do feito é evidente o seu descabimento.

A prova deferida merece ser produzida antes de um pronunciamento conclusivo sobre a matéria controvertida. O preceito de oportunidade aplica-se a toda prova cuja produção seja factível.

Síntese do Devido Processo Legal

<p>A) Direito de Ser Ouvido</p> <p>⇒ Publicidade dos procedimentos (chamamento e contrariedade)</p> <p>⇒ Oportunidade para exposição de</p>	<p>B) Direito de oferecer defesa e produzir provas</p> <p>⇒ Produção de toda prova razoavelmente requerida (utilidade objetiva)</p>
---	---

razões (precedência)	⇒ Produção de prova em tempo útil (antes da decisão ou pronunciamento conclusivo)
⇒ Expressa consideração dos argumentos e questões expostas	
⇒ Expressa decisão dos requerimentos	⇒ Controle da prova realizada pela administração (conferência e articulação da contraprova)
⇒ Dever de fundamentar a decisão (motivos do convencimento)	
⇒ Direito de defesa por profissional habilitado (defesa eficaz)	

O direito de controlar (conferir, fiscalizar) a realização da prova, por fim, é conferida aos interessados para garantir a lisura dos procedimentos. Pretende-se, assim, evitar a realização de provas com preterição de formalidades legais essenciais ou por via de expediente fraudulento ou espúrio; presta-se ainda a orientar a articulação da contraprova.

Estes são os traços mais frisantes do devido processo legal. São um feixe de direitos, deveres e faculdades cuja operacionalidade atende a ditames lógicos e éticos, a exigências de oportunidade e utilidade, requisitos que se impõem enquanto “meios” e “recursos” inerentes ao contraditório e à ampla defesa.

3. INSTRUMENTOS DE PLANIFICAÇÃO JURÍDICA

Parece estranho a idéia de planificar, ou dispor em planos, a ação jurídica do Estado. Essa ação jurídica envolve uma série de atribuições¹² que melhor seriam desempenhadas se submetidas a um sentido de planejamento, que é obrigatório para a administração pública. O plano é um conceito fundamental associado ao desenvolvimento racional das ações reguladoras do poder estatal. O sentido de planificação jurídica aqui empregado é de ordenação de objetivos e estratégia para cumpri-los, de acordo com uma linha ótima escolhida, dos quais a administração de uma justiça administrativa não pode prescindir.

¹² Confirmam-se, por exemplo, os artigos 7º a 9º da Lei nº 8.884/94.

Essa exigência de planejamento administrativo pode variar de acordo com a complexidade do papel ou mandato conferido à agência ou tribunal administrativo.

Assume-se que o regulamento (*guidelines*), a prova científica e os princípios ou regras de bom aviso, que limitam o poder discricionário, fazem parte de um instrumental necessário à estruturação de uma política da concorrência eficiente. Sem esses instrumentos, o teste de desempenho dessa política estará prejudicado pela falta de critérios objetivos.

3.1 Importância das "*Guidelines*"

De ordinário, guias (*guidelines*) ou instruções não são vinculantes. No seu sentido amplo, elas podem abranger o regulamento ou regimento do órgão, de considerável valor para o desenvolvimento e aplicação transparente do direito. Como instrumento de política legal, as "*guidelines*" estabelecem categorias e regras que orientam um padrão de teste legal, instruindo um público-alvo e oferecendo um modelo de interpretação que pode ser considerado ou aproveitado pelos juizes. As "*guidelines*" são importantes, enquanto elementos de planificação jurídica e transparência, bem como pelo seu caráter instrutivo.¹³

O guia gera na autoridade uma atitude diante de situações jurídicas chaves. As tarefas desempenhadas no dia-a-dia são facilitadas, propiciando uma economia de meios (princípio dos meios eficientes). Isso permite que técnicos e pessoas que militam no foro administrativo possam prever como a autoridade agirá naquelas situações. Aplicando um meio eficiente e previsível, a autoridade se habilita a fazer um balanço de ganhos e perdas.

Há vários outros benefícios relacionados a programa de treinamento, montagem de orçamento e organização pelos técnicos da execução coordenada de atividades. O planejamento não é uma preocupação jurídica imediata. A abordagem do planejamento, todavia, coloca em foco a necessidade de se organizar as atividade de aplicação do direito ou execução das decisões como exigência de administração eficiente ou racionalização do desempenho da agência de concorrência. Ao estabelecer prioridades e alternativas, a autoridade organiza sua atuação e procura a solução mais eficiente de problemas, evitando esforços desnecessários ou contraproducentes.

¹³ Sobre o assunto, ver "Tese" do autor, capítulo 6, seção 6.3, tópico *the guideline approach*.

A agência de concorrência desenvolve métodos de trabalho distintos daqueles normalmente aplicados pelos órgãos judiciais. Para desempenhar suas tarefas eficientemente, a autoridade antitruste, conservando sua independência, mantém conexões com outras agências governamentais, homens de negócios, associações de defesa da concorrência, órgãos internacionais e com a mídia visando informar ao público e difundir a cultura da concorrência. Essa interface exige respostas planejadas. A habilidade da agência para agir eficientemente deve refletir um papel avançado da burocracia estatal, em contraste com aquela visão que normalmente o público tem de uma máquina burocrática pesada e negligente.

Quanto ao aspecto da transparência, vale ressaltar que sem guia ou regulamento o órgão tende a atuar com base em padrões de comportamento hauridos de experiência não escrita e conhecidos apenas por um reduzido número de funcionários. O aprendizado de situações passadas pode ser válido se ajudar a estabelecer paradigmas que sirvam de base para decisões futuras. Na ausência de guia não institucionalizado, critérios não escritos são confinados ao conhecimento de poucos funcionários ou técnicos. Valiosas informações terminam não sendo compartilhadas com superiores. Essas informações podem ser importantes para a política ou estratégia do órgão. A falta de critérios na produção e gerência de dados relevantes impede o adequado tratamento e disseminação da informação. Corre-se o risco de se produzir decisões mal informadas.

O papel instrutivo do regulamento pode ser encarado do ponto de vista dos destinatários das regras da concorrência. A adequada orientação ajuda os homens de negócio e associações de comércio a observarem o direito, ou pode encorajar os agentes a evitar atividades de risco, deter condutas aventureiras e ainda criar forte expectativas de se estar trilhando rota legal. Evitam-se, assim, condenação em multas, dispendiosas disputas e o risco de se ter um ato ou contrato anulado.

Um guia interpretativo pode esclarecer pontos obscuros de dispositivos vagos, ou estabelecer condições para aplicações de conceitos ou regras rígidas, eliminando restrições impróprias e evitando discussões desnecessárias. Onde a lei permite mais de uma interpretação, o guia pode fazer uma escolha possível que pode ser observada pelo Judiciário. A esse respeito, o guia ou regulamento pode facilitar não somente o trabalho de consultoria privada, como também ser usado como canal de legítimos anseios de grupos.

O guia, enfim, pode ser alterado de tempo em tempo para operacionalizar uma nova política. Este senso de flexibilidade é uma característica que muito se atende ao direito moderno da concorrência, comprometido com um mercado dinâmico e baseado numa realidade econômica nem sempre de fácil percepção.

3.2 Prova Científica e Percepção Estatística

Em diversos campos do conhecimento, a experiência humana é expressa em dados dispostos estatisticamente. Elementos de estatísticas têm sido usados para descrição de uma realidade ou elaboração de inferências que, por vezes, influenciam a percepção dos juizes. A frequência do uso de estatísticas nos tribunais levou o juiz Holmes, da Suprema Corte americana, a afirmar que algum conhecimento de estatística não é um dever, é apenas uma necessidade.¹⁴ Estatística é realmente importante? Do ponto de vista do processo administrativo ou judicial, uma questão geralmente suscitada é sobre a justa avaliação por juizes, advogados e técnicos dos modelos estatísticos, e se tais modelos asseguram o devido tratamento dos dados em questão.

O uso de estatística tem contribuído para o discurso racional envolvendo assuntos de interesse público. Esse uso tem sido feito por economistas, cientistas sociais, geneticistas, epidemiologistas, engenheiros, físicos, biólogos e outros profissionais, atuando como testemunhas ou técnicos dentro das respectivas especialidades. Os juizes nem sempre têm disposição e habilidade para apreciar números. Isso pode ser uma deficiência dos cursos jurídicos que ainda não descobriram os números como instrumentos de argumentação jurídica. Daí muita estatística pode atrapalhar o tratamento da prova. Com a devida assistência, os tribunais administrativos e judiciais são capazes de avaliar bem a prova estatística. Mas a falta da assistência adequada pode levar que bons modelos estatísticos sejam sumariamente rejeitados, ou que deficientes modelos sejam acolhidos sem a devida crítica. A reflexão a seguir tenta ressaltar as virtudes e vicissitudes de algumas técnicas estatísticas, capazes de impressionar e atribuir crédito a pressupostos jurídicos nem sempre adequadamente avaliados.

A prova científica se caracteriza pela busca do conhecimento ou verdades gerais, mediante a descoberta ou revelação das leis fundamentais da natureza e do modo como elas operam e interrelacionam-se. Isso cria uma atitude que

¹⁴ Michael O. Finkelstein & Bruce Levin - *Statistics for Lawyers*, prefácio VIII e IX, Springer-Verlag, 1990

coloca um grupo de profissionais, tais como técnicos, advogados, membros do ministério público e juizes em contato com o mundo físico e seus fenômenos, gerando observações imparciais e experimentações sistemáticas. Guardadas as devidas precauções, isso é perfeitamente adequado à exigência de motivação das decisões, desde que sejam criados modelos de análises com a formulação adequada de hipóteses. No processo administrativo antitruste, o resultado de uma prática ou conduta é particularmente crucial, independentemente da sua valoração subjetiva, sendo a prova técnica, neste setor da administração pública, de extrema necessidade.¹⁵

O tratamento científico da prova não garante necessariamente a solução ótima de um problema jurídico, mas pelo menos permite manejá-lo de forma racional, mediante o emprego de diversas técnicas envolvendo amostragem, combinação ou comparação, descrição, contagem ou computação, probabilidade, inferências e regressão. Como se disse, o instrumental estatístico ou matemático pode contribuir para o processo de investigação e convencimento, mas pode também ser usado inescrupulosamente para obscurecer ou reduzir o impacto de evidências ou fatos determinantes. Daí é preciso que todo modelo seja submetido a uma avaliação crítica, em que, por exemplo, se permita testar uma dada hipótese contra uma outra alternativa, estabelecendo-se a final a hipótese nula ou falsa.

A seguir, alguns exemplos de estudos estatísticos envolvendo questões legais:

- Um interessante experimento realizado no início da década de 1960, em que foram usados métodos de estatística descritiva, procurou responder se uma pessoa, com evidentes laços com a comunidade local, uma vez presa e depois solta sem fiança retornaria para responder à acusação. O resultado foi um sucesso surpreendente: apenas 1% (3/250) dos recomendados para livramento condicional naquela base não retornaram. Esse resultado passou a ser observado pela Justiça nos Estados Unidos. Um significativo dado revelado pelo estudo foi que um número desproporcionalmente grande daqueles recomendados para livramento (60%) foram absolvidos. Um estudo estatístico de regressão múltipla sugeriu que, depois de considerados outros fatores, o fator prisão antes do processo sozinho aumentou a probabilidade de condenação. O sis-

¹⁵ É cada vez mais verdadeira a assertiva de que é impossível se desenvolver uma política de concorrência consistente e eficiente sem um serviço de pesquisa sistemática. A falta desse serviço e da capacidade de avaliação crítica da prova geralmente emprestada pelas firmas ou entidades que as representam enfraquecem as decisões da agência. Ademais, o corpo de especialistas deve gozar de liberdade técnico-profissional. A falta de liberdade de manifestação, subordinando-se os especialistas à orientação não escrita do *chairman* ou desse ou daquele conselheiro a quem servem, tende a viciar o devido processo antitruste.

tema de fiança com base nesse estudo foi contestado, sem sucesso. A Corte de Apelação de New York estabeleceu: "Não é porque fiança é exigida que o acusado a final é condenado. É pela probabilidade de ele ser condenado que fiança é exigida."¹⁶

- Uma associação nacional de produtores de ovos encomendou uma propaganda afirmando que não havia evidência científica autorizada e segura de que o consumo de ovos, mesmo em quantidade discreta, aumentava o risco de ataque de coração. A FTC abriu um processo para retirar a propaganda sob o fundamento de que ela era falsa e enganosa. No processo o pessoal da FTC introduziu dados preparados pela OMS relatando consumo de colesterol e taxas de doenças das coronárias em 40 países. Peritos que atuaram como testemunhas da FTC usaram método de descrição estatística.
- O Departamento Americano de Justiça adota o Herfindahl Índice para selecionar as concentrações a serem investigadas. O índice é calculado pelo somatório do quadrado das participações no mercado de cada firma. Varia de 0 a 10.000. O índice abaixo de 1.000 não oferece preocupação. Abaixo de 1.800 representa uma concentração moderada. Acima de 1.800 a concentração é alta, indicando um estado de alerta.¹⁷
- Probabilidade matemática tem sido discutida em comparações de cabelo humano. Fios de cabelo encontrados no local do crime ou na vítima são comparados com cabelos de pessoas suspeitas.
- Amostragem estatística é largamente usada por contabilistas em auditorias. Num determinado caso, um contabilista não conseguiu detectar nenhuma das 17 faturas fraudulentas num grupo de 100 faturas. Isso gerou um processo por negligência.
- Acusado de estupro, um homem de cor negra, em 1961, foi condenado à pena de morte, no Estado de Arkansas. A vítima era uma mulher de

¹⁶ Finkelstein & Levin, ob. cit., p. 8. Como este, os demais exemplos são da mesma obra.

¹⁷ Na jurisdição americana, o HHI é um indicador útil do potencial de efeito competitivo da operação de concentração, sugerindo aprofundamento da análise ou não, conforme o índice seja superior ou inferior a 1800. Cf. *Horizontal Merger Guidelines* (1992) do Departamento de Justiça e da FTC americanos, item 1.5, in *ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments*, Apêndice F, vol. II, 3ª ed., 1992. O referido índice não tem função na prática de avaliação de concentração pelo CADE. A Lei 8.884/94 adota padrão próprio (artigos 20 § 3º e 54 § 3º).

cor branca. Em habeas corpus, o condenado alegou que a pena foi aplicada de modo racialmente discriminatória. O argumento baseou-se num estudo de um sociólogo da Universidade de Pennsylvania. Segundo esse estudo, que examinou as sentenças de estupro numa amostra representativa de 19 condados daquele Estado, "as variáveis críticas na determinação da sentença de morte foram a raça do condenado e a raça da vítima."¹⁸

- Inferência estatística para duas proporções tem sido usada para estudo dos efeitos do baixo nível de radiação de fornos de microondas. A questão é se os microondas causam câncer. Os estudos têm sido conduzidos em ratos.
- Pesquisa para medir confusão entre consumidores nos casos de violação de marcas tem suscitado problemas de amostragem. Uma empresa, titular da marca dominó para identificar o produto açúcar, processou outra empresa (Domino's Pizza Inc.) que usava a mesma palavra para identificar pizzas. Pesquisa realizada em dez cidades do leste dos Estados Unidos, em duas das quais o serviço de pizza dominó era fornecido, entrevistou 525 pessoas, todas donas de casa envolvidas nos seus afazeres domésticos, responsáveis pelas compras de mercearia. Durante a entrevista, uma caixa de pizza dominó era exibida. Parte das entrevistadas revelou acreditar que a empresa que produzia pizza produzia também outros produtos. Desse grupo, um percentual acreditava que a empresa de pizza também produzia açúcar. O padrão de amostragem foi submetido a críticas.

O uso da pesquisa científica contribui, portanto, para a aplicação racional do poder discricionário na formulação e operacionalização das políticas públicas.

3.3 Princípios de Discrição Administrativa

Os princípios que orientam o exercício da discrição administrativa encerram limitações de duas ordens: legal ou estatutária e judicial. Construídas pelo legislador ou pelos tribunais, essas limitações comunicam um dever de justificar as decisões, um senso de adequação de motivos e um dever/poder de atuar

¹⁸ Idem, p. 189.

quando necessário. Os princípios que decorrem da estrutura reguladora guardam correlação entre si e podem ser assim estabelecidos.¹⁹

Ao exercer seu poder discricionário, a autoridade pode fazer tudo, não proibido por lei, para implementar um objetivo legal específico. Desse modo, a autoridade realiza dupla função de guardião da ordem econômica e de curador do direito individual à livre concorrência. A agência de concorrência se faz intérprete da política do legislador e a implementa em primeiro grau. A tarefa de completar o direito envolve opções. As escolhas que a autoridade faz não são propriamente suas, mas do legislador.

Um outro princípio é que a autoridade não pode impor restrições ou encargos inconsistentes com a política legal, nem sua discricção pode gerar desnecessário embaraço ou ônus sobre a propriedade privada.

Outra limitação estabelece que a autoridade não deve fixar critérios ou políticas tão rígidas que inviabilizem o exercício da discricção no caso concreto. Isto reclama um sentido prático e de flexibilidade na formulação de instruções destinadas a regular as situações mais ou menos gerais.

O dever de considerar os objetivos legais é uma exigência de motivação das decisões. Mediante a declaração de razões, a autoridade pode demonstrar que uma abordagem racional foi procedida, numa decisão em concreto, contra uma atitude de capricho ou preconceito. A discricção do caso individual deve se fundar na razão, resgatada da observação ou experiência, ou ainda de diretrizes técnicas.

Para exercitar discricção adequadamente, diz outro princípio, deve se dispensar adequada consideração ao mérito e fatos do caso individual, i.e., exige-se tratar os pontos chaves de maneira racional, desenvolvendo-se argumentos informados. Racionalmente razoáveis são aqueles argumentos conclusivos e determinativos de respostas coerentes.

O dever de atuar, enfim, para atender a uma necessidade decorre da percepção de que a autoridade possui um poder/dever de dar as respostas corretas para acudir a um interesse legalmente protegido. Essa proteção é definida a partir da Constituição, consolidada nas leis e implementada pelo regulamento. Dar uma resposta adequada a um interesse juridicamente relevante passa por um

¹⁹ Os princípios discutidos decorrem da jurisprudência ou dos textos legais. Ver “tese” do autor, capítulo 7.4 (*principles of judicial discretion: a summary*).

processo de justificação legalmente permissível. Isso revela o caráter interativo ou complementar dos princípios que orientam o poder discricionário da autoridade.

A observação óbvia é que não existe um poder discricionário ilimitado. O grau de discricção é função do enunciado das disposições legais. Uma vez revelada, a discricção poderá ser corrigida pela mesma autoridade ou por outra. Não se sabe ou não se pode afirmar, *a priori*, até onde uma discricção originária poderá ser alterada ou substituída por um poder discricionário superveniente ou posterior. O certo é que, ordinariamente, a discricção administrativa, de primeiro grau ou extrajudicial, não deve ser perturbada, a não ser para reparar erros *in decidendo* que fazem a decisão original inconsistente com as letras ou objetivos legais, ou ainda com os interesses individuais legal protegidos. Vale esclarecer, finalmente, que à autoridade judicial não cabe dizer como a autoridade administrativa deve exercitar sua discricção. Em suma, a discricção administrativa não pode, em princípio, ser substituída pela discricção judicial, a menos que esta seja um imperativo à reparação de um direito individual ou coletivo judicialmente exigível.²⁰

4. PAPEL DISCRICIONÁRIO

Grande responsabilidade recai sobre as agências ou tribunais administrativos encarregados de decidir sobre assuntos que afetam a propriedade privada. A esses órgãos é conferido um poder discricionário que lhes permite se equipar. Tal poder é mais ou menos amplo, dependendo da complexidade do mandato, e deve ser usado tendo em vista a realidade mutante do mercado e as necessidades da sociedade consumidora. Nesse sentido a discricionariedade é necessária, mas delicada pelo potencial de abuso que esse poder oferece.

O poder discricionário é aqui explorado sob quatro ângulos ou diferentes tipos de escolhas: seleção das situações de risco e seu tratamento; estruturação dos procedimentos de atuação, controle de qualidade dos serviços prestados pela agência (auto controle) e opções técnicas adotadas em cada caso.

4.1 Função Seletiva

²⁰ A propósito, vale conferir a doutrina do controle judicial na tradição do common law. Em seu manual, Wade & Bradley escrevem: "Judicial control cannot be a substitute for administrative or political control of the 'merits' or 'expediency' of official decisions. Nor are the judges responsible for the efficiency of the administration. But the courts ensure that decisions made on political or other grounds conform to the law and that certain basic standards of fair procedure are observed." p. 626.

Como se disse, poder discricionário é o poder para fazer escolhas entre várias possibilidades de ação ou omissão. Particularmente no domínio da concorrência, é instrutivo dirigir a atenção do leitor sobre como a União Européia tem usado o poder de selecionar as situações sobre as quais o direito é aplicado.²¹ Como se sabe, o direito da concorrência na União é materializado nos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma que descrevem com certa amplitude os acordos privados, práticas concertadas e abusos de posição dominante capazes de gerar efeitos adversos ao comércio no interior da União ou entre os estados membros. O amplo escopo dos dispositivos levaram a União a adotar uma política seletiva, estabelecendo situações que estariam cobertas e outras não alcançadas pelos artigos 85 e 86.²² Isso somente foi possível depois de se adquirir suficiente experiência nos casos concretos, que atingiram um volume preocupante.

Por volta de 1963, algo em torno de 37.000 casos de conduta aguardavam julgamento. A primeira tarefa da Comissão foi agrupar os casos por categorias de práticas restritivas. A análise dessas práticas tornou possível a definição das condições objetivas de exclusão de certos acordos. Depois de decidir um certo número de casos dentro de cada categoria, a Comissão passou a regular bloco de isenções (*group exemptions*). A primeira categoria disciplinada foi a de certos acordos de exclusividade, onde se concentrava o maior número de processos.

Em 1967, a Comissão entendeu que havia adquirido bastante experiência no trato dos acordos de exclusividade e expediu o Regulamento 67/67-CEE. Com base nesse Regulamento, mais de 13.000 casos foram informalmente encerrados naquele ano. Em dezembro de 1972, os casos de conduta somavam apenas 2.873 processos. Hoje há regulamentos com disposições específicas sobre acordos de distribuição exclusiva ou compra exclusiva aplicáveis a fornecimento de cervejas, postos revendedores de combustíveis e veículos automotivos.

Outros regulamentos em vigor disciplinam acordos, tais como, transferência de tecnologia e *know-how*, *joint-venture*, pesquisa e desenvolvimento, e fran-

²¹ O resumo a seguir é baseado no relato de Karl Mathias Meessen, in Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice in Europe and America*, Universidade de Illinois, 1976

²² Posner apóia essa atividade seletiva sob o fundamento (*assumption*) de que “the agency acts as a rational maximizer, comparing the expected returns and expected costs of alternative uses of its resources.” Ob. cit., p. 602.

quia. De modo geral, esses regulamentos modelam uma estrutura de acordo não considerado danoso à concorrência, sendo desnecessária sua apresentação e exame. As empresas são livres para adotar a estrutura de acordo com o que mais atender às necessidades do seu negócio, ficando obrigadas, todavia, a submeter à apreciação qualquer contrato fora da modelagem preestabelecida.

Os critérios de seleção que a Comissão adotou na década de 1960 incluíam denúncias sobre as quais havia representação formal ou que eram objeto de litígio nas cortes dos Estados Membros, casos não notificados, casos sobre o art. 86 e casos sobre práticas restritivas notificadas antes de o mesmo artigo entrar em vigor. Numa etapa posterior, os critérios foram estabelecidos de acordo com a natureza e importância das condutas ou seu impacto no mercado comum. A política então esboçada procurava contemplar todos os setores econômicos, considerando as situações como precedentes para interpretação dos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma.²³

A estruturação ou construção do direito atendia a uma exigência de ordem pública. Ao perseguir tal intento, a política comunitária de alguma forma sacrificava interesses individuais. Com o objetivo de obter alguma isenção para os seus casos, as empresas apresentavam contratos para apreciação. A falta de apreciação dentro de um certo período de tempo provocava um dilema para as empresas. Esse prazo podia variar de três a quatro anos ou chegar a uma década. Se o contrato contendo cláusulas restritivas era a final isentado (*exempted*) ou aprovado (*cleaned*), tudo bem. Uma decisão em sentido oposto era, todavia, um risco incômodo para a empresa que ousasse aplicar um contrato pendente de apreciação.

Os regulamentos de isenção terminam padronizando certos tipos de acordos e ao mesmo tempo produzem uma base legal que permite à Comissão tomar uma decisão individual e possibilitam às empresas prever as conseqüências da sua atuação.

4.2 Função Estrutural

Além dos regulamentos que definem uma descrição seletiva, uma agência ou tribunal administrativo recorre a um conjunto de regras de procedimento que estruturam o poder discricionário. Os instrumentos que incorporam essas regras são vários, mais ou menos vinculativos, tais como regimentos, resoluções, portarias ou decisões individuais. Embora sem poder vinculativo, certas

²³ Karl Meessen, ob cit., p. 92.

publicações, tais como boletins, cartilhas, relatórios administrativos, declarações oficiais ou artigos veiculados em publicações oficiais podem ter algum caráter informativo da linha de pensamento sobre como o órgão estrutura os seus procedimentos.

Sem a rigidez de um código de processo, os instrumentos procedimentais disciplinam a posição processual de pessoas, empresas e, menos frequentemente, órgãos governamentais que de alguma forma se relacionam com o tribunal ou agência e estão sujeitos às suas decisões. A falta de normas procedimentais sobre a estruturação do poder discricionário pode gerar custos adicionais e uma insegurança para os agentes ou seus representantes. Isso pode ser constatado no cotidiano de uma agência. É comum os representantes dos agentes fazerem visitas a funcionários encarregados de determinados serviços, em busca de orientação da atuação do órgão. Essa informação é refletida na estratégia de apresentação de defesa ou esclarecimento de situações.

Estruturar o poder discricionário em suma representa limitar o exercício desse poder. A insegurança pela falta dessas normas decorre da possibilidade de tratamento diferenciado dispensado aos agentes, que ficam sujeitos à maior ou menor experiência da autoridade. Ademais, a falta de normas de procedimentos frequentemente leva a atrasos na condução e decisão dos casos, provocados por longas discussões casuístas. Em se tratando de Colegiado, pode ocorrer que cada membro, com atribuições específicas, imprima sua velocidade e o rumo que entender adequados.

A estruturação do poder discricionário envolve a ordenação de atividades tais como investigação, realização de audiências, tomada de depoimentos orais, produção de documentos e ordem dos julgamentos. Uma regulamentação mínima desses itens, geralmente, é estabelecido em lei que, todavia, atribui aos tribunais administrativos o necessário poder para se organizarem e desenvolverem a regulamentação daquelas atividades.

4.3 Função Controle

Todo órgão que reivindica uma porção de autonomia tem o dever de desenvolver um auto controle, de modo a assegurar a qualidade do serviço oferecido à sociedade. Disso decorre um poder de revisão das próprias decisões e de tomar medidas reparadoras contra ações e omissões ilícitas de servidores pouco qualificados para as funções.

Pelo menos numa determinada fase inicial da experiência de uma agência, a aplicação e desenvolvimento do direito da concorrência submetem-se a um *blend* de erros e acertos. A reflexão sobre decisões passadas contribui para aperfeiçoamento de decisões futuras. A correção de imperfeições é, por vezes, resultado da mudança de linha de pensamento ou do modo como situações pouco conhecidas são tratadas. Uma decisão que reflita uma correção de rumo não afeta, necessariamente, decisões passadas. No entanto, sempre que se mostre útil pelos seus resultados práticos, uma decisão poderá ser revista.

A questão que se coloca no trato da revisão é a dos limites do poder revisio-nal. Em princípio, a revisão pode ser de ofício ou a pedido. Aqui não se cuida de discorrer sobre a revisão das decisões administrativas. Cumpre apenas observar que a consumação de uma situação de fato, com a consolidação de um direito individual, ordinariamente interdita a revisão de ofício. Exceção se dá quando o beneficiário da decisão original concorreu para o vício, motivo da revisão.

Uma falha grave na administração do serviço força a autoridade competente a investigar o assunto adequadamente e produzir uma resposta motivada. O estatuto dos servidores estabelece o procedimento e as penas adequadas que poderão ser adotadas no caso de uma falta disciplinar, que não exclui a aplicação de outras sanções administrativas e penais.

A função controle dos tribunais ou agências administrativas é particularmente importante e necessária em face do escopo do poder discricionário seletivo. Se o tribunal goza da faculdade de estabelecer o que pode ou deve investigar ou o que não deve, está-se diante de uma porta aberta para todo tipo de abuso, inclusive discriminações injustas e expedientes de captura ou corrupção. Isto é particularmente sério quanto à justiça administrativa aplicada à política da concorrência. A esse respeito, as considerações a seguir se valem novamente das lições de Karl Matthias Meessen sobre os sistemas americano e europeu.

Referindo-se aos dois sistemas de adjudicações, Karl Meessen escreve:

"Discretion with respect to initiating an enforcement proceeding is much broader and much less controlled, both in Europe and in America. The great discretionary power in both instances is the power not to enforce, either in general, against class of parties, or against a particular party. And, of course,

*discretion not to enforce intrinsically involves discretion to discriminate - a power very dangerous to justice."*²⁴

A possibilidade de escolha sobre o que investigar pode eventualmente traduzir na opção de condenar ou não condenar. Quando se trata de investigação e condenação, a cautela da agência é redobrada. Nisso reside um risco de negligência com um interesse público que é remetido a um contexto de barganha: os casos aparentemente sem importância que se deixa de investigar ou são submetidos a uma investigação simples são compensados com o tempo e os recursos poupados para profunda investigação dos casos importantes. Para que isso assegure uma maximização da eficiência na utilização dos meios disponíveis é necessário um controle severo dos resultados. Refletindo sobre a política seletiva e a utilização de recursos humanos na Europa, Karl Meessen aduz:

*"The affirmative decision is reviewed by at least twenty officers with university degrees, but the negative decision rests mainly with the individual official and comes to the attention of only a small number of officials. Mr. Meessen explicitly says he was unable to determine whether the power to delay has ever been abused. The European system may thus provide less than adequate protection against possible abuse of the discretionary power not to enforce."*²⁵

O potencial de abuso se agrava na proporção da deficiência de controle. A crítica que a esse respeito recai sobre o serviço da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Americano é esta:

"The discretionary power of nonenforcement is enormous and little protected. No one outside the Department of Justice supervises of reviews decisions not to investigate or decisions not to prosecute. Such negative decisions are secretly made. No systematic reporting of them to anyone is required. The officers who make the decisions may have private conferences with parties under investigation, and those parties do not always limit their presentations to facts and arguments; they may use influence of various kinds - influence that is

²⁴ Meessen, ob. cit., p. 96/97.

²⁵ Meessen, ob. cit., p. 97. Convém salientar que o relatório de Karl Mathias Meessen (in "Discretionary Justice in Europe and America" organizado por Kenneth Culp Davis), elaborado há duas décadas, não necessariamente reflete o estágio atual dos procedimentos aplicados pela Comissão. Os dados e as críticas do mesmo relatório representam, porém, elementos de aprendizagem válidos para as agências que ainda não dispõem de uma política da concorrência madura. Elas poderão refletir sobre a trajetória de um destacado órgão de política da concorrência na construção da sua reputação.

*typically known only to the officers with whom they are dealing. The potential for abuse is almost unlimited. If abuse occurs, the possibility of its detection or correction is slight, usually almost nonexistent."*²⁶

À Administração também cabe estabelecer mecanismos de avaliação dos resultados. Isso permite detectar falhas e gera oportunidade de reparação. Avaliar resultados revela um comprometimento com o controle de qualidade da justiça administrativa. Afora o auto controle ou controle interno, existe o controle externo, de ordinário realizado pelo poder judiciário e/ou pelo parlamento, este quando provido pelo quadro legal.

O controle judicial decorre da regra segundo a qual nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída do conhecimento do Poder Judicial, cuja função tem o escopo, essencialmente, de podar excessos da autoridade, proteger a concorrência e os direitos e garantias individuais enquanto categorias de bens jurídicos tutelados. Diz-se que os juizes enquanto órgãos judiciais estão formados na proteção de direitos, não na proteção do interesse geral que representa a concorrência. Isso leva à discussão sobre o preparo do Judiciário para decidir as questões sobre o assunto em apreço. Esta é uma preocupação desprezível que somente poderá se tornar num fato sério se o padrão das decisões da agência administrativa for um fiasco. Todo juiz poderá tornar-se um perito em matéria de concorrência, desde que ele tenha oportunidades para desenvolver sua capacidade de compreensão. A falta de perícia é preenchida por bons assistentes técnicos.

4.4 Discrecionariiedade Técnica?

A técnica está cada vez mais presente na formulação das políticas públicas e na aplicação do direito administrativo.²⁷ Alguns exemplos incluem as políticas de meio ambiente, fiscal, financeira, indígena, defesa da concorrência, defesa do consumidor e de desapropriações para reforma agrária. O grau de precisão da técnica varia. A variação pode determinar sua rejeição como elemento de apoio ou tornar a sua revisão ou controle excessivamente oneroso. Enquanto sua contribuição é de indiscutível valia no domínio da aplicação do direito público, o uso da técnica é objeto de interminável controvérsia. Questiona-se a existência de discrecionariiedade técnica a qualificar uma decisão administrativa e a possibilidade de revisão desta pelo Judiciário. O ponto que

²⁶ Idem, p. 98.

²⁷ A prova do fato ou direito dependente de conhecimento técnico especializado deverá sempre ser realizada, assegurada a livre manifestação do ponto de vista do perito.

se deseja firmar é que não há propriamente uma discricionariedade técnica a se confundir com uma decisão administrativa. Esta, em face de uma alegação de lesão de direito, é sempre passível de revisão pelo Judiciário.

O direito ou regulamento pode admitir alguma liberdade de escolha mais ou menos variável, mas tal exercício nunca toma caráter ilimitado. O exercício de funções administrativas normalmente envolve a escolha entre duas ou mais ações possíveis por parte da autoridade.²⁸ O legislador pode prever que a administração busque opções para realizar a função administrativa e vincular o administrador a uma ação específica ou deixá-lo livre para fazer a opção técnica que entender adequada.

A técnica não é uma figura autônoma, isto é, que vale por si. Ela pode indicar um comportamento da autoridade na busca do melhor resultado na aplicação do direito público. Daí Régis de Oliveira²⁹ afirma: a técnica pode ser um "antecedente ou pressuposto, fornecendo elementos para o exercício do poder discricionário." Ele acrescenta categoricamente: "Não se pode falar em discricionariedade técnica. Se algum ato necessita de regras técnicas para ser editado, são elas anteriores a sua emanção. (...) "Pode ocorrer que a própria lei determine a colheita de parecer técnico para a realização de determinada atividade. Em tal hipótese, estar-se-á diante do ato vinculado."³⁰ O entendimento é confirmado por outros clássicos do Direito Administrativo.

Com arrimo em Ranelletti, Rafael Bielsa³¹ escreve: "En general, la actividad puramente técnica es considerada como actividad libre de la Administración. Y se comprende que cuando tal actividad no se la refiere a derechos o a intereses legítimos de los administrados, no puede hablarse ni de actividad reglada ni de actividad discrecional. Sin embargo, adviértase que la calificación de una cuestión o de un problema de orden técnico supone necesariamente operaciones en las cuales la consideración o la valoración del interés colectivo está subordinada a preceptos o reglas de orden científico."

²⁸ Para Celso Antonio Bandeira de Mello, discricionariedade "é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente." - Discricionariedade e Controle Jurisdicional, p. 48, Malheiros, 1992.

²⁹ Régis Fernandes de Oliveira, Ato Administrativo, pp. 92/93, 3ª ed., RT, 1992.

³⁰ Idem.

³¹ Derecho Administrativo, p. 563, 4ª ed., tomo I, Ateneo, 1947

Linares³² sugere que um ato fundado numa política técnico-científica que carece de objetividade racional não é juridicamente razoável. Ele acrescenta: "cuando se trata de normas generales dictadas en base a la técnica menos precisa, como por ejemplo la técnica de las ciencias culturales, la determinación del error de la normación política genérica y, por ende, de la irrazonabilidad jurídica de la norma individual, es más difícil." Isso pode criar nos juízes uma resistência à anulação do ato. O autor se pergunta se o comportamento da autoridade realizado mediante um ato fundado em razões técnicas é ou não discricionareidade técnica e se esse poder é ou não controlável pelo Judiciário. Ele entende que esse comportamento encerra um "arbitrio político-administrativo, y luego de valoración jurídica." A segunda indagação não é respondida, mas o autor sugere ainda que a valoração jurídica está condicionada por um "positivo sentido de justicia para el caso."

Como se observa, a decisão administrativa que adota uma opção técnica é sempre resultado de uma valoração, do contrário deixaria de ser um julgamento. Esta conclusão em nada se altera pela imprecisão da técnica, que nem sempre revela a solução ideal. Segundo Bandeira de Mello,³³ "a providência ideal em muitas situações é objetivamente incognoscível. Poder-se-á tão-somente saber que será uma que se contenha dentro de um número limitado de alternativas e que se apresente como razoável no caso concreto."

A decisão vale por si, isto é, independentemente da técnica que ela embute. O seu conteúdo valorativo, em tese, pode sempre ser revisto. Assim, é equivocada a generalização segundo a qual as decisões de agências como o CADE somente se sujeitariam à revisão judicial nos seus aspectos formais. A agência tem o direito público de formular sua política, pautada por ingredientes técnicos e na busca de objetivos de eficiência e bem-estar. Os agentes econômicos são sujeitos de direitos e obrigações na ordem concorrencial. Ademais, certas entidades estão legitimadas a zelar pelo direito da coletividade a uma concorrência sustentável. Onde esses direitos entram em conflito, o Judiciário tem o poder constitucional de apreciar e, em sendo identificado qualquer lesão, adotar a reparação adequada.

A revisão pode ser abordada sob o prisma da natureza da justiça administrativa, se está empenhada na busca da verdade ou se suas decisões guardam algum caráter político. No primeiro caso, a revisão judicial poderá ser feita am-

³² Juan Francisco Linares, Poder Discrecional Administrativo, p. 275-277, Abeledo-Perrot, s/d.

³³ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 43.

plamente, de acordo com o entendimento do juiz. No segundo caso, a corte judicial estaria limitada no seu poder de revisão. Todavia, nunca se sabe precisamente onde a decisão administrativa baseou-se em motivos técnicos ou políticos.³⁴

A experiência judicial revela que as cortes tendem a não alterar algum elemento da discricção administrativa, a menos que esse elemento seja capaz de afetar direitos legalmente exigíveis por indivíduos ou coletividades. Esta parece ser uma posição acertada, no sentido de respeitar a autoridade que decorre da especialização da agência. Isto não exclui o poder/dever do Judiciário de, escrutinando o mérito da discricção administrativa, examinar eventual lesão de direito e, sendo o caso, repará-la.

O Judiciário não está preocupado com o mérito da política adotada pela autoridade, mas com a proteção dos direitos individuais³⁵, nos termos das questões submetidas a exame. Comprometidos com esse múnus, os juizes reivindicam para si, sempre que podem, avaliar a adequação da técnica.³⁶ Aqui como alhures, eles acreditam que a sua valoração, quando possível, tem por fim "evitar que sob a aparência de técnica se disfarcem o exagerado arbítrio ou a injustiça notória."³⁷ Por tudo isto, o presente estudo não considera a discricionarieidade técnica como um papel dos tribunais administrativos.

5. PAPEL POLÍTICO: INFLUÊNCIAS EXTERNAS

As cortes, como as agências autônomas, não tomam parte em questões políticas porque desejam. O papel de árbitro ou juiz em sentido amplo que elas eventualmente podem desempenhar no trato dessas mesmas questões decorre das falhas do Parlamento e/ou do Executivo em responderem adequadamente às demandas políticas e do mercado. Ou das falhas decorrentes de um quadro

³⁴ Cf. Posner, ob. cit., p. 610.

³⁵ A Agência também tem o dever de observar os direitos individuais. Mas esses direitos são freqüentemente contrastados com a função da primeira, que realiza um desígnio estatal. Segue-se que, no exercício da sua potestade, a agência - enquanto estado administração fazendo justiça com as suas próprias mãos - está destituída da vocação de garantir os direitos individuais.

³⁶ Particularmente na década de 1970, o então Tribunal Federal de Recursos enfrentou tormentosas questões a respeito de censura de peças de artes, obras literárias, filmes, notícias de jornais e músicas. Os motivos da interdição decretada pelo órgão técnico de censura eram poucos objetivos ou racionais. A Corte não chegou a criar uma política judicial própria, mas sempre apreciou o mérito da questão.

³⁷ Filadelfo Azevedo, citado por Victor Nunes Leal em "Problemas de Direito Público", p. 244, Forense, 1960.

legal e regulamentar pouco claro. Ao organizar, desenvolver ou aplicar sua política, a agência se depara com situações que a coloca em interface com outras fontes de poder, capaz de afetar as respectivas decisões. Sem o propósito de traçar um código de conduta, aqui se procura explorar aspectos da relação institucional, estabelecer a natureza dessa relação e as lições da atuação adequada que em última instância determina um papel político.

Uma agência ordinariamente persegue uma política pública, mas o papel político por ela desempenhado que aqui se explora é aquele que decorre do seu relacionamento com outras fontes de poder. As suas decisões não são políticas, mas freqüentemente são contaminadas pelas influências externas.³⁸ As situações que se vêem a seguir revelam os traços desse papel.

5.1 Tarefas Extramandato

Juizes administrativos são convidados, embora pouco freqüentemente, a tomar parte em comissões instituídas pelo governo do dia para investigar assuntos específicos, geralmente de interesse político, podendo sobre ele opinar. Dependendo da reputação da agência administrativa, a presença de seus membros nessas comissões pode agregar prestígio a elas. O efeito pode ser contrário: a indicação de algum membro poderá fortalecer a reputação da agência. O risco na realização dessa tarefa extra mandato decorre do proveito político que dela o governo tira. O resultado desse benefício poderá minar a autonomia da agência.

Richard Posner sugere que uma agência administrativa é uma forma de judiciário "dependente", estabelecido "*to promote the interest group politics rather than allocative efficiency.*"³⁹ Isto não é necessariamente uma verdade perseguida pela justiça administrativa, mas de algum modo ocorre ou pode ocorrer na prática. A possibilidade de a agência ou seus membros servirem a uma política de interesse de grupos torna-se mais factível na participação em comissões *ad hoc* cujos membros ordinariamente não gozam de autonomia política. A conclusão da comissão poderá representar simplesmente o pensamento do grupo político que sustenta o governo. Nessa hipótese, a participação da agência através dos seus membros, sobretudo sem especificação clara de papel, poderá representar um comprometimento político-partidário, capaz de falsear os objetivos da agência.

³⁸ A susceptibilidade da agência a influências políticas é um fato também ilustrado pelo rápido *turnover* dos seus membros conforme observado por Posner. Ob. cit., p. 605.

³⁹ Ob. cit., p. 605.

5.2 Colaboração Institucional

Fala-se em modernização do estado para capacitá-lo a responder adequadamente às necessidades da sociedade e aos desafios de um mundo em mudança. Parece se inserir nesse largo objetivo a articulação dos órgãos do estado.⁴⁰ A colaboração entre eles deve estar acima de qualquer interesse político-partidário. O quadro constitucional encoraja essa colaboração, mas a força pouco imparcial dos interesses individuais freqüentemente conspira contra a sinergia que os órgãos são capazes de produzir para alcançar os melhores resultados próprios das, ou compatíveis com, as respectivas funções.

A harmonia entre os poderes é um dos fundamentos da República. De fato, harmonia pode ser traduzida na oportunidade que os poderes têm de desenvolver uma articulada colaboração. Protocolos de cooperação são instrumentos de aplicação prática do comando da harmonia que, politicamente, acusa a ausência de poder absoluto na República: todos os órgãos, em menor ou maior grau, estão em relação de interdependência. Isso qualifica um comprometimento com a colaboração, como elemento de maximização da eficiência administrativa e promotor de um relacionamento político, capaz de resgatar a sintonia dos instrumentos de regulamentação, a qual muitas vezes é negada pela obscurecida generosidade do agente ou servidor público.

5.3 Prestação de Contas ao Executivo ou Legislativo

Em princípio, as agências de concorrência devem prestar contas ao executivo ou ao legislativo, de acordo com a experiência legal e institucional de cada jurisdição. No sistema parlamentar, a prestação de contas é em última instância feita ao parlamento. No sistema presidencialista, a tendência é se fazer a prestação perante o executivo, particularmente à unidade administrativa à qual a agência está vinculada. No primeiro sistema, não há observação relevante. No segundo sistema, um embaraço pode ser criado com insinuações de prestação de contas ao legislativo fora da previsão legal. Um afago político da espécie pode não trazer conseqüências, mas nunca se sabe das intenções e dos

⁴⁰ O Código de Processo Administrativo (Lei 9.784/99) não contempla especificamente a articulação entre os órgãos administrativos. No entanto, a mesma lei institucionaliza a colaboração quando encoraja o compartilhamento de competência mediante delegação na ausência de impedimento legal por conveniência administrativa ou em face de circunstâncias de ordem técnica, social, econômica, jurídica ou territorial (art. 12).

possíveis efeitos que a atitude, em princípio inocente, pode gerar.⁴¹ Há o risco de as influências políticas presentes no Congresso poderem ser transmitidas à agência.⁴²

Particularmente no sistema presidencialista, Executivo e Congresso podem disputar o controle da agência, seja diretamente sobre os membros desta ou, indiretamente, sobre o seu *chairman*. Se esse controle sempre existirá, como um fato natural do sistema, cumpre regulamentá-lo adequadamente. Vale observar, contudo, que o controle político, sob o ponto de vista da teoria jurídica, deve garantir a promoção de objetivos definidos como públicos.⁴³

5.4 Outras Conexões Institucionais

Acordos de cavalheiros anticoncorrenciais e a possibilidade de recurso impróprio se converteram em dois problemas cruciais que afetaram a defesa da concorrência brasileira, particularmente na primeira metade da década de 1990. Os primeiros diziam respeito a acertos de preços, ainda no tempo de inflação galopante, que alguns órgãos do governo estabeleciam. Tais tratativas nitidamente contribuíam para formação de cartéis privados. Embora ilegal a conduta, a grande dificuldade da agência sempre foi penalizar as empresas privadas; sob a pressão das autoridades, a estas não restava outra alternativa senão seguir a orientação, ou porque não dizer, imposição oficial. Isso ocorreu particularmente nos setores de medicamentos e alimentos. Contra esse vício de um passado recente, uma política institucional da concorrência deve advogar a busca de aliados no governo.⁴⁴

Quanto à questão de recurso administrativo, uma situação peculiar se criou com um recurso ao titular da Pasta da Justiça contra a primeira decisão do

⁴¹ Vale aqui repetir a observação de Castañeda: “*competition policy is only one component of general economic policy. It does not happen in a vacuum and it is essentially a high-risk activity that must be distanced from politics as much as possible.*” Loc. cit.

⁴² A especulação é recolhida da experiência de Posner que sugere serem os órgãos administrativos encarregados da aplicação do direito público parte de um processo político. Ob. cit., pp. 602 e 605.

⁴³ Para uma reflexão teórica e crítica sobre o assunto, conferir “Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativa”, por Daisy de Asper e Valdés, R. Inf. Legislat., a. 25, n° 99, pp. 29 a 56.

⁴⁴ Como que acusando iguais falhas de outras jurisdições, Castañeda escreve: “Government day-to-day issues create many opportunities for anticompetitive action. Competition policy must be part of the basic creed of key government officials not only to undo entrenched anticompetitive arrangements already affecting social welfare, but also to stop new legislation/regulation/decisions that go against competition principles.” Loc. cit.

CADE no caso Gerda. ⁴⁵ O argumento que ornava o recurso dizia com o devido processo legal. Conato a este, como acreditava o recorrente, o recurso da decisão no âmbito administrativo seria uma exigência constitucional. Minou-se a autonomia da agência e, mais do que isso, pôs-se em risco a sua existência institucional. O episódio -- que revelou ousada incursão do lobby político -- não foi totalmente exaurido, visto que o precedente pode encorajar semelhante ação no futuro. Como o recurso nunca foi julgado, a omissão da autoridade ministerial enfraquece o precedente, lembrando que a sua invocação em situação concreta poderá outra vez converter-se em fonte de constipação política.

A assistência do governo quanto a acertos de preços não é um acontecimento impossível. O assunto continua com um viés político, no sistema brasileiro de defesa da concorrência. Com efeito, a instrução dos processos de condutas sobre o tema fica a cargo de órgãos que atuam sob a orientação de autoridades políticas. ⁴⁶ A legislação atual deixa margem para conclusão de compromisso tomado pelo órgão que dirige a instrução visando à cessação de prática de aumentos excessivos ou injustificados de preços. A menos que medidas estruturais eficientes façam parte desses compromissos, o termo de cessação pode-

⁴⁵ AC 16/94 - requerentes Grupo Gerda, Korf GmbH. Particularmente, sou de opinião que nos países onde o processo administrativo não tem a definitividade do contencioso francês o recurso não é um ingrediente necessário ao devido processo legal. Isso não é muito claro na Lei 9.784/99 (art. 2º, inciso X, c.c. art. 69). Vale lembrar a respeito que a jurisprudência recente do STF afirma não haver ofensa ao devido processo legal a exigência de depósito prévio de multa pecuniária como condição para viabilizar um recurso administrativo. A sugestão que daí se infere é que o recurso administrativo não é uma exigência objetiva da cláusula constitucional do devido processo legal. (RE 201.916-0 - rel. min. Carlos Velloso, DJ 26.06.98, p. 10; RE 169.077 - rel. min. Octávio Gallotti, DJ 17.03.98, p. 17; AI 218.768-1 - rel. min. Marco Aurélio, DJ 01.08.98, p. 22).

⁴⁶ A instrução sob a orientação de autoridades políticas mais o fato de o presidente do CADE ser o canal político da agência caracterizam a natureza semipolítica da defesa da concorrência. Esta realidade torna inócua a distinção entre órgão de governo e órgão de estado algumas vezes bradada para atribuir ao CADE um status que, se verdadeiro, somente existe no plano formal. A defesa da concorrência ganha traços de política de estado, enquanto objetivos básicos do consórcio estatal. Mas na medida em que os órgãos que implementam essa política se contaminam de interesses do governo do dia, a defesa da concorrência se identifica com o mesmo governo. Isto não é um exercício de interpretação, é um fato. O comando de uma política da concorrência partilhado com autoridades políticas é criticável pela dificuldade de se estabelecer uma estratégia comum de ação, consistente e duradoura, embora o modelo seja juridicamente acomodável nas jurisdições de tradição parlamentarista. Esclareça-se que o fato de uma autoridade ser qualificada como canal político não é necessariamente um demérito; o mérito dela está na qualidade do seu trabalho que, em se tratando de atividade “judicante”, deve atender às exigências do devido processo legal e do profissionalismo.

rá ocasionalmente se converter em instrumento de controle de preço. A resistência eventualmente oferecida pelo CADE a um tal procedimento é sempre fonte de conflito. A eliminação deste é um desafio ao sistema.

5.5 Doutrina da *State Action*⁴⁷

A política da concorrência freqüentemente gera atrito com outras políticas de governo, desafiando a legalidade e ou conveniência da atuação de outras autoridades governamentais, notadamente em setores submetidos à regulamentação econômica. Isso exige uma delicada articulação e nem sempre a agência está preparada para fazer essa interface institucional.

Variando conforme a cultura legal de cada jurisdição, o poder da agência de constranger autoridades públicas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa pode ser reconhecido quando, num setor regulamentado, o regulamento é inadequado ou omissivo, ou ainda a autoridade não exerce adequadamente a supervisão prevista em lei ou regulamento. Como resultado, o órgão governamental termina contribuindo para adoção de conduta ofensiva à concorrência por parte dos agentes que desenvolvem certa atividade econômica regulamentada.

A agência da concorrência, geralmente, enfrenta grandes dificuldades para adotar medidas corretivas da falha de mercado cujo cumprimento, não raramente, depende da boa vontade da autoridade reguladora. A repercussão política decorrente de um atrito ou conflito administrativo recomenda um esforço discreto, senão diplomático, em busca de um resultado que minimize os custos, reservando os remédios judiciais para as situações extremas.

5.6 Aspecto da Revisão Judicial

A revisão judicial se realiza em resposta às questões trazidas ao exame da corte sem preocupação com os amplos objetivos de uma política previamente estabelecida. Os remédios buscados na revisão judicial visam corrigir ações ilegais, não prescrições para futura conduta da administração.⁴⁸

A justiça administrativa tende a se orientar pelos princípios da economia (eficiência dos meios), velocidade nas decisões, capacidade de adaptação à varia-

⁴⁷ Sobre o desenvolvimento dessa doutrina na jurisdição americana, ver *ABA Antitrust Section*, ob. cit., capítulo XI, vol. II.

⁴⁸ Cf. John McEldowney, *Administrative Justice*, in “Rights of Citizenship”, p. 159, editado por Robert Blackburn, Mansell, 1994

ção de condições, flexibilidade nas tecnicidades formais, pouca aderência ou vinculação aos seus precedentes e formação eclética dos membros do colegiado. Ademais, a justiça administrativa combina prática com teoria, busca uma abordagem multidisciplinar e se submete a uma revisão interna e externa. Há uma crença de que esse formato é mais adequado à defesa do interesse público do que a rigidez do sistema judicial.

A diversidade de estrutura da justiça administrativa e do sistema judicial nem sempre é compreendida. Pelo contrário, às vezes é motivo de críticas. É importante que a agência tome emprestado alguns predicados das cortes judiciais, mas não deve se “judicializar” em demasia. O Judiciário tem um papel indiscutivelmente nobre, mas se a agência se converte, em todos os sentidos, numa corte judicial ela perde a essência da advocacia da concorrência⁴⁹ e se submete a uma forma de controle muito particular que só prejudica a função de *policy maker* da autoridade da concorrência. O fato destacável é que o controle judicial continua insubstituível pela capacidade de as cortes contribuírem para manutenção dos altos padrões de administração pública que a agência deve perseguir.

A conotação política que se desponta no relacionamento da agência com o Judiciário decorre da interação entre as instituições. O controle judicial abre a perspectiva de correção de uma política da concorrência, por exemplo, desenvolvida autonomamente mas contaminada com padrões de administração pública, que inclui a vocação natural para formular políticas e aplicá-las. Ao mesmo tempo o Judiciário, que é chamado a decidir um grande número de ações privadas sobre o mesmo assunto abordado pela agência, termina contaminado dos conceitos e praxes que a mesma agência desenvolve. Em suma, é inevitável que a influência da agência se projete na jurisprudência judicial ou na própria discricção judicial.

⁴⁹ O sumário da Conferência sobre política da concorrência, realizada pelo Banco Mundial em 1996, conceitua advocacia da concorrência como "the ability of the competition office to provide advice, influence and participate in government economic policy formulation and decision-making, promoting more competitive industry structures and firm behaviours. It is a function that needs to be strengthened and formally embodied in a competition law. Competition offices should be able to 'proactively' foster competition by lowering barriers to entry, promoting deregulation and trade liberalisation. A competition advocacy function will also tend to foster greater accountability and transparency in government economic decision making and give rise to sound economic management and business principles in both the public and private sectors." (Competition Policy in a Global Economy: a Latin American Perspective, World Bank-OECD, Buenos Aires, 28-30 Outubro 1996, p. 45).

5.7 A Agência e a Mídia

A propaganda constitui a base financeira mais importante da imprensa. Isso pode gerar comprometimentos e afetar a precisão na apresentação das notícias e a responsabilidade do debate de um modo geral. Os grandes comissionadores da propaganda privada são os grupos de pressão que têm uma grande capacidade de influenciar as forças de mercado. Não é surpresa que eles usam a mídia, que depende deles, para canalizar os seus interesses. Essa realidade deturpa as reais funções política, social e cultural da imprensa.⁵⁰

É certo que a dependência da mídia em relação aos grupos de pressão é de alguma forma mitigada pela regulamentação estatal e pelo compromisso formal, induzido pelo regulamento, de imparcialidade no tratamento justo e equilibrado da informação. A experiência, todavia, tem revelado que esses valores, em si vulneráveis, têm se submetido a uma permanente tensão entre as funções da imprensa, enquanto entidade, e os seus interesses comerciais. O resultado é uma manipulação da imagem, que poderá ganhar proporções dramáticas, episodicamente, e produzir um sentimento esquizofrênico de amor e ódio a refletir a relação da agência com a mídia. Tudo, porém, não está perdido.

A imprensa tem um lado positivo, que é a possibilidade de melhorar o desempenho da agência. A atuação desta é rotineiramente acompanhada por repórteres que oferecem o benefício do esclarecimento à sociedade sobre decisões que afetam a configuração de mercado. As notícias plantadas na imprensa, porém, nem sempre correspondem fielmente à política da agência. Essa assimetria pode ser resultado da falta de especialização dos repórteres ou é produto dos interesses, nem sempre revelados, que estão por trás do noticiário. Qualquer que seja o diagnóstico, a mensagem é de cautela da agência ao se envolver com a imprensa.

A cautela não deve ser lida como atitude hostil à mídia que deve ser utilizada para passar a mensagem correta e, sempre que possível, responder aos anseios da sociedade como um todo. O risco ou custo desse relacionamento deve necessariamente ser avaliado regularmente, tendo em vista a política da agência e o seu mandato legal. Acima de tudo, é extremamente odioso e contrários aos desígnios legais o uso da imprensa para satisfazer os desejos pessoais da autoridade que, em vaidosas manifestações de fins inconfessáveis, se lança a uma política de marketing da instituição que se confunde com a promoção da ima-

⁵⁰ Cf. Jay G. Blumler (editor) - *Television and the Public Interest (Vulnerable values in West European Broadcasting)*, Sage, 1992

gem pessoal.⁵¹ Uma tal conduta, além de incompatível com os fins perseguidos pela agência, revela um despreparo da autoridade.

5.8 Aspecto da Função Promocional

Uma questão atual que tem suscitado comentários é saber se na aplicação da política da concorrência há espaço para um papel conciliatório da agência. Em caso positivo, indaga-se quais seriam os limites dessa função e os riscos dela decorrentes. Para responder positivamente à indagação, o texto emprega a expressão função promocional⁵² como subtítulo para desviar os preconceitos em torno das palavras conciliação, negociação⁵³ ou transação.

A conciliação se desponta como um traço marcante do direito moderno⁵⁴, sendo um instituto de larga aceitação no direito brasileiro.⁵⁵ Embora restrita, a sua aplicação estende-se ao trato das relações de direitos indisponíveis. A transação, como elemento da conciliação, é plena nas relações de direitos

⁵¹ Uma política da concorrência baseada em imagem (*marketing-based policy*) pode se converter em fraude à sociedade.

⁵² A expressão foi inspirada no direito promocional de Norberto Bobio – Dalla Struttura alla Funzione: Studi del Teoria del Diritto, 1977.

⁵³ Sobre o processo de negociação ou *bargain* no controle das concentrações na União Europeia, ver Damien Neven, Robin Nuttall e Paul Seabright - *Merger in Daylight*, pp. 78, 151/152, 154, 160, 204 e 225, CEPR, 1993. A grande maioria dos casos é resolvida informalmente. Nesse processo, a Comissão exerce um grande poder de persuasão sobre as empresas, que não raramente terminam emendando os seus acordos ou desistindo de certas condutas suspeitas. Esse resultado reflete uma política de economia de recursos da Comissão e a conveniência das próprias empresas. Isso é pouco compreendido no Brasil. A esse respeito, dois casos apreciados pelo CADE merecem particular atenção: Ato de Concentração 58/95 (Brahma/Miller) e Ato de Concentração 54/95 (Copesul) - ver relatórios e votos dos respectivos relatores.

⁵⁴ No âmbito do direito internacional vale conferir os princípios de cooperação relativos à política antitruste. Um sumário desses princípios, destacando-se o *positive* ou *discretionary comity*, pode ser encontrado em *Limiting Intellectual Property, the Competition Interface*, tese do autor, seção 6.3.2. Ainda, James R. Atwood, 1991 Fordham Corporate Law Institute, capítulos 4 e 6 (ed. Hawk). Na Suíça, a Comissão de Cartéis tem um papel mediador em casos de pequena importância; ela adota uma política seletiva nas investigações relativamente aos processos de concentração. Cf. "Competition Policy in OECD Countries - 1989-1990", OECD Report, 1992, pp. 252/253.

⁵⁵ A base jurídica é formada a partir da Constituição Federal, que prevê para órgãos públicos atribuições conciliatórias ou de transação, nos termos da lei (art. 98). O CPC é um instrumento legal ordinário que contempla o assunto com amplitude: artigos 121-IV, 277, 331, 447 parágrafo único, 448, 449, 585-II e 1122.

disponíveis e parcial nas de direitos indisponíveis, naquilo que não contrariar a lei.⁵⁶

Outras leis esparsas adotam a conciliação sob outros títulos jurídicos. O “compromisso de ajustamento de conduta” é previsto na Lei de Ação Civil Pública⁵⁷, sendo largamente aplicado em matéria do consumidor.⁵⁸ O “compromisso de cessação de prática” e o “compromisso de desempenho” são instrumentos previstos na Lei de Concorrência.⁵⁹ Na área criminal, a transação penal é de alguma forma admitida nas penas alternativas, na extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes da denúncia por crimes fiscais,⁶⁰ bem assim no *sursis* processual a respeito de pequenas infrações penais.⁶¹ Tudo isso representa formas modernas de composição no direito público.

O sentido de transação ou barganha admitida pela ordem jurídica acima descrita põe a agência, em situações peculiares, na posição de sugerir condições que permitam a empresa ou empresas aproveitar a oportunidade para exercer sua generosidade e abreviar a investigação. Esse envolvimento da agência é parte da advocacia da concorrência, mas não deve prejudicar o múnus a ela atribuído de proteger a concorrência ou o mercado.⁶² Não se deve, todavia, perder a consciência dos riscos inerentes à atividade conciliatória.

Certamente, o desempenho de uma função promocional como aqui definida expõe a agência às influências de grandes agentes, que podem usar a mídia

⁵⁶ Algumas leis especiais: Lei de Alimentos (artigos 6º, 9º e 11 parágrafo único), Lei de Divórcio (artigo 3º §§ 2º e 3º), Lei dos Juizados Especiais, artigos 2º, 8º § 2º, 22 e 24), Lei de Gerenciamento Costeiro (L. 7.661/88 - matéria de lesões ambientais, art. 7º).

⁵⁷ Lei 7.347/85, art. 5º § 6º acrescentado pelo art. 113 do CDC (Código de Defesa do Consumidor).

⁵⁸ Hugo Nigro Mazzilli, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, pp. 240-248.

⁵⁹ Lei. 8.884/94, artigos 53 e 58.

⁶⁰ Lei 8.137/90, art. 14 hoje revigorado.

⁶¹ Lei 9.099/95, artigos 89 e 90.

⁶² A defesa do mercado não se confunde necessariamente com protecionismo. O conceito de mercado pode ser estabelecido como um feixe de relações jurídicas entre fornecedores e consumidores, bem como produtores ou distribuidores de bens e serviços entre si. Essas relações revelam, freqüentemente, interesses conflitantes subordinados a leis econômicas que fazem parte de um processo dinâmico. Esse processo pode ser incentivado, no sentido de que, observando-se regras éticas e de eficiência, se possa maximizar a satisfação dos agentes envolvidos nas suas posições ativas e passivas. Daí, proteger o mercado significa zelar pelos interesses dos agentes envolvidos e pela manutenção do equilíbrio desses interesses. Enquanto um bem jurídico em si, esse processo de troca e de produção de bens e serviços pode ser considerado parte integrante do patrimônio nacional. Em síntese, proteger o mercado significa assegurar respeito pelo consumidor e pugnar por uma concorrência livre e sustentável.

como um veículo de pressão, prestígio e poder. Na prática, essa influência poderá ocorrer via destaques na imprensa e, dessa forma, canalizar forças políticas para reduzir o papel da agência ou neutralizar suas ações com base em critérios não jurídicos, podendo ainda comissionar a cobertura da imprensa de modo a angariar a opinião pública. Tudo isso sugere que a agência deve adotar uma atuação discreta, mas não renunciar a sua vocação promocional, no sentido de envidar os melhores esforços para promover o direito. A agência deve, sim, mostrar-se refratária às pressões, já que não há como eliminá-las, e não se submeter aos seus encantos.⁶³ Daí a ação promocional é desenvolvida no contexto de uma relação jurídica de subordinação e não de coordenação.

A conciliação poderá, pois, ser admitida por liberalidade, não em todos os casos, mas naqueles em que a autoridade, no exercício da sua atividade de advocacia da concorrência, perceber que eventual efeito adverso é passível de reversão por mais de um meio sem acarretar ônus indevido a um ou mais agentes envolvidos. As condições impostas devem corresponder ao dano ou potencial de dano objetivamente identificado, guardando um senso de proporcionalidade. Das mesmas condições não devem resultar prejuízo para terceiros ou para coletividade, tampouco ofensa à concorrência. Respeitados tais requisitos, a conciliação tende a reduzir os custos do processo, abreviando soluções e oferecendo rápidas e transparentes respostas⁶⁴ às falhas de mercado.

A função promocional, que supera o sentido de conciliação, enseja, enfim, que as empresas explorem todas as possibilidades de realização do direito da concorrência. Esse exercício exploratório não dispensa a orientação da agência, sobretudo nas jurisdições em que a cultura da concorrência é bastante insipiente⁶⁵ e o serviço de defesa da concorrência padece de estrutura adequada. Mediante a função promocional, a agência assume um papel positivo na busca dos melhores resultados na aplicação do direito.

⁶³ O perfil dos membros da agência exige notável saber e reputação ilibada testados pelo Senado. Isso é adequado às adversidades da posição.

⁶⁴ Confirmam-se as “remarks” de Gabriel Castañeda, especificamente a do tipo “fix-it-first possibilities,” sob o título “Elements for Competition Law Enforcement”, Seminário sobre Política da Concorrência e Reformas Econômicas, OCDE, Banco Mundial, CADE e IBRAC, Rio, 10-13/7/97.

⁶⁵ A experiência tem revelado que muitas firmas se envolvem em condutas ilegais não porque desejam, mas porque desconhecem o direito e princípios da concorrência. Diante dessa realidade, o órgão atua como um agente catalisador, capaz de encorajar atitudes proconcorrenciais (*competition compliance action*).

6. JUSTIÇA ADMINISTRATIVA: À CATA DE UM MODELO

Ao cabo da exposição, percebe-se que uma agência da concorrência está envolvida em dois tipos de interesses:

interesses externos/interesses internos

Para qualificar a realidade observada, esses dois conjuntos de interesses estão sob o controle de dois outros conjuntos de elementos:

normas/ações-reações

Os interesses externos representam as expectativas criadas pelas forças do mercado, incluindo agentes, pessoal do governo, imprensa, políticos e todos os indivíduos que de uma forma ou de outra se relacionam com o serviço de defesa da concorrência. Os interesses internos estão representados pela atuação dos membros da agência e seu *staff* qualificado. Nem todos os interesses são legítimos. São ilegítimos aqueles interesses que estão fora de um padrão legal ou regulamentar preestabelecido. As ações expressam a atuação dessas mesmas pessoas no sentido de verem os seus interesses atendidos.

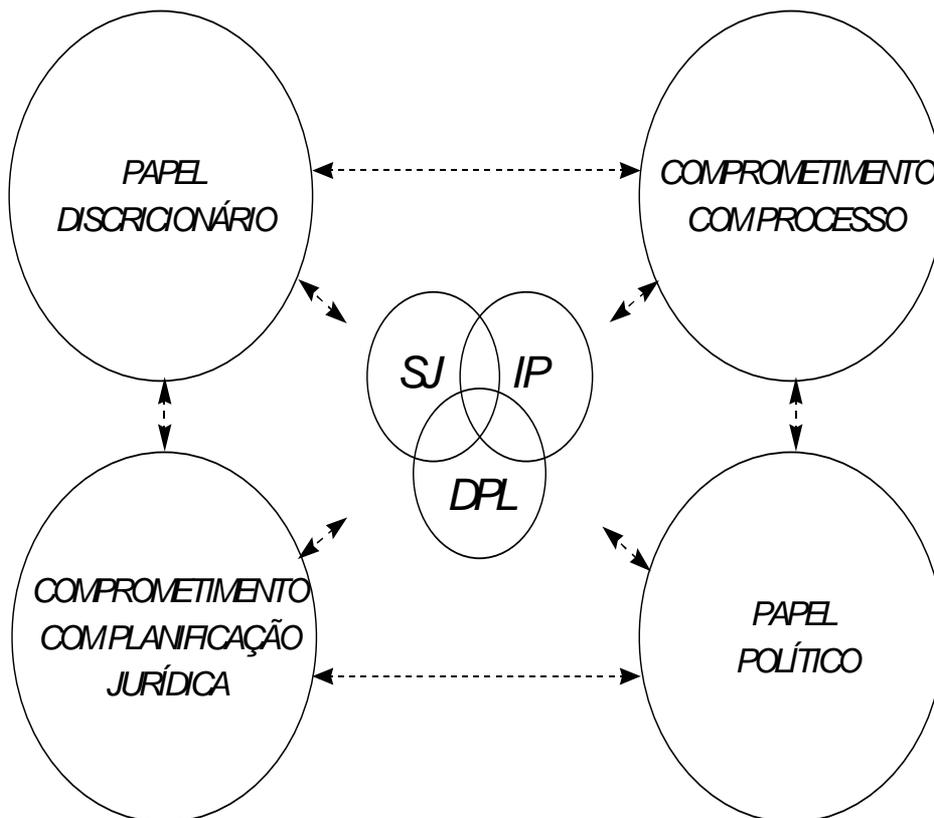
A partir desse quadro, alguns pressupostos podem ser estabelecidos:

- **a multiplicidade de interesses determina uma tendência a conflitos;**
- **os conflitos tomam a feição de disputas, na qual vencem os mais fortes politicamente ou a maioria, dependendo dos instrumentos de ação utilizados;**
- **os interesses legítimos devem ser respeitados;**
- **o respeito aos interesses dependem de limites adequadamente definidos, fora dos quais nenhuma composição é possível;**
- **a justiça administrativa contém uma proposta de composição ou equilíbrio dos interesses qualificados, função que lhe exige o desempenho planejado de diferentes papéis.**

A expectativa é que quanto mais claras ou previsíveis forem as regras do jogo, maior a probabilidade de a agência realizar os objetivos que perseguem. Isto é uma suposição e uma defesa que permeia todo o texto. A regulamentação adequada das condições formais e a declaração de valores que ornaram essas condições formam a melhor resposta aos desafios da justiça administrativa. Essa estrutura analítica permite construir um modelo de justiça administrativa que incorpora um conjunto de princípios básicos, comprometimentos com

processo e com a planificação jurídica, capazes de assegurar o desempenho eficiente de um duplo papel: discricionário e político.

MODELO DE JUSTIÇA ADMINISTRATIVA



Os princípios segurança jurídica, interesse público e devido processo legal formam a estrutura da justiça administrativa. Apesar de sua relativa objetividade, esses pilares são uma forma de tratamento racional e justo dos interesses básicos que movimentam o processo de decisão, no seu mais amplo sentido. Mais do que uma crença, isto está refletido na legislação e na prática ou experiência diária dos tribunais administrativos que, diferentemente das cortes judiciais, estão subordinados ao comando constitucional do planejamento obrigatório das ações jurídicas.

Os instrumentos de planificação jurídica representam um comprometimento da justiça administrativa com o planejamento. Esse comprometimento é guiado por dois princípios: vigilância e justificação. Neste particular, cumpre destacar a opinião do autor alhures⁶⁶ defendida: "*surveillance is necessary to the*

⁶⁶ Tese, final do capítulo 2, sob o destaque "Guidance to the state catalyst function"

extent that it makes state action effective by capturing the best opportunity to act, while the process of justification makes the implementation of the legal policy, in a particular situation, reasonably acceptable to the parties concerned." O planejamento acusa as falhas na organização da agência e busca estabelecer mecanismos de controle da qualidade do serviço ou dos resultados.

O resultado da planificação tende a refletir um ajustamento de interesses internos conflitantes, compostos pela maioria dos membros da agência.⁶⁷ A expectativa é que as preferências individuais não devem boicotar a resolução da maioria, mas é crucial identificar e registrar, por meio de instrumentos adequados, o produto da vontade dessa mesma maioria⁶⁸, do contrário perdem-se o escopo dos comprometimentos da agência, inabilitando-a ao desempenho do seu papel discricionário e político.

Formular, desenvolver e aplicar uma política legal é sempre um convite a abusos, pela possibilidade de se varar os limites da ação administrativa que deve se pautar pelo governo da lei. Isso é tanto mais verdadeiro na presença de uma advocacia arrojada⁶⁹ da concorrência, que representa um formidável poder nas mãos de altos oficiais a quem a lei confere autonomia e independência de ação. Daí o desempenho dos papéis centrais da agência deve ser orientados por rígidos freios ou restrições efetivas a ações arbitrárias intrínsecos mesmos à estrutura da justiça administrativa, como resultados de comprometimentos.

O papel discricionário representa um comprometimento com a qualidade da administração da justiça, ou seja, com a eficiência, organização e controle do serviço de aplicação do direito. Preocupar-se com a qualidade é buscar um

⁶⁷ Vale lembrar, como paralelo, a dinâmica interna da Suprema Corte americana envolvida nos conflitos dos seus membros sob a influência de lobistas e da imprensa, segundo o relato de Bob Woodward & Scott Armstrong, - Por Detrás da Suprema Corte (original: *The Brethren, Inside the Supreme Court*), pp. 88/89, 117, 102, 228-239, 556-60, trad. Torrieri Guimarães, 2ª ed., Saraiva, 1985.

⁶⁸ Num colegiado administrativo pouco profissional corre-se o risco do vício de uma votação bipolarizada em que o resultado pode não ser fruto de uma convicção isenta mas de um esforço caprichoso em manter-se a maioria centrada na figura de uma certa liderança ou do *chairman*, sobretudo quando este detém o chamado voto de qualidade. Aqueles que militam no foro administrativo conhecem essas idiosincrasias e podem calcular tendências a partir da distribuição do caso. Isso é a negação de um processo escoreito da prestação administrativa.

⁶⁹ Isto é, eficiente, incentivadora, rápida, simples e transparente.

modelo que seja capaz de combater injustiças.⁷⁰ Isto não estaria completo sem o devido tratamento ao papel político.

O elemento político se revela nas relações da agência com os outros setores do governo, o parlamento e setores influentes da sociedade. O papel político nem sempre é ostensivamente assumido. Mas a consciência da sua existência e da sua delicada natureza permite a agência avaliar constantemente os seus riscos e benefícios⁷¹, bem assim se preparar para exercer o seu papel com profissionalismo⁷² e sem faltar com os seus comprometimentos institucionais.

Como todo o cidadão, os membros de uma agência gozam da livre manifestação do pensamento e de crença, inclusive a política. Em razão da profissão, os juizes administrativos, como os togados, devem se abster de revelar seus pendores políticos, mas isso não retira deles a capacidade natural de pensar, formar suas convicções políticas e agir ou fazer escolhas inspiradas nelas. Esse fato da natureza humana é tão forte e inegável que determina a necessidade crucial de uma agência revelar sua linha de pensamento, indicando de forma transparente os princípios que orientam a sua política, organização e atuação.⁷³

Bibliografia

American Bar Association, Antitrust Section, *Antitrust Law Developments*, Vol. II, 3ª ed., 1992.

Barak, Aharon - *Judicial Discretion*, Yale University Press, 1989

Bielsa, Rafael - *Derecho Administrativo*, 4ª ed., tomo I, Ateneo, 1947

⁷⁰ A preocupação com as injustiças cometidas pela justiça administrativa motivou os trabalhos de pesquisa em seis países organizado pelo professor norte-americano Kenneth Culp Davis. Para ele "the clusters of injustice in all six countries lie in the administrative application of governmental power in the absence of systematic fact-finding and beyond the reach of previously existing law that controls the result." Ele acrescenta: "the strongest need and the greatest promise for improving the quality of justice to individual parties in the entire legal and governmental system are in the areas where decisions necessarily depend more upon discretion than upon rules and principles and where formal hearings and judicial review are mostly irrelevant." Ob. cit., pp. 1/3.

⁷¹ De um modo geral, as autoridades da concorrência consideram importante para a efetividade do seu trabalho que a agência mantenha uma interface política.

⁷² O escopo do profissionalismo aqui referido é o mesmo adotado no excelente ensaio escrito por Caiden e Valdés - "A essência do profissionalismo no serviço público", Revista de Informação Legislativa, n° 138, pp. 139 a 153, abr/jun 1998.

⁷³ Este é o *rationale* dos dispositivos que definem a competência do Plenário do CADE, sobretudo os incisos XIX, XX e XXI do art. 7º e art. 51 da Lei nº 8.884/94.

Blumler, Jay G.(editor) - *Television and the Public Interest (Vulnerable values in West European Broadcasting)*, Sage, 1992

Bobbio, Norberto - *Dalla Struttura Alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, Ed. di Comunità, 1977

Caiden, Gerald E. & Valdés, Daisy de Asper y - A essência do profissionalismo no Serviço Público, R.I.L.S.F. n° 138, pp. 139 a 153, abr/jun 1998.

Castañeda, Gabriel - *Elements for Competition Law Enforcement - Outline for remarks*", palestra no Seminário sobre Concorrência e Reformas Econômicas, organização conjunta de OCDE, Banco Mundial, CADE e IBRAC, Rio de Janeiro, 10-13 Julho 1997.

Comissão Européia - *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, Vol. IA (Regras Aplicáveis às Empresas), 1994

Davis, Kenneth Culp (editor) - *Discretionary Justice in Europe and America*, University of Illinois, 1976

Finkelstein, Michael O. & Levin, Bruce - *Statistics for Lawyers*, Springer-Verlag, 1990

Fonseca da Silva, A. C. - *Direito Tributário: Atitude Científica e Pensamento Jurídico Equitativo*, R.T.J.E. Vol. 74, pp. 9-28.

Fonseca da Silva, A. C. - *Limiting Intellectual Property, The Competition Interface*, tese de doutorado, Queen Mary & Westfield College, Universidade de Londres, 1996

Fonseca da Silva, A. C. - *Liquidação Extrajudicial - Multicred: Devido Processo Legal*, R.T.J.E., Vol. 66, pp. 61-80.

Fonseca da Silva, A.C. - *Técnica Legislativa e Função Criadora da Jurisprudência*, R.I.L.S.F n° 75, jul/set 1982, pp. 137-176.

Jackson, B.S. - *Law, Fact and Narrative Coherence*, DC Publications, 1988

Leal, Victor Nunes - *Problemas de Direito Público*, Forense, 1960

- Linares, Juan Francisco - *Poder Discrecional Administrativo*, Abeledo-Perrot, s/d
- Mazzilli, Hugo Nigro - *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 6ª ed., RT, 1994
- McEldowney, John - *Administrative Justice*, in “Rights of Citizenship,” editado por Robert Blackburn, Mansell, 1994
- Mello, Celso Antônio Bandeira de - *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, Malheiros, 1992
- Neven, Damien *et alli* - *Merger in Daylight*, CEPR, 1993.
- Oliveira, Régis Fernandes de - *Ato Administrativo*, 3ª ed., RT, 1992
- Posner, Richard A. - *Economic Analysis of Law*, 4ª ed., Little Brown Co., 1992
- Wade, E.C.S. & Bradley, A. W. - *Constitutional and Administrative Law*, 10ª ed., Longman, 1988
- Waltman, Jerold L. & Holland, Kenneth H. (editores) - *The Political Role of Law Courts in Modern Democracies*, St. Martin' Press, 1988
- Valdés, Daisy de Asper - *Dever de prestar contas e responsabilidade administrativa: concepções alternativas*, R.I.L.S.F.nº. 99 jul/set. 1988, pp. 29 a 56.
- White, Robin - *Lawyers and the Courts*, in “Rights of Citizenship”, editado por Robert Blackburn, Mansell, 1994
- Woodward, Bob & Armstrong, Scott - *Por Detrás da Suprema Corte*, trad. Torrieri Guimarães, 2ª ed., Saraiva, 1985
- World Bank-OECD - *Competition Policy in a Global Economy: A Latin American Perspective, Interpretative Summary of the Conference*, 28-30 de outubro de 1996, Buenos Aires.

OS LIMITES DA LIBERDADE CONTRATUAL NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Ana Cristina Paulo Pereira¹

Sumário : 1 - Introdução. 2 - O primado da livre concorrência sobre a liberdade de iniciativa. 3 - O controle do Poder Público sobre os atos empresariais. 5 - A adequação do processo de controle à realidade econômica. 6 - O poder discricionário do CADE.

1.Introdução

A liberdade de iniciativa, valor fortemente defendido pela filosofia do *laissez-faire* surgida no século XVIII, representa, no Brasil, um dos elementos constitutivos da ordem econômica brasileira, conforme dispõe o art. 170 da Constituição Federal².

Por sua vez, essa ordem econômica norteia-se em princípios constitucionais, dentre os quais figura o da livre concorrência (inciso IV, art. 170 da C.F.), que nada mais é do que um corolário da livre iniciativa, já que sua prática efetiva pressupõe a existência desta última liberdade.

De fato, dificilmente poderíamos vislumbrar o exercício da livre concorrência em um sistema econômico que tolhe a iniciativa privada, ou ainda, dificulta a entrada ou a participação de múltiplos agentes no mercado. A liberdade de concorrência, portanto, somente poderá ser efetivada no contexto de um mercado livre³.

¹ Doutora em Direito pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne). Professora de Direito Internacional Privado e Pesquisadora do Núcleo de Direito Empresarial da Universidade Cândido Mendes, Ipanema.

² No entender de Eros Roberto GRAU a ordem econômica representa “um conjunto de princípios de organização da vida econômica, consagrados no Direito positivo” (in, “Elementos de Direito Econômico”, São Paulo, ed. Revistas dos Tribunais, 1981, p. 43).

³ Waldírio BUGARELLI indica os diferentes entendimentos acerca da noção de mercado : “1) o lugar, o plano em que a oferta e a procura se encontram livremente; 2) o conjunto de produtores/vendedores e compradores e usuários aptos a ad-

2. O Primado da Livre Concorrência sobre a Liberdade de Iniciativa

Se por um lado podemos afirmar que a liberdade de concorrência somente pode existir em um mercado livre, por outro lado, constatamos que a Constituição brasileira em vigor submete a liberdade de iniciativa – que é a liberdade de contratar – ao respeito daquela primeira liberdade, que prima sobre a segunda.

Destarte, se a regra geral é a liberdade de iniciativa, de maneira específica esta liberdade se encontra limitada pela primazia do princípio da livre concorrência, entre outros arrolados no art. 170 da C.F., concluindo-se daí que a liberdade de iniciativa pode ser restringida por lei.

Acerca das limitações impostas à livre iniciativa, Ricardo Hassson Sayeg cita o entendimento de Faber Konder Comparato, *in verbis* : “A liberdade de iniciativa, entendida como liberdade de criação empresarial ou de livre acesso, somente é protegida enquanto favorece o desenvolvimento nacional e a justiça social. Trata-se portanto, de uma liberdade meio ou liberdade condicional”⁴.

Uma vez que a liberdade contratual pode ser limitada por lei, já que seu exercício exige a observância dos princípios previstos no art. 170 da C.F., a legislação de defesa da concorrência brasileira encontrou aí fundamento jurídico para sua implementação.

3. O Controle do Poder Público sobre os Atos Empresariais

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal responsável pela aplicação da legislação de defesa da concorrência brasileira (Lei n.º 8.884/1994), é competente não somente para julgar, na esfera administrativa, as infrações à ordem econômica nos termos da referida lei, mas igualmente para controlar certos atos societários a fim de lhes conceder, ou não, aprovação para que possam efetivar juridicamente sua realização, e a partir daí gerar os efeitos pretendidos.

quirir e/ou usar” (in, “Concentração de empresa e Direito Antitruste”, São Paulo, ed. Atlas, 2ª edição, 1996, p. 126).

⁴ In, “Práticas Comerciais Abusivas”, Bauru, São Paulo, ed. EDIPRO, 1995, p. 45.

Nesse sentido, o *caput* do art. 54 da lei n.º 4.884/1994 estabelece que todos os atos, unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, societários ou contratuais, devem ser submetidos à apreciação do CADE sempre que houver a possibilidade de causar lesões à livre concorrência ou resultarem na dominação de mercados relevantes de bens e serviços⁵.

Antes de mais nada, note-se que o artigo em causa não indica de maneira explícita quais seriam os atos restritivos ou prejudiciais à concorrência, advindo daí a dificuldade de caracterização desses atos. Poder-se-ia deduzir que a intenção do legislador aqui fora a de abranger as mais diferentes modalidades de atos empresariais, tanto os atuais quanto os que possam a vir a ser concebidos no futuro, evitando, dessa forma, limitar o âmbito de aplicação do dispositivo legal às formas atualmente existentes. Mas se o caráter genérico do *caput* do art. 54 possui o mérito de ser “adaptável” às mutações constantes das atividades econômicas, por outro, constitui um dispositivo propício a interpretações subjetivas.

Contudo, tendo em vista, provavelmente, suprir a falta de objetividade do artigo em apreço, e não querendo deixar ao abrigo do controle do CADE certos atos societários, o parágrafo 3º do mesmo artigo identifica determinadas operações que, forçosamente, inserem-se no âmbito da exigência legal da aprovação da mencionada autarquia.

Com efeito, o art. 54, § 3º da Lei 4.884/1994, com a nova redação dada pela Medida Provisória n.º 1.177/1995, estabelece que devem passar pelo exame prévio do CADE qualquer forma de concentração econômica (fusão, incorporação, constituição de sociedade controladora ou qualquer forma de agrupamento societário)⁶, que implique participação de empresa ou grupo de empre-

⁵ O mercado relevante seria o mercado afetado, devendo este ser definido em nível geográfico e material. No que concerne à delimitação geográfica, trata-se aqui do espaço físico no qual o agente atua, e esta delimitação deve ser feita em função de variantes diferenças regionais existentes em termos econômicos e mesmo culturais. Quanto à delimitação material, esta se faz em relação ao produto em causa, abrangendo-se todos os produtos ou serviços substituíveis entre si, dentro da perspectiva do consumidor.

⁶ De modo geral, poderíamos diferenciar as concentrações econômicas de que trata o parágrafo 3º do art. 54 quanto ao vínculo jurídico. Assim, no que concerne as figuras jurídicas da fusão e da incorporação, ocorre aí a perda da personalidade jurídica das empresas fundidas ou incorporadas, que passam a constituir uma única sociedade. Quanto à formação de sociedade controladora e ao agrupamento de empresas, não há aí perda de personalidade jurídica de nenhuma unidade, já que todas as empresas continuam a subsistir com personalidades jurídicas autôno-

sas que detenha 20%, ou mais, do mercado relevante, ou em que um dos participantes tenha registrado faturamento anual bruto equivalente a 400 milhões de reais, ou mais, no último balanço.

Verifica-se, portanto, que as concentrações econômicas que configurarem uma das hipóteses previstas no referido parágrafo induzirão de *per se* sua apreciação pelo CADE, pressupondo-se que, por sua própria natureza, tais operações societárias podem implicar restrições ou limitações à livre concorrência, advindo daí que sua eficácia fica sistematicamente condicionada à aprovação da referida autarquia.

Ora, como justificar tal exigência se o art. 173, § 4º da C.F.- fundamento jurídico da Lei n.º 4.884/1994 – somente condena a dominação de mercado ou a eliminação da concorrência decorrentes do exercício abusivo do poder econômico !. Porquê submeter sistematicamente os atos de concentração societária de que trata o parágrafo 3º do art. 54 ao controle do CADE, dificultando sua efetivação, antes mesmo de saber se tais atos acarretarão um dos resultados previstos no *caput* do referido dispositivo legal ? Haveria aí, quem sabe, um prejulgamento desses atos como atos abusivos, ou tratar-se-ia apenas de um controle preventivo, o que, convém ressaltar não encontraria fundamento na constituição.

Certamente, não se pretende aqui criticar por completo o controle do CADE sobre os atos de concentração, até porque tal controle é uma prática largamente desenvolvido em diversos países – mesmo naqueles que se dizem “liberais” –, sendo, por conseguinte, requisito indispensável à preservação da concorrência em determinados mercados, evitando seu desvirtuamento⁷. O que se pretende é, sobretudo, chamar a atenção para certos excessos da lei que, ao nosso ver, teria ultrapassado os limites fixados na norma constitucional.

5.A Adequação do Processo de Controle à Realidade Econômica

Um aspecto simples do controle de que trata o art. 54 da Lei de defesa da concorrência, mas que pode acarretar conseqüências importantes do ponto de

mas e distintas (sobre as diferentes formas de processo concentracionista, *vide*, Waldírio BULGARELLI, *op. cit.* Pp. 49-106).

⁷ Vide, Edson RODRIGUES-CHAVES, “Controle dos Atos de Concentração Econômica em Alguns Países”, in *Revista de Direito Econômico*, Brasília, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pp. 119 – 132.

vista econômico, é a morosidade do processo de apreciação. De fato, o problema da lentidão dos órgãos de defesa da concorrência não só constitui uma perda de tempo para as partes desejosas de se lançarem em novos investimentos, como também onera, com o passar dos tempos, uma eventual desconstituição do ato que tenha sido submetido a dito controle⁸.

Nesse âmbito, é válido ressaltar que a não aprovação de um determinado ato pelo CADE pode implicar o desfazimento dos efeitos que o mesmo já tenha produzido, seja em relação às partes ou aos sujeitos de direito que dele participaram, seja em relação a terceiros, sabendo-se que esses efeitos incidem em diversos setores econômicos e sociais, tais como o setor tributário, trabalhista, previdenciário, e societário⁹.

Por outro lado, não se pode ignorar que, em um mundo capitalista e “globalizado”, a união entre empresas torna-se quase que uma necessidade, tendo em vista a concorrência das grandes empresas que além de possuírem um alto grau de desenvolvimento tecnológico, podem permitir-se a adoção de estratégias que impliquem pequenas perdas iniciais para alcançar grandes benefícios ao final. Observa-se, dessa forma, que, por vezes, a concentração a nível nacional é condição *sine qua non* para que a empresa venha a ser competitiva no mercado internacional, contribuindo para o equilíbrio da balança comercial. A questão é : deve-se proteger a concorrência interna, ainda que em detrimento da competitividade à nível internacional, ou esta deve primar sobre aquela tendo em vistas os benefícios para a economia como um todo ?

Em que pese algumas críticas que se possa fazer ao processo de controle do CADE, não poderíamos negar o fato de que, desde algum tempo, existe uma determinação incisiva do CADE no sentido de adaptar sua atuação aos imperativos de ordem econômica que se apresentem. Uma ilustração eloqüente dessa nova fase do CADE foi a adoção, em 28 de agosto de 1996, da Resolução n.º 5, que tem por principal intuito acelerar e simplificar o processo de análise dos atos cuja efetivação depende da aprovação do CADE¹⁰.

⁸ Esse controle pode ser feito *a priori* ou *a posteriori*, ou seja, antes ou depois do ato ter sido realizado.

⁹ Segundo Fábio ULHOA COELHO, o desfazimento só não é possível nos casos em que os efeitos gerados são materialmente ou juridicamente irreversíveis (in, “Direito Antitruste Brasileiro. Comentários à Lei n.º 8.884/1994”, São Paulo, ed. Saraiva, 1995, p. 128).

¹⁰ A Resolução n.º 5 disciplina as formalidades e o procedimento a serem seguidos para pleitear a aprovação do CADE dos atos de que trata o art. 54 da Lei de defesa da concorrência, revogando a Resolução n.º 1, de 7 de junho de 1995.

Com efeito, a Resolução n.º 5/1996, e seu art. 2º, oferece aos requerentes, ou seja, aos agentes econômicos participantes de uma dada operação societária a ser apreciada pelo CADE, a possibilidade de optar por um procedimento simplificado, que os isenta da apresentação de todos os documentos e informações constantes dos artigos 13 e 14 da referida resolução. Ressalta-se, todavia, que o mérito de tal dispositivo poderá ser abalado caso decida-se pela aplicação do art. 3º do mesmo diploma normativo¹¹.

Não há como ignorar que a comunicação de certas informações pelo requerente ao CADE pode ter um efeito prejudicial para as empresas que participam de uma operação submetida a controle, sobretudo no que se refere às informações concebidas como essenciais ou estratégicas para seu desenvolvimento, e que por isso são classificadas como “sigilosas”. A título ilustrativo, destacamos as informações acerca dos investimentos realizados ou programados em pesquisa, tecnologia e outros setores, bem como dos gastos destinados a tais investimentos; informações estas que podem ser de grande valia para terceiras empresas, que sempre estão à espreita do que fazem seus concorrentes para tentar superá-las (cf. incisos XVI e XVII do art. 14 da Resolução n.º 5).

Devido ao caráter sigiloso e estratégico que podem reverter certas informações e documentos necessários à instrução do processo de controle, o novo Regimento Interno do CADE, aprovado pela Resolução n.º 12, de 31 de março de 1998, permite, em seu artigo 10, que a parte interessada, em pedido fundamentado, solicite que seja mantido o sigilo de tais informações e documentos. Dessa forma, somente as pessoas autorizadas pela parte interessada poderão ter acesso aos mesmos, ficando assegurada, em qualquer momento, a reserva das informações sigilosas.

Mesmo diante de todos os esforços empreendidos para atualizar o procedimento de controle do CADE à realidade econômica, resta ainda o fato de que a grande maioria dos economistas considera que a necessidade sistemática de obter do CADE aprovação para os atos configurados no parágrafo 3º do art. 54 da Lei de defesa da concorrência é irrealista, além de sobrecarregar, inutilmente, referida autarquia. Alegam esses economistas que em uma economia aberta não se pode examinar um processo de oligopólio ou de monopolização sem examinar, em profundidade, o comportamento de mercados

¹¹ O art. 3º da Resolução n.º 5/1996 prevê que o Conselheiro-relator poderá solicitar outras informações que não aquelas exigidas nos artigos 1º e 2º da referida resolução.

específicos, que às vezes só comportam produtores capazes de competir internacionalmente¹².

Qualquer que seja o argumento utilizado para sustentar esse intervencionismo - se justo em nome da prevenção dos atos restritivos da livre concorrência, ou injusto ante à liberdade contratual dos agentes econômicos - os economistas alegam que, nos dias atuais, não se pode estabelecer um elo direto e sistemático entre a concentração de empresas com a intenção, exclusiva e direta, de domínio de mercado, ou seja, de monopólio.

Nesse sentido, Waldírio BUGARELLI cita em sua obra Michel Vasseur que expressou o seguinte : “o que se pretende hoje é, de um lado, a reorganização da empresa e, de outro, o crescimento da eficiência das empresas coligadas - tanto pela diminuição dos custos, como pela elevação dos rendimentos e a melhoria da qualidade, e por fim, a reforma das estruturas industriais e, assim, a busca da dimensão ótima”¹³.

Mas se a Lei 8.884/1994 não parece ter tido grandes preocupações com argumentos econômicos que revertam diretamente em prol dos agentes econômicos que desejam partir para grandes conquistas, não podemos dizer o mesmo de certos aspectos dessa natureza que favorecem o desenvolvimento econômico do país como um todo, e que por conseguinte, têm um lugar de destaque no processo de controle realizado pelo CADE, isso porque há autorização expressa para tal

6.O Poder Discricionário do CADE

A submissão dos atos de que trata o art. 54 da Lei 8.884/1994 à apreciação do CADE não significa que os mesmos serão automaticamente invalidados, ainda que se trate dos casos expressamente previstos no seu parágrafo 3º, pois referida autarquia possui, nessa matéria, poder discricionário.

No exercício desse poder discricionário, o CADE poderá autorizar os atos que, embora caracterizem as infrações do *caput* do art. 54 da Lei de defesa da concorrência, quais sejam, prejuízo à livre concorrência e dominação de mercados, preencham, por outro lado, os requisitos enumerados no parágrafo 1º do art. 54, ou apenas três deles, nos casos em que os atos em causa sejam necessários para a economia nacional e para o bem comum, mas à

¹² In, Jornal Gazeta Mercantil, São Paulo, 12 de março de 1996, p. A-5.

¹³ Op. Cit. p. 23.

condição de não acarretarem prejuízo ao consumidor final, conforme dispõe o parágrafo 2º do mesmo dispositivo.

A inclusão de tal possibilidade justifica-se pelo fato de que, acima de tudo, deverão sempre prevalecer os imperativos de ordem econômica relacionados ao desenvolvimento tecnológico e industrial, que acarretem ao consumidor final uma maior satisfação, ainda que haja prejuízos para a concorrência.

Assim sendo, a livre concorrência deixa de ser uma finalidade em si mesma, como o sugere o *caput* do art. 54 da Lei (teoria da “concorrência-fim”), e passa a ser um dos meios para se alcançar um objetivo mais amplo, qual seja, a preservação das estruturas de mercado, conferindo à concorrência um caráter nitidamente instrumental (teoria da “concorrência-meio”).

Nesse contexto, e embora existam divergências doutrinárias a esse respeito, poderíamos arriscar e dizer que o Direito da Concorrência representa um dos instrumentos utilizados pelo Estado para a implementação de seus planos econômicos, já que, ao garantir a liberdade da concorrência, o Estado impede a realização de práticas que a restrinjam, abrindo a todos as mesmas possibilidades de acesso ao mercado, não seria que no plano teórico.

Ao atuar dessa forma o Estado passa a ocupar um novo espaço na ordem econômica, tornando-se seu guardião. Esse novo papel do Estado vem, por conseguinte, questionar a atualidade do *laissez-faire, laissez-passer*, mostrando a inadaptação de seus pressupostos básicos quando se tratar de mercados que buscam o equilíbrio da concorrência.

Não havendo mais dúvidas quanto ao caráter intervencionista do Estado nos atos de natureza privada, resta-nos a constatação da existência de uma das principais contradições atuais do liberalismo, qual seja, o conflito entre duas liberdades fundamentais das sociedades capitalistas : a liberdade da concorrência e a liberdade contratual.

Essa realidade não é uma peculiaridade do sistema jurídico-econômico brasileiro, mas um dilema constante do mundo atual, inclusive das sociedades que mais defendem os “*biens-faits*” do liberalismo econômico.

JURISPRUDÊNCIA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08000.001504/95-48

Representante: Coordenação Geral de Proteção ao Consumidor, Meio Ambiente, Acidentes de Trabalho, Patrimônio Cultural e Natural do Estado e das Fundações (Ministério Público do Estado do Sergipe).

Representada: Conselho Regional de Corretores de Imóveis - CRECI (16ª Região).

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

EMENTA. Processo Administrativo. Denúncia sobre aplicação de “Tabela mínima de honorários” de corretores de imóveis, elaborada e distribuída pelo CRECI 16ª Região. Infração à ordem econômica. não configurada. Arquivamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, decidir pela inexistência de prática contrária à ordem econômica, determinando o arquivamento do feito. Adotaram o Conselheiro Relator e o Conselheiro Arthur Barrionuevo fundamentação de decisão diversa dos demais membros do Plenário, no sentido de que tais tabelas, com valores mínimos não são, necessariamente, anticoncorrentiais. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky, Ruy Afonso de Santacruz Lima e Marcelo Procópio Calliari. Presente a Procuradora-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 02 de setembro de 1998 (data do julgamento).

Mércio Felsky
Conselheiro-Relator

Gesner Oliveira
Presidente do Conselho

A Coordenadoria Geral de Proteção ao Consumidor, Meio Ambiente, Acidente de Trabalho, Patrimônio Cultural e Natural do Estado e das Fundações, Ministério Público do Estado de Sergipe, encaminhou ofício (fls. 01/04) ao DNPDE/SNDE, em 21.08.92, para que fosse apurada a legitimidade da tabela do CRECI - Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 16ª Região, fixando honorários mínimos para corretores e administradores de imóveis. A tabela foi aprovada pelo Conselho, em plenária, do dia 14.05.92.

O DPDE/SDE, acatando Nota Técnica da CGTAJ (fls. 06/10), notificou a Representada em data de 10.03.94, conforme fls.12, para que esta fornecesse as informações necessárias, juntamente com sua defesa prévia.

O CRECI, em suas alegações, informou que é um órgão de fiscalização de profissão regulamentada pela Lei n.º 6.530 de 12.05.78 e Decreto-lei n.º 81.871 de 29.06.78, Autarquia ligada ao Ministério do Trabalho. Acrescentou, ainda, que as tabelas são elaboradas pelos Sindicatos de Corretores de Imóveis, e submetidas ao Conselho Federal para devido referendado, ressaltando que no Estado de Sergipe, quando da emissão da tabela em análise, não existia Sindicato de Classe.

Por determinação do Secretário de Direito Econômico, instaurou-se o processo administrativo para apurar conduta prevista no inciso II do artigo 21, c/c inciso I do artigo 20, da Lei n.º 8.884/94, publicada no Diário Oficial de 16.01.95 (fls. 22).

Em sua defesa prévia (fls. 25/34), a Representada alega que a tabela que fixa o percentual mínimo a ser cobrado por todos os corretores de imóveis, consoante as disposições contidas na Lei n.º 6.530/78, Decreto-lei n.º 81.871/78 e Resolução 205/85 do COFECI, que disciplinam esta matéria, não configura qualquer infração prevista na Lei de Defesa da Concorrência.

E, acrescenta informando que na época inexistia na Região, Sindicato de Classe. Que mediante pesquisas, foi elaborada a tabela, mas que sequer vigorou face ao questionamento da Promotora de Justiça, Curadora de Defesa ao Consumidor da Comarca de Aracaju.

Por fim, ressalta que "com relação à fixação de um percentual mínimo a ser cobrado por todos os Corretores achamos não estar infringindo a Lei no. 8.158/91, uma vez que a Tabela Mínima de Honorários não é deliberação conjunta de empresas para dominar o mercado, nem prejudicar a livre concorrência. E sim uma regulamentação do CRECI para o exercício da profissão, que lhe é conferida pela Lei 6.530/78 e Dec-lei 81.871/78, e Regulamentada pelo COFECI, através do Código de Ética Profissional, que, no seu artigo 6 inciso X, proíbe ao Corretor de Imóvel praticar quaisquer atos de concorrência desleal aos colegas."

"Da mesma forma, encontramos a Resolução n.º 01/84 do Conselho Seccional do Estado de Sergipe da Ordem dos Advogados do Brasil, valores máximos e valores mínimos, dessa forma também não estaria formado um cartel para dominar o mercado? E a tabela de Arquitetos?"

Foi solicitada a manifestação do Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda (fls. 24).

A SEAE apresentou seu parecer técnico (fls. 39/41): "a Lei n.º 6.530/78 dá competência aos Conselhos Regionais para homologar tabelas de

preços de serviços de corretagem para uso dos inscritos, porém, desde a edição da Constituição de 1988, e Lei n.º 8.158/91, confirmada na Lei n.º 8.884/94, tal prática não é mais aceita, configurando infração da ordem econômica."

A SDE, em seu parecer conclusivo, entendeu a necessidade de se seguir o procedimento instrutório, notificando a Representada para alegações finais (fls. 45/48).

A Representada em suas alegações finais insiste na improcedência da acusação, já que a tabela tem natureza recomendativa e não obrigatória, "com o intuito único de evitar a deslealdade na concorrência e abuso contra o consumidor." Acrescenta ainda, que "a questionada tabela sequer chegou a vigorar, face a controvérsia levantada por parte da Promotoria de Defesa do Consumidor da Comarca de Aracaju."

Ressalta que a "tabela mínima de honorários não tem por finalidade padronizar os percentuais cobrados pelos corretores e administradores de imóveis a título de honorários, mas tão-somente, recomendar índices, como em todas as atividades exercidas por profissionais liberais com o intuito único de evitar a deslealdade na concorrência e abuso contra o consumidor. É uma tabela meramente recomendativa."

Esclarece que "a Lei 6.530/78, em seu artigo 17, inciso IV fixou a competência aos Conselhos Regionais para homologar, obedecidas as peculiaridades locais, tabela de preços de serviços de corretagem para uso dos inscritos, elaboradas e aprovadas pelos Sindicatos respectivos. Todavia, obedecendo aos ditames da lei, visando beneficiar o consumidor evitando o abuso nos índices de cobrança nas atividades de corretagem imobiliária."

Finaliza argumentando que "a questionada tabela sequer chegou a vigorar, face a controvérsia levantada por parte da Promotoria de Defesa do Consumidor da Comarca de Aracaju, insistindo inexistir infração ao disposto na Lei 8.884/94, até mesmo de natureza ética dada a liberdade de contratação que deverá presidir toda atividade liberal, vez que a discutida tabela tem natureza recomendativa e não obrigatória".

Juntou-se aos autos o parecer da Assessora da CGTAJ, sugerindo o encaminhamento do processo ao CADE para julgamento (fls.87/92), adotado posteriormente pela Secretária de Direito Econômico, conforme despacho publicado no Diário Oficial (fls. 98).

A Procuradoria do CADE fundamenta seu parecer abordando os seguintes pontos, dentre outros:

"Para a configuração da conduta infrativa, é necessário que haja efetivo acordo entre os agentes envolvidos, (...) não se exigindo o documento de formalização. No presente caso, a materialização do acordo foi comprova-

da pela Tabela de Honorários do CRECI e, ainda, pela Ata da Assembléia referendando seu uso.

No entanto, a identificação da tabela não significa que haverá uniformização de condutas, somente se houver imposição pelo uso da mesma por parte das entidades de classes.

A tabela pode servir de referencial para uns e sequer ser considerada por outros, podendo ou não ser adotada, o que revela seu caráter sugestivo, via de regra, indicador de uma justa contraprestação por um serviço profissional, especialmente quando a sua edição decorre de expressa disposição legal.

Entretanto, em homenagem ao princípio da verdade real, que norteia a atividade jurisdicional administrativa e, ainda, como forma de propiciar aos doutos Julgadores a formação de sua convicção, sugiro, que o Conselheiro-Relator, com fundamento na prerrogativa instituída no artigo 43 da Lei 8.884/94, requisite à representada o encaminhamento da Ata que revogou o referendo dado à tabela de honorários, o que corrobora de forma cristalina a afirmativa inserida na defesa prévia, elidindo a acusação e impondo-se o conseqüente arquivamento dos autos (fls. 34)."

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processo Administrativo. Denúncia sobre aplicação da "Tabela Mínima de Honorários", de corretores de imóveis elaborada e distribuída pelo CRECI 16ª Região. Infração à ordem econômica. Acusação improcedente, efeitos não configurados. Arquivamento.

Versa a presente denúncia feita pela Promotora de Justiça, Curadora de Defesa do Consumidor, Ministério Público do Estado de Sergipe contra o Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 16ª Região sobre "Tabela Mínima de Honorários", homologada pelo Conselho, sob a alegação de infração às normas de defesa da concorrência.

Muito embora a primeira observação sejamos tentados a estabelecer uma certa semelhança dos fatos aqui tratados com outros processos envolvendo tabelas de preços já julgados pelo CADE, não merece entretanto prosperar tal entendimento, após uma observação com maior acuidade nas informações contidas nos autos, tendo em vistas as circunstâncias e os fatos ora tratados.

Primeiramente, temos que considerar no contexto dos presentes autos que o intuito do Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 16ª Região ao elaborar tal tabela não era com o objetivo de produzir os efeitos pre-

vistos no artigo 20 da Lei 8.884/94, consubstanciada na conduta de uniformização ou imposição de preços, mas sim de regulamentar dispositivo previsto na Lei nº 6.530/78. Contudo, sequer conseguiu a sua implementação, face a denúncia formulada pelo Ministério Público do Estado de Sergipe, ficando no campo da intenção.

Todavia, quanto a aplicação da tabela de preços mínimos, temos que levar em considerações aspectos intrínsecos a cada situação. Neste sentido é importante trazer ao conhecimento deste Plenário a denúncia feita contra o Conselho Regional de Corretores de Imóveis - 4ª Região, Sindicato de Corretores de Imóveis de Minas Gerais, por reduzir a remuneração sobre os serviços de administração de imóveis. (Processo Administrativo nº 060/92).

Em decorrência, o CRECI – 4ª Região, em sua defesa tece algumas considerações, cujo teor transcrevemos a seguir:

"Ademais, entendo não estar sendo prejudicial à categoria, o fato da Autuada oferecer seus serviços a preços inferiores aos praticados no mercado, uma vez que o valor do trabalho de qualquer profissional, é mensurado pela competência, cabendo ao consumidor dos serviços, escolher livremente o corretor de sua preferência, sendo de importância apenas relativa, o valor a ser pago pelo serviço.

Mister que se deixe fluir sobranceiros os elementos controladores da liberdade econômica, a livre concorrência, e o livre jogo das forças de mercado (oferta e procura).

Penso destarte, não dever este CRECI intervir na liberdade da Autuada em escolher e orientar sua ação econômica, desde que não seja burlado os ditames éticos – profissionais, o que incorreu, in casu.

Assim, a tabela aprovada pelo Sindicato e homologada pelo CRECI, tem a finalidade precípua, entendo eu, vênha concessa, de orientar os profissionais da categoria, na cobrança dos serviços prestados, não impondo entretanto, a rígida obrigação de delimitar a vontade dos contratantes, o que iria de encontro ao atual ordenamento jurídico e aos fins sociais a que se destina (fls. 73)."

Como se vê no caso retro mencionado, a denúncia formulada pela cobrança abaixo do preço da tabela mínima de honorários – CRECI 4ª Região, comprova que a tabela tem o caráter sugestivo, ficando o mercado com suas preferências em termos dos preços a cobrar pelos serviços.

Por outro lado, a Procuradoria, em seu parecer, ressalva que "(...) a simples identificação da existência de tabela não significa que haverá uniformização de condutas. A tabela pode servir de referencial para uns e sequer ser considerada por outros, podendo ou não ser adotada, o que revela seu caráter sugestivo,(...)"(fls.107)

O fato de se estabelecer honorários mínimos aos corretores, prática competente ao CRECI (disciplinada pela Lei n.º 6.530/78), não é conduta ilícita. A própria Constituição Federal admite que os profissionais tenham garantido um piso salarial mínimo, proporcional a extensão e a complexidade de seu trabalho.

A existência da Tabela de Honorários do CRECI da 16ª Região de Sergipe, por si só, não configura infração da ordem econômica, pois os efeitos a serem produzidos pela adoção da mesma não se verificam na prática.

O CRECI não tem poder de mercado e nem pode influenciar a corretagem de imóveis com sua tabela, ou seja, os corretores efetivamente têm liberdade de administrar seus imóveis.

Como se pode observar, o artigo 20, caput, da Lei n.º 8.884/94, estabelece que "Constituem infração da ordem econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados." (os grifos não constam do original).

Os efeitos produzidos pela mencionada tabela não se configuram, posto que a livre iniciativa não é afetada. Não há que se falar em padronização dos percentuais cobrados pelos corretores nesse mercado, pois o tabelamento não produz os efeitos do artigo 20 da Lei Antitruste.

Ademais, entendo que a tabela em questionamento não configura infração à ordem econômica, porque temos que levar em consideração a existência de grandes, médias e pequenas imobiliárias, além do local em que estão sediadas.

À exemplo, o valor cobrado pela venda de um imóvel praticado por uma imobiliária pequena e localizada em um bairro modesto não se compara com o valor cobrado por um grande escritório mobiliário situado em um bairro nobre, dada a existência de outros serviços embutidos na contraprestação, dentre outras situações que influenciam como, localização urbana ou rural. Quanto a diligência sugerida pela Procuradoria, desnecessária se torna, visto que a Ata que revogou o referendo dado a tabela não é relevante para que se esclareça o objeto da denúncia, qual seja a legitimidade da tabela.

O fato daquela tabela específica ter sido revogada, como a Representada alega, não dá base para o julgamento. A confecção da tabela existiu, dado que o Código de Ética impõe que um percentual mínimo seja cobrado. No entanto, os efeitos não podem ser verificados na prática, pois os corretores acabam cobrando o que lhes for conveniente, liberdade de contratação.

Não foi mencionado nos autos qual tipo de sanção é aplicada pelo CRECI a quem não cumprir a tabela. Depreende-se, na verdade, que a tabela não conseguiu seu intento, pois consta que a mesma não entrou em vigor.

Diante do exposto, considero a acusação improcedente, não se configurando prática anticoncorrencial a mera existência da tabela de honorários aprovada pelo CRECI. Voto pelo arquivamento do feito.

Brasília, 02 de setembro de 1998.

MÉRCIO FELSKY

Conselheiro Relator

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.000396/98-08**

Requerentes: Igaras Papéis e Embalagens S/A e Trombini Papel e Embalagens S/A

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

EMENTA. Ato de Concentração. Lei nº 8.884/94, artigo 54, § 3º. Compra da PONTE NOVA papéis e mebalagens Ltda pela IGARAS papéis e mebalagens S/A. Contrato de Compromisso com condição para fechamento do negócio. Mercados relevantes de papéis para embalagem e embalagens de papelão ondulado. Mercado nacional. Tempestividade da apresentação do Ato. Não alteração do grau de concentração dos mercados considerados. Aprovação sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar a operação, sem restrições. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky, Ruy Afonso de Santacruz Lima, declarando-se impedido e Marcelo Procópio Calliari. Presente a Procuradora-Geral do Cade, Marusa Vasconcelos Freire.

Brasília, 05 de agosto de 1998 (data do julgamento).

Mércio Felsky
Conselheiro-Relator

Gesner Oliveira
Presidente do Conselho

***RELATÓRIO SIMPLIFICADO DE ANÁLISE DE ATOS E CONTRATOS
OBJETO DO ART. 54 DA LEI Nº 8.884/94***

I. DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO

Em 07.10.97, a TROMBINI Papel e Embalagens S. A . e IGARAS Papéis e Embalagens S. A . firmaram um Contrato de Compromisso de Compra e Venda de Quotas, pelo qual a TROMBINI transferiria parte de seus ativos a uma nova empresa a ser constituída, e depois, alienaria a totalidade de sua participação nesta nova empresa à IGARAS (fls. 15/45).

A nova sociedade — PONTE NOVA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.— foi criada com as unidades fabris de Itaquaquecetuba - SP e Feira de Santana - BA, produtoras de Papelão Ondulado, e com a fábrica de Ponte Nova - MG, produtora de papéis reciclados (fls. 04), e, em 06.01.98, efetivou-se a transferência do total das quotas desta nova sociedade para a IGARAS (fls. 52/55). A operação foi apresentada à SDE/MJ em 27.01.98.

A modalidade do negócio foi compra e venda de quotas de sociedade limitada, e o valor da operação foi de, aproximadamente, R\$ 38,0 milhões.

A justificativa da operação, para as requerentes, é que a operação visa manter a atuação da IGARAS no crescente mercado de papelão ondulado, além de a empresa poder acompanhar o maior volume de produção de suas fábricas de papel. Já a TROMBINI estaria passando por um processo de reestruturação de capital, tendo que liquidar alguns de seus ativos para equalizar seu passivo oneroso e garantir a sobrevivência do grupo.

II. IDENTIFICAÇÃO DAS INTERESSADAS

a) IGARAS Papéis e Embalagens S. A .

De acordo com o Parecer Técnico da SEAE/MF (fls. 78), a IGARAS PAPÉIS E EMBALAGENS S.A (IGARAS) é uma empresa formada pela Riverwood International Corporation (EUA) e Cia. Suzano de Papel e Celulose (Brasil), que produz papéis para embalagens, embalagens de papelão ondulado e "multipack". Possui seis unidades industriais: duas fábricas de papel e celulose (SP e SC), três de papel e papelão ondulado (SP) e uma gráfica (SP). Possui cerca de 2.650 empregados e seu faturamento, no ano de 1997, foi estimado em R\$ 276 milhões. A Igaras tem ainda uma subsidiária na Argentina (Igaras Argentina S/A) que atua, principalmente, em sistemas de embalagens "multipack".

A Riverwood International Corporation e a Companhia Suzano de Papel e Celulose apresentaram faturamento em 1997, respectivamente, de US\$ 1.140.000.000,00 e de R\$ 1.693.670.000,00.

b) Trombini Papel e Embalagens S. A .

No Brasil desde 1939, a TROMBINI é uma empresa nacional que produz e comercializa papel e celulose, papelão ondulado, sacos de papel e artefatos. Seu faturamento, no ano de 1996, foi da ordem de R\$ 223 milhões, com 2.230 funcionários. Após a venda da Ponte Nova, a TROMBINI passou a operar seis unidades industriais; duas fábricas de embalagens de papelão (PR e RS), uma de sacos multifolheados (PR) e três de papel (PR, RS e SC).

III. CARACTERIZAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Do parecer da SEAE (fls. 78) constam as informações seguintes: o papel tem como principal matéria-prima a celulose, obtida diretamente da madeira. No Brasil, como no resto do mundo, os principais produtores de papel têm uma estrutura de produção verticalmente integrada, desde a companhia de reflorestamento para a produção da madeira, passando pela produção de celulose para consumo próprio, até a produção do papel. Nota-se, também, a existência de grandes empresas unicamente produtoras de celulose, que visam principalmente o mercado externo, onde escoam cerca de 80% das suas produções. A presença dessas empresas no mercado é importante para garantir a oferta de celulose para as não-integradas.

A indústria papeleira pode ser formalmente dividida em dois segmentos: papéis fibra-curta e papéis fibra-longa. O tipo de papel depende da madeira da qual a celulose é obtida. A madeira do eucalipto (e de todas as árvores não-coníferas) apresenta fibras mais curtas, de onde se obtém a celulose fibra-curta, de menor resistência mecânica e, por isso, apropriada para a fabricação de papéis para imprimir e escrever, papéis para fins sanitários e papéis para embalagens leves (balas, sorvetes, cigarros, caixas de pastas de dente, de sabão em pó etc.). Já os pinus (árvores coníferas em geral) têm fibras mais longas e com maior resistência mecânica, apropriadas, por essa razão, para a fabricação de papéis para embalagens pesadas (Kraftliner), como caixas de papelão e sacos de papel industriais, além de papéis de imprensa.

A indústria de papel fabrica uma grande variedade de produtos, usualmente agrupados de acordo com o uso final em papéis de embalagem, papéis de imprimir ou escrever, papel de imprensa, papéis para fins sanitários, cartões e cartolinas e outros papéis, entre eles, os papéis para usos especiais (p.ex., papel carbono, cigarro, desenho, papéis térmicos etc.).

Adicionalmente, os papéis de imprimir ou escrever podem ser revestidos e não-revestidos, sendo que os primeiros são utilizados em áreas de publicidade (mídia impressa) e editoração (revistas e livros) e os segundos em xerografia, formulários contínuos, livros, cadernos etc..

Os papéis de embalagem podem, para fins deste relatório, serem classificados em duas categorias. Na primeira estariam os papéis para embala-

gens pesadas, ou seja, aqueles usados na confecção de caixas de papelão ondulado e de sacos multifolheados, e ainda nas embalagens de papel kraft (kraftliner, testliner e miolo). Estes papéis são utilizados em embalagens de bens de consumo em geral (caixas de papelão ondulado, cartões para caixas rígidas, sacos, rótulos e envelopes que identificam e protegem alimentos, bebidas, remédios, produtos de higiene etc.; na segunda, estariam os papéis de baixa gramatura (massa em grama por metro quadrado), utilizados em embalagens leves como envelopes, sacolas e embalagens flexíveis.

Os papéis para fins sanitários (papéis tissue) apresentam-se sob a forma de diversos produtos finais, tais como papel higiênico, toalha, guardanapo e lenço. Possuem baixas gramaturas (15 a 50 g/m²) e são produzidos a partir de diversos tipos de fibras.

Os papéis especiais, na verdade, outros tipos de papéis não classificados anteriormente, incluem uma diversidade de papéis de imprimir e escrever, como papéis de segurança (cheques e papel-moeda, por exemplo), papéis térmicos e copiativos (fax, papel foto), entre outros.

Em geral, os produtos de papel encontram uma grande variedade de produtos substitutos no que se refere à sua aplicação para a confecção de embalagens. As embalagens confeccionadas em outros materiais como resinas plásticas, vidro, alumínio e folha de flandres, concorrem em maior ou menor grau com o papel destinado a esta finalidade. Já a demanda por papéis de imprensa e de imprimir/escrever sofre o impacto do desenvolvimento de meios eletrônicos de comunicação.

a) Mercado relevante de produto

A IGARAS produz papéis para embalagem nas fábricas de Otacílio Costa (SC) e Angatuba (SP), sendo o segundo maior produtor destes papéis no Brasil. Nas fábricas de Jundiaí (SP), São Miguel Paulista (SP) e Itajaí (SC), produz embalagens de papelão ondulado, sendo o maior fornecedor de embalagens de papelão ondulado para produtos de exportação. A IGARAS produz, ainda, embalagens "multipack" em uma das maiores e mais modernas gráficas da América Latina.

A TROMBINI, como já mencionado, produz papel e celulose, papelão ondulado e sacos e artefatos de papel. A PONTE NOVA, empresa criada pela TROMBINI e vendida para a IGARAS, produz papéis para embalagens e embalagens de papelão ondulado.

A SEAE (fls. 78/9) definiu o mercado relevante como sendo o "de papéis de embalagem de papelão ondulado" (sic).

Após realizar diligências complementares, identifiquei dois mercados relevantes de produto: o de papéis para embalagem e o de embalagens de papelão ondulado. Esta definição dos dois mercados se torna necessária pelo simples motivo de que as empresas envolvidas na operação produzem os dois tipos de produto, e ademais, os mesmos não são substituíveis entre si, do ponto de vista do consumidor. Assim, para fins da presente análise, são dois os mercados relevantes de produto: o de papéis para embalagem e o de embalagens de papelão ondulado.

O mercado relevante de papéis para embalagem inclui chapas de papelão, papel e cartão ondulado (mesmo encobertos por colagem), encrespados, plissados, gofrados, estampados ou perfurados, em rolos ou em folhas. Inclui, ainda, os acessórios ou outros papéis, cartões, pasta ("quate") de celulose e mantas de fibra de celulose etc. (fls. 05).

O mercado relevante de embalagens de papelão ondulado se refere à produção do que comumente se designa como caixas de papelão, sacos, bolsas, cartuchos e outros tipos de embalagens para acondicionamento, transporte, e armazenagem de diversos produtos, entre os quais, os avícolas, bebidas, borrachas, partes e peças para autos, materiais elétricos, mobiliário, perfumaria e cosméticos, farmacêuticos, plásticos, têxteis, vestuário, vidros e cerâmicas etc.

b) Dimensão geográfica do mercado

As Requerentes delimitaram geograficamente o mercado relevante como o mercado mundial. Entretanto, a SEAE e o DPDE/SDE o definiram como mercado nacional (fls. 79 e 91). De acordo com a SEAE, a eficiência das indústrias aqui instaladas, a abundância das matérias-primas brasileiras, o fato de as caixas de papelão serem feitas sob encomenda e a inexistência de barreiras tarifárias corroboram esse entendimento.

c) Avaliação das perspectivas do mercado

De acordo com as Requerentes (fls. 05) trata-se de um mercado bastante concorrido, que apresenta curvas de crescimento acima da evolução do produto interno bruto, no qual o consumo per capita tem evoluído. Contudo, o nível desse consumo (8.7 kg/habitante) ainda permanece aquém do consumo per capita de outros países, como p. ex., o dos Estados Unidos (88,1 kg/habitante), o do Japão (68,3 kg/habitante) e o da França (42,1 kg/habitante).

d) Empresas participantes do mercado

De acordo com informações dadas pelas Requerentes (fls.), as empresas participantes do mercado de papéis para embalagem são as listadas na seguinte tabela (dados de 1997):

Empresa	Produção (t)	Participação (%)
KLABIN	493.436	17,0
IGARAS/PONTE NOVA	344.945	11,9
RIGESA	273.916	9,4
TROMBINI	223.758	7,7
ORSA	203.139	7,0
CELUCAT	110.978	3,8
Outros	1.260.442	43,3
TOTAL	2.910.614	100

Fonte: Requerentes

Os principais participantes no mercado relevante de embalagens de papelão são, conforme informaram as requerentes, as da seguinte tabela (dados de 1997):

Empresa	Produção (t)	Participação (%)
KLABIN	263.398	16,6
RIGESA	211.657	13,3
TROMBINI	183.996	11,6
IGARAS/PONTE NOVA	155.878	9,8
ORSA	103.004	6,5
Outros	671.422	42,2
TOTAL	1.589.355	100,0

Fonte: Requerentes.

A SEAE, que se ocupa apenas do mercado de embalagens de papelão, conclui que se trata de um mercado bastante competitivo, onde o maior produtor não tem mais que 16,6% do mercado relevante (fls. 79). O market share detido por empresas com menos de 5% da participação é de 42%. Ressalta que a TROMBINI continuará, por seu turno, a atuar no mercado com uma participação de 11%. E observa que, desse modo, a venda da PONTE NOVA para a IGARAS não acarretará significativa alteração no grau de concentração desse mercado, sendo incapaz a operação de criar ou aumentar substancialmente o poder de mercado da adquirente.

A SDE, da mesma forma que a SEAE, não distingue o mercado relevante de papel para embalagem do mercado de embalagem propriamente dita. Mesmo assim, argumenta que "o mercado nacional de papel para embalagem ondulado se mostra bastante competitivo, com participações de mercado dispersas entre várias empresas". Nota que "a variação do Índice de Herfindhal Hirschman (HHI), de apenas 16 pontos, diz que o impacto ocorrido no mercado relevante após a operação não é suficiente para alterar a concorrência neste mercado (...)". Citando o Parecer da SEAE, reafirma que "o poder dominante das requerentes fica limitado pois as barreiras a entrada de novos produtores no mercado relevante são baixas e o produto relevante é uma mercadoria com características de "commodity", sem fidelidade à marca" (fls. 92).

Informações das Requerentes (fls. 10) dão conta de que o investimento requerido para implantação de uma planta com escala mínima eficiente (19.500 t/ano) é de R\$ 15,0 a R\$ 20,0 milhões. Acrescentam que o custo de internação da caixa de papelão e do miolo é de 27% [do custo FOB] (fls. 06). Informam ainda que não houve ingresso ou saída de qualquer participante importante no mercado nos últimos 5 anos.

IV. PARECERES

A SEAE considerou a operação passível de aprovação, por não alterar "de forma significativa o grau de concentração da oferta – ocorrendo apenas uma troca de posição entre concorrentes" e por não alterar "outros atributos da estrutura do mercado".

A SDE (fls. 90), preliminarmente observou que "da contagem do prazo da apresentação do ato para exame nos Órgãos de Defesa da Concorrência, observamos seu ingresso em 27 de janeiro de 1998, quando se verifica que o negócio jurídico veio a se realizar em 07 de outubro de 1997, o que evidencia o ingresso de forma intempestiva". Assim, entendeu a SDE, afigurar-se a intempestividade da apresentação do ato, faltando-lhe o preenchimento do disposto no parágrafo 4º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Manifestou-se, afinal, pela aprovação da operação pelo fato do Ato não conter as naturais preocupações de afetação ao mercado, e pela cominação da penalidade imposta pelo parágrafo 5º do art. 54 acima pela intempestividade da apresentação.

A Procuradoria do CADE recomendou o não conhecimento da operação, porque ela não se enquadra nos requisitos de jurisdição "faturamento" e "concentração" presentes no parágrafo 3º da lei nº 8.884/94. Requereu, ainda, a juntada da procuração dos advogados da TROMBINI que não foram protocoladas ainda (fls. 103).

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Ato de concentração nº 08012.000396/98-08. Lei nº 8.884/94, art. 54, parágrafo 3º. Compra da PONTE NOVA Papéis e Embalagens Ltda. pela IGARAS Papéis e Embalagens S.A.. Contrato de Compromisso com condição para fechamento do negócio. Mercados relevantes de papéis para embalagem e embalagens de papelão ondulado. Mercado nacional. Tempestividade da apresentação do Ato. Não alteração do grau de concentração dos mercados considerados. Aprovação sem restrições.

Trata-se de ato de concentração cuja participação das empresas diretamente envolvidas nos mercados relevantes onde atuam, alcançam pouco mais de 10%. Além disso, essas empresas têm faturamento bruto anual abaixo do valor de R\$ 400.000.000,00, requisitos de jurisdição estabelecidos pelo parágrafo 3º, do Art. 54, da Lei nº 8.884/94. Entretanto, as empresas controladoras da adquirente obtiveram faturamento bruto, no exercício de 1997, superior a R\$ 400.000.000,00. Portanto, o Ato se enquadra na jurisdição do CADE.

Discordo, assim, do Parecer da Procuradoria do CADE que recomenda o não conhecimento pelo Plenário do Ato em questão, pelo motivo de o mesmo não preencher os requisitos de jurisdição "faturamento" e "concentração" presentes no comando legal acima citado. O CADE já definiu em outras ocasiões que a noção de 'faturamento' de 'qualquer participante' expressa no parágrafo 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, refere-se ao faturamento de qualquer empresa ou grupo de empresas (AC nº 123/97) e, na decisão sobre o Ato de Concentração nº 08012.007992/97-93, ficou confirmado o entendimento de que "o parágrafo 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 refere-se ao faturamento total de cada grupo". Portanto, a operação deve ser conhecida pelo CADE.

Quanto à intempestividade da apresentação do Ato, levantada pela SDE, onde considera que a data da celebração do Contrato de Compromisso de Compra e Venda de Quotas (07.10.97) é a data da operação, também não procede, pois o que o parágrafo 4º do art. 54 determina é que os atos sejam apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização. No caso em apreço, ficou convencionado pelas partes que a "data de fechamento" do negócio seria a data da transferência das quotas do capital com os ativos da empresa alienada (fls. 23). Este fato se deu em 06 de janeiro de 1998 com a assinatura do Contrato de Compra e Venda de Quotas, dele constando, inclusive, alteração do Contrato Social da PONTE NOVA (fls. 52/59).

Além disto, como replicam as Requerentes em contraditório com a SDE, no Contrato de Compromisso firmou-se mera promessa de compra e venda de quotas, pela qual a TROMBINI obrigou-se, satisfeitas determinadas condições (cf. item 13, "CONDIÇÕES PARA EFETIVAÇÃO DO FECHAMENTO"), a vender e a IGARAS a comprar a participação da primeira no capital da PONTE NOVA. O mesmo instrumento dispôs que até que houvesse a venda das quotas da PONTE NOVA, esta seria gerida por pessoas da família Trombini, ou seja, sem qualquer interferência da IGARAS. Como alegam as Requerentes, não ocorreu, por ocasião da assinatura do Compromisso de Compra e Venda de Quotas, a união dos centros decisórios da IGARAS e da PONTE NOVA, evento esse que daria início ao termo legal para apresentação do Ato.

De qualquer forma, mesmo que se convencionasse que a data de fechamento da operação seria diversa da data de compra e venda das quotas, o "Contrato de Compromisso" celebrado entre as partes fôra firmado sob a condição de que se o fechamento do negócio não ocorresse até 15.01.98, o mesmo estaria automaticamente rescindido de pleno direito (fls. 24).

Assim sendo, não poderíamos falar em direito adquirido, mas em expectativa de direito que poderia ou não ser confirmada com a realização da operação até o dia 15.01.98.

Com a transferência das quotas e das atividades e negócios da TROMBINI à PONTE NOVA em 06.01.98, data de assinatura do contrato de compra e venda, se deu a realização do negócio. Este é o ato formal que deve ser considerado para efeito do disposto no parágrafo 4º do art. 54 da Lei 8.884/94. Portanto, concluída a operação em 06.01.98 e tendo sido a mesma apresentada à SDE em 27.01.98, considero que a apresentação foi tempestiva.

Quanto ao mérito, tendo em vista que a operação não altera significativamente o grau de concentração dos mercados considerados, voto pela aprovação da mesma sem restrições.

É o voto.

Brasília, 05 de agosto de 1998

MÉRCIO FELSKY

Conselheiro Relator

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 165/97
REQUERENTES: HOECHST DO BRASIL S.A. E CLARIANT S. A.
RELATOR: CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY**

DESPACHO Nº 07 / MF / 98

Como visto no relatório, que passa a integrar este despacho como anexo, a operação é bastante simples do ponto de vista da concorrência .

A transação é um desdobramento da realizada em nível mundial entre Hoechst e Clariant, na área de especialidades químicas.

No Brasil, a operação consistiu na cisão parcial da divisão química da Hoechst do Brasil S.A. seguida da incorporação dessa parcela cindida ao patrimônio líquido da Clariant do Brasil S. A .

A área de interseção na atuação das empresas revelou ser a de pigmentos orgânicos, dispersões e auxiliares formulados para efeito de definição do mercado relevante.

A SEAE, a SDE e a Procuradoria do CADE manifestaram-se positivamente à aprovação da operação, pois a mesma não criou nem reforçou o poder de mercado das requerentes nem provocou lesões à concorrência.

O presente Ato de Concentração se enquadra na hipótese prevista no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, pois as empresas envolvidas na operação registraram faturamento superior a R\$ 400 milhões, o que determina a procedência para o conhecimento do mesmo.

A operação resultou concentração econômica de 17%, 12% e 24%, nos respectivos mercados de pigmentos orgânicos (mundialmente considerado), auxiliares formulados e de dispersões. Contudo, não se verificou concentração danosa à concorrência, dispensando-se a análise das eficiências apresentadas, pois somente as operações que acarretem danos ao mercado devem ser submetidas às condições, tal qual dispõe o § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Portanto, dada a simplicidade da operação e a evidente ausência de qualquer possibilidade de que esta venha, nos termos do caput do art. 54 do referido diploma legal, a “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre con-

corrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços”, comunico ao Plenário do CADE, que o Ato de Concentração em epígrafe será aprovado por decurso de prazo conforme previsto no § 7º do artigo 54 da Lei nº8.884/94 , tendo em vista que, se incluído em pauta, não haverá quórum mínimo para votação, de acordo com o artigo 49 da mesma Lei. Desnecessário lembrar que até o transcurso do referido prazo os autos estarão à disposição dos membros do Plenário para qualquer providência ou esclarecimento que considerarem necessário.

Brasília, 09 de setembro de 1998

Mércio Felsky
Conselheiro- Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 0812.004834/98-17

Requerentes: McCain Foods Limited e Pratigel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda.

Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado

EMENTA: Ato de concentração. Cessão da marca BINT da Pratigel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda para McCain Foods Limited, e contratação da distribuição pela Pratigel dos produtos McCain com a marca BINT. Mercado relevante do produto é o mercado nacional de vegetais congelados. Mercado com grande potencial de expansão e ausência de barreiras à entrada. Ausência de condição para exercício abusivo de poder de mercado. Operação aprovada sem condições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar a operação, sem restrições. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky e Ruy Afonso de Santacruz Lima. Presente a Procuradora-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marcelo Procópio Calliari.

Brasília, 28 de outubro de 1998 (data do julgamento).

Lucia Helena Salgado e Silva
 Conselheira-Relatora

Gesner Oliveira
 Presidente do Conselho

ERRATA

Página 1 - onde se lê: “A justificativa da operação por parte da McCain deu-se no intuito de (...)” **leia-se:** “A justificativa da operação por parte da McCain foi a de (...)”

Página 4, § 3º - onde se lê: “Trata-se de um mercado com dimensões nacionais(...)” **leia-se:** “Trata-se, segundo as requerentes, de um mercado com dimensões nacionais...”

ibidem - onde se lê: “São várias as empresas que concorrem mundialmente neste mercado (...)” **leia-se:** “São várias as empresas de atuação internacional que concorrem nesse mercado (...)”

Página 6, § 3º - onde se lê: No que se refere a demanda(...)" **leia-se:** "No que se refere à demanda (...)"

RELATÓRIO¹

DA OPERAÇÃO

McCain Foods Limited, empresa regularmente constituída segundo as leis do Canadá e **Pratigel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda**, empresa com sede na cidade de São Paulo, com fundamento no artigo 54 da Lei nº 8.884/94 e da Resolução nº 5, de 28/08/96, adotando o procedimento simplificado determinado pelo artigo 2º da referida Resolução, submeteu às autoridades de defesa da concorrência a operação que consistiu na cessão da marca "BINT" da Pratigel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda para McCain Foods Limited, sendo ainda parte da operação a contratação da distribuição, pela Pratigel, dos produtos que passarão a ser produzidos por McCain com a marca "BINT". Em 14 de junho de 1998, as partes concretizaram a operação com a assinatura de dois contratos, a cessão da marca "BINT" de Pratigel para McCain e a distribuição dos produtos McCain pela Pratigel, no valor de R\$ 2 milhões. A justificativa da operação por parte da McCain, deu-se no intuito de aumentar seu acesso aos pontos de venda, percebeu a necessidade de contratar uma boa rede de distribuição para seu produto e de utilizar uma marca que já tivesse algum reconhecimento no mercado e por parte da Pratigel, percebeu que poderia se manter no mercado de vegetais congelados como distribuidora dos produtos "Bint" - com o novo nome McCain - e ainda diluir os custos da comercialização dos produtos que fabrica sob a marca "CAC".

DAS PARTES ENVOLVIDAS

McCain Foods Limited

A **McCain Foods Limited** com sede no Canadá, atua no mercado de vegetais congelados *in natura* beneficiados por um processo de "supercongelamento", após o que são embalados e distribuídos. No último exercício a McCain apresentou um faturamento no Brasil na ordem de R\$ 45 milhões, no Mercosul R\$ 56 milhões e no mundo R\$ 4,5 bilhões.

¹ Elaborado pela assessora processual Fernanda Bussacos Pacheco, com a supervisão da Relatora.

Pratigel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda

A **Pratigel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda** com sede na cidade de São Paulo/SP, constituída no Brasil em 1994, com 100 empregados, atua basicamente na produção e comercialização de vegetais congelados. No último exercício apresentou um faturamento de R\$ 15,6 milhões. A marca “Bint” respondia pela menor parte do faturamento da Pratigel não existindo mais interesse por parte da empresa em investir na sua promoção.

O MERCADO RELEVANTE

DO PRODUTO

A presente operação está inserida dentro do mercado de vegetais congelados *in natura*, tais como, pimentões, alcachofras, mandiocas, batatas, cenouras, etc., os quais são beneficiados por um processo de “supercongelamento”, após o que são embalados e distribuídos para cozinhas industriais, redes de restaurantes, etc ou pontos de vendas como supermercados, lojas de conveniência, etc.. O produto é o mesmo em ambos segmentos, sendo que o segmento de varejo surgiu há menos de quatro anos e movimentou menos de 10% do mercado total.

O processo produtivo segue o seguinte fluxo: classificação do vegetal *in natura* (teor de sólidos, tamanho, teor de açúcar, etc.); descascamento a vapor (quando aplicável); seleção; corte (quanto aplicável); escaldamento (água quente); secagem (ar quente); congelamento; pesagem; embalagem; e armazenamento (-25° C).

Quanto à elasticidade da demanda, é sabido que a comercialização de vegetais congelados só é comercialmente viável se seu preço não for muito superior ao dos vegetais *in natura*, que na presente operação, estão sendo considerados como produtos substitutos, apesar dos produtos industrializados possuírem maior valor agregado, principalmente pelo conforto que oferecem ao consumidor. Mesmo assim, alegam as requerentes que, (fls.05), os mercados consolidados como o europeu e principalmente o norte-americano já provaram que o consumidor não hesita em substituir o produto industrializado pelo produto *in natura* ao menor sinal de aumento de preços fora de um padrão razoável, já que ambos possuem exatamente a mesma utilidade marginal.

No Brasil, o consumo *per capita* de vegetais congelados é, ainda, muito pequeno, apenas 19 gramas/ano contra 2,5 quilos/ano na Europa, con-

forme informação da Gazeta Mercantil². Mesmo assim, o consumidor final compra um quilo de batata congelada por R\$ 2,50 em média, apenas R\$ 1,00 a mais que a batata *in natura* produto que ainda perde pelo menos 10% de seu peso quando é descascado. Portanto, a diferença de preços, em termos absolutos, não tem sido obstáculo ao aumento do consumo. Ainda assim, a tendência é que esta diferença seja reduzida na medida em que haja ganhos de escala, os quais deverão ser gerados com a esperada expansão do consumo nos próximos anos.

Quanto à elasticidade da oferta, alegam as requerentes que o processo produtivo é rigorosamente o mesmo para os segmentos institucional e de varejo, concluindo-se que uma elevação excessiva no preço do produto, tanto pelos fornecedores do segmento institucional quanto pelos fornecedores do segmento de varejo, justificaria a substituição automática de uns pelos outros, sendo que, na realidade, os fornecedores se confundem.

MERCADO GEOGRÁFICO

Trata-se de um mercado com dimensões nacionais, muito embora praticamente 100% dos vegetais congelados comercializados no país sejam importados. São várias as empresas que concorrem mundialmente neste mercado, sendo que os mais atuantes no mercado brasileiro são os argentinos, seguidos por canadenses, belgas, holandeses e franceses. Estes *players* exercem, de fato, forte pressão sobre a formação do preço nacional, especialmente no segmento institucional.

GRAU DE CONCENTRAÇÃO- ESTRUTURA DE MERCADO

Trata-se de um mercado novo, composto quase que totalmente por produtos importados, e que apresenta uma estrutura pouco concentrada.

É a seguinte a estrutura do mercado relevante de acordo com dados apresentados pelas requerentes:

MERCADO DE VEGETAIS CONGELADOS

Empresas	Participação no mercado (%)
McCain	32,0
Bonduelle	10,6
Lirba	10,0

² 1º de julho de 1998, página de Agribusines.

Pratigel (outras marcas)	7,7
Fridor	7,0
Clarebout (Perdigão)	5,0
Farm Frites	5,0
Pratigel (marca “Bint”)	4,0
Aviko (SADIA)	4,0
Cavendish	3,0
Vriesco	3,0
Kaiser	3,0
Outros	3,0

Fonte: Requerentes

EFICIÊNCIAS

A marca “CAC” é responsável pela maior parte do faturamento da Pratigel, daí tornar-se mais lucrativo a concentração de recursos pela Pratigel na referida marca, por outro lado, por parte da McCain existe um grande interesse em investir na marca “Bint”, acarretando assim, um maior benefício ao consumidor final, que contará com produtos de qualidade superior.

A empresa informa ainda que caso o entrante deseje montar uma planta para a produção de vegetais congelados, ele deverá ser capaz de produzir algo em torno de 10.000 toneladas/ano, devido ao pequeno valor agregado do produto e o gasto estaria em torno de US\$ 20 milhões.

PARECER DA SEAE

Às 93/97, a SEAE complementa as informações da empresa dentro da estrutura do mercado (oferta), acrescentando que as participações foram informadas partindo-se de estimativas, pois o faturamento dos participantes do mercado de vegetais congelados não reflete com precisão a realidade do mercado. Em uma primeira visão, verificou-se uma participação de 32,91% da McCain, que após a aquisição da marca “Bint” (4,13% das vendas) passará para 37,04%. Trata-se de um mercado novo, em expansão, pouco difundido, onde existe a possibilidade de importação direta por parte dos próprios interessados que consomem ou comercializam o produto, constando-se que a referida elevação será neutra para os consumidores.

As empresas concorrentes: Sadia, Perdigão, De Marchi e Darta foram consultadas, porém não se manifestaram.

No que se refere a demanda, o mercado é tido como elitizado, tendo os vegetais *in natura* como substitutos. O consumo *per capita* no Brasil é muito pequeno, somente 0,019 Kg/ano contra 2,5 Kg/ano na Europa.

A SEAE consultou sete clientes do produto sobre os impactos da operação no mercado relevante, onde obteve manifestação favorável de três supermercados: Cia. Brasileira de Distribuição; Makro Atacadista S.A. e Sé S/A Comércio e Importação. Os supermercados Paes Mendonça, Casas Sendas, Carrefour e a Abras não se manifestaram.

Quanto as barreiras à entrada, a Secretaria informa que as empresas atuantes no mercado relevante são, na sua maioria, importadores de vegetais congelados de vários países, podendo também o segmento industrial ou de varejo se utilizar de importações diretas, em função do mercado ainda estar sendo mensurado quanto ao consumo desses produtos.

Conclui a Secretaria de Acompanhamento Econômico que a operação não criou ou elevou poder de mercado, tendo em vista que o aumento da concentração é pequeno e que o mercado relevante encontra-se em um estágio inicial de desenvolvimento.

PARECER DA SDE

A Secretaria de Direito Econômico, fls. 108/110, conclui pela aprovação da operação nos termos propostos pelas requerentes, uma vez que não foram identificadas barreiras à entrada de novos concorrentes e que terceiros possíveis interessados não se manifestaram contrários. A operação foi apresentada tempestivamente na SDE.

DO PARECER DA PROCURADORIA

No parecer n° 251/98, fls., a Procuradoria do Cade concluiu que a operação não provocou efeitos anticoncorrenciais no mercado nacional, não trouxe prejuízo à concorrência e não resultou em dominação de mercado, não provocando efeitos nocivos à concorrência.

Quanto ao protocolo de recebimento na SDE/MJ comunicando a operação conforme determina o § 4° do art. 54 da Lei 8.884/94, encontra-se dentro do prazo legal.

È o relatório.

VOTO

EMENTA: *Cessão da marca BINT da Pratigel Indústria e Comércio de Alimentos Ltda para McCain Foods Limited, e contratação da distribuição pela*

Pratigel dos produtos McCain com a marca BINT. Mercado relevante do produto é o mercado nacional de vegetais congelados. Mercado com grande potencial de expansão e ausência de barreiras à entrada. Ausência de condição para exercício abusivo de poder de mercado. Operação aprovada sem condições.

Não há indícios precisos de que vegetais *in natura* e vegetais congelados são substitutos próximos e por isso devem ser agregados em um mesmo mercado relevante de produto como querem as requerentes. Na ausência de informações objetivas de natureza quantitativa ou qualitativa de que os consumidores indiferentes às duas categorias de bens ou que estariam dispostos a desviar sua demanda do produto industrializado para o natural diante de um pequeno e sustentado aumento de preços, pesa a constatação de que o produto industrializado apresenta características muito distintas, que respondem a exigências da vida moderna em parte provocadas pela mudança do papel desempenhado pelas mulheres nas sociedades urbanas e industriais.

Tais exigências, criadoras de novos mercados, originaram o processo de congelamento de vegetais aqui examinado, que visa atender a uma demanda específica por refeições prontas e semi-prontas, sinônimos da demanda moderna por praticidade, rapidez e saúde.

Qualquer pessoa que tenha se dedicado por obrigação ou prazer à culinária sabe que não é trivial a distinção entre preparar um singelo prato de batatas fritas partindo-se de um quilo de batatas comprado na feira e um pacote de batatas congeladas semi-prontas³. O ato de consumo não se resume à degustação e só nessa última etapa os produtos podem sem dificuldades ser considerados equivalentes ou substitutos.

Definido portanto o mercado relevante de produto como o de vegetais congelados, passo à definição de mercado geográfico.

À primeira vista, o fato de que o mercado de vegetais congelados ser abastecido por importações, parece indicar o plano internacional como a extensão mais adequada para se examinar, na dimensão geográfica, a possibilidade de exercício de poder de mercado. Para que assim fosse de fato, seria necessário identificar uma razoável proporção de oferta suprida por meio de importação independente o que equivale a dizer que haveria a possibilidade do consumidor adquirir no mercado internacional, sem a interferência do negociante instalado em território nacional, o produto desejado na quantidade de seu interesse, o que, no caso e no momento em que se realiza a presente, não ocorre.

³ Em um caso significa lavar, descascar, cozinhar, fritar, temperar e servir, no outro, significa fritar e servir.

Todos os ofertantes no mercado nacional são empresas aqui instaladas que aqui disputam os consumidores. O fato de que há a necessidade de instalação de uma representação comercial indica a existência de custos associados à distribuição e à conservação a dificultar a participação esporádica no mercado de um exportador (na forma de importação *hit and run*). É possível que a expansão e consolidação do mercado venha a reduzir tais custos e tornar possível a importação direta, em escala que eventualmente poderá levar à expansão dos contornos do mercado relevante para o espaço internacional.

Não há tampouco informações sobre preços no mercado internacional, assim como sobre estrutura, o que é mais uma razão a indicar a definição nacional como a mais adequada à análise do caso.

Considerando-se o mercado relevante como o mercado nacional de vegetais congelados, identifica-se a posição de liderança da empresa adquirente, fortalecida com a operação que ora se examina.

Não parece contudo, haver motivos para antever nesta liderança de mercado a possibilidade de exercício abusivo de posição de mercado em virtude dos seguintes fatores:

1) o mercado de vegetais congelados é um mercado novo, cuja estrutura não está ainda consolidada; o potencial de crescimento é inegável, pois, como se mencionou, o produto atende a necessidades crescentes da vida moderna e é relativamente pequeno o diferencial de preços que a apresenta *vis a vis* o diferencial de conveniência, com relação aos produtos *in natura*;

2) por ser originalmente um produto homogêneo, sobretudo porque industrializado, as marcas de *players* já instalados são relativamente pouco importantes na escolha do consumidor. Isto não significa que não há um potencial para diferenciação do produto e ainda não explorado, principalmente por imagem, mas é relativamente pequeno. É também grande o espaço para surgimento de marcas próprias de distribuidores e supermercados, como ocorre em mercados melhor consolidados. Com isto, não parece nesse particular haver maiores dificuldades à entrada e ao crescimento de outros *players*.

3) De maneira geral não se identificam barreiras à entrada nesse mercado, de modo que participações de mercado hoje não espelham necessariamente o cenário do futuro nem tampouco são boas representações de poder de mercado.

Por conseguinte, a operação em exame não gera prejuízo à concorrência, de modo que é desnecessária a análise de eventuais eficiências compensatórias. Aprovo, pelo exposto, a operação sem condições.

É o voto.

Brasília, 28 de outubro de 1998.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº: 08000.022038/97-97 – AC 181/97

Requerentes: Acesita Sandwik Tubos Inox S/A; Tubra Tubos Inox Brasileiros Ltda; Tequisa Tubos Inoxidáveis Ltda e Tubos Inoxidáveis Ltda - Tubinox
Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado

EMENTA: Ato de concentração. Associação das atividades operacionais das empresas Acesita Sandwik Tubos Inox S/A - ASTI; Tubra Tubos Inox Brasileiros Ltda - TUBRA; Tequisa Tubos Inoxidáveis Ltda - TEQUISA e Tubos Inoxidáveis Ltda - TUBINOX com o objetivo de produção e comercialização de tubos de aço inoxidável com costura, promovendo uma nova sociedade de duração indeterminada, denominada INOXTUBOS S/A. Mercado relevante nacional de tubos de aço inoxidável com costura. Operação geradora de eficiências típicas de fusão a serem compartilhadas com o mercado na forma de maior disponibilidade, qualidade e melhor preço do produto relevante. Atendidos os incisos do § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar a operação, sem restrições. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Arthur Barrionuevo Filho, Mércio Felsky e Ruy Afonso de Santacruz Lima. Presente a Procuradora-Geral Marusa Vasconcelos Freire. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Marcelo Procópio Calliari.

Brasília, 28 de outubro de 1998 (data do julgamento).

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

Gesner Oliveira
Presidente do Conselho

RELATÓRIO*

1. DA OPERAÇÃO

* Colaboração da Assessora Cynthia Araujo Nascimento.

As empresas Acesita Sandwik Tubos Inox S/A - ASTI, a Tubra Tubos Inox Brasileiros Ltda - TUBRA, a Tequisa Tubos Inoxidáveis Ltda - TEQUISA e Tubos Inoxidáveis Ltda - TUBINOX realizaram, em 20.08.97, uma associação de suas atividades operacionais com o objetivo de produção e comercialização de tubos de aço inoxidável com costura, promovendo uma nova sociedade de duração indeterminada, denominada INOXTUBOS S/A. A operação foi apresentada tempestivamente, em 10.09.97.

A INOXTUBOS S/A com sede na cidade de São Paulo tem seu capital social fixado em R\$ 18.986.779,46 (dezoito milhões, novecentos e oitenta e seis mil, setecentos e setenta e nove reais e quarenta e seis centavos), que corresponde ao valor da operação em análise e representa 10.000.000 ações (dez milhões) sendo 40% ordinárias e 60% preferenciais. A empresa passa a ter quatro unidades fabris sendo que três delas situam-se no Estado de São Paulo e uma, no Estado do Rio de Janeiro.

Segundo as Requerentes às fls. 40, a operação justifica-se pela necessidade de reduzir ineficiências, aumentar a escala de produção e a competitividade das empresas para enfrentar a concorrência externa, face ao crescente aumento das importações no mercado brasileiro. Destaque-se que o produto das empresas integradas tem perdido competitividade no próprio mercado doméstico.

Conforme o parecer da SEAE às fls. 126, as Requerentes têm operado com alto grau de ociosidade e vêm acumulando significativos prejuízos ao longo dos últimos exercícios, como se pode observar nos resultados de dezembro de 1996, apresentados no Quadro I abaixo.

Quadro I - Situação Patrimonial das Empresas (dez.96)

Empresa	Receita Líquida	Resultado Operacional	Lucro Líquido
Acesita Sandwik	14.218.616	(1.493.016)	(1.500.224)
Tequisa	22.291.780	(103.914)	273.625
Tubinox	4.965.343	(123.816)	7.673
Tubra	13.181.455	(2.121.686)	(2.182.477)

Fonte: Parecer SEAE - fls. 126

2. DAS EMPRESAS

A Acesita Sandwik Tubos Inox S/A é uma empresa do Grupo Acesita, localizada na cidade de São Paulo que fabrica e comercializa tubos de aço

inoxidável com costura. Esses tubos são utilizados principalmente nas indústrias alimentícias, química, petroquímica, farmacêutica, eletrônica, papelreira, automobilística e de construção civil. Em 1996, seu faturamento líquido atingiu cerca de R\$ 14.218.616,00, com pequenas exportações realizadas para países do Mercosul e, em 1997, cerca de R\$ 12.589.715,00.

A Tubra Tubos Brasileiros Ltda localiza-se na cidade de São Paulo, e atua basicamente na fabricação de tubos de aço inoxidável com costura aplicados em diversos segmentos industriais. Seus controladores são as empresas Feital Comercial Ltda e a VCMF Empreendimentos e Participações, que não exercem atividades voltadas para o setor metalúrgico. Seu faturamento, em 1996, foi de R\$ 17.652.501,00 e, em 1997, foi de R\$ 18.397.461,00.

A Tequisa Tubos Inoxidáveis Ltda localizada na cidade de São Paulo, e atua na fabricação e comercialização de tubos de aço inoxidável com costura e seu controle acionário é detido por duas pessoas físicas. A empresa obteve, em 1996, um faturamento bruto de R\$ 25.536.293,00 e, em 1997, de R\$ 20.175.082,00.

A Tubinox Tubos Inoxidáveis Ltda localizada também na cidade de São Paulo, tem como única atividade a fabricação de tubos de aço inoxidável com costura e seu controle acionário é exercido pela Amorim S/A Aços Inoxidáveis. A empresa obteve, em 1996, um faturamento bruto de R\$ 6.830.570,00 e de R\$ 6.836.880,00, em 1997.

A INOXTUBOS S/A, empresa criada a partir da fusão das quatro requerentes, tem como objetivo produzir e comercializar tubos de aço inoxidável com costura dando continuidade às linhas de produtos anteriormente fabricadas pelas quatro empresas, que produziam e comercializavam exclusivamente este produto, não participando de outros mercados.

O Quadro II apresenta a composição acionária do capital social votante e a participação das quatro empresas a nível de faturamento na INOXTUBOS S/A:

Quadro II - Faturamento e Composição Acionária da INOXTUBOS S/A

Empresa	Ações	Partic. %	Faturamento
Acesita Part. Ltda	1.000.000	25	21%
Tubra Tubos Bras.	1.000.000	25	26%
Tequisa Tubos Inox	1.000.000	25	42%
Tubinox-Tubos Inox	1.000.000	25	10%
Total	4.000.000	100	R\$ 67,0 milhões

Fonte: Parecer SEAE - fls. 126.

Ressalte-se que apesar da Acesita, única fornecedora nacional de chapas inoxidáveis ter uma participação de 25% no capital ordinário da INOX-TUBOS, a SEAE não considerou relevante a análise da integração vertical envolvida, pelo fato de haver um acordo entre as empresas de que a Acesita comercializará seu produto a preços praticados normalmente no mercado interno, não conferindo nenhuma vantagem em termos de preços ou de condições de comercialização à INOX-TUBOS, podendo ainda a importar a chapa inoxidável caso as condições estejam mais favoráveis (fls. 128).

3. DA ESTRUTURA DO MERCADO

3.1 - Do Mercado Relevante:

De acordo com as Requerentes às fls. 194, o mercado relevante no âmbito do produto é constituído de vários tubos elaborados a partir de diversos materiais e processos de fabricação diferentes, que apresentam aplicações distintas. Em razão da dificuldade de se obter dados técnicos e objetivos mais abrangentes, o mercado relevante do produto foi delimitado pelos tubos de aço carbono, aço inoxidável e de cobre com costura. Ressalte-se, no entanto, que segundo as Requerentes, os tubos de alumínio, de outros metais/ligas e de plástico são também bons substitutos (fls. 86).

Destaque-se que para que um produtor de tubos metálicos convencionais possa produzir tubos inox, é necessário que se altere a matéria-prima para a confecção dos referidos tubos, dado que o processo produtivo é praticamente idêntico e o investimento requerido varia entre US\$ 75 mil e US\$ 300 mil, num período médio de quatro meses (fls.87).

Com relação a dimensão geográfica do mercado relevante as Requerentes consideram a extensão do território nacional. Ressaltam que apesar da forte presença do produto importado no Brasil não existem dados suficientes para se classificar o mercado relevante como o mundial (fls. 87).

Ademais o volume de importações dos países do Mercosul não tem sido muito expressivo nos últimos anos. Destaque-se ainda que os maiores exportadores de tubos para o Brasil são os EUA, a Austrália, dentre outros (fls. 87).

A SEAE (fls. 128) define o mercado relevante do produto como sendo o de tubos de aço inoxidável com costura. Destaca que no caso da demanda, as diferenças de preços colocam os diversos tubos em mercados distintos. Ademais caso fossem considerados os diversos substitutos, estes deveriam ser agrupados de acordo com seu grau de aplicabilidade, por não serem substitutos perfeitos, o que demandaria a análise de diversos mercados relevantes, o

que não seria racional por gerar maiores custos públicos e privados sem benefícios concretos.

No que se refere a oferta, o entendimento da SEAE é de que as barreiras em termos de custo, para um redirecionamento da produção de tubos inox para outros tubos metálicos, devem ser consideradas a partir do nível de ociosidade das empresas atuantes nesse mercado.

De acordo com parecer SEAE às fls. 129, a produção de tubos de aço inoxidável com costura é quase totalmente canalizada para a Região Sudeste. O mercado nacional é também suprido por importações que atualmente representam cerca de 30% do consumo aparente deste produto. Apenas um pequeno volume de produção é destinado ao mercado externo.

Deste modo a SEAE entende que, devido a grande entrada de tubos importados o mercado relevante geográfico a ser considerado é o internacional, no entanto, em virtude da insuficiência de dados relativos ao mercado de tubos de aço inoxidável com costura a nível mundial, será analisado o mercado nacional.

3.2 - Características do Produto:

Os tubos de aço inoxidável com costura é um produto de aplicações diversas sendo utilizado na fabricação de caldeiras, aquecedores, condensadores e, em condutos de material que exijam altas e baixas temperaturas ou resistência a material corrosivo. Seu formato varia em função da sua utilização e de sua medida. Os tubos de aço com costura são utilizados em diversos segmentos tais como: produtos alimentares, bebidas, químico, petroquímico, farmacêutico eletrônico, automobilístico, papel e celulose, de álcool e açúcar, metalúrgico, mecânico, construção civil e de decoração.

3.3 - Grau de Substituibilidade:

No que tange a substituibilidade da oferta as requerentes destacam que o redirecionamento da produção de tubos inox para outros tubos metálicos é viável, dependendo apenas da substituição de matéria-prima e da bobina (nos casos de tubos com costura) e do lingote (no caso dos tubos sem costura).

Entretanto a tecnologia e os equipamentos necessários para a produção de tubos com costura são completamente distintos daqueles utilizados na produção de tubos sem costura. De acordo com as requerentes não é possível quantificar os investimento requeridos para a conversão de uma planta à outra (fls. 254).

Com relação ao processo produtivo há uma similaridade, o que reduz as barreiras à entrada e saída internas à indústria de tubos metálicos. Os produtores de tubos com costura de aço carbono, aluminizados ou de cobre po-

dem passar a produzir tubos de aço inoxidável com a mera alteração do equipamento de solda. Da mesma forma, os produtores de tubos de aço inoxidável podem passar a fabricar tubos de outros metais a custos mínimos para este tipo de indústria (fls. 253).

Note-se que o custo de um equipamento de formação de solda de tubos é similar para a produção de quaisquer tipos de tubo metálico, girando em torno de US\$ 1 milhão. Na determinação dos custos de reversão admite-se que a transformação de equipamentos com solda ERW para TIG na produção de aços inoxidáveis austeníticos seja dada pela venda do equipamento antigo (US\$ 200 mil) e aquisição de um novo (US\$ 300 mil). Na conversão para ferríticos considera-se a mera aquisição de um novo equipamento (US\$ 75 mil). Todas as alterações necessárias podem ser realizadas num período de 3 a 6 meses.

No que se refere a substituíbilidade da demanda, de acordo com as requerentes as altas taxas de juros e restrições de crédito dificultam o acesso aos tubos com melhor relação custo/durabilidade, quando não o inviabilizam, em função dos maiores desembolsos iniciais necessários à aquisição de tubos de maior durabilidade. Isto explica a baixa demanda por tubos relativamente mais caros e duráveis em países como o Brasil (fls 200).

Com o objetivo de melhor quantificar as relações entre custo, preço, durabilidade e utilização desses prováveis substitutos a SEAE solicitou às Requerentes as relações entre os diversos tubos mencionados. O Quadro III abaixo apresenta estas relações:

Quadro III - Relações entre Preços e Durabilidade dos Tubos Inox e seus Substitutos

Uso	Substitutos	Grau de Subst.	Preços (R\$/Kg)		Vida Útil (Anos)	
			Sub. Inox	Sub. Inox	Sub. Inox	Sub. Inox
Resistências Elé- tricas	Aço Carbono	Alto	3,28	8,00	1	5
	Cobre	Alto	5,83	8,00	2	5
Refrigeração	Cobre	Alto	5,83	8,00	3	5
Instrumentação	Aços Ligados	Alto	5,00	8,00	5	10
Automobilístico	Aços Aluminizados	Alto	0,80	3,40	1	5
Sucro-Alcooleiro	Cobre	Médio/Baixo	7,00	5,50	1	5
	Aço Carbono	Médio/Baixo	1,00	5,50	1	5
Alimentício	Cobre	Alto/Médio	7,00	5,50	3	10
	Aço Carbono	Alto/Médio	1,00	5,50	1	10
Petroquímica	Plásticos Especiais	Alto/Médio	9,00	6,00	10	5

	Titânio	Alto	75,00	6,00	10	5
	L.Super Austeníticas	Alto	26,34	6,00	10	5
	Duplex	Alto	17,07	6,00	10	5
Papel e Celulose	Plásticos Especiais	Alto/Médio	9,00	5,50	10	5
	Titânio	Alto	75,00	5,50	10	5
Saneamento	Aço Carbono	Alto	0,50	5,00	10	50
Metal Mecânica	Aço Carbono	Alto/Médio	0,80	5,50	3	20
	Latão/Cobre	Alto/Médio	7,00	5,50	5	20
	Alumínio	Alto/Médio	4,50	5,50	5	20
Constr. Civil	PVC	Alto	2,50	6,00	10	30
Movelaria	Aço Galvanizado	Alto	1,50	6,00	10	30
	Latão/Cobre	Alto	5,80	6,00	10	30
	Alumínio	Alto	4,50	6,00	10	30
	Aço Carbono Cromado	Alto	1,80	6,00	5	30

Fonte: Requerentes - fls. 226

Obs: Preços referidos em mesmas condições de pagamentos e impostos:

Pagamento: à vista

ICMS: 18% ; IPI: 8% tubos metálicos e plásticos

Note-se pelo Quadro III acima que pelo lado da demanda podem ser considerados como substitutos próximos, os tubos fabricados com outros materiais como o aço carbono, o aço galvanizado, o alumínio, o cobre, o ferro cromado, o PVC e o plástico.

Apesar da substituição entre os diversos tipos de tubos ser tecnicamente factível, dado o seu elevado custo, as inúmeras vantagens proporcionadas aos consumidores pelo emprego dos substitutos acabam sendo desconsideradas, principalmente em países de menor renda como o Brasil (fls. 129).

3.4 - Estrutura da Oferta

O Quadro IV apresenta a estrutura da produção nacional de tubos de aço inoxidável com costura, revelando um elevado grau de concentração. As empresas Acesita Sandwik, Tubra, Tequisa e Tubinox detêm 80.7% deste mercado, a Zamprogná supre 10% do mercado interno e os 9% restantes estão distribuídos entre fabricantes de pequeno porte.

Quadro IV - Produção Nacional de Tubos de Aço Inoxidável com Costura

Empresa	Produção em 1996 (t)	Participação (%)
Acesita Sandwik	2.510	18.1
Tubra	2.296	16.6
Tequisa	5.068	36.6
Tubinox	1.296	9.4
Subtotal:	11.170	80.7
Zamprogna	1.409	10.2
Outras	1.260	9.1
Total:	13.839	100.0

Fonte: Requerentes

Apesar da concentrada estrutura produtiva, este mercado sofre grande influência das importações que vêm crescendo nos últimos anos. As requerentes afirmam (fls.251) que o grande volume de importações se deve, principalmente, a falta de escala produtiva que as quatro empresas apresentavam antes da operação, o que lhes impunha maiores custos e conseqüentemente preços altos e qualidade inferior a do produto importado.

Saliente-se que as empresas requerentes são responsáveis por cerca de 61% das vendas internas. Pelo Quadro V abaixo percebe-se que a empresa Zamprogna vem perdendo participação no mercado. Entretanto, quando consultada pela SEAE acerca dos efeitos advindos desta operação, a empresa manifestou-se de forma favorável, ressaltando que as quatro empresas passarão a pertencer a Acesita - única produtora de aço inoxidável da América Latina e da qual adquirem a matéria-prima para a produção de tubos. Destaca ainda que não acredita que a Acesita irá praticar uma política de preços ou de fornecimento que venha prejudicar a sua produção.

Cabe lembrar que de acordo com a documentação apresentada, a Acesita detém 25% do capital ordinário da INOXTUBOS não exercendo, assim, o controle acionário, que é compartilhado com as outras empresas requerentes.

Quadro V - Vendas Internas no Mercado de Tubos de Aço Inoxidáveis

Empresas	1995	%	1996	%	1997 Jan/Jul	%
Acesita Sandvik	2.422	17,88	2.271	14,61	1.379	13,29
Tubra	2.038	15,05	2.195	14,12	1.640	15,81
Tequisa	3.208	23,69	3.845	24,74	2.298	22,15
Tubinox	1.198	8,85	1.296	8,34	1.022	9,85
Zamprogna	1.602	11,83	1.192	7,67	634	6,11

Importações	3.075	22,70	4.744	30,52	3.400	32,71
Total	13.543	100,00	15.543	100,00	10.373	100,00

Fonte: Parecer SEAE - fls. 131

Pelo Quadro V acima observa-se que o consumo aparente tem crescido nos últimos três anos, tendo aumentado em 14,8%, em 1996. Destaque-se também que as importações de tubos de aço inoxidável com costura representaram, em 1996, 30% do consumo aparente.

3.4.1 - Importação

Segundo parecer SEAE às fls. 131, em 1996, as importações aumentaram 54% em relação ao ano anterior. Esse panorama é explicado pelas condições vantajosas oferecidas pelos países exportadores que combinam preço e qualidade. Ressalte-se que a alíquota do imposto de importação de tubos de aço inoxidável com costura é de 14%.

A maior parte das importações é proveniente do Uruguai registrando, em 1996 e no primeiro semestre de 1997, 51% de participação. Alguns países da Europa (Itália, França e Suécia), os EUA e países do sudeste asiático (Coreia e Formosa) também são grandes exportadores para o Brasil.

Destaque-se também que com relação aos preços do produto importado (fls. 132) estes encontram-se, nos anos de 1996 e 1997, cerca de 60% mais baixos do que os praticados pelas empresas do mercado interno. Já nos anos de 1995 e 1998 essa relação ultrapassa os 100%, embora os preços tanto do produto nacional como o do importado tenham sofrido uma redução, que no caso dos preços praticados pela INOXTUBOS situou-se na faixa de 25% e 40% para os tubos importados.

3.4.2 - Exportação

Conforme parecer SEAE às fls. 130, as exportações de tubos de aço inoxidável são pouco significativas, quando comparadas à produção nacional, representando 2,5% da oferta nacional, em 1996. Destaque-se que, em 1997, o volume de exportações sofreu uma redução de 51% em relação ao ano anterior, conforme Quadro VI abaixo. Segundo as requerentes às fls. 133, isto se deve ao fato do produto brasileiro encontrar dificuldades de colocação no mercado internacional pela falta de preço competitivo e, por apresentar qualidade inferior a dos demais países.

Quadro VI - Exportações de Tubos de Aço Inoxidável Com Costura (ton.)

1995	1996	1997*
917	312	263

Dados referentes a jan/julh.

Fonte: Secex/Decex. Parecer SEAE - fls. 130.

Cabe mencionar que os países do Mercosul são os principais importadores do produto brasileiro - Argentina, Paraguai e Uruguai (44%), além do México (26%) e EUA (10%). As empresas Tequisa, Acesita e Tubinox exportam para o Mercosul e apenas a Tequisa para outros países.

3.5 - Estrutura da Demanda

As empresas que integram a demanda, em função dos segmentos de mercado em que atuam, são de grande porte (fls.133). A maioria das empresas demandantes localizam-se próximo dos centros produtores, na Região Sudeste.

Cabe destacar que os tubos de aço inoxidável com costura são utilizados em diversos setores industriais, originando uma grande diversidade de áreas de atuação para as empresas compradoras.

As importações são a principal fonte de poder de barganha dos clientes, dado o pequeno número de produtores, o que reduz a capacidade de negociação em âmbito nacional. Segundo parecer SEAE, o mercado internacional constitui um fator de pressão no tocante ao binômio preço-qualidade, atenuando a estrutura concentrada desse mercado (fls. 133).

A SEAE consultou os clientes de todas as empresas requerentes que manifestaram-se sobre a operação em epígrafe, perfazendo um total de quatorze (14) empresas.

A empresa Magnetti Marelli (cliente da Acesita) optou por recorrer às importações dado a dificuldade do fornecedor no que se refere à qualidade, preços e logística, acreditando que a fusão das empresas atuará como fator de aumento da competitividade frente aos produtos importados.

As empresas Carbinox Ind. e Com. Ltda, Ziemann Liess S/A, Jatinox Com. e Importação de Aços Ltda, Mastra Ind. e Com. e Kadron S/A apontam como positivo a fusão desde que resulte em preços mais competitivos aos

verificados no mercado internacional, em função de maiores ganhos de produtividade, eficiência e maior escala de produção.

As empresas Klabin de Papel e Celulose S/A, Aracruz Celulose S/A, Codistil S/A, Dedini S/A Agro Industrial, Máquinas Agrícolas Jacto S/A, CBC Indústrias Pesadas S/A e Stolhaven Santos Ltda consideram que haverá monopolização do segmento com diminuição da concorrência podendo gerar dificuldades nas relações comerciais.

3.6 - Condições à Entrada

Em seu parecer às fls. 135, a SEAE considera que as barreiras à entrada decorrentes de escala de produção são baixas para o ingresso das empresas que já atuam na fabricação de tubos de aço carbono devido à escala mínima eficiente de produção ser de apenas 15.000 ton./ano e de existir a possibilidade de conversão para a produção de tubos de aço inoxidável.

Segundo as Requerentes às fls. 41, a escala mínima eficiente para a produção de tubos de aço com costura é de aproximadamente 15.000 toneladas anuais e o investimento mínimo necessário para esta produção é de cerca de R\$ 20 milhões, o que não apresenta maiores dificuldades para as empresas atuantes na produção de tubos metálicos ingressarem neste mercado. Destaque-se que não existem dificuldades para o acesso à matéria-prima básica, de qualidade internacional e às máquinas e equipamentos, bem como a tecnologia é de domínio público sem proteção de marcas e patentes, não constituindo entrave ao ingresso de novos concorrentes.

Para a alteração de matéria-prima, um produtor de tubos metálicos passe a fabricar tubos de aço inoxidável, necessita-se de um investimento em torno de US\$ 75 mil e US\$ 300 mil, a ser realizado num período médio de quatro meses. No entanto, para uma empresa de pequeno porte, o fato de os principais produtores trabalharem com alto grau de ociosidade desestimula o seu ingresso no setor (fls.135).

Acrescente-se que nos últimos cinco anos as empresas, Microtubix (brasileira), e a Cinter (uruguaia) ingressaram neste mercado. As empresas Pérsico Pizzamiglio (brasileira) e a Fitisner (argentina) saíram do mercado.

4. DAS EFICIÊNCIAS

Segundo as Requerentes (fls. 89) o impacto concorrencial advindo da operação é positivo devido ao importante ganho de eficiência, a partir dos recursos das empresas associadas, aumentando-se a oferta de tubos de aço inoxidável no mercado nacional reduzindo-se, assim, as importações e, principalmente, incrementando as exportações.

Destaque-se que, em 1997, o grau de utilização das Empresas situava-se na faixa de 41%. Com a operação as quatro empresas poderão viabilizar a redução de seus custos fixos unitários propiciando preços mais competitivos concorrendo, assim, com o mercado internacional. Acrescente-se um maior abastecimento do mercado interno, bem como um aumento das exportações, a partir da realocação das formadoras de tubos das três fábricas, que direcionarão suas produções para determinados diâmetros de tubos, ganhando escala de produção.

Quadro VII - Grau de Utilização das Empresas Requerentes

Empresas	1995 %	1996 %	1997 (Jan/Jul) %
Acesita Sandwik	45,8	43,0	45,2
Tubra	45,3	41,7	42,4
Tequisa	38,9	43,4	44,2
Tubinox	20,5	29,8	33,9
Total	38,7	37,2	41,4

Fonte: Requerentes

Segundo as Requerentes pretende-se também possibilitar reduções de preços aos consumidores finais, o que já vem ocorrendo, conforme demonstra o Quadro VIII abaixo.

Quadro VIII - Preços de Tubos de Aço Inoxidável com Costura

Tipo de Tubos/Empresa	1995	1996	1997	1998
Tubo AISI 304 33,4 x 1,65 mm				
Tequisa (S/ICM/IPI)	5,72	5,58	5,60	
Tubra	5,22	5,10	5,00	
ASTI	5,25	5,30	5,20	4,21
Tubinox	5,70	5,55	5,60	
INOXTUBOS	-	-	-	
Importação (FOB)	2,60	3,45	2,85	2,00

Tubo AISI 304				
33,4 x 2,77 mm				
Tequisa (S/ICM/IPI)	5,35	5,36	4,96	
Tubra	4,90	5,00	4,50	
ASTI	5,00	5,10	4,80	3,87
Tubinox	5,30	5,30	4,85	
INOXTUBOS	-	-	-	
Importação (FOB)	2,51	3,38	2,71	1,85
Tubo AISI 304				
60,33 x 1,65 mm				
Tequisa (S/ICM/IPI)	5,72	5,58	5,60	
Tubra	5,22	5,10	5,00	
ASTI	5,25	5,30	5,20	4,21
Tubinox	5,70	5,55	5,60	
INOXTUBOS	-	-	-	
Importação (FOB)	2,60	3,45	2,85	2,00
Tubo AISI 304				
60,33 x 2,77 mm				
Tequisa (S/ICM/IPI)	5,35	5,36	4,96	
Tubra	4,90	5,00	4,50	
ASTI	5,00	5,10	4,80	3,87
Tubinox	5,30	5,30	4,85	
INOXTUBOS	-	-	-	
Importação (FOB)	2,51	3,38	2,71	1,85

Fonte: Requerentes - fls. 98.

* Os preços referem-se a média praticada entre as mesmas; os preços de 1998 referem-se a INOXTUBOS.

Finalmente, o processo de reestruturação resultante da operação viabilizará a adequação das plantas à escala internacional, permitindo uma atuação mais competitiva no mercado externo. O Quadro IX a seguir apresenta as modificações já empreendidas nas plantas das Requerentes.

Quadro IX - Linhas de Tubos Formados em Perfiladoras Contínuas

Empre- sa/Unidade	Antes da Operação	Depois da Operação
Asti / Nova Iguaçu	• 04 formadores para tubos de 9 a 168,2 mm	• 04 formadoras transferidas para outras unidades. Unidade desativada.
Tubinox / Itapevi	• 04 formadoras para tu-	• 01 formadora para tubos

	<p>bos de até 19,5 mm de diâmetro;</p> <ul style="list-style-type: none"> • 03 formadoras para tubos de 19 a 50,8 mm de diâmetro; • 01 formadora para tubos de 33 a 114,3 mm de diâmetro; 	<p>de até 19,5 mm de diâmetro desativada; 01 transferida para a Tequissa (Ribeirão Pires), e 02 em operação;</p> <ul style="list-style-type: none"> • adicionadas 02 formadoras para tubos de 19 a 50,8 mm de diâmetro transferidas da Asti (Nova Iguaçu), 05 máquinas em operação atualmente;
Tubra / Móoca	<ul style="list-style-type: none"> • 01 formadoras para tubos de 12,7 a 63,5 mm de diâmetro; • 04 formadoras para tubos de 12,7 a 101,6 mm de diâmetro; • 01 formadora para tubos de 25,4 a 168 mm de diâmetro; • 01 formadora para tubos de 203 a 356 mm de diâmetro; 	<ul style="list-style-type: none"> • adicionada 01 formadora para tubos de 12,7 a 63,5 mm, de diâmetro transferida da Asti (Nova Iguaçu), 02 máquinas em operação atualmente; • 01 formadora para tubos de 203 a 356 mm de diâmetro desativada.
Tequissa / Ribeirão Pires	<ul style="list-style-type: none"> • 04 formadoras para tubos de até 19,5mm de diâmetro; • 01 formadoras para tubos de 12,7 a 50,8 mm de diâmetro; • 01 formadora para tubos de 25,4 a 114,3 mm de diâmetro; • 02 formadora para tubos de 168 a 355,6 mm de diâmetro; 	<ul style="list-style-type: none"> • adicionada 01 formadora para tubos de até 19,05 mm de diâmetro, transferida da Tubinox (Itapevi); • adicionada 01 formadora para tubos de até 168,2 mm de diâmetro, transferida da Asti (Nova Iguaçu); • adicionada 01 formadora para tubos de 168 a 355,6 mm de diâmetro em operação e 01 não ativada.

Fonte: Requerentes fls.197.

5. DOS PARECERES

O parecer SEAE às fls.137 conclui que após a operação, a estrutura do mercado de tubo de aço inoxidável com costura sofreu uma significativa alteração, concentrando o *market-share*, anteriormente distribuído entre as quatro empresas, em 61%. A SEAE entende que esta concentração não confere poder de mercado à empresa, capaz de impor preços e condições prejudiciais à concorrência. A operação viabilizará a reestruturação do parque produtor do produto relevante, incrementando as vendas internas e externas, a partir da redução de custos e conseqüentemente de preços desses produtos. Acrescente-se o fato das importações representarem uma forte contestação frente a elevada concentração desse mercado. Pelas razões acima dispostas, a SEAE entende a operação passível de aprovação.

O parecer da SDE às fls.208, considera que embora a operação altere significativamente a estrutura do mercado relevante conferindo a INOXTUBOS 61,1% de participação, não lhe dará condições de abuso de poder econômico, prejudicando assim a livre concorrência. Entende ainda que não foram identificadas barreiras substanciais à entrada de novas empresas, principalmente, àquelas que já atuam no setor siderúrgico, manifestando-se pela aprovação da operação.

A Procuradoria em seu parecer às fls.243, considera que a operação em exame foi submetida ao CADE sob o fundamento do art. 54, parágrafo 3º, da Lei. 8.884/94. A Procuradoria entende que a operação acarreta concentração superior aos 20% de participação no mercado relevante, determinando sua procedência para conhecimento do presente ato, no entanto, verifica que a operação acarreta efeitos pró-competitivos, opinando pela sua aprovação sem restrições.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: As empresas Acesita Sandwik Tubos Inox S/A - ASTI, a Tubra Tubos Inox Brasileiros Ltda - TUBRA, a Tequisa Tubos Inoxidáveis Ltda - TEQUISA e Tubos Inoxidáveis Ltda - TUBINOX realizaram uma associação de suas atividades operacionais com o objetivo de produção e comercialização de tubos de aço inoxidável com costura, promovendo uma nova sociedade de duração indeterminada, denominada INOXTUBOS S/A. O mercado relevante é o mercado nacional de tubos de aço inoxidável com costura. Operação geradora de eficiências típicas de fusão a serem compartilhadas com o

mercado na forma de maior disponibilidade, qualidade e melhor preço do produto relevante. Atendidos os incisos do § 1º da Lei nº 8.884/94. Operação aprovada sem restrições.

As distinções de uso, durabilidade, preço e processo produtivo relativos a cada um dos tubos elaborados a partir de diferentes materiais não autorizam a definição de mercado relevante de produto proposta pelas requerentes. Adoto, portanto, de acordo com os dados constantes do relatório, a definição de mercado relevante para a análise da presente operação como de tubos de aço inoxidável com costura.

Com respeito à dimensão geográfica, a participação das importações na oferta, a existência de importação independente de considerável dimensão e o diferencial de preço e qualidade em favor do produto importado indicariam a dimensão internacional como a mais adequada para se avaliar a operação. Entretanto a ausência de informações sobre a dimensão internacional do mercado, assim como informações mais precisas sobre a comparação de preços internacionais internalizados e preços domésticos leva a que se adote a alternativa mais conservadora de delimitar o mercado relevante como o mercado nacional.

A associação entre a Acesita Sandvik Tubos Inox S.A., Tubra Tubos Brasileiros Ltda., Tequisa Tubosinoxidáveis Ltda. e Tubos Inoxidáveis-Ubinos implica uma elevação do grau de concentração que, em virtude das condições estruturais do mercado, geram a princípio uma preocupação antitruste.

Observa-se como fator neutralizador dessa preocupação o papel disciplinador desempenhado pelas importações, que configurando-se como alternativa em disponibilidade, preço e qualidade, inviabilizariam uma hipotética tentativa de exercício de poder de mercado.

Ademais, não parece ser a dominação de mercado o elemento motivador da associação entre as quatro empresas, mas a busca de eficiência econômica para alcançar maior competitividade. Note-se que o grau de capacidade ociosa hoje apresentado pelas requerentes é da ordem de 60% e a operação permitirá a realização de um processo de reestruturação, detalhado no quadro IX do relatório, capaz de viabilizar a produção em escala equivalente às plantas internacionais, de acordo com as requerentes.

Uma boa prática antitruste indica que na presença de eficiências típicas de processos de fusão, devem-se sopesá-las com os danos prováveis à concorrência para se avaliar o provável efeito líquido da operação sobre o bem-estar.

A forte presença das importações na oferta interna desencorajaria uma eventual tentativa de exercício de posição dominante na forma de imposição de preços supra-normais. Ao contrário, a operação deverá criar condições de redução de custos e levar a uma redução dos preços no mercado interno, na disputa competitiva por clientes dos fabricantes domésticos pela parcela da demanda que hoje se vale das importações.

Ademais, o quadro que se forma com a criação da nova empresa Inox-tubos S/A é de maior eficiência produtiva e de um mercado interno melhor atendido em termos de preços, qualidade e quantidade.

Diante deste quadro de eficiências compensatórias à redução da concorrência gerada pela operação, entendo atendidos os incisos do § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94, pelo que aprovo a operação sem restrições.

É o voto.

Brasília, 28 de outubro de 1998.

Lucia Helena Salgado e Silva

Conselheira-Relatora

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

PROCESSO IV/M.833 - THE COCA-COLA COMPANY/CARLSBERG A/S

Decisão da Comissão de 11 de Setembro de 1997 que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE (Processo IV/M.833 - The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S) (Apenas faz fé o texto em língua inglesa) (Texto relevante para efeitos do EEE)

Jornal oficial no. L 145 de 15/05/1998 P. 0041 - 0062

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu e, nomeadamente, o seu artigo 57º,

Tendo em conta o Regulamento (CEE) nº 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas ¹(1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia, e, nomeadamente, o nº 2 do seu artigo 8º,

Tendo em conta a decisão da Comissão, de 2 de Maio de 1997, de dar início a um processo neste caso, Tendo dado às empresas interessadas a oportunidade de apresentarem as suas observações sobre as objecções levantadas pela Comissão,

Tendo em conta o parecer do Comité Consultivo em matéria de concentração de empresas ² (2),

Considerando o seguinte:

(1) Em 25 de Março de 1997, a Comissão recebeu uma notificação de um projecto de concentração nos termos do artigo 4º do Regulamento (CEE) nº 4064/89 (regulamento das concentrações), através da qual a The Coca-Cola Company (TCCC) e a Carlsberg

1 JO L 395 de 30. 12. 1989, p. 1 e JO L 257 de 21. 9. 1990, p. 13 (rectificação).

2 JO C 149 de 15. 5. 1998.

A/S (Carlsberg) criarão uma empresa comum, a Coca-Cola Nordic Beverages (CCNB). Esta empresa comum terá interesses em várias entidades do sector dos refrigerantes; «soft drinks» na região nórdica, incluindo certos activos que serão transferidos da Carlsberg para a TCCC nos termos de um acordo de licença. A presente notificação diz respeito à Dinamarca e à Suécia.

(2) Por decisão de 14 de Abril de 1997, a Comissão ordenou a continuação da suspensão da concentração notificada, nos termos do n.º 2 do artigo 7.º e do n.º 2 do artigo 18.º do regulamento das concentrações, na pendência da sua decisão final.

(3) Após análise da notificação, a Comissão concluiu que a operação notificada era abrangida pelo âmbito de aplicação do regulamento das concentrações e levantava sérias dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE. A Comissão decidiu, assim, em 2 de Maio de 1997, dar início a um processo ao abrigo do n.º 1, alínea c), do artigo 6.º do regulamento das concentrações.

I) AS PARTES

TCCC

(4) A TCCC, uma empresa americana, é um importante proprietário de marcas e um fornecedor mundial de concentrados e xaropes para o fabrico de certos refrigerantes gaseificados, como a Coca Cola, Coca Cola Light, Fanta e Sprite, bem como outras bebidas não alcoólicas.

Carlsberg

(5) A Carlsberg é a empresa-mãe dinamarquesa de um grupo de empresas que desenvolve principalmente as suas actividades a nível da produção e distribuição grossista de cerveja, mas que realiza igualmente outras operações relacionadas com bebidas, nomeadamente não alcoólicas. Uma das filiais da Carlsberg, a Dadeko A/S (Dadeko), é a maior empresa de engarrafamento de refrigerantes gaseificados da Dinamarca. Para além disso, a Carlsberg tem interesses noutras empresas de refrigerantes e de fabrico de cerveja na Dinamarca e na Suécia.

II) A OPERAÇÃO

A. Aspectos gerais

(6) A CCNB será propriedade da Carlsberg em 51 %, sendo os restantes 49 % em última instância da TCCC. A CCNB terá a sua sede na Dinamarca e as suas principais actividades consistirão em investir e participar em empresas de engarrafamento nacionais ligadas à preparação, embalagem, comercialização, distribuição e venda de bebidas não alcoólicas e actividades conexas. A CCNB cobrirá, no início, a Dinamarca e a Suécia, mas igualmente, numa fase posterior, a Finlândia, a Noruega, a Islândia, a Estónia, a Letónia, a Lituânia e provavelmente a Gronelândia e São Petersburgo na Rússia (o território da CCNB).

(7) A operação envolve i) a criação da CCNB, ii) a transferência de empresas nacionais de engarrafamento na Dinamarca e na Suécia para a CCNB, isto é, a Carlsberg contribuirá com a sua filial dinamarquesa a 100 %, Dadeko, e a TCCC com a sua filial sueca a 100 % recentemente criada, a Coca-Cola Drycker Sverige AB (CCDS), iii) dois acordos que regulam a transferência e concessão de licenças de certas marcas nesses países e iv) a criação de uma empresa de distribuição na Suécia.

(8) Na Dinamarca, a Dadeko, que renovou, em 1994, o seu acordo de engarrafamento com a TCCC, prosseguirá uma relação de 40 anos de engarrafamento de refrigerantes gaseificados principalmente da TCCC.

Actualmente, a Dadeko é responsável pela preparação e engarrafamento das marcas de refrigerantes gaseificados tanto da Carlsberg como da Tuborg, bem como das marcas Cadbury Schweppes que se encontram presentes na Dinamarca. Neste momento, a Dadeko distribui apenas produtos da TCCC ao sector retalhista, enquanto a Carlsberg e a Tuborg distribuem as suas próprias marcas de refrigerantes gaseificados, bem como as da Cadbury Schweppes, a este sector. Para além disso, a Carlsberg e a Tuborg partilham actualmente a responsabilidade de distribuir as suas próprias marcas de refrigerantes gaseificados, bem como as da TCCC e as da Cadbury Schweppes, ao sector da hotelaria, da restauração e de catering «horeca». Após a realização da operação, a Dadeko continuará a engarrafar as marcas da TCCC e as marcas remanescentes [. . .]³(3). Será responsável pela distribuição ao sector retalhista das marcas [. . .], enquanto [. . .] distribuirão essas marcas ao sector «horeca».

(9) Na Suécia, a TCCC criou recentemente uma filial, a CCDS, que comercializa e vende produtos da TCCC desde 1 de Abril de 1997. A partir de 1 de

3 Na versão destinada à publicação são omitidos certos dados por razões de sigilo comercial

Janeiro de 1998, a CCDS assumirá a preparação e engarrafamento dos produtos da TCCC que actualmente são assegurados pela Pripps Ringnes. A DryckesDistributören AB (DDAB), uma empresa comum 50/50 da CCDS e da Falcon Bryggerier AB (por seu turno, propriedade conjunta da Carlsberg e da Oy Sinebrychoff AB - um fabricante finlandês de cerveja) assegurará a distribuição física (a armazenagem, o transporte e a entrega) numa base de exclusividade das bebidas não alcoólicas da CCDS, das bebidas não alcoólicas da Falcon e da cerveja da Falcon aos clientes na Suécia.

(10) A CCNB constituirá a nona empresa de engarrafamento principal «anchor bottler» dos produtos da TCCC. A expressão «de engarrafamento principal» refere-se a determinadas empresas de engarrafamento em que a TCCC tem uma participação minoritária e que se encontram «firmemente empenhadas nos objectivos estratégicos da TCCC e em promover os interesses dos sistemas de produção, distribuição e comercialização da TCCC a nível mundial. Trata-se normalmente de empresas de grandes dimensões, geograficamente dispersas e com importantes recursos financeiros e de gestão».

B. O acordo de accionistas principal

(11) O acordo de accionistas principal entre a TCCC e a Carlsberg prevê a criação da CCNB e estabelece as condições em que as partes controlarão esta empresa. Estabelece o modo como a CCNB funcionará e prevê o enquadramento para todas as futuras empresas de engarrafamento nacionais no território da CCNB. O acordo de accionistas principal inclui igualmente obrigações de não concorrência por parte da TCCC e da Carlsberg.

Uma outra disposição importante consiste no modo de proceder [. . .]. Por último, o acordo de accionistas principal prevê [. . .].

C. O acordo de licença na Dinamarca

(12) A TCCC, a Carlsberg e a Dadeko assinaram um acordo de licença por [. . .] anos (renovável por outros [. . .] anos), nos termos do qual a Carlsberg concede uma autorização à TCCC que, por seu turno, concede uma autorização à Dadeko para produzir, comercializar, distribuir e vender determinadas bebidas não alcoólicas [. . .] na Dinamarca. Os [. . .] produtos licenciados são [. . .]. A Carlsberg disponibilizará à TCCC [. . .] relativo a estes produtos para que esta possa fornecer [. . .]. A TCCC assumirá a gestão da marca para as marcas da [. . .]. A Carlsberg conservará certos direitos [. . .] a fim de proteger [. . .] A CCNB será responsável pela [. . .]. A Carlsberg compromete-se a não [. . .], a

quaisquer terceiros sobre os referidos produtos ou quaisquer outras [. .] na Dinamarca.

(13) Para além disso, a Carlsberg cessará a produção das suas [. .] marcas [. .]. Por conseguinte, na sequência da operação, a Carlsberg apenas conservará [. .].

D. Acordos na Suécia

(14) Para além da transferência da CCDS para a CCNB, notificada ao abrigo do regulamento das concentrações, foram notificados à Comissão, em 17 e 18 de Abril de 1997, ao abrigo do regulamento nº 17 do Conselho⁴ (4), outros acordos de criação da DDAB e um acordo de aquisição de marcas e de fornecimento que regula a transferência de certas marcas da Falcon para a TCCC. Esses acordos estão a ser objecto de uma apreciação distinta.

E. Conclusão

(15) A concentração provocará uma alteração estrutural das operações relativas às actividades no domínio dos refrigerantes da Carlsberg e da TCCC, quer a nível regional nos países nórdicos quer a nível nacional na Dinamarca e na Suécia. Em especial, a Carlsberg não terá quaisquer interesses a nível dos refrigerantes gaseificados em concorrência com a CCNB. A posição da TCCC passa de um simples licenciante dos seus refrigerantes gaseificados nestes mercados para a de um co-proprietário da empresa comum que os fabrica.

III) A CONCENTRAÇÃO

A. O âmbito da concentração

(16) Para além da criação da CCNB, que constitui o aspecto essencial da operação, as partes notificaram igualmente o acordo de licença entre a Carlsberg, a TCCC e a Dadeko na Dinamarca no âmbito do regulamento das concentrações. As partes notificantes consideram disposições específicas, tais como as cláusulas de não concorrência e as disposições de exclusividade do acordo de licença, como restrições acessórias directamente relacionadas com a operação de concentração e necessárias à sua concretização. Contudo, a Co-

⁴ Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado (JO 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62).

missão considera que o acordo de licença é necessário para que a TCCC e a Carlsberg concentrem as operações de preparação, embalagem, distribuição, marketing e venda de todas as marcas da TCCC e da Carlsberg na CCNB, a fim de alinharem as actividades relativas às bebidas não alcoólicas dinamarquesas da Carlsberg pelos princípios das empresas de engarrafamento principais da TCCC. O acordo de licença constitui, por conseguinte, um dos elementos da operação de concentração, que estabelecerá uma unidade económica entre a Carlsberg e a TCCC, devendo igualmente ser considerado um aspecto essencial e integrante da operação de concentração.

B. Apreciação do carácter de concentração da CCNB

B.1. Controlo conjunto

(17) A CCNB será propriedade em 51 % da Carlsberg e em 49 % indirectamente da TCCC. As relações entre a Carlsberg e a TCCC serão regidas pelo acordo de accionistas principal. No conselho fiscal da CCNB, a Carlsberg nomeará [. . .] membros e a TCCC [. . .] A TCCC nomeará [. . .] da CCNB e a Carlsberg o seu [. . .]. O director executivo da CCNB, responsável pela gestão corrente, será nomeado pela [. . .] e o director financeiro pela [. . .] A fim de garantir que cada empresa-mãe autorizará determinadas decisões relativas ao comportamento estratégico da CCNB, as «decisões-chave» tomadas pelos accionistas relativamente a questões relacionadas com a estrutura e políticas da empresa, [decisões estratégicas], bem como a adopção do plano de actividades e do orçamento, deverão ser aprovadas por unanimidade por ambas as empresas-mãe. Se o conselho fiscal não conseguir chegar a acordo [. . .] Segundo as partes, no entanto, estas têm todo o interesse em evitar uma situação que desencadeie as disposições de dissolução do seu acordo. A CCNB estará assim sujeita ao controlo conjunto da TCCC e da Carlsberg.

B.2. Desempenho de forma duradoura de todas as funções de uma entidade económica autónoma

(18) A CCNB disporá de todos os recursos necessários para desenvolver as suas actividades comerciais numa base duradoura. Em primeiro lugar, as partes transferirão as suas actuais empresas de engarrafamento na Dinamarca e na Suécia para a CCNB, incluindo as instalações, equipamento de distribuição (camiões, armazéns, etc.), mão-de-obra e outros investimentos, tais como distribuidores automáticos e aparelhos de distribuição. Em segundo lugar, a CCNB será responsável pela produção, comercialização, distribuição e vendas

de bebidas não alcoólicas na região nórdica, não se encontrando deste modo limitada a uma função específica no mercado. Do mesmo modo, a CCNB e as suas empresas de engarrafamento acrescentarão um valor considerável ao concentrado fornecido pela TCCC. Em terceiro lugar, apesar de a TCCC fornecer os concentrados e autorizar o engarrafamento dessas bebidas não alcoólicas, e de a Carlsberg ter uma participação de 50 % na Falcon e conservar [. . .] na Dinamarca, esta presença das partes no mercado da CCNB e suas filiais não afecta o estatuto da CCNB enquanto empresa comum com carácter de concentração. O acordo de accionistas principal foi assinado por um período de [. . .] anos com uma possibilidade de renovação por outros [. . .] anos.

B.3. Ausência de coordenação

(19) Na Dinamarca, a TCCC não se encontra presente enquanto produtor ou distribuidor, mas apenas enquanto proprietário de marca. Para além de ser um fornecedor de concentrado, a TCCC estará, em termos gerais, apenas presente na Dinamarca através da CCNB. Segundo as partes, as perspectivas da TCCC de entrar no mercado dinamarquês sem ser através da CCNB seriam extremamente remotas. A Carlsberg deixará de explorar [. . .] das suas actuais marcas de bebidas não alcoólicas. Contudo, manterá algumas actividades a nível destas bebidas, que [. . .] à venda e distribuição de [. . .] à distribuição limitada no [. . .] e das bebidas não alcoólicas [. . .], e uma participação de 50 % na Rynkeby A/S (fabricante de sumos e bebidas solúveis). A Carlsberg ficará sujeita a uma cláusula de não-concorrência, nos termos da qual não poderá entrar em concorrência [. . .]. A TCCC nunca desenvolveu directamente actividades de engarrafamento no mercado dinamarquês e actualmente não dispõe de quaisquer instalações para o fazer. Por conseguinte, as actividades mantidas fora da CCNB não podem ser consideradas como um instrumento para assegurar ou reforçar a coordenação entre a Carlsberg e a TCCC.

(20) Tal como na Dinamarca, a Carlsberg estará igualmente vinculada pela sua obrigação de não entrar em concorrência com as actividades [. . .] na Suécia. Com base nas informações supramencionadas, a CCNB não pode ser considerada como um instrumento para assegurar ou reforçar a coordenação entre a Carlsberg e a TCCC.

C. Conclusão

(21) A empresa comum notificada, bem como o acordo de licença na Dinamarca, constitui uma concentração para efeitos do artigo 3º do regulamento das concentrações.

IV) DIMENSÃO COMUNITÁRIA

(22) A concentração tem uma dimensão comunitária, tal como definido no nº 2 do artigo 1º do regulamento das concentrações. A TCCC e a Carlsberg têm um volume de negócios total realizado à escala mundial superior a 17 mil milhões de ecus, o que é superior aos 5 mil milhões de ecus previstos no regulamento das concentrações.

As empresas em causa têm um volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade superior a 250 milhões de ecus (o da TCCC é de 4 046 milhões de ecus e o da Carlsberg de 1 952 milhões de ecus), e nenhuma delas realiza mais de 2/3 desse volume de negócios num único Estado-membro.

V) MERCADOS RELEVANTES

A. Mercados do produto relevantes

(23) Nos países nórdicos, a maior parte dos produtores de refrigerantes gaseificados e de outras bebidas não alcoólicas, como sumos e águas engarrafadas, são tradicionalmente fabricantes de cerveja. Os fabricantes de cerveja têm assim podido oferecer à sua clientela uma vasta gama de bebidas comerciais que inclui as cervejas, os refrigerantes gaseificados e as águas engarrafadas. Contudo, o facto de um produto ser vendido como parte de uma gama mais vasta de bebidas não significa que se deva considerar essa gama enquanto tal como o mercado do produto relevante para efeitos de uma apreciação do ponto de vista da concorrência. Deve estabelecer-se uma distinção entre várias categorias de bebidas comerciais. Nesta análise não se deverá ignorar que, a nível do engarrafamento, o facto de um fornecedor poder oferecer aos seus clientes uma gama de bebidas mais vasta aumenta o seu poder de mercado. As vantagens económicas que decorrem para as empresas de engarrafamento que oferecem simultaneamente refrigerantes gaseificados e cervejas no âmbito do seu sistema serão discutidas na apreciação da presente operação.

(24) Na sua notificação, as partes alegam que os mercados do produto relevantes são «pelo menos tão vastos quanto os mercados de fornecimento de bebidas não alcoólicas» na Dinamarca e na Suécia. Um mercado desta dimensão incluiria uma grande variedade de bebidas, como os refrigerantes gaseificados, os refrigerantes não gaseificados, os sumos de frutas, as águas engarrafadas, o café, o chá e o leite. Um exame do sector das bebidas não alcoólicas

revela que a definição de mercado proposta pelas partes é demasiado ampla para permitir analisar as eventuais consequências da operação notificada em termos de concorrência. Pelas razões apresentadas infra, afigura-se apropriado avaliar a operação, tanto a nível das marcas como do engarrafamento, no contexto de um mercado global dos refrigerantes gaseificados. Um certo número de elementos sugere a existência de um mercado do produto relevante distinto para as colas. Deve referir-se, no entanto, que a análise da operação apenas em termos de colas ou em termos do conjunto dos refrigerantes gaseificados permite chegar materialmente à mesma conclusão.

A.1. O processo de produção dos refrigerantes gaseificados

(25) O fornecimento aos retalhistas de colas e outros refrigerantes gaseificados aromatizados inclui duas actividades interrelacionadas: a propriedade da marca e o engarrafamento. O proprietário da marca cria e promove as marcas de bebidas, assegura o fornecimento do concentrado (ou autoriza a sua produção) e autoriza as empresas de engarrafamento locais a prepararem, embalam, comercializarem, distribuírem e venderem as bebidas. Relativamente a este aspecto, a estratégia da TCCC, enquanto proprietária da marca, consiste em criar uma procura por parte do consumidor, cabendo às empresas de engarrafamento da TCCC satisfazer esta procura.

(26) Os proprietários de marcas internacionais - tais como a TCCC, a Pepsi-Co e a Cadbury Schweppes - produzem concentrados para refrigerantes gaseificados num número limitado de instalações em todo o mundo e fornecem as suas empresas de engarrafamento numa base global a partir destas instalações de produção. Em contrapartida, as empresas de menor dimensão podem utilizar «instalações de produção de aromas» para produzirem os seus concentrados.

(27) O termo «engarrafamento» é geralmente utilizado no sector dos refrigerantes como incluindo a preparação, a embalagem, a venda, a comercialização e a distribuição das bebidas. Habitualmente, o proprietário da marca atribui a uma empresa de engarrafamento um determinado território geográfico no qual essa empresa é responsável por estas funções.

(28) A responsabilidade pela comercialização e promoção dos refrigerantes gaseificados é normalmente partilhada entre o proprietário da marca e a empresa de engarrafamento. As actividades de comercialização são uma combinação de publicidade específica da marca e de promoção comercial. No sector dos refrigerantes gaseificados, é geralmente estabelecida uma distinção entre as seguintes áreas:

- Comercialização above-the-line: os mercados dos refrigerantes gaseificados caracterizam-se por marcas poderosas, com marcas líderes que beneficiam de uma publicidade internacional. Esta publicidade específica da marca, conhecida no sector por publicidade above-the-line, é principalmente realizada através da televisão, rádio, cinema, imprensa e patrocínio de certas manifestações, nomeadamente de carácter musical e desportivo.

A publicidade deste tipo é normalmente concebida, realizada e financiada pelo proprietário da marca.

- Comercialização below-the-line: promoção de produtos a nível comercial denominada no sector comercialização below-the-line. Este tipo de comercialização inclui dois tipos principais de actividades:

descontos promocionais (tais como as ofertas de compras múltiplas, as reduções de preços e os descontos aos clientes); e o marketing comercial (tal como o pagamento aos clientes para referenciamento, exposição nas prateleiras e publicidade na loja).

(29) A distribuição dos refrigerantes gaseificados é assegurada através de vários canais que diferem de algum modo de país para país consoante a estrutura do mercado (incluindo factores como a localização dos armazéns do cliente e dos estabelecimentos retalhistas, a dispersão geográfica da população e o facto de os refrigerantes serem distribuídos simultaneamente com cervejas ou não). Na Dinamarca e na Suécia, os refrigerantes gaseificados são principalmente distribuídos através do canal retalhista que pode ser subdividido no canal de mercearias (supermercados, etc.) e de serviços comerciais (incluindo estações de serviço, quiosques, etc.) e do canal «horeca» (hotéis, restaurantes e catering). Contudo, para efeitos da apreciação da operação projectada, estas distinções não estabelecem uma apreciação distinta necessária, quer no que se refere ao mercado sueco quer ao mercado dinamarquês, uma vez que as conclusões da análise seriam as mesmas, caso se considerasse ou não os diferentes canais como mercados do produto relevante distintos. Por conseguinte, a questão de saber se estes canais constituem mercados do produto relevante distintos pode ser deixada em aberto.

(30) No presente caso, o impacto da operação consiste na integração vertical da TCCC na fase de engarrafamento, na sua aquisição de marcas na Suécia e na obtenção de licenças sobre marcas na Dinamarca.

Uma vez que o impacto das alterações em termos de propriedade da marca e de integração vertical da TCCC é considerável, tanto no que se refere às marcas como ao engarrafamento, o impacto da operação será analisado a estes dois níveis.

A.2. Definição do mercado do produto: todos os refrigerantes gaseificados

a) Distinção entre refrigerantes gaseificados e outras bebidas não alcoólicas

(31) De acordo com os dados disponíveis mais recentes da Canadean (Relatório anual - Cycle da Canadean de 1996), afigura-se que, tanto na Dinamarca como na Suécia, os refrigerantes gaseificados têm registado uma taxa de crescimento diferente da das bebidas em geral e dos refrigerantes.

(32) Na Dinamarca, os dados revelam que as vendas totais de refrigerantes aumentaram 5,5 % por ano entre 1990 e 1995. As águas engarrafadas aumentaram também cerca de 7 % e os refrigerantes gaseificados «dispararam» com 10 %. A Canadean assinalou que «as vendas de refrigerantes gaseificados nos anos 90 têm sido particularmente boas, com um crescimento de cerca de 65 % entre 1990 e 1995». Em comparação, o relatório referia que «as bebidas à base de frutas, destinadas fundamentalmente a um público jovem, têm apresentado resultados bastante modestos durante toda a década» e são consideradas como o «parente pobre» do segmento dos refrigerantes, tendo «o crescimento deste mercado sido impulsionado pelos refrigerantes gaseificados [e pelos xaropes/sumos naturais]». O consumo de sumos de frutas diminuiu 2 % anualmente entre 1990 e 1995. Se as águas engarrafadas e os sumos fizessem parte do mesmo mercado do produto do que os refrigerantes gaseificados, poder-se-ia talvez explicar a diferença entre as taxas de crescimento pela evolução dos preços. No entanto, tal não acontece, uma vez que, segundo os dados da Canadean sobre os preços retalhistas dos vários tipos de refrigerantes, as alterações dos preços relativos nos últimos quatro anos foram muito ligeiras, não podendo explicar as diferentes taxas de crescimento das diversas categorias de refrigerantes.

(33) Na Suécia, os dados da Canadean também revelaram diferentes taxas de crescimento entre a categoria dos refrigerantes e os refrigerantes gaseificados. As vendas totais de refrigerantes aumentaram 1 %, as de águas engarrafadas 9 %, enquanto as de sumos e de néctares diminuíram 2%, mantendo-se «estáveis» as vendas de refrigerantes gaseificados. Se as águas engarrafadas e os sumos fizessem parte do mesmo mercado do produto que os refrigerantes gaseificados, poderia talvez esperar-se que a evolução dos preços pudesse

explicar a diferença das taxas de crescimento. Contudo, tal não acontece em relação à Dinamarca, dado que, de acordo com os dados da Canadean relativos aos preços a retalho, os preços relativos dos vários tipos de refrigerantes pouco se alteraram nos últimos quatro anos, e assim a evolução diferente dos preços não explica as diferentes taxas de crescimento das diversas categorias de refrigerantes.

(34) As partes na sua resposta à comunicação de objecções («a resposta»), argumentaram que os dados da Canadean relativos aos preços apenas representavam um número limitado de marcas, embalagens e canais de distribuição e que não era clara a forma como haviam sido recolhidos. A Comissão reconhece que os dados da Canadean relativos aos preços são preços de retalho seleccionados que não cobrem todos os canais de distribuição e todos os tipos de embalagem. No entanto, estes dados são preços de mercado normais que cobrem as marcas, as embalagens e os canais de distribuição mais importantes. Pode assim concluir-se que os preços da Canadean reflectem a evolução geral dos preços de mercado no que se refere aos refrigerantes gaseificados, aos sumos e às águas engarrafadas. Consequentemente, a Comissão conclui que as alterações nos preços relativos não podem explicar as diferentes taxas de crescimento dos refrigerantes gaseificados, dos sumos e das águas engarrafadas nos últimos quatro anos na Dinamarca e na Suécia. Trata-se de uma indicação da inexistência de um elevado nível de concorrência em termos de preços entre os refrigerantes gaseificados, as águas engarrafadas e os sumos. Por outras palavras, não são os preços que levam os clientes a adquirir, por exemplo, um volume mais elevado de refrigerantes gaseificados em detrimento dos sumos.

(35) Por outro lado, a Comissão tomou em consideração os dados da Canadean relativos a uma selecção de preços retalhistas em relação à Dinamarca e à Suécia. As águas e os refrigerantes gaseificados parecem encontrar-se a um nível de preços semelhante e ambos são mais baratos do que os sumos de frutas. Para além disso, é evidente que os refrigerantes gaseificados são mais caros do que o leite, o chá ou o café, o que indica que os refrigerantes gaseificados constituem um mercado do produto relevante distinto do de todas as bebidas não alcoólicas. No entanto, as águas não apresentam as mesmas características que os refrigerantes gaseificados, não contendo por exemplo açúcar adicionado.

(36) Tanto na Dinamarca como na Suécia, os refrigerantes gaseificados são expostos nos supermercados em expositores diferentes dos das outras bebidas

não alcoólicas como o café, o chá, o leite ou os sumos, o que indica que os refrigerantes gaseificados e as bebidas não alcoólicas estão integrados em diferentes mercados do produto. Os produtos que se encontram em concorrência directa deveriam normalmente ser expostos uns ao lado dos outros.

(37) [Certos estudos] revelam que as horas de consumo dos refrigerantes gaseificados, em comparação com outras bebidas não alcoólicas, são diferentes.

	Pequeno-almoço		Entre o pequeno-almoço e o almoço		Almoço		Entre o almoço e o jantar		Jantar		Depois do jantar	
	DK	S	DK	S	DK	S	DK	S	DK	S	DK	S
Café, chá, leite	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Água potável	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Bebidas alcoólicas	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Refrigerantes gaseificados	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(38) Estes estudos e outros estudos semelhantes indicam que os refrigerantes gaseificados são frequentemente consumidos em momentos de lazer, ao contrário do que acontece com outras bebidas não alcoólicas que têm um carácter muito mais funcional. Assim, deve considerar-se que os diferentes padrões de consumo indicam que os refrigerantes gaseificados e as outras bebidas não alcoólicas não pertencem ao mesmo mercado do produto.

(39) No que se refere aos padrões de consumo, as partes alegaram que a Comissão não examinou o problema principal de saber se os consumidores de refrigerantes gaseificados consideram outras bebidas como substitutos a nível da procura, e que é difícil a partir do quadro supra (resposta, p. 41) extrair conclusões sobre os períodos ou consumo de refrigerantes gaseificados em comparação com outras bebidas não alcoólicas.

Contudo, as partes não contestaram a conclusão fundamental dos seus próprios estudos, de que os refrigerantes gaseificados são frequentemente bebidos em momentos de lazer ao contrário de outras bebidas não alcoólicas que apresentam um carácter mais funcional. Por conseguinte, a Comissão mantém que os padrões de consumo diferentes indicam que os refrigerantes gaseificados e outras bebidas não alcoólicas não pertencem ao mesmo mercado do produto relevante.

(40) Por último, as respostas dos clientes e dos concorrentes, tanto na Suécia como na Dinamarca, indicam que os refrigerantes gaseificados não fazem parte do mercado do produto relevante das restantes bebidas não alcoólicas. A este propósito, as partes argumentaram ser incorrecto atribuir demasiada importância à percepção dos retalhistas, grossistas e concorrentes (resposta, p. 42). Contudo, os retalhistas, os grossistas e os concorrentes têm normalmente um conhecimento profundo do seu negócio e dispõem evidentemente de uma visão clara, por exemplo, do impacto de uma acção de promoção da Coca-Cola sobre as vendas de outras bebidas.

(41) No que se refere a considerações do lado da oferta, outras bebidas não alcoólicas, como o leite, o chá, o café e os sumos, são produzidas através de métodos completamente diferentes dos utilizados para os refrigerantes gaseificados, o que implica que não existe qualquer possibilidade de substituição do lado da oferta. No que diz respeito às águas engarrafadas, seria mais fácil proceder ao engarrafamento de refrigerantes gaseificados através do mesmo equipamento do utilizado para a produção de águas engarrafadas. No entanto, o facto de toda uma gama de bebidas poder ser produzida com um mesmo equipamento não é suficiente para se considerar que existe um único mercado do produto relevante para todas essas bebidas para efeitos da apreciação da operação notificada. A necessidade de criar e posicionar um refrigerante gaseificado, de fazer publicidade e promover um novo produto ou uma nova marca e de obter acesso aos pontos de distribuição significa que a flexibilidade do lado da oferta não constitui um critério suficiente para alargar o âmbito do mercado do produto relevante. A mera capacidade material do equipamento de produção para produzir um certo número de produtos diferentes não é suficiente para se poder concluir que diferentes bebidas devem ser agrupadas num único mercado do produto relevante.

(42) Por conseguinte, deve concluir-se, para efeitos da aplicação do regulamento das concentrações, que nem na Suécia nem na Dinamarca se pode considerar que as bebidas não alcoólicas no seu conjunto constituem o mercado

do produto relevante. Pelo contrário, deve concluir-se que os refrigerantes gaseificados são produtos distintos das outras bebidas não alcoólicas, como o café, o chá, o leite, os sumos e as águas engarrafadas, e constituem, em si, um mercado do produto relevante distinto.

b) Diferenciação entre as colas e os restantes refrigerantes gaseificados.

(43) No que diz respeito ao estabelecimento de uma diferenciação entre as colas e todos os outros refrigerantes gaseificados, decisões anteriores da Comissão (5)⁵ indicam que uma ampla variedade de factores revela que no sector das bebidas pode ser estabelecida uma distinção entre diferentes aromas de refrigerantes gaseificados. Inúmeros elementos de prova, incluindo testemunhos do próprio sector e estudos de mercado, vieram confirmar a conclusão da Comissão de que os refrigerantes gaseificados com sabor a cola constituíam um mercado do produto distinto na Grã-Bretanha ⁶(6). Esta conclusão baseava-se em factores como as preferências dos consumidores e diferenças na comercialização e fixação de preços entre as colas e os refrigerantes com outros aromas. No caso em presença, diversos elementos sugerem que existe um mercado do produto relevante distinto para as colas, mas deve notar-se que o facto de se apreciar a operação em termos só das colas ou a nível do conjunto dos refrigerantes gaseificados não altera materialmente as conclusões da apreciação. Os efeitos concorrenciais da presente operação podem assim ser analisados num mercado do produto que inclui todos os refrigerantes gaseificados.

B. Mercados geográficos relevantes

(44) Tem sido prática habitual da Comissão analisar o mercado do fornecimento de bebidas numa base nacional (7)⁷. No caso presente, afigura-se pertinente proceder a este tipo de análise, uma vez que as empresas de engarrafamento implicadas obtiveram uma licença dos proprietários das marcas para vender um produto nos limites de um território geográfico nacional.

5 Processo IV/M.794 Coca Cola Enterprises, Inc./Amalgamated Beverages GB - Decisão 97/540/CE (JO L

218 de 9. 8. 1997, p. 15); Processo IV/M.190 Nestlé/Perrier - Decisão 92/553/CEE - (JO L 356 de 5. 12. 1992, p. 1); Processo IV/M.289 PepsiCo/Kas (21. 12. 1992) e Processo IV/M.794 Orkla/Volvo - Decisão

96/204/CE - (JO L 66 de 16. 3. 1996, p. 17).

6 Decisão 97/540/CE.

7 Decisões 97/540/CE e 92/553/CEE.

(45) O estabelecimento de mercados nacionais de refrigerantes gaseificados para a Dinamarca e a Suécia é corroborado pela reduzida taxa de importações e exportações deste tipo de bebidas. Segundo os dados da Canadean, as importações de refrigerantes gaseificados em 1995 foram inferiores a 2,5 % na Suécia e inferiores a 2 % na Dinamarca. Na Suécia, as exportações foram ainda menores do que as importações, enquanto na Dinamarca as exportações corresponderam a apenas 4 %.

(46) As diferenças nos preços de tabela dos produtos da TCCC entre a Suécia, a Dinamarca, a Noruega, a Finlândia, a Alemanha, os Países Baixos, o Reino Unido e a Bélgica indicam que a Suécia e a Dinamarca constituem dois mercados geográficos relevantes distintos. Os preços de tabela noruegueses são os mais baixos dos países nórdicos. Os preços de tabela dinamarqueses são cerca de 20 % superiores aos da Noruega e os preços de tabela suecos cerca de 40 % mais elevados do que na Noruega. Para além disso, os preços dinamarqueses são consideravelmente mais elevados do que em certas áreas como a Alemanha ou o Benelux.

(47) As partes indicaram, na sua carta de 28 de Maio de 1997, que os preços de tabela não correspondem necessariamente aos preços de transacção devido aos descontos praticados. Contudo, os descontos constituem uma característica normal dos mercados dos refrigerantes gaseificados em todos estes países e afigura-se que as diferenças nos descontos não podem explicar o conjunto das diferenças entre os preços de tabela. As partes alegaram, na sua carta de 28 de Maio de 1997, que os diferentes sistemas de reciclagem e as diferenças nos custos de distribuição podem explicar parte das diferenças dos preços de tabela. Contudo, os sistemas de reciclagem nos países nórdicos são, em grande medida, comparáveis, uma vez que a maior parte dos refrigerantes é vendida em garrafas reutilizáveis. No que diz respeito aos custos de distribuição, seria de esperar que fosse a Noruega a apresentar os custos mais elevados e que, relativamente a este aspecto, se encontrasse numa situação comparável à Finlândia e à Suécia devido às semelhanças na geografia destes países. A Dinamarca poderia, em contrapartida, ser comparada mais à Alemanha, ao Reino Unido e aos países do Benelux. Contudo, contrariamente ao que se poderia esperar, se os custos de distribuição explicassem as diferenças dos preços de tabela, a Suécia e a Dinamarca apresentariam preços de tabela mais elevados do que a Noruega. No que diz respeito às outras explicações apresentadas na carta das partes (comparações com base nas paridades do poder de compra e o facto de as variações de preços relativamente a produtos de consumo semelhantes

constituírem norma na Comunidade), a Comissão considera não serem relevantes para a definição do mercado geográfico relevante.

(48) Além disso, no que diz respeito à Dinamarca, a legislação relativa ao acondicionamento de bebidas é a mais rigorosa da Europa; as garrafas reutilizáveis são obrigatórias nas vendas domésticas de refrigerantes gaseificados e cervejas produzidos localmente. As latas são totalmente proibidas. Por conseguinte, na prática as importações são limitadas, a não ser que seja criado um sistema satisfatório de depósito/devolução/reciclagem.

A proibição nacional dos recipientes descartáveis funciona como um obstáculo às importações, através da imposição ao sector de obrigações de utilização do referido sistema de reciclagem para todas as garrafas produzidas.

(49) Por conseguinte, a Comissão conclui que a Dinamarca e a Suécia constituem mercados geográficos relevantes distintos para efeitos da apreciação da presente operação, conclusão que não foi, aliás, contestada pelas partes.

VI) COMPATIBILIDADE COM O MERCADO COMUM E COM O FUNCIONAMENTO DO ACORDO EEE

A. Aspectos gerais: o impacto da operação

(50) O impacto da operação notificada far-se-á sentir tanto a nível da marca como a nível do engarrafamento. Especificamente, a operação terá os efeitos seguintes no mercado numa perspectiva da concorrência:

a) A nível da marca, a TCCC adquirirá o saber-fazer e os direitos de produção relativamente a certos refrigerantes gaseificados (e concentrados) da Carlsberg e da Falcon, respectivamente na Dinamarca e na Suécia (na Dinamarca, a TCCC concederá de novo à Dadeko os direitos para produzir refrigerantes gaseificados, enquanto na Suécia conservará estes direitos); e

b) A nível do engarrafamento, serão produzidos dois efeitos:
- reforço global do poder de mercado da TCCC através do aumento da sua integração vertical, passando o seu papel de um simples licenciante para o de co-proprietário e participante na tomada de decisões relativamente às operações de engarrafamento, e - reforço da posição dominante da Dadeko, que passa a ser controlada pela CCNB, a nível do engarrafamento, de duas formas: a carteira de marcas da TCCC será aumentada na sequência da operação e,

simultaneamente, a carteira da Carlsberg desaparecerá na Dinamarca. Para além disso, a carteira da Falcon diminuirá na Suécia.

(51) Como resultado destas alterações estruturais, a operação conduzirá à eliminação tanto da concorrência actual, como da concorrência potencial exercida pela Carlsberg, tanto na Dinamarca como na Suécia, das seguintes formas:

a) Eliminação da actual concorrência na Dinamarca e na Suécia:

na Dinamarca: a Carlsberg declarou a sua intenção (na notificação) de cessar a produção de certos aromas [. .] que actualmente produz e comercializa, em especial [. .] em termos de carteira; e na Suécia: a TCCC adquirirá certas marcas [. .] de refrigerantes gaseificados à Falcon; e

b) Eliminação da concorrência potencial na Dinamarca e na Suécia:

na Dinamarca: a Carlsberg é obrigada pelo acordo de accionistas principal a não introduzir quaisquer novos aromas [. .] [. .] no futuro; e na Suécia: a Falcon (50 % propriedade da Carlsberg) é obrigada por acordos de não concorrência [] a não voltar a entrar nos mercados dos refrigerantes gaseificados [. .].

(52) As partes declararam que a concentração não tem qualquer efeito significativo na concorrência. A sua argumentação articula-se principalmente em torno do facto de o mercado do produto relevante ser, pelo menos, tão amplo quanto o de todas as bebidas não alcoólicas, (uma afirmação já refutada supra), de não se verificar qualquer alteração material na estrutura concorrencial na Dinamarca e de o mercado na Suécia se vir a tornar mais competitivo. Este cenário de «inexistência de alterações» ignora as alterações estruturais fundamentais que ocorrerão: a TCCC e a Carlsberg tornar-se-ão parceiros na CCNB, em substituição do actual acordo licenciante/licenciado; a carteira de marcas de refrigerantes gaseificados da TCCC será alargada pela operação, sendo simultaneamente a carteira da Carlsberg destes produtos eliminada e a da Falcon enfraquecida. Por último, a operação levanta obstáculos à entrada no mercado na Dinamarca (ver infra).

(53) Como se pode inferir de documentos internos das partes, o objectivo geral da criação da CCNB consiste em reforçar as marcas da TCCC e as operações de engarrafamento no território da CCNB, conquistando deste modo uma quota mais elevada das vendas de bebidas. [. .].

(54) O impacto da criação da CCNB só pode ser compreendido no contexto das características do mercado nórdico. As partes apresentaram projecções (em milhões de litros) para as vendas de refrigerantes gaseificados com sabor a cola e sem sabor a cola na Dinamarca e na Suécia.

		1995	1996	1997	1998
Dinamarca	Colas	207	[...]	[...]	[...]
	Não colas	192	[...]	[...]	[...]
Suécia	Colas	233	[...]	[...]	[...]
	Não colas	306	[...]	[...]	[...]

As previsões incluem taxas de crescimento anuais para o período de 1998-2000 na Dinamarca de [] para as colas e de [. . .] para os refrigerantes gaseificados sem sabor a cola e, em relação à Suécia, [. . .] para as colas e [. . .] para os refrigerantes gaseificados sem sabor a cola. Em geral, com base no actual consumo per capita anual, as partes consideram que os mercados dinamarquês e sueco apresentam um potencial de crescimento considerável, tanto no que se refere aos refrigerantes gaseificados com sabor a cola como sem sabor a cola.

(55) Em conclusão, o objectivo estratégico da TCCC, com a criação da CCNB, consiste em captar o crescimento do mercado para as marcas propriedade da TCCC ou que lhe foram licenciadas. Apesar de se tratar, enquanto tal, de um objectivo legítimo, como se verá posteriormente, a criação da CCNB, enquanto empresa comum com a Carlsberg, não consiste numa reestruturação interna, mas numa nova transacção que concretiza a estratégia conjunta de dois concorrentes que terá efeitos estruturais no sector.

B. Dinamarca

B.1. Descrição do sector

(56) O volume total de refrigerantes gaseificados consumido na Dinamarca em 1995 foi de 399 milhões de litros, representando as colas 52 % e os refrigerantes sem sabor a cola 48 %. Em 1995, o canal retalhista representou 64 % do consumo total de refrigerantes gaseificados e o canal «horeca» 36 % do volume total consumido.

(57) A TCCC é o proprietário da marca e o fornecedor de concentrado para a Coca-Cola, Coca-Cola Light, Fanta, Sprite e outras marcas da TCCC que são engarrafadas exclusivamente pela filial da Carlsberg, a Dadeko. A PepsiCo é

o proprietário da marca e o fornecedor de concentrado para a Pepsi Cola, 7-Up e outras marcas da PepsiCo, cujos produtos são engarrafados pelo fabricante de cerveja Bryggerigruppen A/S (Bryggerigruppen), tal como referido infra. A Cadbury Schweppes é o proprietário da marca e o fornecedor de concentrado das marcas Schweppes e Sunkist. Para além disso, é proprietário do Dr. Pepper, que não se encontra presente no mercado dinamarquês. As marcas Cadbury Schweppes são engarrafadas pela Dadeko e distribuídas através do sistema de distribuição da Carlsberg.

(58) A Carlsberg é o maior fornecedor de cerveja, refrigerantes gaseificados e águas engarrafadas na Dinamarca e é o proprietário da marca dos refrigerantes gaseificados Tuborg Squash. Tem uma participação de 75 % e o controlo exclusivo da Dansk Coladrik, que, por sua vez, é proprietária e engarrafa a Jolly Cola, a terceira maior marca de cola na Dinamarca. Para além disso, a Carlsberg é proprietária a 100 % da fábrica de cerveja Wiibroe, que fornece as marcas de refrigerantes gaseificados Neptun. A Carlsberg participa igualmente no controlo do maior produtor dinamarquês de sumos. Como consequência da operação, prevê-se a venda da Dansk Coladrik (ver infra).

(59) A Bryggerigruppen é o segundo maior fabricante de cerveja e empresa de engarrafamento de refrigerantes na Dinamarca. Assegura o engarrafamento das marcas da PepsiCo e fornece uma gama completa dos seus próprios refrigerantes gaseificados sem sabor a cola. É por exemplo o proprietário da marca «Faxe Kondi», um refrigerante gaseificado lima-limão, que se encontra em concorrência directa com a marca Sprite da TCCC.

(60) As acções da Bryggerigruppen são propriedade de duas sociedades holding, a Jyske Bryg Holding AS (Jyske Bryg) e a Faxe Bryg Holding A/S (Faxe Bryg), nas quais a Carlsberg detém participações minoritárias. A Carlsberg detém 37 % das acções e 48 % dos direitos de voto na Jyske Bryg e, com base nas votações realizadas nas três últimas assembleias gerais de accionistas, exerceu mais de 50 % dos direitos de voto presentes nessas assembleias.

	Votos totais	Votos na reunião	Participação da Carlsberg	Percentagem da Carlsberg
AGA 1994	2 777 525	1 810 122	1 335 995	74
AGA1995	2 777 525	1 837 422	1 335 995	73
AGA1996	2 777 525	1 487 738	1 335 995	90
AGA1997	2 777 525	1 595 090	1 335 995	84

Assim, a Carlsberg tem a possibilidade de exercer uma influência decisiva e, conseqüentemente, controlar a Jyske Bryg.

(61) A Jyske Bryg tem, directa e indirectamente, 62 % das acções e 49 % dos direitos de voto da Bryggerigruppen. Para além disso, afigura-se que [. . .]. As restantes acções da Bryggerigruppen são propriedade da Faxe Bryg (49 % dos direitos de voto) e pelo BG Bank que tem 2 % dos direitos de voto.

Segundo as partes, [. . .].

(62) Se se verificasse um desacordo entre a Jyske Bryg e a Faxe Bryg, a posição de liderança da Carlsberg, nos mercados da cerveja e dos refrigerantes gaseificados, teria um importante papel em quaisquer negociações para solucionar o diferendo. Seria do interesse económico da Bryggerigruppen, e dos seus accionistas, chegar a um acordo com a Carlsberg para evitar medidas de retaliação nos mercados em que a Bryggerigruppen opera e em que a Carlsberg é o líder de mercado. Por estas razões, afigura-se que a Carlsberg tem uma influência substancial sobre a Bryggerigruppen e que, portanto, esta empresa exerce uma concorrência reduzida face à Carlsberg.

(63) Outros. Existe um certo número de outras pequenas fábricas de cerveja. A mais importante é a Harboe, na qual a Carlsberg tem 25 % das acções e um membro no Conselho de Administração, e a Albani na qual a Carlsberg tem uma participação de 15 %, mas apenas 8,75 % dos direitos de voto. Para além disso, a empresa Saltum-Houlbjerg Bryggerier (Saltum) passou a ser um importante fornecedor de marcas a preços de descontos e de marcas de distribuidor nos últimos anos. Trata-se de uma pequena empresa que não possui uma rede de distribuição própria.

B.2. Estrutura do mercado

a) Posicionamento no mercado

(64) O impacto da operação faz-se sentir a nível da marca e a nível do engarrafamento. O posicionamento no mercado dos proprietários da marca e das empresas de engarrafamento no mercado global dos refrigerantes gaseificados é apresentado nos quadros seguintes, que incluem as quotas de mercado, para 1995, em termos de valor na Dinamarca, e as quotas de mercado estimadas na sequência da criação da CCNB (com base nos dados apresentados pelas partes):

Proprietários de marca

(em %)

	Todos os refrigerantes gaseificados em 1995	Todos os refrigerantes gaseificados após CCNB
TCCC	[40-50]	[40-50]
Carlsberg	[5-10]	[5-10]
Dansk Coladrik	[5-10]	[5-10]
Total das partes	[55-60]	[55-60]
Pepsi Co	[5-10]	[5-10]
Albani	[0-5]	[0-5]
Harboe	[0-5]	[0-5]
Bryggerigruppen	[5-10]	[5-10]
Schweppes	[5-10]	[5-10]
Outros	[10-15]	[10-15]

Empresas de engarrafamento

(em %)

	Todos os refrigerantes gaseificados em 1995	Todos os refrigerantes gaseificados após CCNB
Dadeko	[40-45]	[50-55]
Carlsberg/Tuborg	[10-15]	[0-15]
Carlsberg/Wiibroe	(*)	-
Carlsberg/Dansk Coladrik	[0-5]	[0-5]
Total das quotas	[60-65]	[50-55]
Bryggerigruppen	[15-20]	[15-20]
Albani	[0-5]	[0-5]
Harboe	[0-5]	[0-5]
Outros	[10-15]	[20-25]

(*) Incluídos nos dados Carlsberg/Tuborg

(65) Em 1995, a TCCC tinha uma quota de mercado de [40-45 %] a nível da marca e a Carlsberg uma quota de [10-15 %]. No que se refere ao engarrafamento, a Dadeko engarrafa [40-45 %] dos refrigerantes gaseificados e as outras empresas da Carlsberg [15-20%] suplementares. O segundo maior proprietário de marca é a PepsiCo com [5-10 %] e a segunda maior empresa de engarrafamento é a Bryggerigruppen, a empresa que procede ao engarrafamento para a PepsiCo, com [15-20 %] do mercado. A Carlsberg e a TCCC ultrapas-

sam, assim, em mais de cinco vezes, o proprietário de marca seguinte e a Carlsberg ultrapassa em quase quatro vezes a segunda maior empresa de engarrafamento. Os restantes produtores, principalmente marcas de preço de desconto e marcas de distribuidor, fabricam e obtiveram um certo sucesso principalmente no canal retalhista.

b) Condições da concorrência

(66) O acesso às marcas e à distribuição constituem factores competitivos chave no sector dos refrigerantes gaseificados. A Dadeko tem uma licença para as marcas dominantes da TCCC, as marcas da Cadbury Schweppes, e a sua empresa-mãe, a Carlsberg, é proprietária de uma importante marca nacional na Dinamarca, a Tuborg Squash. A produção da Dadeko, em conjunto com as outras empresas de engarrafamento da Carlsberg, é quatro vezes superior à da do seu concorrente mais próximo.

(67) As colas são o refrigerante gaseificado aromatizado mais vendido e são por vezes referidos como um criador de tráfego que influencia o volume global de refrigerantes gaseificados de um determinado fornecedor.

Assim, constitui uma vantagem considerável para um fornecedor dispor em carteira de uma marca forte de cola. Para além disso, a inclusão em carteira de marcas fortes de cerveja e de águas engarrafadas, tais como as da Carlsberg, confere a cada uma das marcas da carteira um maior poder de mercado do que se fossem vendidas numa base autónoma. É quase inconcebível que um estabelecimento dinamarquês de bebidas, tais como as águas engarrafadas, cervejas e refrigerantes gaseificados, não venda marcas da TCCC e da Carlsberg. Nenhum outro fornecedor dinamarquês dispõe de uma carteira de bebidas que lhe permita efectivamente contestar a posição da Carlsberg e da Dadeko.

(68) A distribuição de refrigerantes gaseificados caracteriza-se por elevadas economias de escala. Em especial, é crucial descarregar um volume suficientemente elevado em cada paragem dos camiões para reduzir o custo médio da entrega aos clientes individuais. Em geral, isto significa que as empresas com um volume elevado e uma carteira alargada de bebidas no seu sistema de distribuição apresentam custos mais baixos e podem atingir um maior número de clientes.

(69) Na Dinamarca, as cervejas e as águas engarrafadas são frequentemente distribuídas conjuntamente com refrigerantes gaseificados. Este aspecto constitui uma vantagem simultaneamente para os fabricantes de cerveja e para os clientes. Para os primeiros, aumenta as economias de escala a nível da distri-

buição e permite uma distribuição mais alargada do que seria possível de outra forma. Para os clientes, constitui uma vantagem poder adquirir uma carteira completa a um único fornecedor, uma vez que tal implica um menor número de entregas. O grupo Carlsberg é o maior fornecedor de cerveja e de águas engarrafadas, respectivamente com mais de 50 % e 45 % dos volumes consumidos na Dinamarca. Tendo em conta as suas quotas de mercado de refrigerantes gaseificados, é evidente que a Carlsberg e a Dadeko dispõem, de longe, dos sistemas de distribuição mais amplos, assegurando aos seus produtos uma melhor cobertura de mercado do que os outros fornecedores. Em termos de comparação com outras fábricas de cerveja, a Carlsberg e a Dadeko distribuíram, em 1996, cerca de 344 milhões de litros de cerveja e 163 milhões de litros de colas e outros refrigerantes gaseificados; todas as outras fábricas de cerveja em conjunto distribuíram volumes de cervejas e de refrigerantes gaseificados entre 85 e 100 milhões de litros no total, respectivamente. A Carlsberg/Dadeko ultrapassou assim, em três vezes o conjunto de todas as outras fábricas de cerveja.

(70) Por último, é importante considerar o efeito da participação da Carlsberg na Jyske Bryg que tem, directa e indirectamente, 62 % das acções na Bryggerigruppen. A Carlsberg, através da Jyske Bryg, tem uma influência substancial sobre a Bryggerigruppen. Esta fábrica de cerveja é o maior concorrente da Dadeko, da TCCC e da Carlsberg, quer a nível da marca quer a nível do engarrafamento, e é a única outra empresa que procede ao engarrafamento de marcas premium na Dinamarca. Além disso, a Carlsberg detém participações na Albani e na Harboe que, em conjunto com a Saltum, são os maiores produtores de refrigerantes gaseificados a preços de desconto.

(71) Em conclusão, tendo em conta as marcas que possuem, é improvável que a TCCC e a Carlsberg possam ser limitadas pelos seus actuais concorrentes no mercado global de refrigerantes gaseificados. No que se refere ao engarrafamento, tendo em conta as quotas de mercado da Dadeko e as outras actividades da Carlsberg, as suas carteiras em termos de marcas, os seus sistemas de distribuição e as participações da Carlsberg noutras fábricas de cerveja, afigura-se que nenhum dos actuais concorrentes se encontra em condições de limitar o comportamento da Dadeko no mercado dos refrigerantes gaseificados.

c) Obstáculos à entrada no mercado de concorrentes potencias

(72) Os principais obstáculos à entrada no mercado dos refrigerantes gaseificados residem no acesso às marcas e a uma rede de distribuição bem como ao espaço de prateleira, a uma rede de vendas e de serviços, na imagem de marca e fidelidade dos consumidores e nos custos de publicidade não recuperáveis. A TCCC, a PepsiCo e a Cadbury Schweppes são os únicos proprietários de marca internacionais. Tendo em conta os riscos, os custos e o tempo necessários para lançar uma marca internacional, é provável que apenas os três proprietários de marcas internacionais existentes possam lançar novas marcas internacionais de refrigerantes gaseificados em qualquer país. No mercado dinamarquês, só a Carlsberg e a Bryggerigruppen puderam, no passado, lançar marcas premium nacionais. Assim, afigura-se que apenas os proprietários de marca existentes na Dinamarca poderão lançar novas marcas.

(73) Os refrigerantes gaseificados dependem de forma significativa da imagem de marca no que se refere às suas vendas e empresas como a TCCC e a PepsiCo criaram uma fidelidade à marca através de avultados investimentos para manter o elevado perfil das suas marcas. A introdução de uma nova marca exigiria assim despesas consideráveis em publicidade e promoção, no sentido de persuadir os consumidores fiéis a uma marca a abandonarem a sua marca habitual de refrigerante gaseificado. Para além disso, a fidelidade dos consumidores a marcas estabelecidas tornaria difícil para um novo fornecedor persuadir os retalhistas a mudarem de fornecedor, o que, por sua vez, viria dificultar ainda mais a entrada no mercado. Tais despesas de publicidade e promoção constituem custos irrecuperáveis e aumentam substancialmente os riscos de entrada no mercado.

(74) Para além disso, qualquer potencial candidato seria igualmente obrigado a ultrapassar as dificuldades de acesso ao engarrafamento e a um sistema de distribuição. Cada uma das principais fábricas de cerveja na Dinamarca dispõe do seu próprio sistema de distribuição, o que significa que qualquer novo candidato teria que incorrer em custos significativos para estabelecer o seu próprio sistema ou negociar com um concorrente a utilização do seu sistema. É improvável que um novo candidato considere economicamente viável desenvolver novas actividades de distribuição, uma vez que teria que incluir as cervejas e as águas engarrafadas no seu sistema para atingir um volume de distribuição suficiente. O poder das fábricas de cerveja neste domínio é reforçado pelo facto de os refrigerantes gaseificados serem distribuídos em embalagens reutilizáveis e de as garrafas de qualquer novo candidato terem que respeitar a regulamentação aplicável. Assim, os produtos de um novo candidato teriam que ser distribuídos por uma das fábricas de cerveja existentes, tal como acontece actualmente com os produtos da TCCC e da Cadbury Schweppes, que são distribuídos pela Carlsberg, e das marcas PepsiCo, que são

distribuídas pela Bryggerigruppen. No entanto, uma vez que as fábricas de cerveja existentes estão bem implantadas e dispõem da sua própria linha de refrigerantes, seria difícil para um novo candidato encontrar um canal de distribuição disponível. Além disso, as participações da Carlsberg em diversas outras fábricas de cerveja dinamarquesas diminuí a probabilidade de qualquer potencial candidato poder cooperar ou estabelecer de qualquer outra forma uma aliança com uma fábrica de cerveja dinamarquesa. Além disso, tal como acima referido, deve notar-se que a Carlsberg dispõe, de longe, do melhor e mais alargado sistema de distribuição no mercado dinamarquês. Para um novo candidato, a forma mais eficaz de entrar no mercado dinamarquês seria confiar a distribuição dos seus produtos à Carlsberg.

(75) Por último, mesmo se um novo candidato obtivesse acesso a uma rede de distribuição adequada, a empresa teria ainda de obter espaço de prateleira e incorrer em despesas de apoio a uma rede de vendas e de serviço, no sentido de assegurar que os seus produtos fossem adequadamente armazenados e posicionados. A Comissão reconheceu (8)⁸ a importância de se dispor de uma rede de vendas e de serviço para levar os clientes a adquirirem uma determinada linha de produtos.

(76) A Comissão reconhece que existem certas possibilidades de entrada no mercado em pequena escala, por exemplo através de entregas de marcas de distribuidor directamente a uma cadeia de supermercados completando a sua distribuição através do sistema de distribuição de uma cadeia de supermercados. Foi esta a estratégia utilizada pela Saltum. Trata-se de uma estratégia que não envolve pesados custos de publicidade ou avultados investimentos num sistema de distribuição. A Saltum conseguiu, entre 1990 e 1995, aumentar o seu volume de refrigerantes gaseificados de 19 para 54 milhões de litros. Este aumento de volume decorre das vendas das marcas próprias da Saltum, de um aumento dos seus fornecimentos de marca de distribuidor a uma cadeia de supermercados e da aquisição de um outro produtor de refrigerantes gaseificados de desconto. Em comparação, a Bryggerigruppen, a empresa de engarrafamento da PepsiCo, aumentou o seu volume de 39 para 58 milhões de litros entre 1990 e 1995. No entanto, não se pode proceder à avaliação do impacto competitivo de um produtor como a Saltum analisando simplesmente o aumento do seu volume vendido, tal como argumentado pelas partes na audição e na resposta (p. 52). Deve notar-se que o crescimento da Saltum se deveu sobretudo a uma aquisição e à produção de marcas de distribuidor para uma cadeia de supermercados.

8 Decisão 96/204/CE, Orkla/Volvo.

Além disso, é incorrecto afirmar que a Saltum é uma das três maiores marcas dinamarquesas a partir da sua produção total, uma vez que um terço da sua produção corresponde a marcas de distribuidor e um quinto representa outra marca de preço de desconto adquirida recentemente pela Saltum. Por último, é necessário considerar o impacto das marcas de desconto e das marcas de distribuidor no mercado global.

(77) As marcas de desconto e as marcas de distribuidor obtiveram um certo sucesso a nível do canal retalhista, mas têm uma importância reduzida no sector dos serviços e «horeca». As marcas de desconto e as marcas de distribuidor têm assim apenas um impacto em segmentos específicos do mercado. É certo, tal como as partes declararam na audição, que as marcas de desconto aumentaram a sua quota de mercado, em termos do volume, no período de 1986-1996. Contudo, e mais importante ainda, a quota das marcas de desconto e das marcas de distribuidor registaram efectivamente uma diminuição, em termos de valor, passando de 24 % do mercado em 1993 para 21 % em 1995. Além disso, infere-se claramente dos dados da Nielsen que o preço de retalho médio para todos os refrigerantes gaseificados não diminuiu nos últimos dois anos. Por último, as diferenças de preços entre a Dinamarca e os países vizinhos (ver secção V.B supra) são substanciais. Esta situação demonstra que as marcas de desconto e as marcas de distribuidor não foram capazes de exercer uma concorrência susceptível de provocar uma redução do nível de preços no consumidor. Afigura-se, assim, que os refrigerantes gaseificados de marca são importantes para que um produtor possa exercer uma concorrência efectiva. De qualquer modo, as empresas com maiores possibilidades de entrarem no mercado dos refrigerantes gaseificados com marcas de desconto ou marcas de distribuidor são as fábricas de cerveja estabelecidas que se encontram já presentes no mercado de tais produtos.

(78) Por estas razões, não parece existir qualquer concorrente potencial que possa ou consiga entrar no mercado dinamarquês global dos refrigerantes gaseificados a nível da marca ou a nível do engarrafamento.

d) Poder de pressão dos clientes

(79) As principais cadeias retalhistas necessitam armazenar as marcas líderes, tais como as propriedades da TCCC e da Carlsberg. A marca Coca-Cola, em especial, é considerada como uma marca obrigatória; os refrigerantes gaseificados em geral são considerados de importância estratégica para as mercearias na medida em que são produtos de consumo de rápida circulação que criam tráfego. Um retalhista referiu que se a Coca-Cola fosse desreferenciada perderia um certo volume de consumidores a favor de outro estabelecimento reta-

lhista, o que indica a forte procura da marca Coca-Cola. Consequentemente, os retalhistas não podem recorrer à ameaça de um aumento do volume de outras marcas. Afigura-se, assim, que os clientes só têm, se tiverem, um poder de pressão limitado relativamente ao proprietário da marca ou à empresa de engarrafamento.

(80) Na resposta, as partes argumentaram que a Dadeko se encontra confrontada com clientes poderosos e que os cinco maiores clientes retalhistas da Dadeko representam cerca de [35-40 %] das vendas totais da TCCC de bebidas não alcoólicas na Dinamarca. Além disso, os retalhistas controlam o espaço de prateleira e as promoções dos produtos e poderiam satisfazer as suas necessidades de abastecimento de refrigerantes gaseificados junto de outras fontes que não a Dadeko. As partes referem igualmente exemplos do poder das cadeias de supermercados: um desreferenciamento da [. . .] pela cadeia [. . .] durante um certo período em [. . .] e a redução do espaço de prateleira pela [. . .] em [. . .].

(81) A Comissão reconhece que as grandes cadeias de supermercados têm um maior poder de negociação do que os pequenos retalhistas, o que lhes permite negociar descontos de que não podem beneficiar os retalhistas de pequenas dimensões. No entanto, numa avaliação da posição dominante a questão consiste em saber se existe um poder de pressão por parte dos clientes que possa neutralizar o poder de mercado das partes. Tal não acontece no presente caso. Em primeiro lugar, o nível de concentração do lado da oferta é muito superior ao do lado da procura. Em segundo lugar, os retalhistas não podem satisfazer a procura relativamente às marcas da TCCC obrigatórias e dominantes junto de outros fornecedores. Consequentemente, não podem encontrar outros fornecedores para se abastecerem em refrigerantes gaseificados numa medida que elimine o domínio das partes. Na ausência de quaisquer outras razões específicas para a existência de um poder de pressão por parte dos clientes, deve concluir-se que os clientes têm um poder de pressão limitado. Esta situação decorre igualmente do facto de os preços dos refrigerantes gaseificados dinamarqueses serem muito elevados em comparação com os dos países vizinhos (ver secção V.B supra).

e) Conclusão

(82) No mercado global dos refrigerantes gaseificados, a quota de mercado da TCCC, a força da sua marca, as barreiras à entrada para os concorrentes e a inexistência de poder de pressão por parte dos clientes levam a Comissão a

concluir que a TCCC é dominante no mercado dos refrigerantes gaseificados a nível da marca. Pelas mesmas razões, a Comissão considera que a Dadeko, enquanto licenciada da TCCC, é dominante no mercado dos refrigerantes gaseificados a nível do engarrafamento.

B.3. Reforço de uma posição dominante no mercado global dos refrigerantes gaseificados na Dinamarca

(83) Com a criação da CCNB, as marcas, as carteiras e o sistema de distribuição da TCCC e da Carlsberg/Dadeko integram uma estratégia conjunta e a estrutura de propriedade conjunta das partes. Consequentemente, a Comissão concluiu que a criação da CCNB dará origem ao reforço das posições dominantes da TCCC e da Dadeko no mercado dos refrigerantes gaseificados, respectivamente, a nível da marca e a nível do engarrafamento.

(84) As partes alegaram que a projectada alienação da Jolly Cola, a atribuição de uma licença da [. . .], a cessação de exploração de certas marcas [. . .], bem como [. . .], teriam reduzido, em 1995, a sua quota de mercado de [55-60 %] para [50-55 %] a nível da marca. Estas acções teriam provocado uma redução da quota de mercado, a nível do engarrafamento, de [60-65 %] para [50-55 %], também em 1995. No entanto, tal como referido infra, não é provável que a operação leve as partes a perderem esta quota de mercado de [5-10%]. Mas sobretudo, as partes previram que o mercado global dos refrigerantes gaseificados na Dinamarca deverá registar um crescimento. Afigura-se que o objectivo da operação é o de posicionar a TCCC e a CCNB/Dadeko para captar a maior parte deste crescimento. Pelas razões a seguir apresentadas, através da criação da CCNB, a posição dominante da TCCC será reforçada a nível da marca e a posição dominante da Dadeko a nível do engarrafamento.

a) A passagem de um acordo de licença para um acordo de empresa comum

(85) As empresas de engarrafamento podem ser empresas independentes, licenciadas pela TCCC para produzir os seus produtos, ou entidades total ou parcialmente propriedade da TCCC. Em alguns casos, o acordo de engarrafamento entre a TCCC e o licenciado pode evoluir no sentido da criação de uma empresa comum entre as duas partes, uma relação que pode subsequentemente ser terminada se o anterior licenciado passar a ser objecto de um controlo exclusivo de uma empresa de engarrafamento principal (9)⁹.

9 Foi o que aconteceu no processo IV/M.794 - Coca-Cola Enterprises, Inc./Almagamed Bevarages GB. Na presente operação, existe já uma disposição no acordo de accionistas princi-

(86) No que se refere aos presentes acordos, como consequência da operação assistir-se-á à passagem de um acordo de licença para uma empresa comum de carácter estrutural. O actual acordo de licença entre a TCCC e a Dadeko baseia-se no acordo-tipo internacional de engarrafamento da TCCC, conhecido como o seu acordo-tipo internacional de engarrafamento para a Comunidade Europeia («European Community Standard International Bottler's Agreement»), que foi notificado nos termos do Regulamento nº 17 à Comissão em 7 de Setembro de 1992 (10)¹⁰.

(87) Em termos gerais, o presente acordo prevê que o papel da TCCC se limite à venda e entrega de bases de bebidas e à aprovação de certas decisões. O papel da Dadeko limita-se à preparação e embalagem das bebidas da TCCC para distribuição e venda na Dinamarca. A Dadeko é obrigada [. . .]. O acordo de engarrafamento obriga a Dadeko, por exemplo, a [. . .]. A Dadeko é ainda identificada como sendo [. . .]. Assim, o acordo de engarrafamento prevê uma divisão formal das responsabilidades entre a Dadeko e a TCCC. Além disso, nos termos do presente acordo [. . .].

(88) O acordo após a concentração basear-se-á no acordo de engarrafamento (11)¹¹, no acordo de accionistas principal e no acordo de licença relativo às marcas de refrigerantes gaseificados da [. . .]. Os dois últimos acordos implicarão assim obrigações contratuais adicionais para as partes, para além das disposições relativas ao engarrafamento acima descritas. Algumas das principais alterações que resultarão da relação entre as partes são: i) a TCCC passará a estar plenamente envolvida em todos os órgãos de tomada de decisão a diferentes níveis (12)¹², ii) [certas] marcas passarão a fazer parte da empresa comum e ficarão assim sujeitas ao processo conjunto de tomada de decisões, iii) a Carlsberg não pode, directa ou indirectamente, adoptar qualquer comportamento ou desenvolver qualquer actividade em relação [. . .] [. . .] e iv) o acordo de accionistas principal introduz [. . .].

pal em caso de dissolução da CCNB passaria a ser exclusivamente controlada e propriedade a 100 % da TCCC (tal como referido no considerando 11).

10 Processo IV/34.460 ainda em curso.

11 As partes referiram que o acordo de engarrafamento a aplicar entre a TCCC e a Dadeko na sequência da concretização da operação notificada será idêntico ao [] em todos os seus aspectos materiais

12 Isto significa que a TCCC estará representada: na assembleia geral dos accionistas, ii) no conselho fiscal que, em conjunto com a direcção, é responsável pelos assuntos de gestão; é responsável pela organização adequada das actividades e controla as actividades da direcção; iii) [. . .]; e iv) [outras funções de gestão corrente].

(89) As partes reconheceram que a concentração provocará uma alteração estrutural, mas continuam a defender que esta alteração estrutural não terá qualquer impacto apreciável nas relações comerciais das partes. No entanto, a alteração estrutural que se traduz na passagem de um acordo de licença para uma empresa comum reforçará a Dadeko de duas formas:

- permitirá à TCCC dispor de uma visão a mais longo prazo. A Comissão reconhece que a TCCC e outros proprietários de marca têm tradicionalmente empresas de engarrafamento licenciadas por longos períodos de tempo. No entanto, os acordos de licença são, por natureza, não estruturais e, portanto, mais limitados em termos de obrigações contratuais, do mesmo modo que instituem meios de cooperação mais a curto prazo do que uma empresa comum. A este respeito é elucidativo observar que a TCCC rescindiu o seu contrato de licença com a Pripps na Suécia para facilitar a criação da CCNB e que a TCCC criou recentemente uma empresa comum com um licenciado a longo prazo anterior da PepsiCo na Venezuela. Tais transacções seriam mais difíceis de concretizar no caso de um acordo de empresa comum do que no caso de um acordo de licença. No caso em presença, [. . .],

- harmonizará os objectivos da TCCC e da Carlsberg. As partes reconheceram que podem existir interesses divergentes entre a TCCC, enquanto proprietário da marca, e a Carlsberg, enquanto empresa de engarrafamento. A criação da CCNB conferirá à TCCC o controlo conjunto da produção, da comercialização «below the line», da distribuição e das vendas simultaneamente das marcas da TCCC e [de algumas outras marcas]. A operação eliminará potenciais áreas de conflito entre a TCCC e a Carlsberg, por exemplo a nível da afectação da capacidade de produção e das estratégias de publicidade. Actualmente, a TCCC e a Carlsberg, poderiam, por exemplo, ter interesses divergentes no mix da publicidade e nas promoções de vendas nas lojas, uma vez que a TCCC assume basicamente a publicidade «above the line», enquanto a Carlsberg/Dadeko é responsável pela publicidade nos estabelecimentos de vendas e tem outras marcas que são vendidas fora da esfera de influência da TCCC. No futuro, com a criação da empresa comum, tais áreas de conflito serão eliminadas através da reunião das marcas no âmbito da TCCC e do controlo conjunto da CCNB. Neste sentido, a operação criará uma estrutura «única» com uma melhor coordenação a nível da marca e a nível do engarrafamento.

(90) Assim, com base nas considerações acima expostas, a Comissão não aceita o cenário «de não alteração» apresentado pelas partes que consideram que a criação da CCNB não provocará uma alteração significativa da situação

actual, e que a TCCC não adquirirá novos poderes a nível da tomada de decisão ou maior influência sobre a sua empresa de engarrafamento para além da influência que exerce actualmente.

b) Reforço a nível da marca

(91) A Jolly Cola permanecerá na carteira de marcas da CCNB apesar [.]. Na resposta, as partes alegaram que a Jolly Cola é uma marca em declínio que perdeu uma quota de mercado considerável e se tornou menos importante nos últimos anos. A Comissão reconhece as dificuldades com que a marca Jolly Cola se confronta e o facto de a quota de mercado ter diminuído para apenas cerca de 5 %. Contudo, actualmente, não existe qualquer acordo de venda da participação na Dansk Coladrik e qualquer processo deste tipo seria dificultado pelo processo judicial pendente em relação à alienação. Consequentemente, a Comissão procedeu à combinação da quota de mercado da Jolly Cola e da das partes.

(92) Do mesmo modo, foi argumentado que a marca [. .] não deveria ser incluída na quota de mercado das partes, uma vez que a Carlsberg concederá uma licença relativamente à sua produção a [. .]. No entanto, a sua exclusão seria inadequada, uma vez que a Carlsberg tenciona continuar a distribuir a marca [. .]. Na Resposta, as partes alegaram que [. .]. A Comissão concorda com o facto de a marca não ser importante num contexto de mercado global, mas regista que a Carlsberg continuará a distribuir a marca [. .].

(93) No que se refere à [. .], existe um risco de [. .] vir a abandonar o mercado global dos refrigerantes gaseificados na Dinamarca, na medida em que, como consequência da operação, [. .].

(94) As partes argumentam que é provável que a marca [. .] possa encontrar uma outra solução em termos de engarrafamento: na realidade, a única alternativa disponível é a Bryggerigruppen. Apesar de não ser impossível que a Bryggerigruppen passe a engarrafar no futuro [. .]. Por último, tal como referido supra, a Carlsberg exerce uma influência substancial sobre a Bryggerigruppen. A criação da CCNB significará que, em caso de conflito entre os interesses da [. .] e os da TCCC, a Carlsberg apoiará provavelmente a TCCC devido ao facto de o interesse estratégico da Carlsberg na CCNB ser muito superior aos seus interesses em matéria de refrigerantes não gaseificados da Bryggerigruppen. Este aspecto limitará o potencial competitivo da marca [. .] na Dinamarca, mesmo se a marca viesse a ser licenciada à Bryggerigruppen.

Por estas razões, não se pode considerar como garantido que a [. . .] viesse a ser licenciada à Bryggerigruppen. De facto, a marca pode ser retirada do mercado dinamarquês.

(95) Na sequência da operação, será reduzida a concorrência entre as marcas da TCCC, da Carlsberg e da Cadbury Schweppes. Actualmente, a capacidade da Dadeko é partilhada entre a produção das marcas da TCCC, Tuborg, Carlsberg e Cadbury Schweppes e, a nível da comercialização, procede-se a uma coordenação entre o grupo Carlsberg através do Comité de Coordenação dos Refrigerantes da Carlsberg. No entanto, a Dadeko é actualmente uma organização de vendas e distribuição exclusiva da TCCC, separada das organizações de distribuição e vendas da Tuborg e da Carlsberg. Assim, existe um certo grau de concorrência entre as marcas da TCCC, da Carlsberg e da Cadbury Schweppes.

(96) A operação provocará uma alteração estrutural desta relação. Em primeiro lugar, a gestão da marca e a comercialização «above the line» para todas as marcas TCCC, [. . .] e [. . .] será exercida pela TCCC e a das marcas da [. . .] pela CCNB. Em segundo lugar, a distribuição e a comercialização «below the line» será assegurada pela Dadeko para todas as marcas da TCCC, da Carlsberg e da [. . .]. Assim, através da operação será criada uma organização centralizada que terá em carteira todas as marcas da TCCC, da Carlsberg, da [. . .] e da [. . .] e que assumirá todas as actividades de distribuição, comercialização e vendas da TCCC e da Carlsberg para todas as marcas (incluindo as marcas da [. . .]). Consequentemente, a concorrência actual que existe entre as marcas da TCCC, da Carlsberg e da [. . .] será eliminada. Para além disso, a TCCC poderá reforçar o seu esforço de publicidade e apoiar as actividades de promoção dos refrigerantes gaseificados que prefere e diminuir, ou mesmo retirar completamente, o apoio a outros aromas. Isto significa que poderá afastar os aromas de partes da carteira da CCNB relativas à Carlsberg e à [. . .], a favor de marcas da TCCC.

(97) Tal como acima referido, a Carlsberg tem uma influência substancial sobre a Bryggerigruppen. Decorre claramente [. . .] que a relação entre a Bryggerigruppen/Pepsi e a Carlsberg [. . .] poderia gerar conflitos de interesses para a Carlsberg [. . .]. Além disso, a futura participação da Carlsberg na CCNB poderá vir ainda a limitar o potencial competitivo da Bryggerigruppen no mercado dinamarquês de refrigerantes gaseificados. Em especial, em caso de conflito entre a TCCC e a PepsiCo, a Carlsberg teria mais interesse em apoiar a TCCC na sequência da operação, devido ao facto de a participação da Carlsberg na CCNB ter muito maior importância estratégica do

que a sua participação nas actividades de refrigerantes gaseificados do Bryggerigruppen.

(98) No que se refere aos obstáculos à entrada no mercado, as únicas empresas dinamarquesas com possibilidade de lançar novas marcas de refrigerantes gaseificados seriam a Carlsberg ou a Bryggerigruppen. No entanto, no futuro, a Carlsberg será eliminada, enquanto concorrente, a este nível. Este aspecto é particularmente importante uma vez que a Carlsberg é uma das poucas empresas que poderia contestar a posição da TCCC enquanto fornecedor de novas marcas. Além disso, não pode excluir-se que a influência substancial da Carlsberg sobre a Bryggerigruppen limite o lançamento de uma nova marca por parte desta empresa. Assim, com efeito, a operação confere à TCCC uma influência decisiva sobre eventuais novas marcas que serão lançadas no futuro no mercado global dos refrigerantes gaseificados na Dinamarca. A este respeito, deve notar-se que [. . .], especialmente uma vez que a TCCC lançou recentemente a marca [. . .] no mercado dinamarquês.

c) Reforço a nível do engarrafamento

(99) A operação assegurará à TCCC um contacto directo com os clientes, o que lhe permitirá utilizar a força comercial do seu sistema global em relação a estes clientes, aumentando de forma substancial o seu poder de negociação no mercado. Consequentemente, a TCCC estará igualmente em posição de implementar de uma forma mais fácil programas de exclusividade, descontos de quantidade e mecanismos de redução de preços.

(100) A operação impede o acesso ao sistema de distribuição da Carlsberg a outras marcas que não as propriedade da TCCC e da CCNB, ou a elas licenciadas. Os sistemas de distribuição da Carlsberg e da Tuborg continuam actualmente disponíveis para outras marcas, o que é demonstrado pelo facto de, em 1993, a Carlsberg ter lançado a marca Sunkist da Cadbury Schweppes que é distribuída pela Carlsberg e pela Tuborg. Como consequência da operação, a Carlsberg deixaria de poder assegurar o lançamento destes produtos. Uma vez que o sistema de distribuição da Carlsberg é o maior do país, esta impossibilidade tem consequências graves para os outros proprietários de marca, especialmente tendo em conta a influência substancial que a Carlsberg exerce sobre a Bryggerigruppen, que constitui a única alternativa realista à Carlsberg enquanto titular de licença e distribuidor de uma nova marca internacional de colas e outros refrigerantes gaseificados. A operação aumentará, assim, a possibilidade de a CCNB aumentar a sua quota de mercado e, na realidade, facul-

ta à TCCC uma influência decisiva sobre as novas marcas que serão lançadas no mercado dinamarquês. Diminui assim a possibilidade de lançamento no mercado de uma marca internacional importante como a marca da Cadbury Schweppes, Dr. Pepper.

B.4. Conclusão

(101) Pelas razões acima apresentadas, a Comissão concluiu que, a nível da marca, a TCCC se encontra em posição dominante e que, a nível do engarrafamento, a Dadeko (enquanto empresa de engarrafamento dos refrigerantes gaseificados da TCCC e da Carlsberg) se encontra em posição dominante. Com a criação da CCNB, as posições dominantes da TCCC e da Dadeko (cujo controlo passa para a CCNB) são reforçadas.

Na realidade, a operação conferirá à TCCC uma influência decisiva sobre quaisquer novas marcas de refrigerantes gaseificados a lançar no mercado dinamarquês.

C. Suécia

C.1. Panorama do sector

(102) O volume total de refrigerantes gaseificados consumidos na Suécia, em 1995, foi de cerca de 542 milhões de litros, dos quais 239 milhões de litros (44 %) foram refrigerantes gaseificados com sabor a cola. Cerca de 77 % de todos os refrigerantes gaseificados na Suécia foram vendidos pelo comércio retalhista em 1995, tendo o restante sido vendido pelo canal «horeca».

(103) Antes da criação da CCDS, três fabricantes de cerveja eram os principais responsáveis pela produção, distribuição e venda de refrigerantes gaseificados e águas engarrafadas na Suécia. A Pripps, uma filial do conglomerado norueguês Orkla, era a maior destas empresas. Para além de produzir inúmeras cervejas, a Pripps era a licenciada para as marcas da TCCC e a franqueada para as bebidas para mistura da Cadbury Schweppes, produzindo ainda os seus próprios refrigerantes gaseificados e águas engarrafadas. O segundo maior fabricante de cervejas era a Spendrups Bryggeri AB, propriedade autónoma, e detém actualmente a licença para as marcas PepsiCo na Suécia e na Noruega. A mais pequena dos três fabricantes de cerveja, a Falcon, detém actualmente a licença para produzir Dr. Pepper. A Falcon, deterá, em conjunto com a CCDS, a empresa comum de distribuição, DDAB.

(104) Tal como já referido, desde 1 de Abril de 1997, a CCDS comercializa e vende a gama completa de produtos da TCCC no mercado sueco. A partir de

1 de Janeiro de 1998, a CCDS assumirá igualmente o engarrafamento destes produtos, que é realizado pela Pripps até ao termo de vigência do seu acordo de engarrafamento em 31 de Dezembro de 1997.

C.2. Estrutura do mercado

(105) As posições de mercado dos proprietários das marcas e empresas de engarrafamento no mercado global dos refrigerantes gaseificados na Suécia são referidas nos quadros seguintes, que indicam as quotas de mercado em 1995 em termos de valor e as quotas de mercado estimadas na sequência da criação da CCNB (com base em dados fornecidos pelas partes):

Marcas

	(em %)	
	Todos os refrigerantes gaseificados aromatizados 1995	Todos os refrigerantes gaseificados aromatizados, pós-CCNB
TCC	[40-50]	[50-55]
Falcon	[0-5]	[0-5]
Total das partes	[50-55]	[50-55]
Pepsi Co	[5-10]	[5-10]
Schweppes	[0-5]	[5-10]
Pripps	[10-15]	[10-15]
Spendrups	[5-10]	[5-10]
Outras	[15-20]	[15-20]

Nota: A categoria 'Outras' inclui as marcas de distribuidor e similares

Empresas de engarrafamento

	(em%)	
	Todos os refrigerantes gaseificados aromatizados 1995	Todos os refrigerantes gaseificados aromatizados, pós-CCNB
CCDS	-	[50-55]
Falcon	[5-10]	[5-10]
Total das partes	[5-10]	[55-60]
Pripps	[60-65]	[15-20]
Spendrups	[15-20]	[15-20]
Outras	[15-20]	[15-20]

Nota: A categoria 'Outras' inclui as marcas de distribuidor e similares

(106) No contexto da estrutura do mercado, deve tomar-se em consideração que em Agosto de 1997 a Pripps e a PepsiCo acordaram em concluir um acordo exclusivo de franquia de engarrafamento para a produção, distribuição e venda de produtos da Pepsi-Cola e Seven-Up na Suécia. O acordo entrará em vigor em 1 de Janeiro de 2001, após o termo da vigência do acordo de engarrafamento existente entre a PepsiCo e a Spendrups. De acordo com as partes, estão igualmente em curso discussões preliminares relativamente a uma aliança semelhante na Noruega.

C.3. Conclusão

(107) Com base nas informações apresentadas pelas partes, bem como nos resultados da investigação da Comissão, existem indicações de que a TCCC se encontra em posição dominante, a nível da marca, e a CCDS a nível do engarrafamento no mercado de refrigerantes gaseificados na Suécia. No entanto, a Comissão reconhece que a criação da CCDS em conjunto com o termo da licença da TCCC concedida à Pripps, virão acrescentar novas capacidades de engarrafamento no mercado dos refrigerantes gaseificados. Por conseguinte, os elementos de concentração da operação não conduzirão a um reforço das presentes posições da TCCC ou da CCDS. Os elementos de cooperação da operação (o acordo de aquisição de marcas e fornecimento e a criação da DDAB) estão a ser avaliados no âmbito de um processo separado nos termos do artigo 85º do Tratado CE. Neste contexto, a Comissão refere que certos compromissos foram oferecidos durante o processo nos termos do regulamento das concentrações relativamente ao, acordo de aquisição de marcas e fornecimento (ver infra).

VII) COMPROMISSOS OFERECIDOS PELAS PARTES

(108) À luz das preocupações em matéria de concorrência identificadas pela Comissão, as partes propuseram-se alterar o plano de concentração inicial. Os dois principais compromissos de alienação podem ser resumidos da seguinte forma:

(109) Alienação da participação da Carlsberg na Jyske Bryg
«No sentido de dar resposta às exigências da Comissão para facilitar o desenvolvimento de um concorrente viável com recursos adequados no sector dos refrigerantes gaseificados, a Carlsberg A/S apresenta o seguinte compromisso à Comissão relativamente à participação que detém na Jyske Bryg Holding A/S:

1. Se, no prazo de [. . .] a contar da data em que a Comissão adopte uma decisão positiva nos termos do Regulamento (CEE) n° 4064/89, a Carlsberg A/S não tiver vendido as suas acções na Jyske Bryg Holdings A/S (a seguir designadas as "acções") a uma ou mais empresas industriais viáveis não ligadas à Carlsberg A/S ou à The Coca-Cola Company, devendo o adquirente encontrar-se em posição de manter e desenvolver a Bryggerigruppen como uma força competitiva activa em concorrência com a Dadeko, a Carlsberg A/S:

a) Nomeará uma empresa independente de contabilistas, advogados, um banco de investimento ou quaisquer outros consultores semelhantes (a seguir denominado o "administrador"), a ser aprovado pela Comissão e para agir em seu nome, assegurando o controlo da gestão independente e separada das acções e os esforços contínuos desenvolvidos pela Carlsberg A/S no sentido de alienar as acções durante o prazo suplementar previsto na alínea b) infra; e b) Beneficiará de um prazo suplementar de [] para negociar a venda das acções a um adquirente ou adquirentes não ligados à Carlsberg A/S ou à The Coca-Cola Company.

2. Se a alienação nos termos do ponto 1 supra não tiver sido realizada no termo do prazo suplementar estabelecido na alínea b) do ponto 1 supra, a Carlsberg A/S dará ao administrador um mandato irrevogável para encontrar comprador(es) para as acções, devendo esta venda concretizar-se a um preço justo e razoável durante um novo prazo de [] (ou com outra duração a acordar com a Comissão) a um adquirente ou adquirentes não ligados à Carlsberg A/S ou à The Coca-Cola Company. A Carlsberg A/S dará ao administrador toda a assistência e informações necessárias para que este possa efectuar a venda nessas condições.

3. No caso de o administrador não ter vendido as acções no termo do prazo referido no ponto 2, venderá as acções nas melhores condições possíveis, sujeito a uma obrigação absoluta e incondicional de a Carlsberg A/S não impor a venda a um preço mínimo. Tal venda deverá ocorrer antes de terminado o prazo referido no ponto 2.

4. A Carlsberg A/S ou o administrador (conforme o caso) notificará à Comissão qualquer proposta de que tenha conhecimento para a venda das acções a um único adquirente pela Carlsberg A/S se tal venda se referir a acções que representem [. . .] % ou mais do número total de acções da Jyske Bryg Holding A/S. A Comissão, no prazo de [. . .] semanas a contar da recepção de tal

notificação, informará por escrito a Carlsberg A/S ou o administrador (conforme o caso) se considera que o adquirente proposto não preenche as condições indicadas no ponto 1, na sua alínea b) ou no ponto 2 (consoante o apropriado), não podendo nesse caso a venda concretizar-se. Se tal não suceder, no termo do prazo de [] semanas, a Carlsberg poderá proceder à venda das suas acções a esse adquirente.

5. A Carlsberg A/S considera igualmente que qualquer venda de acções que correspondam a menos de [. .] % do total das acções da Jyske Bryg Holding A/S deverá igualmente ser feita a um adquirente que, tanto quanto é do conhecimento da Carlsberg A/S, não tem qualquer relação com a The Coca-Cola Company. Quando a venda das suas acções na Jyske Bryg Holding tiver sido realizada, a Carlsberg A/S compromete-se a comunicar à Comissão a identidade do(s) adquirente(s) das acções, desde que a Carlsberg A/S tenha conhecimento da identidade do(s) comprador(es) das acções, e, se tal for necessário, a prestar as informações, de que tenha conhecimento, necessárias para se poder apreciar se os adquirentes não estão ligados à Carlsberg A/S e à The Coca-Cola Company.

6. A Carlsberg A/S, ou alternativamente, o administrador compromete-se a não exercer os direitos de voto inerentes à acções da Carlsberg A/S na Jyske Bryg Holding A/S durante os períodos previstos para a alienação, excepto com a aprovação prévia da Comissão. A Comissão não recusará injustificadamente a sua aprovação à Carlsberg A/S ou, alternativamente, ao administrador, para exercer os direitos de voto. A Carlsberg A/S comunicará à Comissão as informações necessárias para que esta possa apreciar este aspecto.

7. A Carlsberg A/S ou o administrador, conforme o caso, notificará à Comissão a evolução material da situação no que se refere à venda das acções e, de qualquer modo, apresentará um relatório [. . .] sobre a evolução da situação.».

(110) Alienação da participação da Carlsberg na Dansk Coladrik A/S (Jolly Cola)

«A Carlsberg A/S apresenta o seguinte compromisso à Comissão relativamente à participação que detém na Dansk Coladrik A/S:

1. No prazo de [. .] meses a contar da data em que a Comissão adopte uma decisão positiva nos termos do Regulamento (CEE) nº 4064/89, a Carlsberg A/S procurará vender a sua participação na Dansk Coladrik A/S, entendendo-se que qualquer adquirente deverá ser um concorrente, existente ou potencial,

viável independente da Carlsberg A/S e da The Coca-Cola Company e que disponha dos recursos financeiros necessários e de comprovada experiência no mercado das bebidas não alcoólicas que lhe permita manter e desenvolver a Dansk Coladrik A/S como uma força competitiva activa em concorrência com a Dadeko A/S em relação ao engarrafamento de refrigerantes gaseificados com sabor a cola (a seguir denominado o "adquirente").

2. Se a Carlsberg A/S não tiver vendido a sua participação na Dansk Coladrik A/S até ao termo do prazo fixado no ponto 1 supra, a Carlsberg A/S nomeará um administrador independente a ser aprovado pela Comissão (a seguir denominado o "administrador"), para actuar da forma a seguir descrita.

3. O administrador controlará, em nome da Carlsberg A/S, a gestão corrente da Dansk Coladrik A/S a fim de assegurar a continuação da sua viabilidade e valor de mercado e uma venda rápida e efectiva das acções da Carlsberg A/S na Dansk Coladrik A/S a um preço justo e razoável.

4. A Carlsberg A/S dará ao administrador um mandato irrevogável para encontrar um adquirente para a sua participação na Dansk Coladrik A/S num prazo suplementar de [. .] (ou com outra duração a acordar com a Comissão). A Carlsberg A/S compromete-se a dar, numa base de igualdade de tratamento e salvaguardando de forma razoável os interesses da Carlsberg A/S em matéria de confidencialidade, toda a assistência solicitada pelo administrador antes da venda da participação da Carlsberg A/S a um adquirente.

5. A Carlsberg A/S ou a administrador informará a Comissão se considera que um ou mais dos adquirentes propostos correspondem à descrição de um adquirente estabelecida no ponto 1 supra. A Comissão, no prazo de [] semanas a contar da recepção de tal informação, comunicará por escrito à Carlsberg A/S ou ao administrador (conforme o caso) se considera que o adquirente ou adquirentes propostos não correspondem à descrição de adquirente constante do ponto 1 supra, não podendo nesse caso concretizar-se a venda a tal adquirente ou adquirentes. Se tal não suceder, no termo deste prazo de [. .] semanas, a Carlsberg A/S poderá proceder à venda das suas acções a esse adquirente.

6. Desde que as propostas relevantes tenham sido recebidas de adquirentes e tenha sido seguido o procedimento previsto no ponto 5, a Carlsberg A/S pode, só por si, aceitar qualquer proposta ou seleccionar a proposta que considere mais vantajosa no caso de terem sido apresentadas várias propostas.

7. No caso de o administrador não ter vendido a participação da Carlsberg A/S na Dansk Coladrik A/S no termo do prazo referido no ponto 4, venderá a participação nas melhores condições possíveis sujeito a uma obrigação absoluta e incondicional de a Carlsberg A/S não impor um preço mínimo. Tal venda deverá ocorrer antes de terminado o prazo referidó no ponto 4.

8. Antes da realização da venda da participação da Carlsberg A/S na Dansk Coladrik a um adquirente, a Carlsberg A/S assegurará que a Dansk Coladrik A/S é gerida enquanto entidade distinta e susceptível de venda com a sua própria contabilidade de gestão, e que os responsáveis pela gestão da Dansk Coladrik A/S recebem instruções no sentido de esta empresa ser gerida de forma independente que assegure a continuação da sua viabilidade e o seu valor de mercado, e que tal se desenrolará sob a orientação e controlo do administrador na sequência da nomeação referida no ponto 2 supra. Antes da realização da venda da participação da Carlsberg A/S a um adquirente, a Carlsberg A/S não integrará as actividades da Dansk Coladrik A/S em qualquer unidade operacional da Carlsberg A/S, nem nomeará ou transferirá pessoal da Carlsberg A/S para a Dansk Coladrik A/S. A Carlsberg A/S compromete-se igualmente a não introduzir alterações estruturais nas actividades da Dansk Coladrik A/S sem autorização prévia da Comissão.

9. A Carlsberg A/S não obterá da gestão da Dansk Coladrik A/S quaisquer segredos comerciais, saber-fazer, informações comerciais ou quaisquer outras informações de carácter industrial ou direitos de propriedade intelectual de carácter privativo ou confidencial relativos às actividades da Dansk Coladrik A/S.

10. A Carlsberg A/S compromete-se a que, antes da realização da venda da sua participação na Dansk Coladrik A/S, todos os acordos existentes entre a Carlsberg A/S e a Dansk Coladrik A/S relativos à venda do concentrado da Jolly Cola pela Dansk Coladrik A/S à Carlsberg A/S continuarão em vigor e que, no caso de tais acordos caducarem antes da venda da participação da Carlsberg A/S, serão renovados pela Carlsberg A/S sem qualquer alteração material das condições contratuais, salvo se essa alteração for aprovada pela Comissão.

11. A Carlsberg A/S ou o administrador, conforme o caso, notificará à Comissão a evolução material da situação no que se refere à venda da participação da Carlsberg A/S na Dansk Coladrik A/S e apresentará, de qualquer modo, um relatório [] sobre a evolução da situação.» (111) Outros compromissos. Além disso, as partes propuseram três outros compromissos. Em primeiro lugar,

as partes alterarão o acordo de licença notificado relativo às marcas de bebidas não alcoólicas da [. . .], no sentido de permitir à Carlsberg assumir o controlo da gestão das suas marcas. A Carlsberg fornecerá à Dadeko [. . .]. Em segundo lugar, o acordo de accionistas principal será alterado, no sentido de permitir à Carlsberg competir no mercado dos refrigerantes gaseificados no âmbito do território da CCNB. Em terceiro lugar, o acordo de aquisição de marcas e fornecimento será alterado de forma à TCCC não adquirir a marca [. . .] da Falcon, nem fornecer [. . .].

VIII) AVALIAÇÃO DOS COMPROMISSOS

(112) À luz da avaliação da operação, a Comissão considera que os compromissos propostos são adequados para evitar o reforço de uma posição dominante, em resultado da qual seria significativamente impedida uma concorrência efectiva.

(113) Actualmente, a TCCC é dominante a nível da marca e a Dadeko é dominante a nível do engarrafamento. A operação conduzirá a TCCC a uma maior integração vertical a nível do engarrafamento, estabelecendo uma ligação entre a TCCC e a Bryggerigruppen, através da participação da Carlsberg na Bryggerigruppen, o segundo maior fabricante de cerveja e produtor de refrigerantes na Dinamarca. Só a eliminação deste vínculo libertará a Bryggerigruppen da influência da TCCC e da Carlsberg, permitindo-lhe estabelecer-se como o segundo operador independente no mercado dinamarquês dos refrigerantes gaseificados. A Comissão considera que a Bryggerigruppen dispõe dos recursos necessários para se tornar uma segunda força viável no mercado dinamarquês dos refrigerantes gaseificados, nomeadamente por dispor em carteira de uma gama de produtos suficientemente ampla, deter a licença para as marcas da PepsiCo e dispor de um sistema adequado de distribuição a nível nacional.

(114) Na opinião da Comissão, o compromisso da Carlsberg de alienar ela própria a sua participação na Jyske Bryg afigura-se crucial para contrabalançar o impacto anticoncorrencial decorrente da criação da CCNB. Em especial, o compromisso compensa a eliminação de facto da Carlsberg enquanto concorrente actual e potencial a nível da marca e o encerramento do seu sistema de distribuição, uma vez que permitirá à Bryggerigruppen desenvolver-se no sentido de constituir uma alternativa real às partes no mercado dinamarquês. O compromisso, por exemplo, aumenta as possibilidades de [] e de novas

marcas poderem ser lançadas em concorrência com as marcas da TCCC. Assim, tendo em conta as circunstâncias específicas do mercado dinamarquês de refrigerantes gaseificados, a Comissão considera que o compromisso constitui uma solução essencial para evitar o reforço de uma posição dominante.

(115) O compromisso da Carlsberg de alienar ela própria a sua participação na Dansk Coladrik dá resposta à preocupação da Comissão relativamente a uma alienação efectiva e atempada dessa holding mediante a proposta das partes de nomearem um administrador para controlar a gestão e a venda da Dansk Coladrik. Registe-se o facto de os outros três accionistas da Dansk Coladrik disporem de direitos de preferência relativamente às acções da Carlsberg na empresa. A Comissão considera que nas actuais circunstâncias e tendo em conta o pacote total dos compromissos, a Carlsberg ou o administrador pode vender as acções na Dansk Coladrik a um ou mais dos outros actuais accionistas da Dansk Coladrik.

(116) Por último, os outros compromissos oferecidos pelas partes não são adequados em si para corrigir o impacto anticoncorrencial da operação de concentração proposta. Em primeiro lugar, o compromisso destinado a conferir à Carlsberg certas responsabilidades de controlo sobre as marcas de bebidas não alcoólicas da [. . .] conduzirão a uma maior, ainda que não total, independência da TCCC. Em segundo lugar, a nova restrição imposta à cláusula de não concorrência terá apenas um impacto limitado, se é que terá algum, no mercado. Em terceiro lugar, o compromisso relativo ao acordo de aquisição de marcas e fornecimento diz apenas respeito às disposições no mercado sueco. Por conseguinte, a Comissão regista a existência desses compromissos, mas não os aprecia aprofundadamente.

IX) RESTRIÇÕES ACESSÓRIAS

(117) As partes solicitaram que a cláusula [. . .] do acordo de accionistas principal, que estabelece as obrigações de não-concorrência da TCCC [. . .] e da Carlsberg [. . .] e que coincidem em termos temporais com a duração da empresa comum, seja considerada como uma restrição acessória à concentração. Estas disposições estão directamente associadas e são necessárias à realização da operação e, por conseguinte, a Comissão reconhece o seu carácter acessório.

X) CONCLUSÃO GERAL

(118) Consequentemente, a operação notificada, tal como alterada pelo pacote de alienação, não reforçará a posição dominante no mercado dinamarquês de refrigerantes gaseificados na sequência da qual seria significativamente impedida uma concorrência efectiva no mercado comum ou numa parte substancial deste. A operação é assim, na condição de os compromissos serem respeitados, compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE, TOMOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

Sujeita ao pleno cumprimento dos compromissos de alienação relativos à Jyske Bryg Holding A/S e à Dansk Coladrik A/S, tal como referidos nos considerandos 109 e 110, a operação de concentração notificada pelas partes em 25 de Março de 1997, relativa à criação da Coca-Cola Nordic Beverages, é declarada compatível com o mercado comum e com o funcionamento do Acordo EEE.

Artigo 2º

São destinatárias da presente decisão:

The Coca-Cola Company
One Coca-Cola Plaza, N.W.
Atlanta GA 30013
USA
Carlsberg A/S
Vesterfaelledvej 100
DK 1799 Copenhagen V

Feito em Bruxelas, em 11 de Setembro de 1997.

Pela Comissão

Karel VAN MIERT

Membro da Comissão

Fim do documento

Documento enviado em: 22/08/1998

LEGISLAÇÃO

LEI Nº 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999.

Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências.

Faço saber que o Presidente da república adotou a Medida Provisória nº 1.793, de 1998, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Antonio Carlos Magalhães, Presidente, para os efeitos do disposto no parágrafo único do art. 62 da Constituição Federal, promulgo a seguinte Lei;

Art. 1º Fica instituída a Taxa processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Art. 2º Constitui fato gerador da Taxa Processual:

I – a apresentação de atos e contratos previsto no art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

II – a consulta ao CADE, nos termos do art. 7ºm inciso XVII, da Lei nº 8.884, de 1994.

Art. 3º São contribuintes da Taxa Processual:

I – no caso de atos e contratos, previsto no art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, qualquer das requerentes;

II – no caso de consulta ao CADE, o consulente.

Art. 4º São isentos do pagamento da Taxa Processual:

I – a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações;

II – o Ministério Público;

III – os que provarem insuficiência de recursos.

Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional.

Art. 5º A Taxa Processual é devida:

I – no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), no caso de atos e contratos do art. 54 da Lei 8.884, 1994;

II – no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), no caso de consultas ao CADE, nos termos do art. 7º, inciso XVII, da Lei nº 8.884, de 1994.

Art. 6º O recolhimento da Taxa Processual deverá se comprovado no momento da protocolização do ato, contrato ou consulta.

§ 1º A Taxa Processual não recolhida no momento fixado no caput deste artigo será cobrada com os seguintes acréscimo:

I – juros de mora, contados do mês seguintes ao do vencimento, à razão de um por cento, calculados na forma da legislação aplicável aos tributos federais;

II – multa de mora de vinte por cento.

§ 2º Os juros de mora não incidem sobre o valor da multa mora.

Art. 7º Fica instituída a Taxa de Serviços, tendo como fato gerados os seguintes serviços prestados pelo CADE:

I – serviço de reprografia de peças processuais, legislação ou jurisprudência no valor de R\$ 0,50 (cinquenta centavos) por folha reprografaada;

II – distribuição da Revista de Direito Econômico, no valor de R\$ 30,00 (trinta reais) o exemplar;

Parágrafo único. São isentos do pagamento da Taxa de Serviços os que provarem insuficiência de recursos.

Art. 8º As taxas de que tratam os arts. 1º e 7º serão recolhidas ao Tesouro Nacional na forma regulamentada pelo Poder Executivo.

Art. 9º As receitas obtidas com a Taxa Processual e a Taxa de Serviço serão aplicadas na modernização do CADE, visando o contínuo aumento da produtividade e da qualidade dos serviços prestado à coletividade.

Art. 10 Esta lei entra em vigor na data de sua publicação .

Congresso Nacional, em 19 de janeiro de 1999.

178º da Independência e 111º da República

Senador ANTONIO CARLOS MAGALHÃES

Presidente

LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

*Regula o processo administrativo no âmbito da
Administração Pública Federal.*

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

**CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1.º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

§ 1.º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

§ 2.º Para os fins desta Lei, consideram-se:

I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta;

II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica;

III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão.

Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

CAPÍTULO II DOS DIREITOS DOS ADMINISTRADOS

Art. 3.º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas;

III - formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

CAPÍTULO III DOS DEVERES DO ADMINISTRADO

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

I - expor os fatos conforme a verdade;

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

III - não agir de modo temerário;

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

CAPÍTULO IV DO INÍCIO DO PROCESSO

Art. 5.º O processo administrativo pode iniciar-se de ofício ou a pedido de interessado.

Art. 6.º O requerimento inicial do interessado, salvo casos em que for admitida solicitação oral, deve ser formulado por escrito e conter os seguintes dados:

- I - órgão ou autoridade administrativa a que se dirige;
- II - identificação do interessado ou de quem o represente;
- III - domicílio do requerente ou local para recebimento de comunicações;
- IV - formulação do pedido, com exposição dos fatos e de seus fundamentos;
- V - data e assinatura do requerente ou de seu representante.

Parágrafo único. É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas.

Art. 7.º Os órgãos e entidades administrativas deverão elaborar modelos ou formulários padronizados para assuntos que importem pretensões equivalentes.

Art. 8.º Quando os pedidos de uma pluralidade de interessados tiverem conteúdo e fundamentos idênticos, poderão ser formulados em um único requerimento, salvo preceito legal em contrário.

CAPÍTULO V DOS INTERESSADOS

Art. 9.º São legitimados como interessados no processo administrativo:

- I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;
- II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;
- III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;
- IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

Art. 10. São capazes, para fins de processo administrativo, os maiores de dezoito anos, ressalvada previsão especial em ato normativo próprio.

CAPÍTULO VI DA COMPETÊNCIA

Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1.º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

§ 2.º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.

§ 3.º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado.

Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior.

Art. 16. Os órgãos e entidades administrativas divulgarão publicamente os locais das respectivas sedes e, quando conveniente, a unidade fundacional competente em matéria de interesse especial.

Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

CAPÍTULO VII DOS IMPEDIMENTOS E DA SUSPEIÇÃO

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

CAPÍTULO VIII DA FORMA, TEMPO E LUGAR DOS ATOS DO PROCESSO

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1.º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2.º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3.º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

§ 4.º O processo deverá ter suas páginas numeradas seqüencialmente e rubricadas.

Art. 23. Os atos do processo devem realizar-se em dias úteis, no horário normal de funcionamento da repartição na qual tramitar o processo.

Parágrafo único. Serão concluídos depois do horário normal os atos já iniciados, cujo adiamento prejudique o curso regular do procedimento ou cause dano ao interessado ou à Administração.

Art. 24. Inexistindo disposição específica, os atos do órgão ou autoridade responsável pelo processo e dos administrados que dele participem devem ser praticados no prazo de cinco dias, salvo motivo de força maior.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo pode ser dilatado até o dobro, mediante comprovada justificação.

Art. 25. Os atos do processo devem realizar-se preferencialmente na sede do órgão, cientificando-se o interessado se outro for o local de realização.

CAPÍTULO IX DA COMUNICAÇÃO DOS ATOS

Art. 26. O órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências.

§ 1.º A intimação deverá conter:

I - identificação do intimado e nome do órgão ou entidade administrativa;

II - finalidade da intimação;

III - data, hora e local em que deve comparecer;

IV - se o intimado deve comparecer pessoalmente, ou fazer-se representar;

V - informação da continuidade do processo independentemente do seu comparecimento;

VI - indicação dos fatos e fundamentos legais pertinentes.

§ 2.º A intimação observará a antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento.

§ 3.º A intimação pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado.

§ 4.º No caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial.

§ 5.º As intimações serão nulas quando feitas sem observância das prescrições legais, mas o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade.

Art. 27. O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado.

Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado.

Art. 28. Devem ser objeto de intimação os atos do processo que resultem para o interessado em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e os atos de outra natureza, de seu interesse.

CAPÍTULO X DA INSTRUÇÃO

Art. 29. As atividades de instrução destinadas a averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão realizam-se de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias.

§ 1.º O órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo.

§ 2.º Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

Art. 30. São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1.º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2.º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34. Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Art. 35. Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1.º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2.º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Art. 39. Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, serão expedidas intimações para esse fim, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

Parágrafo único. Não sendo atendida a intimação, poderá o órgão competente, se entender relevante a matéria, suprir de ofício a omissão, não se eximindo de proferir a decisão.

Art. 40. Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo.

Art. 41. Os interessados serão intimados de prova ou diligência ordenada, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, hora e local de realização.

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1.º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2.º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Art. 43. Quando por disposição de ato normativo devam ser previamente obtidos laudos técnicos de órgãos administrativos e estes não cumprirem o encargo no prazo assinalado, o órgão responsável pela instrução deverá solicitar laudo técnico de outro órgão dotado de qualificação e capacidade técnica equivalentes.

Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.

Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os

dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

Art. 47. O órgão de instrução que não for competente para emitir a decisão final elaborará relatório indicando o pedido inicial, o conteúdo das fases do procedimento e formulará proposta de decisão, objetivamente justificada, encaminhando o processo à autoridade competente.

CAPÍTULO XI DO DEVER DE DECIDIR

Art. 48. A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência.

Art. 49. Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada.

CAPÍTULO XII DA MOTIVAÇÃO

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1.º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2.º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3.º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

CAPÍTULO XIII

DA DESISTÊNCIA E OUTROS CASOS DE EXTINÇÃO DO PROCESSO

Art. 51. O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

§ 1.º Havendo vários interessados, a desistência ou renúncia atinge somente quem a tenha formulado.

§ 2.º A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.

Art. 52. O órgão competente poderá declarar extinto o processo quando exaurida sua finalidade ou o objeto da decisão se tornar impossível, inútil ou prejudicado por fato superveniente.

CAPÍTULO XIV

DA ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1.º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2.º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

CAPÍTULO XV DO RECURSO ADMINISTRATIVO E DA REVISÃO

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1.º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2.º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

Art. 57. O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa.

Art. 58. Têm legitimidade para interpor recurso administrativo:

I - os titulares de direitos e interesses que forem parte no processo;

II - aqueles cujos direitos ou interesses forem indiretamente afetados pela decisão recorrida;

III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV - os cidadãos ou associações, quanto a direitos ou interesses difusos.

Art. 59. Salvo disposição legal específica, é de dez dias o prazo para interposição de recurso administrativo, contado a partir da ciência ou divulgação oficial da decisão recorrida.

§ 1.º Quando a lei não fixar prazo diferente, o recurso administrativo deverá ser decidido no prazo máximo de trinta dias, a partir do recebimento dos autos pelo órgão competente.

§ 2.º O prazo mencionado no parágrafo anterior poderá ser prorrogado por igual período, ante justificativa explícita.

Art. 60. O recurso interpõe-se por meio de requerimento no qual o recorrente deverá expor os fundamentos do pedido de reexame, podendo juntar os documentos que julgar convenientes.

Art. 61. Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo.

Parágrafo único. Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

Art. 62. Interposto o recurso, o órgão competente para dele conhecer deverá intimar os demais interessados para que, no prazo de cinco dias úteis, apresentem alegações.

Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto:

I - fora do prazo;

II - perante órgão incompetente;

III - por quem não seja legitimado;

IV - após exaurida a esfera administrativa.

§ 1.º Na hipótese do inciso II, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso.

§ 2.º O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

CAPÍTULO XVI DOS PRAZOS

Art. 66. Os prazos começam a correr a partir da data da cientificação oficial, excluindo-se da contagem o dia do começo e incluindo-se o do vencimento.

§ 1.º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente ou este for encerrado antes da hora normal.

§ 2.º Os prazos expressos em dias contam-se de modo contínuo.

§ 3.º Os prazos fixados em meses ou anos contam-se de data a data. Se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, tem-se como termo o último dia do mês.

Art. 67. Salvo motivo de força maior devidamente comprovado, os prazos processuais não se suspendem.

CAPÍTULO XVII DAS SANÇÕES

Art. 68. As sanções, a serem aplicadas por autoridade competente, terão natureza pecuniária ou consistirão em obrigação de fazer ou de não fazer, assegurado sempre o direito de defesa.

CAPÍTULO XVIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília 29 de janeiro de 1999; 178.º da Independência e 111.º da República.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol/ n.º
Araujo Jr, Tavares de., José; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2

Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Ferraz Jr, Tércio Sampaio	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida	4-1
Ferraz, Tércio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Filho, Alberto Venancio	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria da Silva, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali e	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4

Nascimento, Cynthia		
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Mattos, Cesar	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, Cesar	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	4-6
Oecd	Suggested Issues for Discussion III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pitman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacionl do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Riviére Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8

Step toe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Step toe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol/n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct - Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplastex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinós Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfértil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98 -02	Sherwin Willianmas do Brasil	5-8

133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
A.C 08012.007539/97 -22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
A.C 08012.000606/98 -41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
A.C 177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
A.C 08012.001501/98 -01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka -Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
A.C 08012.007251/97 -94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal Alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/ 97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado Automotiva Ltda	6-2
08012.001776/ 98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/ 97-08	National Starch Chemical e Grace Brasil	6-2

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Oficio X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2

109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro -Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda X Ici Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda X Lumix Química Ltda	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A -Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda, Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1

96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento	5-8
	Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda; Agravada; União	
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023 859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol/ n.º
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Quimio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Irís Ltda	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferenç Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda - Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana	4-4
Lei de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la	

Protección de la Propiedad Intelectual.	
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

<i>“PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTI-TRUSTE”</i>	Mauro Grinberg, Carlos F. de Magalhães, Neide Malard, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Eugênio de Oliveira Fraga, Marcos Vinícius de Campos, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Lázara Cotrin	1-3
<i>“DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA”</i>	Edmondo Triolo, Tércio Sampaio Ferraz, Leane Naidin, Ubiratan Mattos, Carlos F. de Magalhães, Guilherme Duque Estrada, Mauro Grinberg, Pedro Camargo Neto, Pedro Wongtschowski	1-3
<i>“CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL”</i>	Luiz Olavo Baptista, Michel A. Alaby, Werter R. Faria, Maria Isabel Vaz	1-3
<i>“CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO -I DO CADE”</i>	José Inácio Franceschini, Laércio Farina, Elizabete Farina, Jorge Gomes de Souza, Carlos Francisco de Magalhães, Ruy Coutinho, Neide Malard, José Del Chiaro, Tércio Sampaio Ferraz	3-1
<i>II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA</i>	Carlos Francisco de Magalhães, Laércio Farina, José Inácio G. Franceschini, Tércio Sampaio Ferraz., Gesner de Oliveira, Gabriel Castanheda, Elizabeth Farina, Pedro Dutra, Onofre C. de Arruda Sampaio	3-6

**www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br**