

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 5 número 5

**I
B
R
A
C**

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Volume 5 número 5 - 1998

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

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

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

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

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

DOCTRINA

REFORMA DO ESTADO: AVANÇO E MEMÓRIA	
<i>PEDRO DUTRA</i>	5

MERCADO RELEVANTE NA ANÁLISE ANTITRUSTE: UMA APLICAÇÃO DO MODELO DE CIDADE LINEAR	
CÉSAR MATTOS	7

JURISPRUDÊNCIA

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 54/95

CIA. PETROQUÍMICA DO SUL - COPESUL, OPP PETROQUÍMICA S.A. (ANTIGA PPH - CIA. INDUSTRIAL DE POLIPROPILENO), OPP POLIETILENOS S.A. (ANTIGA POLIOLEFINAS S.A.) E IPIRANGA PETROQUÍMICA S.A. (ANTIGA POLISUL - PETROQUÍMICA S.A.).	31
VOTO DA CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO	31
VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO	45
VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO	53
VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO	63
VOTO DO PRESIDENTE GESNER OLIVEIRA	65
ANEXO AO VOTO DO PRESIDENTE DO CADE.....	71

LEGISLAÇÃO

PROPOSTA DE REVISÃO DO REGIMENTO INTERNO DO CADE.....	137
---	-----

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	237
--	------------

DOCTRINA

REFORMA DO ESTADO: AVANÇO E MEMÓRIA

Pedro Dutra *

San Tiago Dantas, outro morto precoce da política brasileira¹, dizia que as grandes transformações jurídicas tem natureza aluvial: processam-se com certo vagar pois vão colhendo os sedimentos de seu curso histórico. Foi o ex-ministro do exterior e da fazenda um dos primeiros a formular propostas objetivas de reformas estruturais na vida social e econômica do país, e buscou institucionalizá-las com o devido figurino jurídico. O seu esforço falhado inscreveu-se no fracasso de uma geração inteira.

Quarenta anos depois, e vencidas as sombras que o grande político e jurista viu descer sobre o país ao morrer em 1964, vive o Brasil a novidade democrática e transformadora de grandes reformas estruturais. Os efeitos dessas reformas começam a ser sentidos, e a sua análise apenas iniciada. Contudo, um traço comum a elas pode ser identificado, no que se refere à prestação de alguns serviços públicos essenciais à população: a prevalência do interesse público sobre o interesse nacional. Este era o meio pelo qual ontem supunha o governo realizar, mediatamente, o interesse público. Este é hoje, ao contrário, promovido pelo setor privado regulado pelo Estado na forma da Lei, e traduz a vontade coletiva democraticamente apurada.

Esse câmbio de categorias políticas está à base da reforma em curso na prestação dos serviços públicos no Brasil. Exigiu ele primeiro uma fundamental mudança de mentalidade política a partir da redemocratização, e ao ex-ministro Sérgio Motta é devido creditar o desembaraço com que a apreendeu e promoveu. A prova está no apuro com que fez, com a sanção do Congresso e do Judiciário, instituir a ANATEL. Igual apuro estendeu-se à criação da ANP, e o esforço dos dirigentes da ANEEL poderá compensar a desigualdade de sua Lei, em relação às suas congêneres.²

* Advogado – Diretor do Instituto Brasileiro da Concorrência.

¹ Ministro das Relações Exteriores no gabinete parlamentar chefiado por Tancredo Neves em seguida à renúncia de Jânio Quadros, e Ministro da Fazenda no governo João Goulart, San Tiago morreu em setembro de 1964, um mês antes de completar 54 anos.

² Uma primeira análise das normas referidas está em

Espíritos precipitados viram no novo regime jurídico de regulação dessas atividades o desaparecimento dos ministérios, talvez esquecidos que o Executivo e o Legislativo ao criarem tais agências estavam reconhecendo e sancionando as transformações que a sociedade brasileira agora exige. Os ministérios aí estão, disputadíssimos. Mas decisivo é notar que a única forma eficaz de estimular o setor privado a atender à demanda dos consumidores por serviços essenciais, com segurança jurídica e econômica, é a regulação destes promovida na forma da Lei por órgãos de Estado dotados de independência decisória e financeira.

A criação de novas agências reguladoras em curso, para o transporte ferroviário, aéreo e rodoviário, bem como para outras atividades a afetar diretamente um grande contingente de consumidores, e portanto a afetar o interesse público, estão na ordem do dia, e à sua afirmação não poderão os poderes Executivo e Legislativo faltar.

Os exemplos de uma regulação independente na defesa dos interesses públicos, do interesse transindividual de dezenas de milhões de consumidores, começam a ser vistos na ação dessas três novas agências. A elas não se resume, porém. O CADE e a CVM, agências reguladoras criadas na década de 60 e 70, vêm-se esforçando por seguir regulando a livre-concorrência e os negócios de valores mobiliários. Estranhamente, não recebem a mesma atenção dada às novas agências, mesmo sendo certo que a ação destas exige, legalmente, a ação complementar do CADE e da CVM.

Este contraste, se não corrigido, minará a renovação da regulação dos mercados públicos no país, e repetirá uma história de fracasso. As verdadeiras transformações são um processo permanente, aluvial, e não um corte mágico na história das instituições de um país. Atender à memória de seus agentes será a melhor semente de sua afirmação definitiva.

Mercado Relevante Na Análise Antitruste: Uma Aplicação Do Modelo De Cidade Linear

César Mattos

I) Introdução

Os objetivos deste trabalho são:

- i) aprofundar a discussão da definição de mercado relevante e suas implicações para a aplicação aos casos concretos da análise antitruste, estabelecendo, a partir de uma adaptação do modelo de cidade linear de Hottelling, quais as variáveis importantes para esse exercício;
- ii) destacar as diferenças existentes na definição de mercado relevante a partir de uma perspectiva estática vis-à-vis uma dinâmica, também através dessa adaptação do modelo de cidade linear. Essa análise parte da constatação de que, especialmente na análise antitruste no Brasil, utiliza-se indistintamente abordagens estáticas e dinâmicas em um sentido que ficará claro no decorrer do trabalho. Procuraremos demonstrar que uma e outra podem gerar conclusões distintas quanto ao papel dos preços absolutos e relativos na delimitação do mercado relevante.

Esses dois objetivos serão abordados conjuntamente ao longo do estudo e não um a um. A próxima seção apresenta um resumo introdutório sobre a importância do conceito de mercado relevante na análise antitruste. A seção III introduz a distinção entre abordagens estática e dinâmica. A seção IV apresenta o modelo de cidade linear de Hottelling e a seção V procura aplicar as definições estática e dinâmica nesse último, demonstrando não ser apropriado utilizar indistintamente uma e outra abordagens sem estar consciente das diferenças envolvidas. A última seção ficará reservada para as conclusões.

II) O Conceito de Mercado Relevante na Análise Antitruste

O conceito de mercado relevante é uma das peças centrais da moderna teoria de defesa da concorrência. Constitui o ponto de partida da análise das autoridades antitruste no que tange à avaliação do escopo dos problemas concorrenciais no âmbito tanto de atos de concentração como de processos envolvendo abuso de posição dominante. Trata-se de um conceito nascido da experiência da legislação antitruste nos EUA, sendo ainda pouco explorado pela academia no que diz respeito a suas hipóteses subjacentes e implicações

teóricas. De acordo com Salgado (1996), “a jurisprudência americana criou o conceito de mercado relevante, um híbrido jurídico-econômico, cujo significado é o de delimitar as fronteiras do espaço econômico da análise antitruste”.

À primeira vista, o conceito de mercado relevante é confundido com a idéia de indústria ou setor, o que é completamente impróprio para uma análise focada na questão concorrencial. Conforme parecer do CADE (1997) sobre os impactos concorrenciais da privatização da CVRD, “indústria corresponde ao conjunto de firmas que produzem diferentes produtos a partir da mesma base técnica, insumos e processo produtivo; o mercado, em contraste, reúne os produtos que os consumidores entendem como substitutos entre si”.

Como primeira aproximação, descrever o mercado relevante implica responder à seguinte questão: quem são e onde estão localizados os concorrentes que determinado empresário considera quando fixa seus preços. Ou seja, quem são os agentes que determinado empresário observa como seus concorrentes, influenciando ou constringendo, portanto, sua política de preços³.

Nessa primeira tentativa de interpretação, observe-se a menção a determinado empresário, depreendendo-se que o conceito de mercado relevante deve ser aplicado de forma individualizada. Ou seja, constrói-se o mercado relevante a partir de um determinado agente. No caso de um ato de concentração, o mercado relevante é próprio apenas àquelas empresas que estão se juntando. No caso de abuso de posição dominante, o mercado relevante é específico àquela empresa na qual recaem as acusações.

É a partir desse mercado relevante construído que irá se definir o *market-share* de cada um dos agentes e, por conseguinte, os presumíveis efeitos anticoncorrenciais de uma concentração ou as possibilidades de abuso por parte de determinada empresa. No caso de um ato de concentração, quanto maior o número de empresas incluídas no mercado relevante, menor o *market-share* das empresas fundentes e, por conseguinte, menores, em média, os impactos negativos presumidos sobre a concorrência⁴. Analogamente, no caso de condutas abusivas, quanto maior o número de empresas incluídas no mercado relevante da empresa acusada, menor o seu *market-share* e, por conseguinte,

³ A análise de mercado relevante recai, com grande frequência, na concorrência via preços. No entanto, a análise pode ser estendida também para outros tipos de concorrência como a procedida via qualidade.

⁴ Um mercado relevante mais estrito não obrigatoriamente torna a análise de atos de concentração mais rigorosa. Se a delimitação de um mercado relevante for tão estreita que mesma as empresas fundentes não podem ser consideradas no mesmo mercado relevante uma da outra, então a sua união não afetará os *market-share* de ambas em seus respectivos mercados relevantes, o que implica não haver efeitos anticoncorrenciais.

menor, na média, a capacidade presumida da mesma de empreender comportamentos anticompetitivos⁵.

Além disso, o exercício de definição do mercado se subdivide, de maneira didática, em dois, os quais equivalem a responder duas questões: 1) Quem são os concorrentes, o que envolve definir todos os produtores (ou fornecedores de serviços) de bens substitutos próximos que ameacem aquele empresário, configurando o chamado *mercado relevante de produto*. 2) Onde estão os concorrentes, o que envolve definir a abrangência da localização física desses concorrentes, o que define o chamado *mercado relevante geográfico*.

III) Mercado Relevante: Análises Estática X Dinâmica

As *Merger Guidelines* (MG) americanas para fusões horizontais de 1992 são claras em conferir uma interpretação dinâmica para o conceito de mercado relevante, utilizando um exercício de “um aumento pequeno, mas significativo e não transitório de preços” para fins de análise das respostas da concorrência. Tal exercício está relacionado, em última análise, com a magnitude das elasticidades-preço próprias e cruzadas das demandas do empresário a partir do qual se constrói o mercado relevante e os candidatos a integrarem esse último⁶.

Em algumas circunstâncias, no entanto, se confundem na aplicação do conceito, os elementos próprios a uma análise dinâmica vis-à-vis uma análise estática, onde não se efetuará qualquer exercício de variação de preços para definir quem são os concorrentes.

Um dos principais indicadores que tem sido utilizados pelas autoridades antitrustes para construir o mercado relevante tanto nos EUA como no Brasil, e que tende a ser considerado próprio a uma análise estática, são os preços

⁵ É nítido como a análise isolada do mercado relevante de uma operação de concentração ou de uma empresa acusada de abuso está muito ligada com um tipo de exercício fortemente estruturalista nos moldes do paradigma estrutura-conduta-desempenho, no qual o market-share das empresas e o grau de concentração do mercado constituem as variáveis determinantes da análise concorrencial. Obviamente que o exercício do mercado relevante é apenas uma parte da análise proposta nas MG que incorporam outros desenvolvimentos da teoria de organização industrial na análise antitruste, inclusive os provenientes da escola de Chicago.

⁶ A utilização corrente tanto da elasticidade preço própria como cruzada da demanda na delimitação do mercado relevante na jurisprudência americana está explícita em recente documento da Federal Trade Commission-FTC- (1993) americana que afirma: “the concepts of price-elasticity and cross-price elasticities of demand have been used in some decisions”.

relativos de dois produtos. Um elevado diferencial sinalizaria menor probabilidade de um pertencer ao mesmo mercado relevante de outro⁷.

Demonstraremos, contudo, que a avaliação desse diferencial está relacionada com uma abordagem dinâmica e não estática, como poderia parecer à primeira vista. Ou seja, avaliar os preços relativos visando dimensionar o mercado relevante também é uma forma de analisar a elasticidade-preço cruzada da demanda, o qual constitui, por excelência, um exercício de análise dinâmica. Mais do que isso, demonstraremos nesse modelo, que, dentro de uma abordagem estática, curiosamente, não cabe uma avaliação de preços relativos, mas apenas de preços absolutos.

A interpretação mais estática pode ser consistente inclusive com algumas definições sugeridas pelos próprios órgãos de concorrência americanos, como assinalado em recente documento da Federal Trade Commission:

Mercado Relevante de Produto(Estático)

“A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products’ characteristics, their prices and their intended use”.

Mercado Relevante Geográfico(Estático)

“The relevant geographic market comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply and demand of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighbouring areas because the conditions of competition are appreciably different in those areas”

É nítido que não se pode depreender dessas definições, obrigatoriamente, qualquer exercício de efeitos da variação de preço presente nas MG. Nesse último documento, a caracterização dinâmica do exercício envolvido na definição de mercado relevante é explícita tal como se segue:

⁷ Recente documento da FTC constata a importância dos preços relativos na delimitação de mercado relevante: “The Commission has sometimes looked into price differences when analysing substitutability, in the sense that the existence of large price differences between two products for a large period of time would not be consistent with the notion of demand substitutability”.

Mercado Relevante de Produto(Dinâmica)

“the agency will begin with each product (narrowly defined) produced or sold by each merging firm and ask what would happen if a hypothetical monopolist of that product imposed at least a small but significant and non transitory increase in price, but the terms of sale of all other products remained constant . If, in response to the price increase, the reduction in sales of the product would be large enough that a hypothetical monopolist would not find it profitable to impose such an increase in price, then the agency will add to the product group the product that is the next-best substitute for the merging firm’s product”.

Mercado Relevante Geográfico (Dinâmica)

“the agency will begin with the location of each merging firm (or each plant of a multiplant firm) and ask what would happen if a hypothetical monopolist of the relevant product at that point imposed at least a small but significant and non-transitory increase in price but the terms of sale at all other locations remained constant. If, in response to the price increase, the reduction in sales of the product at that location would be large enough that a hypothetical monopolist producing or selling the relevant product at the merging firm’s location would not find profitable to impose such an increase in price, then the agency will add the location from which production is next-best substitute for production at the merging firm’s location”.

À primeira vista, uma interpretação mais dinâmica parece captar melhor a essência do significado de mercado relevante do que um exercício estático. No entanto, é possível que ambas as abordagens sejam importantes, sendo sua pertinência dependente do problema que se pretende examinar: Os potenciais efeitos de atos de concentração, onde uma análise dinâmica parece ser mais pertinente ou os impactos de condutas anticompetitivas, onde uma abordagem estática pode ser a mais apropriada.

Isso ocorre porque há motivações diferentes em cada tipo de análise. No caso de atos de concentração, examina-se quais as implicações potenciais do aumento de poder de mercado da nova empresa. No caso de condutas anticompetitivas examinam-se quais as implicações efetivas de um dado poder de mercado de determinada empresa. Ou seja, a questão relevante no caso de condutas é quais as possibilidades de abuso em vista desse dado poder de

mercado, o qual depende, em última análise, do constrangimento imposto pelos outros concorrentes sobre as ações da empresa no momento presente. Dessa forma, parece intuitivamente justificável que, no caso de condutas, tanto a análise estática como a dinâmica forneçam elementos importantes para o exercício de delimitação do mercado relevante.

As implicações práticas dessa separação metodológica para a delimitação do mercado relevante ficará mais clara a partir dos desenvolvimentos formais. O modelo utilizado para a análise estática será o de diferenciação de produto baseado na “cidade linear” de Hotelling. Nesse contexto, compara-se as condições de definição de um mercado relevante em bases estáticas (mais apropriado para a análise de condutas anticompetitivas) com as que seriam prevalentes em uma análise dinâmica (pertinente aos potenciais efeitos anti-concorrenciais de atos de concentração).

Enfim, cabe uma consideração adicional. O modelo apresentado não segue os mesmos procedimentos sugeridos nas MG para a delimitação de mercado relevante. Naquele caso, a construção desse mercado é feita a partir de uma firma definida que vai agregando uma a uma as outras firmas na ordem do grau de substitubilidade dos seus produtos com os da primeira. Esse procedimento pode subestimar o tamanho do mercado relevante, conforme observado por Shapiro (1994), o que implica tornar mais rigoroso o exame dos atos de concentração em questão ou as possibilidades de abuso de posição dominante por parte de uma empresa. Assim, no modelo proposto, pretende-se construir o mercado relevante de uma dada firma de forma simultânea com todas as candidatas potenciais e não uma a uma. Para tal são efetuadas algumas hipóteses simplificadoras fortes visando isolar cada relação da firma a partir das quais se constrói o mercado relevante.

IV) O Modelo de Cidade Linear

Inicialmente, é importante considerar que a diferenciação entre os conceitos de mercado relevante de produto e geográfico desaparecem no modelo de cidade linear. Conforme Basu (1993), “as has already been remarked, there is a certain analogy between the economics of location and the economics of product brands. This was evident to Hotelling (1929) who observed that the problem of two firms selling a homogeneous good at two different locations on a line could, alternatively, be thought of as two firms choosing to sell cider of two different degrees of sourness from within a continuum of possibilities”.

Para apresentar a estrutura do modelo de cidade linear, seguiremos de perto a análise de Tirole (1988). Primeiro, consideremos uma cidade linear de com-

primento igual a “k”, estando os consumidores distribuídos uniformemente ao longo da mesma, existindo apenas duas firmas localizadas nas duas extremidades, vendendo cada uma, um bem homogêneo conforme o Quadro I abaixo. Além disso, os consumidores apresentam custo de transporte igual a “t” por unidade de comprimento (o que pode incluir o valor atribuído pelos consumidores ao tempo gasto e o esforço despendido) e demandas unitárias (ou seja, consomem uma unidade ou nenhuma). Supõe-se que não há consumidores fora dessa linha.

Quadro I - Cidade Linear com Duas Firmas

	Firma 1	x	Firma 2	
0				K
	Custo tx		Custo t(k - x)	

Assim, o consumidor localizado em “x” terá um custo de transporte tx para se locomover até a firma 1 e comprar o bem e t(k-x) para ir até a firma 2. Observe-se que “k” pode ser tomado não como uma medida da distância geográfica entre as duas firmas, mas da diferenciação entre dois produtos. Além disso, “t” seria o custo de substituição do consumidor entre os produtos das duas firmas por unidade de diferenciação. Daqui por diante, tomaremos o problema da cidade linear indistintamente como uma questão de diferenciação de produto e distância geográfica. Na verdade, pode-se interpretar “k” como dependendo tanto da diferenciação como da distância entre as firmas.

Sendo “p1” e “p2” os preços praticados pelas duas firmas, dados exogenamente, tem-se que os custos totais para o consumidor em “x” se deslocar serão os seguintes:

$$\begin{array}{ll}
 p_1 + tx & \text{para a firma 1} \\
 e & \\
 p_2 + t(k-x) & \text{para a firma 2}
 \end{array}
 \quad (1)$$

Suponhamos que “s” constitui a utilidade do consumidor em relação ao bem vendido nas duas lojas. Nesse caso, o excedente do consumidor localizado em “x” será:

$$\begin{array}{ll}
 s - p_1 - tx & \text{se comprar na firma 1} \\
 e & \\
 s - p_2 - t(k-x) & \text{se comprar na firma 2} \\
 e &
 \end{array}
 \quad (2)$$

0 se não comprar

Se a diferença entre os preços das duas lojas não exceder o custo de transporte $(p_2 - p_1) < tk$, existe um consumidor localizado em $0 < x_1 < k$, que será indiferente entre comprar nas duas lojas. “ x_1 ” será dado por:

$$p_1 + tx_1 = p_2 + t(k - x_1) \quad (3)$$

$$x_1(p_1, p_2) = (p_2 - p_1 + tk) / 2t \quad (4)$$

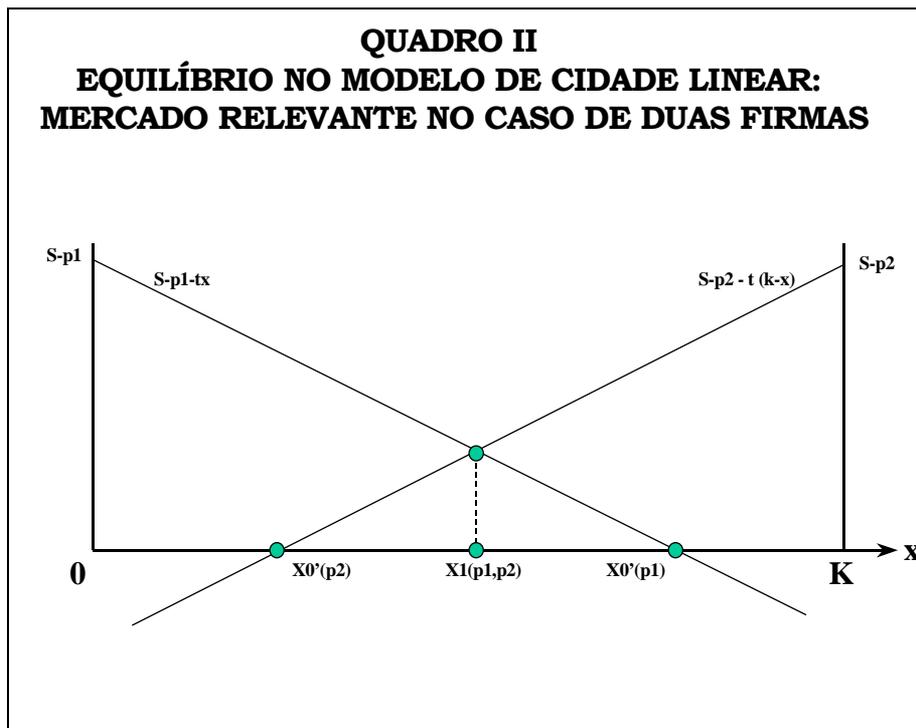
Havendo um total de N consumidores uniformemente distribuídos ao longo de “ k ”, as demandas das duas firmas no ponto de equilíbrio do modelo serão as seguintes:

$$D_1(p_1, p_2) = Nx_1(p_1, p_2) \quad (5)$$

$$D_2(p_1, p_2) = N(k - x_1(p_1, p_2))$$

O Quadro II mostra esse equilíbrio:

QUADRO II
EQUILÍBRIO NO MODELO DE CIDADE LINEAR:
MERCADO RELEVANTE NO CASO DE DUAS FIRMAS



É interessante observar que a definição de mercado relevante será sempre ligada a um agente econômico ou grupo de agentes em particular. Particularmente, a proposta de definição do mercado relevante através do modelo de cidade linear pode implicar relações não-transitivas, ou seja, se “A” está no mesmo mercado relevante de “B” e esse último no de “C”, não obrigatoriamente “A” estará no mesmo mercado de “C” e vice-versa.

No caso da conduta abusiva de uma empresa, o mercado relevante será definido para a própria. Quando se trata de conduta abusiva de “q” agentes, o mercado relevante será definido estritamente para esses últimos⁸. Ou seja, se existirem “n” empresas exatamente iguais, produzindo o mesmo bem, a definição de mercado relevante para condutas ou atos de concentração envolvendo todas as “n” firmas poderá ser diferente uma da outra, caso a distância geográfica entre elas seja suficientemente grande. Igualmente, “n” empresas de mesmo tamanho, localização muito próxima (tornando a variável distância

⁸ Também em uma fusão de duas empresas, o mercado relevante é definido para essas em particular.

negligenciável), mas produzindo bens que sejam suficientemente diferentes, também poderão ter mercados relevantes distintos.

Assim, escolhamos a firma 1 para empreender um exercício de definição matemática de mercado relevante. Inicialmente, vamos supor que apenas exista a firma 2 como concorrente em potencial da firma 1 dentro de uma perspectiva estática. Ou seja, a firma 2 é a única que apresenta um bem suficientemente homogêneo conjugado com uma distância suficientemente curta para entrar no mercado relevante da firma 1.

Observe que se não fosse a firma 2, a firma 1 não teria uma demanda de apenas $x_1 = N(p_2 - p_1 + tk)/2t$. A demanda da firma 1 seria dada pelo seguinte:

$$s - p_1 - tx_0 = 0$$

$$x_0 = (s - p_1)/t \quad (6)$$

$$D_1(p_1,) = N(s - p_1)/t \quad (6')$$

que é maior que $D_1(p_1, p_2)$, dadas as hipóteses do modelo.

Por outro lado, a perda de consumidores da firma 1 para 2 deve ser suficientemente grande, para que as duas estejam no mesmo mercado relevante. Ou seja, a distância entre x_0 e x_0' (quando a firma 2 não está constrangida pela firma 1) deve ser suficientemente grande em relação ao total da distância entre as duas firmas. Essa medida de suficiência, no entanto, não é dada endogenamente no modelo. Trata-se de um percentual que fica à discrição da autoridade antitruste definir “ex-ante”. Quanto maior a distância de x_0 e x_0' requerida por este último em relação a “K”, menos provável que a firma 2 esteja no mesmo mercado relevante da firma 1. Para mensurar essa distância, é preciso, calcular o valor de x_0' :

$$s - p_2 - t(k - x_0') = 0 \quad (7)$$

$$x_0' = (p_2 - s + tk)/t \quad (7')$$

Ou seja, a distância entre x_0 e x_0' será dada por:

$$x_0 - x_0' = (s - p_1)/t - \{p_2 - s + tk\}/t =$$

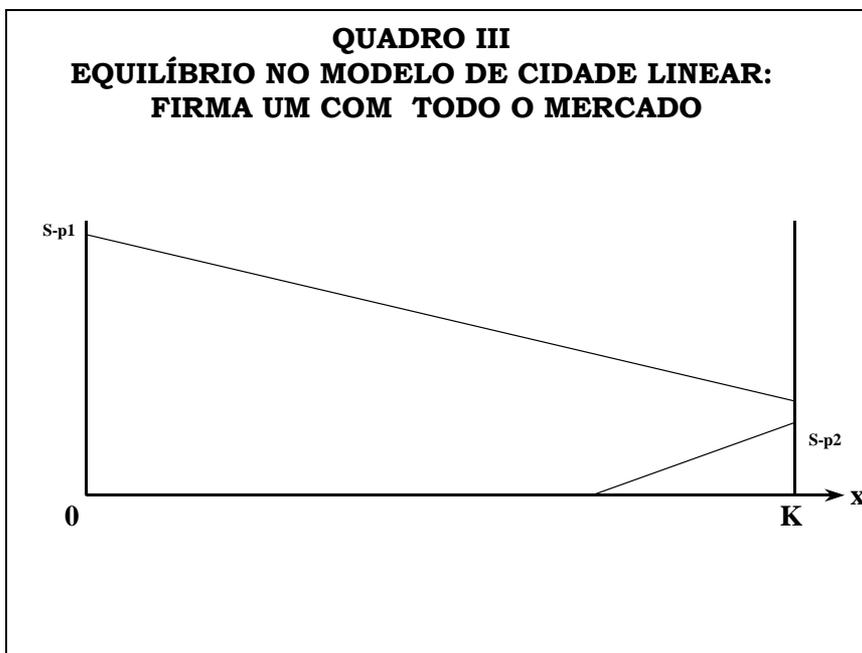
$$= (2s - p_1 - p_2 - tk)/t \geq 0 \quad (8)$$

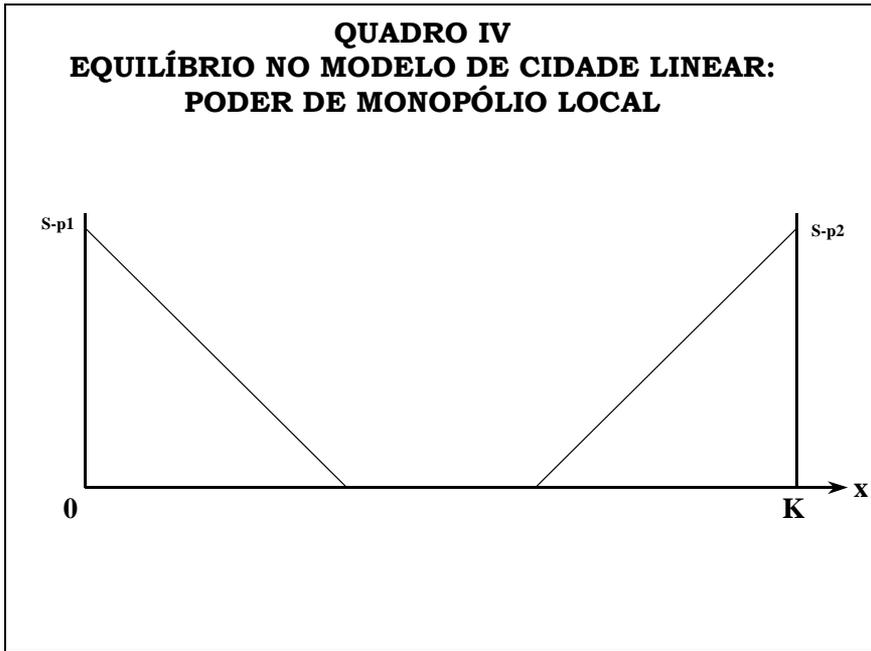
Suponhamos que a autoridade antitruste defina que para uma firma estar no mesmo mercado relevante de outra, a distância mínima requerida entre x_0 e x_0' deva ser $Y\%$ do total do mercado N_k . Assim, a desigualdade acima se torna:

$$x_0 - x_0' = (2s - p_1 - p_2 - tk)/t \geq Yk \geq 0 \quad (8')$$

Que é uma condição para que a firma 2 esteja no mesmo mercado relevante da firma 1, dentro de uma análise estática. Assim, obtemos o primeiro resultado importante para a definição do mercado relevante de uma firma.

Observe-se que a configuração mostrada no Quadro II, onde há um ponto de intersecção bem definido entre as curvas de demanda das duas firmas, pode não refletir o mundo real. Seguindo Tirole, há mais duas situações importantes nesse tipo de modelo, sendo que em ambas, as duas firmas não estarão no mesmo mercado relevante, conforme os quadros III e IV abaixo:





Na primeira situação, quebra-se uma hipótese importante para que exista pelo menos um consumidor indiferente entre as duas firmas. Nesse caso:

$|p_1 - p_2 - t| \geq t \Rightarrow$ Ou $p_1 - p_2 \geq t$, e a firma 1 não tem demanda alguma, ou $p_2 - p_1 \geq t$ e a firma 2 não tem demanda alguma.

Em particular, se $p_2 - p_1 \geq t$, tem-se que: Se $p_1 < s - t \Rightarrow D_1(p_1, p_2) = Nk$, como no exemplo do quadro 3.

Se $p_1 > s - t \Rightarrow D_1(p_1, p_2) = Nk(S - p_1)/t$, e apesar do mercado não ser totalmente coberto por 1, os preços da firma 2 são tão proibitivos que não consegue vender mesmo para os consumidores mais próximos.

Na segunda situação importante, descrita no Quadro 4, cada firma acaba detendo um monopólio local, pois dados p_1 , p_2 , s , t e k , nenhuma das duas constrange o comportamento da outra e o mercado relevante é diferente. Ou seja, o único constrangimento das duas é a sua curva de demanda específica. Isso ocorre justamente quando a diferença entre x_0 e x_0' é negativa, ou seja, na situação em que a equação (8) é menor que zero.

$$(2s - p_1 - p_2 - tk)/t \leq 0 \quad (8'')$$

É trivial que em ambas as situações, a condição 8` é suficiente para que nenhuma delas ocorra. Assim, pode-se dizer que a condição 8', no modelo de cidade linear com duas firmas, é condição necessária e suficiente para que a firma 2 esteja no mesmo mercado relevante que a firma 1 e vice-versa.

V) A Definição de Mercado Relevante com Várias Cidades Lineares

V.1) A Definição de Mercado Relevante com Várias Cidades Lineares Premissas

Com a hipótese de que apenas existem duas firmas, vários fatores complicadores relacionados à aderência do modelo ao mundo real são eliminados. Particularmente, se a firma 2 está no mercado relevante da firma 1, a recíproca é verdadeira e esta última também estará no mesmo mercado relevante da firma 2. Introduzindo mais firmas ao longo da cidade, essa afirmação não é mais válida. Mais ainda, pode-se introduzir firmas fora da reta que definimos para a cidade, mas que estejam ligadas a pelo menos uma das firmas. Nesse contexto, a relação entre as firmas 1 e 2 não vai depender apenas das condições estabelecidas na cidade linear que as liga, mas nas várias relações entre essas duas e todas as outras e entre aquelas. Dentro desse instrumental de cidade linear, o problema matemático ficaria muito complicado, mas sem ganho adicional de poder explicativo.

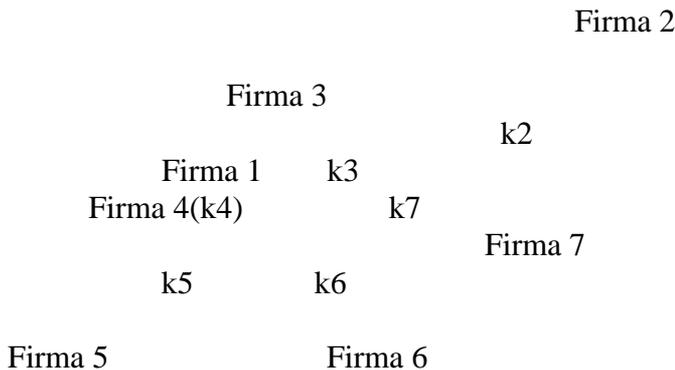
Dessa forma, visando abrir o modelo para um número maior de firmas, adotaremos algumas hipóteses simplificadoras a seguir:

- A firma 1 está na extremidade de várias cidades lineares designadas 1-j (cidade linear entre a firma 1 e a firma j). No extremo de todas, há uma outra firma da qual pretendemos verificar se pertence ou não ao mercado relevante de 1;
- As firmas continuam produzindo apenas 1 bem;
- Não há outras cidades lineares ligando essas firmas à firma 1 umas às outras, o que é uma hipótese forte. Ou seja, mesmo supondo que o produto da firma 1 é substituível pelo da firma 2 (o bem da firma 2 está no mesmo mercado relevante da firma 1 no sentido da equação 8') e pelo da firma 3, suporemos que nunca há transitividade (o produto da firma 2 não é substituível pelo da firma 3 e vice-versa). Isso decorre de uma hipótese anterior de que os consumidores nas várias cidades lineares apresentam preferências bem diferentes em relação aos das outras, sendo a única similaridade o desejo (mesmo assim diferenciado) de consumir o produto da firma 1;
- A utilidade do consumidor é igual entre a firma 1 e a firma j na cidade linear 1-j ($s_{1j}=s_{jj}$, o qual designaremos de s_j);

- Os custos de transporte (ou de substituição) entre a firma 1 e cada uma das firmas “j” não obrigatoriamente serão iguais, sendo que designaremos cada um de t_j ;
- Não há comunicação entre os consumidores de duas cidades, impossibilitando o exercício de arbitragem, podendo haver diferenças nos preços da firma 1 entre as cidades. O preço da firma 1 em cada cidade “j” (onde, por suposto, concorre com a firma “j”) será p_{1j} e o da firma “j”, p_j ;
- O bem oferecido pela firma 1 nas várias cidades é o mesmo;
- A autoridade antitruste fixou como distância mínima entre x_0 e x_0' , um valor de “ y_{kj} ”. Ou seja, as duas firmas devem disputar, *ceteris paribus*, um valor fixo de, pelo menos, $y\%$ do mercado total de cada cidade “j”, para que sejam consideradas no mesmo mercado relevante.

Sendo assim, podemos elaborar um modelo com várias cidades lineares construídas entre a firma 1 e cada uma das outras firmas consideradas como candidatas a integrar o mercado relevante da firma 1. O Quadro V a seguir ilustra a idéia da generalização do modelo de cidade linear:

Quadro V - Modelo de Várias Cidades Lineares



No exemplo acima são 6 firmas consideradas “candidatas”, pela autoridade antitruste, a constituírem o mercado relevante da firma 1. Observe-se que os comprimentos variados das linhas que separam as firmas podem estar refletindo ou a diferenciação dos produtos ou a distância geográfica ou ambas. Não obrigatoriamente as mais distantes (por exemplo, a firma 2) terão menos probabilidade, a priori, de entrar no mercado relevante da firma 1 que as mais

próximas (por exemplo, a firma 4). A definição do mercado relevante não depende apenas dos valores de “k”, mas também dos preços relativos, da utilidade do consumidor em uma cidade linear específica “sj” derivada do consumo dos bens das firmas e dos custos de transportes (ou medida de substituíbilidade entre os produtos das firmas) “tj” em cada cidade.

V.2) A Definição de Mercado Relevante com Várias Cidades Lineares: Análise Estática

Tendo em vista a análise procedida acima para o caso de duas firmas mais as hipóteses simplificadoras adotadas, segue-se que o modelo com várias cidades apenas replica as conclusões do de duas. A condição necessária para que uma firma “j” esteja no mercado relevante da firma 1 será a seguinte:

∃ pelo menos 1 consumidor em $x_1(p_{1j}, p_j) \leq k_j$ na cidade linear situada entre a firma 1 e a firma “j”, tal que:

$$s_j - p_{1j} - t_j x_1(p_{1j}, p_j) = s_j - p_j - t(k - x_1(p_{1j}, p_j)) \quad (9)$$

Suponhamos que a autoridade antitruste definiu, “a priori”, o tamanho mínimo da cidade linear, onde, ceteris paribus, haverá disputa entre as duas firmas em “y_{kj}” para que “j” possa estar no mesmo mercado relevante que a firma 1. A condição suficiente será:

$$(2s_j - p_{1j} - p_j - t_j k_j) / t_j \geq y_{kj} \quad \Rightarrow$$

$$(2s_j - p_{1j} - p_j) / (y + 1) t_j \geq k_j \quad (8''')$$

É claro que se a desigualdade 8''' for verdadeira, (9) também o será, supondo que há suficiente número de consumidores espalhados ao longo das cidades lineares. Isso confirma que, além de suficiente, a desigualdade 8''' também é condição necessária para que a firma “j” esteja no mesmo mercado relevante que a firma 1. Assim, o mercado relevante (tanto de produto como geográfico) da firma 1 é definido como todo o concorrente no qual a construção de uma linha entre este e a primeira respeita à desigualdade 8'''. Ou seja, o mercado relevante da firma 1 será constituído por toda a firma j tal que:

$$(2s_j - p_{1j} - p_j) / (y + 1) t_j \geq k_j \quad (8''')$$

Sendo “y” definido pela autoridade antitruste. Pela análise da desigualdade acima, obtemos as variáveis que condicionam o número de agentes no mercado relevante da firma 1. Quanto maiores as utilidades dos consumidores derivadas do consumo dos bens nas cidades lineares “j” onde atuam as firmas

“j”, “sj” maior deve ser o mercado relevante da firma 1, pois mais empresas satisfarão a desigualdade $8'''$, ceteris paribus. Quanto menores forem ambos os preços das firmas 1 e j nas cidades lineares 1-j, maior o mercado relevante da firma 1. Observe-se um ponto interessante que, nessa formulação, o mercado relevante de 1 não depende apenas negativamente de seu próprio preço, mas também do preço de seus concorrentes, ambos com o mesmo sinal. Assim, está demonstrado que, nessa definição estática, o que importa não são os preços relativos, mas sim os preços absolutos dos bens potencialmente substitutos ao da firma 1.

A equação $8'''$ também esboça relações mais intuitivas e observáveis na prática das autoridades antitruste. Primeiro, quanto maior o custo de transporte por unidade de distância e/ou o custo de substituição por unidade de diferenciação entre a firma 1 e cada uma das firmas j nas cidades lineares 1-j, menor o mercado relevante da firma 1. Segundo, quanto maior a distância geográfica ou menor a substituíbilidade entre os bens da firma 1 e das firmas j nas cidades lineares j, menor o mercado relevante da firma 1. Enfim, quanto mais exigente a autoridade antitruste for em termos da “concorrência”(no sentido estático), ou seja, maior a intersecção requerida entre os mercados “y”⁹, menor o mercado relevante a ser definido para a firma 1.

Quais as implicações da delimitação dos concorrentes integrantes do mercado relevante, conforme o “teste” da equação $8'''$ para a análise antitruste? Quanto maior o número de firmas integrantes do mercado relevante de duas firmas que se concentram¹⁰, menor será, em média, o dano presumível para a concorrência daquela fusão. Se nenhuma firma passa no “teste” da equação $8'''$, constitui-se um monopólio, que deve gerar grande preocupação das autoridades de defesa da concorrência quanto à operação de fusão, podendo a mesma ser contestada¹¹.

V.3) *A Definição de Mercado Relevante com Várias Cidades Lineares: Análise Dinâmica*

⁹ É importante destacar que essa forma de delimitar o mercado relevante está consoante à análise de Callisson (1995) do DOJ/USA. Segundo a autora, o importante é concentrar o foco da definição do mercado relevante nos chamados consumidores marginais “who are most likely to switch in response to changes in relative prices”. Esses são justamente aqueles que estão no intervalo definido por “y”.

¹⁰ Em nosso exercício ambas se tornam uma firma só, denominada de firma 1.

¹¹ Supondo, obviamente, que as duas firmas fundentes estejam no mesmo mercado relevante. Caso contrário, não haveria razão para a autoridade antitruste contestar a fusão, já que o market-share de cada uma não seria afetada em seus respectivos mercados relevantes.

Conforme arguido no início, os resultados obtidos implicam uma definição estática de mercado relevante. Em uma análise mais dinâmica, o importante será analisar as elasticidades preço e preço-cruzada da demanda. Ou seja, cabe avaliar a sensibilidade da demanda da firma 1 em relação aos preços da firma j e vice-versa e em relação ao próprio preço em um mercado com a presença da firma j. Observe-se que se uma firma j está no mesmo mercado relevante da firma 1, então, conforme a equação 4:

$$x_{1j}(p_{1j}, p_j) = (p_j - p_{1j} + t_{jk}) / 2t_j \quad (4)$$

A elasticidade cruzada da demanda da firma 1 em relação ao preço da firma j na cidade linear j será a seguinte:

$$(\partial x_{1j} / \partial p_j) * p_j / x_{1j} = (1/2t_j) * p_j / (p_j - p_{1j} + t_{jk}) / 2t_j = p_j / (p_j - p_{1j} + t_{jk}) > 0$$

Ou seja, os bens são substitutos. Mais uma vez, cabe introduzir uma variável que representa o poder discricionário da autoridade antitruste. A esta definir uma elasticidade mínima acima da qual a firma 1 e a firma j devem ser consideradas no mesmo mercado relevante. Suponhamos que seja definido $\varepsilon > 0$, como esse valor mínimo. Sendo assim a condição:

$$p_j / (p_j - p_{1j} + t_{jk}) \geq \varepsilon \quad (4'')$$

deve ser satisfeita para que a firma j esteja no mesmo mercado relevante da firma 1. Simetricamente é preciso que

$$(\partial x_j / \partial p_{1j}) * p_{1j} / x_j = (1/2t_j) * p_{1j} / (p_{1j} - p_j + t_{kj}) / 2t_j = p_{1j} / (p_{1j} - p_j + t_{kj}) > \varepsilon \quad (4''')$$

seja satisfeita para que a firma 1 esteja no mercado relevante da firma 2. Observe-se que ambas as equações explicitam o diferencial de preços $p_{1j} - p_j$ como condicionante da definição de mercado relevante.

Por outro lado, também será relevante comparar a elasticidade da demanda da firma 1 ao seu próprio preço quando a presença da firma j restringe a sua demanda na cidade linear j e quando não restringe. Essa é uma consideração importante na qual as MG não são esclarecedoras. No caso em que a presença da firma “j” restringe o comportamento da firma 1, a condição

$$(2s_j - p_{1j} - p_j - t_{kj}) / t_j \geq 0 \quad (8')$$

é satisfeita. Nesse caso, a demanda do consumidor indiferente será a dada pela equação 4. A elasticidade da demanda será:

$$(\partial x_{1j}/\partial p_{1j}) * p_{1j}/x_{1j} = (-1/2t_j) * (p_{1j}/(p_j - p_{1j} + t_j)/2t_j) = -p_{1j}/(p_j - p_{1j} + t_j) \quad (10)$$

Já no caso do Quadro 4 em que a demanda será

$$D_1(p_1,) = N(s - p_1)/t \quad (6')$$

A elasticidade da demanda será:

$$(\partial x_{1j}/\partial p_{1j}) * p_{1j}/x_{1j} = (-1/t_j) * p_1/(s_j - p_{1j})/t_j = -p_{1j}/(s_j - p_{1j}) \quad (10')$$

Observe-se que, dentro de uma perspectiva dinâmica na análise antitruste, para uma firma 2 estar no mercado relevante da firma 1, é condição necessária que a elasticidade de demanda em 10 (a firma j restringendo o comportamento da firma 1) seja maior, em valores absolutos, que em 10' (a firma j não restringendo o comportamento da firma 1). No entanto, isso não é sempre verdadeiro. Apenas quando:

$$s_j \geq p_j + t_j \quad (11)$$

a elasticidade da demanda derivada da presença da firma j será maior que na ausência, também em valores absolutos.

Além disso, a autoridade antitruste pode exigir que a presença de j restrinja de forma suficientemente grande a variação de preços da firma 1 para que aquela possa ser considerada no mercado relevante dessa. Ou seja, pode exigir que a diferença entre as elasticidades-preço da firma 1 com e sem a presença j seja suficientemente grande. Essa condição pode ser dada pelo seguinte:

$$s_j - p_j - t_j \geq h \Rightarrow s_j - t_j - h \geq p_j \quad (12)$$

Sendo “h” estabelecido pela autoridade antitruste.

Nesse caso, as duas condições para que a firma “j” esteja no mesmo mercado relevante da firma 1, dentro de uma análise dinâmica serão as seguintes:

$$p_j/(p_j - p_{1j} + t_{kj}) \geq \varepsilon \quad (4'')$$

$$s_j - t_j - h \geq p_j \quad (12)$$

Quanto maiores os preços absoluto e relativo da firma j em comparação à firma 1 nas cidades lineares “ j ”, maior o mercado relevante da firma 1, conforme a equação 4”. Por outro lado, é importante assinalar que quanto maior o preço relativo da firma 1 em comparação à firma “ j ”, maior o mercado relevante da mesma. Isso ocorre porque quanto maior o preço de determinada, mais os consumidores sentirão uma elevação proporcional do mesmo e substituirão por outros produtos, fazendo crescer o mercado relevante.

Ou seja, a avaliação dos preços relativos, como parte de uma análise dinâmica, deve também se prender ao sentido do diferencial de preços. Se o preço da firma através da qual se constrói o mercado relevante é mais alto que os dos substitutos, quanto maior esse diferencial maior o mercado relevante. Ao contrário, se o preço das outras firmas forem maiores, na média, que o preço da firma a partir da qual se constrói o mercado relevante, o diferencial de preços tende a reduzir esse último. Observe-se que, mesmo em uma definição dinâmica, o preço absoluto das outras firmas são importantes para definir o mercado relevante da firma 1.

Além disso, em relação às distâncias “ k_j ”, aos custos de transporte (ou de substituição) “ t_j ” entre as firmas 1 e j nas cidades lineares j , e ao parâmetro fixado pela autoridade antitruste para a elasticidade da demanda “ ε ”, maior o mercado relevante da firma 1.

O preço da firma “ j ” não pode ser tão grande de forma a desrespeitar a equação 12. Quanto maior a utilidade dos consumidores nas cidades “ j ”, “ s_j ”, menor essa restrição imposta pela equação 12 e, por conseguinte, maior o mercado relevante da firma 1. Menores valores dos custos de transporte t_j e do critério imposto pela autoridade antitruste “ h ”, também resultarão em mercados relevantes maiores pela equação 12.

V.4) A Definição de Mercado Relevante com Várias Cidades Lineares: Análise Dinâmica X Estática

É interessante comparar essas condições com as obtidas na análise estática. Reproduzindo a equação 8”’:

$$(2s_j - p_{1j} - p_j)/(y+1)t_j \geq k_j(8''')$$

Há mudanças importantes. Enquanto em uma análise estática, quanto menores os valores absolutos dos preços da firma 1, p_{1j} , menor o seu mercado relevante, o contrário é verdadeiro em uma análise dinâmica. Enquanto em

uma análise estática, quanto menores os valores absolutos dos preços das firmas j , p_j , maior o mercado relevante da firma 1, o mesmo pode não ser verdade na análise dinâmica, tendo em vista a condição 4'', que significa uma elasticidade-cruzada suficientemente grande. As influências de t_j e k_j e s_j apresentam o mesmo sinal tanto na análise estática como na dinâmica no sentido de redução do mercado relevante da firma 1 nas duas primeiras variáveis (t_j e k_j) e aumento na terceira(s_j).

VI) Conclusões

As principais conclusões desse trabalho, inclusive no que tange às necessárias reflexões para a aplicação adequada do conceito de mercado relevante no caso do Brasil são as seguintes:

- quando se está utilizando uma análise estática, quanto maiores os preços absolutos no modelo de cidade linear, menor o mercado relevante. Como uma análise estática pode ser a mais apropriada para o estudo de condutas abusivas que uma dinâmica, conclui-se que quanto maiores os preços correntes da firma suspeita, menor o mercado relevante e, por conseguinte, mais rigorosa a análise antitruste no sentido de definir a capacidade daquela em empreender comportamentos anticoncorrenciais;
- quando se está utilizando uma análise dinâmica, quanto maiores os preços absolutos e relativos das firmas candidatas a integrarem o mercado relevante de uma determinada firma no modelo de cidade linear, maior o mercado relevante. Como uma análise dinâmica é mais apropriada para o estudo de atos de concentração que uma estática, conclui-se que quanto maiores os preços absolutos e relativos das firmas candidatas a integrar o mercado relevante de uma determinada firma, maior o mercado relevante e, por conseguinte, mais rigorosa a análise dos presumíveis efeitos anticoncorrenciais daquela operação de fusão;
- dentro do modelo proposto, baseado na cidade linear de Hotelling, os preços relativos são importantes para definir o mercado relevante na análise dinâmica, mas não em uma análise estática, como pareceria à primeira vista;
- tanto na análise estática como na dinâmica, o custo de transporte e/ou de substituição e a distância geográfica e/ou o grau de diferenciação entre os produtos reduzem o mercado relevante de uma firma;
- o mercado relevante também depende dos parâmetros fixados, explícita ou implicitamente, pela autoridade antitruste.

Bibliografia

- Basu,K: “Lectures in Industrial Organization Theory”. Blackwell. 1993. Cap 8.
- CADE: “Análise do Edital de Privatização da CVRD”. 1997.
- Callisson,J.E.: “Issues in Relevant Product Market Definition”. Mimeo. Department of Justice.
- Department of Justice and Federal Trade Commission: “Horizontal Merger Guidelines, April 1992.
- Federal Trade Commission: “Market Definition Under The Merger Regulation”. Mimeo. 1993
- Salgado,L.H: “Voto do Ato de Concentração 27/95”. CADE-1996.
- Shapiro, C.: “Mergers with Differentiated Products: Narrow Markets Under The Merger Guidelines”. Mimeo. Berkeley University- 1994.
- Tirole, J.: “The Theory of Industrial Organization”. The MIT Press. 1988.Cap 2.

JURISPRUDÊNCIA

(Complementação dos votos publicados no Vol. 5 n.º 4)

Ato de Concentração nº 54/95

Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul - COPESUL, OPP Petroquímica S.A. (antiga PPH - Cia. Industrial de Polipropileno), OPP Polietilenos S.A. (antiga Poliolefinas S.A.) e Ipiranga Petroquímica S.A. (antiga POLISUL - Petroquímica S.A.).

Relator: Conselheiro Antonio Fonseca

VOTO DA CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO

A. Introdução

1. A complexidade deste caso reside não tanto no contraditório que se estabeleceu ou nas características técnicas da atividade petroquímica, mas no fato de que a análise levanta um emaranhado de questões - verdadeiros dilemas - que se precisa enfrentar um a um - dilemas esses que o Relator Antonio Carlos Fonseca enfrentou bravamente. Não poderia deixar de mencionar que minha formação de convicção em um caso de tamanha complexidade não teria sido possível se não tivesse me amparado no admirável trabalho realizado pelo Relator.

2. Em primeiro lugar eu me pergunto qual a razão que nos leva a estarmos aqui analisando um contrato de suprimento de matérias-primas. Que dano ao mercado contratos dessa natureza poderiam causar? Tal dano poderia estar presente se como intenção ou efeito, os contratos viessem a eliminar ou prejudicar a concorrência. O eventual prejuízo a concorrência aqui como em outros casos deve ser procurado no longo prazo, ou seja, o que se deve perguntar é se o ato em questão altera a configuração do mercado e a interação competitiva entre os agentes, de forma estrutural. Isto pode se dar se houver exclusão de concorrente do mercado, que não por razões de diferencial de eficiência. Assim, a primeira questão que se coloca é se houve ou não exclusão no presente caso. Há uma passagem de Baumol e Ordober que orienta bastante bem uma análise desta natureza:

3. *“...while the public interest is properly concerned with the health of competition and not that of competitors, it is also true that when competitors - actual and potential - are weak or no existent, it is not likely hat competition can flourish. Consequently, from the public interest standpoint, it is necessary to assess the consequences of a particular firm's conduct on the long-term vigor of its rival(s) when that conduct stems from anticompetitive incentives.”*¹²

4. Seguindo uma orientação como essa, que me parece particularmente útil para a compreensão do presente caso, inevitavelmente começamos a transitar numa zona cinzenta, pois a análise de um ato de concentração pode revelar a intenção ou a concretização de uma conduta lesiva à ordem econômica. Assim, a análise do presente ato forçosamente implica indagar da possibilidade de se estar diante de conduta ou condutas lesivas à concorrência.

5. Para além da leitura atenta dos elementos trazidos pelo Relator no seu cuidadoso trabalho e do acompanhamento da instrução do processo, procurei rever alguns aspectos da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria que me permitissem firmar convicção sobre este ponto. Deixei-me guiar por duas indagações básicas:

Quando se pode falar de exclusão? Quando se pode aplicar a doutrina das instalações essenciais? Eu resumiria em poucos pontos os resultados dessa pesquisa.

B. Recusa de Negociação e Doutrina das Instalações Essenciais

6. E primeiro lugar, a doutrina e a jurisprudência têm indicado que, a princípio, mesmo que detenha poder de monopólio, uma firma não tem o dever de cooperar com suas rivais, fosse assim estaria sendo revertido o significado primeiro do direito da concorrência, tão de perto associado à livre iniciativa.

¹² se é verdade que o interesse público está estritamente relacionado à saúde da competição e não dos consumidores, é também verdade que quando os competidores - atuais e potenciais - são fracos ou não existentes, não é provável que a competição possa florescer. Consequentemente, do ponto de vista do interesse público, é necessário avaliar as consequências da conduta de uma firma em particular sobre o vigor de longo prazo de sua(s) rival(is) quando a conduta origina-se de incentivos anticompetitivos.” (tradução livre) Pp6. (in “ From Rival Assesments of 'Common Control' “ verified statemen on behalf of Southern Pacific Lines - Janusz Ordovery and William Baumol on proposed acquisition of control by UP over CNW. Manuscript published in prof. Oliver Williamson’s Reading Materials, University of California at Berkeley, Fall 1994.)

7. A ausência desse dever de transacionar é também a contrapartida do direito de escolher associada e clientes. Esse direito é, logicamente, qualificado, e nessa qualificação pesam razões econômicas, negociais, que podem justificar a recusa de venda ou exclusão. Além disso, uma conduta não pode ser caracterizada como exclusionária simplesmente considerando seus efeitos sobre o competidor. É preciso considerar os impactos sobre os consumidores e se a competição foi restringida de forma desnecessária.

8. Lamentavelmente, nesse caso, não há informações mais precisas sobre a opinião dos consumidores - em particular as empresas de 3ª geração, clientes diretos da 2ª geração de produtos petroquímicos no mercado relevante, tal como definido pelo Relator, onde foram identificados problemas de competição. O ponto que me parece fundamental ressaltar é que a recusa de venda, negociação ou colaboração com um rival, por parte de agente detentor de poder de mercado pode ser considerada razoável, se motivada por razões econômicas para além de motivações anticompetitivas.

9. No caso Aspen, por exemplo¹³, a decisão de Ski co. de terminar com o esquema de tíquete único foi uma decisão de um monopolista de impor uma importante mudança às características daquele mercado. O juri foi instruído de forma não ambígua de que a recusa de negociar não seria uma violação se houvesse razões de negócio válidas para a recusa. O juri concluiu que não havia tais razões.

10. Ao instruir o juri, o juiz distrital ensinou que uma ofensa por monopólio sob o parágrafo 2º do Sherman Act deve apresentar dois elementos (1) possuir poder de monopólio no mercado relevante; (2) aquisição intencional, manutenção ou uso de poder por meios exclusionários ou anticompetitivos ou com propósitos igualmente exclusionários ou anticompetitivos.

11. Com relação à aplicação da doutrina das instalações essenciais, a formulação mais recente foi definida em 1977 pela corte distrital no caso Hecht v. Pro-Football Inc.¹⁴ A partir dessa decisão, definiu-se instalação essencial como algo que é:

- 1) essencial para a sobrevivência competitiva do reclamante;
- 2) não pode ser duplicada;
- 3) pode ser usada pelo reclamante sem a interferência no uso do defendente;

12. A corte naquele caso, adicionalmente, sugeriu que para provar o dever de compartilhar uma instalação essencial, o reclamante teria que mostrar que a negativa foi motivada por razões anticompetitivas ou que a competição seria fortalecida se o acesso fosse permitido.

¹³ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp. 472 U.S. 585, 1985

¹⁴ 570 - F 2d 982 (1978).

13. A modo de ilustração, vale a pena reproduzir a instrução ao juri na Corte de Apelação no caso Aspen.

“uma firma que tenha adquirido legalmente uma posição de monopólio não é impedida de obter vantagens de economias de escala construindo uma planta grande e eficiente. Esses benefícios são uma consequência do tamanho e não um exercício de poder de monopólio. Nem uma empresa que possui poder de monopólio tem o dever de cooperar com suas rivais. Da mesma forma uma firma que possua poder de monopólio e que se recuse a entrar em um acordo de operação conjunta com um competidor ou que recuse a negociar com um competidor não viola o parágrafo 2º do Sherman Act se razões de negócio existem para essa recusa (...) nós estamos preocupados com condutas que desnecessariamente excluem ou inviabilizam competidores. (...) uma conduta que não beneficie os consumidores tornando disponível um bem ou serviço melhor e que a o contrário tem o efeito de prejudicar a competição.”

C. Uso dos Conceitos de Custo de Transação

14. Uma observação *a latere* que eu não me furto de fazer é com relação ao uso que é feito não da teoria, mas da terminologia da economia dos custos de transação e da economia da informação, sobretudo pelas Requerentes. Destaco o uso pouco rigoroso que se fez nos autos de expressões como oportunismo e reputação. Quanto ao oportunismo - a busca do interesse próprio com malícia - é bom mencionar que se trata de uma premissa do comportamento humano - de acordo com a economia dos custos de transação - que, juntamente com a racionalidade limitada¹⁵, guia as decisões dos agentes, em particular nas relações econômico-contratuais. Pode-se falar em um oportunismo latente no comportamento humano - em oposição à racionalidade limitada, que é perversa, se me permitem o anglicismo - oportunismo este que pode ser exercido quando condições objetivas como assimetria de informação e especificidades de ativos estão presentes nas transações. Em suma, de acordo com a teoria, todos os agentes econômicos são potencialmente oportunistas.

15. Não há qualquer razão para supor que o comportamento oportunista seja mais provável por parte da Interessada do que das Requerentes, sobretudo em vista da assimetria de posições de ambas. Em verdade, a relação de dependência da Interessada com relação à Copesul torna irracional - mesmo no suposto

¹⁵ Que traduz a incapacidade da mente humana de apreender a complexidade e extensão dos problemas colocados pela realidade.

de racionalidade limitada - o comportamento oportunista, numa perspectiva de longo prazo, por desconsiderar a possibilidade de retaliação, num ambiente de jogos repetidos, que é o que parece melhor se aplicar às relações de longo prazo como as que vigoram em um pólo petroquímico. Certamente que a dificuldade de se identificar a estratégia empresarial de longo prazo da interessada, por razões que mencionarei adiante, é fator que agrava as incertezas e prejudica a disposição de comportamento cooperativo por parte das requerentes, mas não necessariamente torna mais factível o comportamento oportunista por parte da Interessada.

16. Finalmente, aplicar a economia dos custos de transação à análise de contratos complexos e restrições verticais implica considerar simetricamente tanto os ganhos de eficiência quanto os propósitos estratégicos e dos efeitos que acompanham tais restrições. Esses elementos, que poderiam explicar a indisposição de em cooperar por parte das Requerentes, estão ausentes de boa parte dos documentos juntados aos autos. Em suma, o uso que se fez da terminologia própria teoria em documentos apresentados pelas Requerentes foi, para dizer o mínimo, incompleta.

D. Interpretação da Ocorrência de Exclusão

17. Como sugeri ao definir este problema como um de área cinzenta, se estivéssemos diante de uma prática evidenciada de recusa de venda ou negociação por parte de empresa monopolista, com claro efeito de eliminação de concorrente do mercado, com aplicação incontestada da doutrina das instalações essenciais, com claro efeito de eliminação da concorrência do mercado, estaríamos diante de uma ofensa à ordem econômica nos termos dos incisos III, IV, V, VI do art 21 c/c art. 20, I, II e IV. Caberia ao CADE, configurada a prática, ordenar sua imediata cessação e impor multas. Fosse esse o caso, não tenho dúvida de que o Relator não hesitaria em indicar a esse plenário as medidas cabíveis. Ocorre, porém, que estamos diante de contratos de fornecimento e de um projeto de expansão que, como um arranjo vertical, apresenta um potencial de dano à concorrência muito limitado. Em particular me parece que o resultado no curto prazo da entrada em operação do ato que se examina, do qual não participam todas as integrantes do mercado relevante, implica sim uma mudança de *market share* mas não eliminação de concorrente no mercado.

18. Para se demonstrar a ocorrência de exclusão é preciso evidenciar-se que a conduta teve incontestavelmente um objetivo e/ou efeitos anticoncorrenciais, ou seja, a conduta deveria refletir uma estratégia com o claro propósito de eliminação de concorrente. Não me parece que esses fatos tenham sido comprovados.

19. Um ponto importante a destacar é que não se pode falar de exclusão no sentido clássico quando existem acordos de suprimento em vigor que são respeitados - a concorrente interessada tampouco está sendo inviabilizada ou eliminada do mercado por não ter tomado parte deste plano de expansão específico. A ampliação de fatias de mercado em função da entrada em operação de projetos de investimento é parte de um processo dinâmico de conquista de mercado. O aumento do coeficiente de importações ou a entrada em operação de novos projetos de investimento, assim como a diversificação de empresas hoje já atuantes no pólo petroquímico do sul em direção aos mercados relevantes em questão podem alterar outra vez a nova configuração que se esboça a partir da entrada em operação do projeto examinado.

20. Com relação, portanto, à ocorrência ou não de exclusão, eu interpreto os fatos que levaram à não participação de uma das integrantes do pólo no atual projeto de expansão como uma falha de coordenação que encontra raízes em três fatores interligados, quais sejam:

- a) Em primeiro lugar, no histórico da privatização que conformou relações de propriedade legítimas, conferindo o controle da central de matérias primas aos dois grupos econômicos Ipiranga e Odebrecht;
- b) a natureza dual da Copesul daí resultante - controlada por competidores e fornecedora - dificultaram a troca de informações sobre projetos de investimento no momento anterior ao processo de expansão e;
- c) a falta de identidade como *player* independente da Interessada, que não deixa antever com clareza qual a sua estratégia empresarial e, evidentemente, dificulta qualquer estratégia cooperativa.

21. O segundo aspecto em particular - resultante do processo de privatização - acirra incertezas de ambos os lados e inviabiliza a cooperação espontânea. Ao mesmo tempo, impede uma leitura maniqueísta que atribua a um dos atores um comportamento oportunista quando tal comportamento só é factível diante de condições objetivas que a assimetria de posições entre fornecedor monopolista e cliente sem posição dominante. Torna improvável.

22. São esses fatores suficientes para explicar a indisposição da Copesul de contratar com a Interessada. Como já mencionei, a jurisprudência internacional indica que a alegação de exclusão precisa evidenciar que os objetivos foram exclusivamente anticompetitivos, o que não me parece ser o caso.

23. Para essa falha de coordenação, tal como constatada, vejo razões de ordem econômica que são no mínimo equivalentes se não superiores às motivações de ordem anticoncorrencial. Por isso, não vejo aqui exclusão no sentido clássico.

24. A perpetuação das falhas de coordenação, contudo, pode levar ao efeito de inviabilizar a sobrevivência de concorrente eficiente no mercado, o que

obriga a autoridade antitruste a agir de forma preventiva. As falhas de coordenação, onde se destaca o evidente desinteresse dos grupos controladores da central de incluir a concorrente no plano de expansão - podem ser sanadas por meio da decisão do Cade que restabeleça - de forma preventiva, posto que se trata da análise de um ato de concentração - condições de igualdade no acesso à matéria-prima respeitada a viabilidade econômica de projetos de investimento já em andamento, ou seja, evitando-se a geração de custos privados certos em troca de benefícios públicos incertos.

25. Com respeito ao resultado do processo de privatização da central de matérias-primas, lembre-se que a posição dominante no controle da central foi legalmente adquirida e não está sendo posto em questão agora o processo de privatização.

26. Não é possível comparar-se o modelo atual de contratação vigente no pólo com um modelo ideal harmônico, que teria resultado tivesse o processo de privatização gerado relações de propriedade diversas das que de fato o foram. Não está aqui em questão o desenho da privatização que pôs a central de matérias-primas sob o controle compartilhado dos dois grupos econômicos, Ipiranga e Odebrecht.

27. Adicionalmente, considero que a doutrina das instalações essenciais não se aplica perfeitamente ao caso, vez que há contratos de fornecimento em andamento, assim como a proposta da interessada de realocação do suprimento de eteno interfere com o uso previsto que dele será feito pelas requerentes.

E. Sobre os Efeitos da Falha de Coordenação

28. Já me perguntei, logo de início, que ilegalidade poderia estar embutida em um contrato de fornecimento para atender a demanda de clientes que simultaneamente pertencem a grupos que controlam a central de matérias-primas.

29. Não há qualquer dificuldade que se possa ver em um contrato de suprimento, a menos que inclua cláusulas - restrições ancilares - que visem beneficiar alguns agentes em detrimento de outros com o efeito de aumentar o poder de mercado desses agentes, prejudicar ou eliminar a concorrência. Assim, vejo como anticoncorrenciais os acordos de divisão de excedentes mencionados nos protocolos de entendimento constantes dos autos, que privilegiam os grupos controladores da central em detrimento de competidores. De fato, tais acordos - como aspectos complementares do ato que ora se examina - não respeitam o disposto no inciso IV do parágrafo 1º do art. 54 da lei.

30. Entendo ainda que qualquer exclusão futura que elimine concorrente - aqui presente o papel preventivo da autoridade antitruste - qualquer acordo de distribuição de excedentes que privilegie os grupos controladores em detrimento de concorrentes é lesivo à concorrência nos termos que mencionei no

início do meu pronunciamento, ou seja, na medida em que alteram a configuração e o jogo concorrencial nos mercados relevantes em análise.

31. Considero assim de rigor o afastamento de quaisquer condições ad hoc que limitem o suprimento de matéria-prima para concorrentes atuais e potenciais dos grupos controladores da central de matérias-primas.

F. Quanto ao Papel da Autoridade Antitruste

32. Se houve erros estratégicos que inviabilizaram a coordenação de projetos de investimento entre Requerentes e Interessada e erros de avaliação ou condução de parte a parte, isso em nada importa à autoridade antitruste. O único dever desta é zelar pelas condições de concorrência no mercado, evitando que práticas, contratos e acordos entre agentes econômicos provoquem resultados redutores de bem-estar.

33. Há uma particularidade da institucionalidade antitruste brasileira que me parece útil salientar e que em muito limita a amplitude e a profundidade de sua intervenção - trata-se da faculdade de Requerentes apresentarem atos já realizados, ao que se adiciona a morosidade ainda não superada do processo de instrução, o que na prática significa que muitas das análises ao amparo do art. 54 são realizados pós-fato, senão muito pós-fato. A capacidade efetiva da autoridade intervir de modo a compatibilizar interesses públicos e privados é em muito limitada por essa particularidade.

34. Não há como - numa análise antitruste pós-fato - impor perdas de eficiências às Requerentes de modo a atender à demanda da Interessada se alternativas não impositoras de perdas houver. Os percalços que levaram à não participação da Interessada no atual projeto de expansão têm muitas raízes e algumas delas me parecem bastante claras e procurei expô-las sucintamente. Ao constatar a falha de coordenação não cabe ao Cade sobrepor-se aos agentes privados alterando decisões de investimento já implementadas. Não me parece ademais ser esta a função de nenhum agente público em uma economia genuinamente de mercado, que tanto a política de privatização quanto a de competição visam fortalecer. Tampouco é função da autoridade antitruste reparar falhas de coordenação de decisões empresariais como as que se constatou com uma atividade regulatória estranha à aplicação rigorosa da lei de defesa da concorrência.

35. Cabe ao Cade por outro lado - no desempenho de sua função preventiva - impedir que por razões alheias à eficiência econômica e por força do uso abusivo do poder de mercado - *players* independentes e economicamente eficientes sejam de forma irreversível inviabilizados, reduzindo o bem-estar da sociedade.

36. Uma observação *a latere* que ainda gostaria de fazer é quanto às implicações sobre o bem-estar do ato em questão. Discordo respeitosamente da extensão proposta pelo Relator do conceito de consumidor às empresas de 2ª geração integrantes do pólo. 282 - No meu entender, o inciso III do parágrafo 1º do art. 54 da Lei não permite a referência às empresas integradas do pólo como consumidores, nem a identificação do interesse dessas empresas com o interesse dos consumidores. O inciso revela a preocupação do legislador com o problema mais geral que relaciona eficiência e bem-estar. Nesse sentido, proteger e estimular a concorrência significa não apenas promover a eficiência mas assegurar que esta não se traduza exclusivamente em maiores lucros mas também em mais e melhores produtos de menor custos e que em última instância beneficiam os consumidores finais.

G. Sumário dos Argumentos e Conclusão

37. Considero temerário determinar ad hoc o momento em que a central de matéria prima deverá disponibilizar eteno para as rivais atuais e potenciais dos grupos controladores. Temerário, insisto porque é frágil a base técnica - estimativas mais ou menos precisas - em que se ampara determinação dessa natureza, ao tempo em que se arrisca desrespeitar uma premissa básica da aplicação da doutrina das instalações essenciais: que a disponibilização de acesso a essas instalações não interfira - impondo custos privados - com o uso previamente disposto para as Requerentes. Da mesma forma extrapola os objetivos da defesa da concorrência redefinir a alocação de matérias-primas, perturbando projetos de investimento já em andamento. Se a análise antitruste no Brasil se fizesse previamente antes que investimentos que implicam inflexibilidades insuperáveis já estivessem tão avançados, como aliás é fato em todas as outras jurisdições, uma intervenção como a que se propõe poderia estar em questão, mas no atual ambiente institucional, procedimento desta natureza parece-me inquestionavelmente gerador de custos privados certos e de benefícios públicos incertos.

38. Como solução alternativa, do exame do trabalho do Relator dos autos e dos fatos trazidos ao conhecimento do Cade pelo grupo técnico do BNDES, pude apurar que uma vez entrada em operação a central, dá-se início ao processo em que se observam as potencialidades e limitações do projeto, de forma que em prazo razoavelmente curto tem-se noção dos gargalos a serem atacados. Uma consultoria técnica especializada e isenta pode determinar - acompanhando o desempenho do projeto desde a fase atual, passando por sua entrada em operação, o primeiro momento em que se tornará economicamente viável a expansão, e o desgargalamento, capaz de permitir o atendimento da demanda das empresas integrantes do pólo petroquímico. De forma equivalen-

te, poderá avaliar a viabilidade de se destinar parte da matéria-prima já contratada mas que não será imediatamente requerida pelas empresas da 2ª geração. Esse excedente seria disponibilizado imediatamente em oferta pública a todos os concorrentes atuais e potenciais dos grupos controladores da central que se credenciarem com projetos de investimento críveis e factíveis.

39. Do exame dos fatos trazidos ao conhecimento deste Plenário pelo Relator, formei a convicção de que existem razões econômicas para a não incorporação da Interessada no plano de expansão. Penso que não se trata de um problema de reputação o que envolve a Interessada mas sim um problema de identidade ou propriamente, de ausência de identidade, que se agudiza com as incertezas associadas ao seu futuro e iminente processo de privatização. A incerteza quanto à futura configuração de propriedade da Interessada acentua o quadro de incerteza em um ambiente, como o do polo petroquímico, onde a coordenação de decisões é fundamental.

40. Não há, por outro lado, qualquer razão econômica para inviabilizar o processo de expansão da Interessada e por conseguinte a sua manutenção a médio prazo no mercado. Isto sim implicaria uma perda de bem-estar. Se houve razões que inviabilizaram a cooperação no passado não há porque supor que os mesmo incidentes se repetirão no futuro. Da mesma forma, se não houve a intenção de excluir a concorrente do mercado, não há porque supor que haverá tais razões no futuro. A alocação entre as controladoras de qualquer excedente contradiz essa suposição. Para mantê-la válida, a extinção de tais protocolos de entendimento é de rigor. Assim como é de rigor o compromisso das Requerentes de considerar, em futuros projetos de desgargalamento e expansão as necessidades de matéria-prima de todos os agentes atuantes nos mercados relevantes em questão.

41. Já quanto à análise de contrato de fornecimento, no sentido de se averiguar se houve ou não exclusão, o que implicaria eliminação da concorrência, entendo que no caso presente o que ocorreu foi uma falha de coordenação cujas raízes se localizam no processo de privatização da central petroquímica que define determinadas relações de propriedade, que, por sua vez, explicam a indisposição das Requerentes de incluir a Interessada no projeto, além das dificuldades da Interessada de superar tais dificuldades em virtude da sua falta de identidade. Tais são razões econômicas para além de motivações anticoncorrenciais. Não há portanto exclusão no sentido clássico. Se não houve exclusão no passado, não há porque haver no futuro. Se contudo a não inclusão da Interessada no atual projeto não a eliminou como *player* no mercado, a recorrência dos incidentes e o estabelecimento do tratamento privilegiado das controladoras na alocação de excedentes podem, a médio prazo, inviabilizar sua sobrevivência, além de desestimular a entrada de novas empresas - o que

nos mercados analisados se daria principalmente por meio da diversificação de plantas de segunda geração já operantes no mercado para a produção de PEBDL e PEAD.

42. Penso, por outro lado, que o cálculo prospectivo de necessidades futuras de eteno de cada planta é uma base frágil para amparar uma decisão que implique intervenção em projetos de investimentos já em andamento. Pôde-se apurar, contudo, ao longo da instrução, que a ocorrência das falhas de coordenação entre projetos de investimentos - se perpetuadas - pode inviabilizar a sobrevivência de concorrente eficiente no mercado e criar dificuldades à entrada de novos concorrentes. Assim, é preciso tomar medidas que previnam a ocorrência de tais fatos.

H. Decisão

Diante do exposto, aprovo os contratos de suprimento de que trata o presente ato de concentração sob as seguintes condições:

1. As requerentes deverão contratar consultoria internacional de notória especialização na avaliação de projetos na área petroquímica, a ser aprovada pelo CADE que, imediatamente, promoverá os estudos e providências necessários para avaliação e execução de:

1.1. Primeiro conjunto de medidas:

1.1.1. acompanhamento do desempenho do projeto para avaliação de potencialidades e limites que evidenciem os pontos de engargalamento;

1.1.2. identificação do primeiro momento economicamente factível para a realização de programa de desgargalamento, independente da parada técnica prevista para o atual plano de expansão;

1.1.3. o resultado do primeiro desgargalamento deverá visar o atendimento da demanda das empresas de 2ª geração não integrantes dos grupos controladores da central de matérias-primas;

1.1.4. evidenciado o potencial de desgargalamento, deverá ser providenciada oferta pública com o fim de celebração de contratos de longo prazo, de acordo com as regras convencionais de suprimento de matéria-prima, no âmbito do pólo petroquímico; e

1.1.5. providências complementares que o CADE ou as próprias requerentes julgarem necessárias.

1.2. Segundo conjunto de medidas:

1.2.1. cronograma das necessidades reais de consumo de eteno das plantas das contratantes, a partir das quantidades contratadas;

1.2.2. dimensionamento dos excedentes decorrentes da diferença entre as quantidades contratadas e a capacidade de consumo de cada planta, a partir da entrada em operação do projeto;

1.2.3. gerenciamento de oferta pública dos excedentes disponibilizados a cada período que forem constatados os excedentes decorrentes da diferença entre as quantidades contratadas e a capacidade de consumo de cada planta ; e

1.2.4. providências complementares que o CADE ou as próprias Requerentes julgarem necessárias.

2. Terceiro conjunto de medidas: medidas adicionais

2.1. revogação de todo e qualquer protocolo de entendimentos ou documento equivalente que estipule tratamento privilegiado dos grupos controladores da central na alocação de matérias-primas;

2.2. Compromisso de inclusão de todos os competidores atuantes no mercado relevante em futuros projetos de expansão da central de matérias-primas, a menos que haja razões econômicas sólidas para o contrário;

2.3. A Copesul deverá se comprometer a envidar os melhores esforços para responder às demandas das empresas de segunda geração, equitativa ou proporcionalmente, recorrendo a fornecedores externos ao mercado relevante geográfico, quando isto for economicamente viável;

2.4. exclusão da oferta pública dos excedentes imediatamente disponibilizados das empresas pertencentes aos grupos controladores da central.

2.4.1. deverá ser critério básico para credenciamento à oferta pública a apresentação de programa de investimento a ser concluído em timing compatível com a disponibilização, de modo a garantir a sincronia entre oferta e demanda.

2.4.2. os editais de oferta pública deverão ser previamente apreciados pelo CADE.

3. As Requerentes deverão apresentar prova do cumprimento do disposto no item 1 desta decisão e do início do bom encaminhamento das providências decorrentes em trinta dias da publicação desta decisão no D.O.U. Caso tal não ocorra, estarão presentes veementes indícios da intenção de exclusão, com o que, além de desaprovado o ato ora em apreço, deverá ser imediatamente instaurado processo administrativo, visando apurar a ocorrência de infração à ordem econômica, conforme disposto no art. 21 incisos III, IV, V e VI combinado com o art. 20, incisos I, II e IV da Lei 8.884/94.

4. deverão as Requerentes apresentar no mesmo prazo acima estabelecido provas quanto ao atendimento ao item 2.1. e termo de compromisso quanto aos item 2.2. e 2.3. desta decisão.

5. O descumprimento desta determinação constituirá infração à ordem econômica, sujeitando as requerentes, individualmente, ao pagamento de multa

de R\$ 22.427.840,00 (vinte dois milhões quatrocentos e vinte e sete mil e oitocentos e quarenta reais), além da desconstituição do ato submetido à aprovação do CADE.

6. A multa acima estipulada será acrescida de 50.000 UFIR por cada dia de atraso no cumprimento da obrigação, sem prejuízo das providências judiciais cabíveis.

Este é o meu voto.

Brasília, 11 de fevereiro de 1998

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira do CADE

Ato De Concentração N.º 54/95

Requerentes: COPEL - COMPANHIA PETROQUÍMICA DO SUL; OPP POLIETILENOS S/A; OPP PETROQUÍMICA S/A E IPIRANGA PETROQUÍMICA S/A

Interessada: PETROQUÍMICA TRIUNFO S/A

Relator: CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA.

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO

Como se percebe do rico e exaustivo trabalho desenvolvido pelo ilustre Conselheiro Antonio Fonseca, o presente Ato reúne características que o tornam, sem sombra de dúvida, uma das mais interessantes peças que tive a honra de examinar como membro deste Egrégio Plenário.

Como os demais membros desse Colegiado, acompanhei o incansável trabalho de condução do Processo pelo ilustre Conselheiro-Relator e o cumprimento por seu esforço e dedicação, dignos da minha maior admiração.

Início pela observação de que o modelo de indústria petroquímica que foi implantado no Brasil a partir da década de setenta tinha como principais características, como se sabe, a composição tripartite, i.e. empresas estatais, empresas privadas nacionais e empresas estrangeiras, e a localização em pólos otimizadores do aproveitamento de infra-estrutura e das facilidades para o abastecimento de insumos e matérias-primas, em benefício de todos os seus participantes, indistintamente, por meio da total integração e interdependência harmônica.

O controle das centrais de matérias-primas pelo Estado, por meio de empresa de sua propriedade, assegurava grande uniformidade de condições de operação entre as empresas de segunda geração, principalmente porque o papel de coordenador exercido pelo Estado na distribuição de eteno, a partir de critérios conhecidos de todos os participantes, dava a esse abastecimento, dentro dos limites do pólo, uma característica de serviço público.

Segundo consta, esta política governamental, que incluía também outras formas de incentivo ao setor privado, se justificava, sobretudo, por seus objetivos estratégicos relacionados à necessidade de promover o crescimento - em alguns casos, o verdadeiro nascimento - de uma indústria petroquímica forte e moderna.

Com esses atrativos, tais empreendimentos davam à iniciativa privada garantias e vantagens que deveriam compensar riscos inerentes ao negócio e, mais importante, assegurar as melhores condições possíveis de abastecimento

de matéria-prima como forma de proporcionar às empresas de segunda geração a possibilidade de produzir a custos competitivos, repartindo entre todas essas empresas as vantagens da escala e da integração.

O acesso a uma fonte segura de matéria-prima, sob o controle de um agente concorrencialmente neutro (o Estado), foi, portanto, elemento central e fundamental para a decisão privada de investimento nesses pólos, o que fica ainda mais evidente quando se reconhece a virtual impossibilidade de, em condições economicamente viáveis, construir e operar plantas individuais verticalmente integradas a partir da produção de eteno, ou, ainda, de operar plantas individuais com base em importações de eteno de terceiros situados fora do PPT.

Caso fosse mais vantajosa a operação economicamente eficiente de plantas de segunda geração não-integradas, o modelo escolhido seria, com certeza, diferente, já que fatores como a maior independência entre empresas e a possibilidade de otimizar a localização das plantas em relação aos respectivos mercados consumidores alterariam os cenários de decisão utilizados tanto pelo governo quanto pela iniciativa privada.

No caso em exame, tenho como absolutamente claro que a decisão de investimento da Petroquímica Triunfo S/A (doravante, simplesmente Triunfo) como, de resto, das demais empresas de segunda geração, quando estas se tornaram participantes do Pólo Petroquímico de Triunfo (doravante PPT ou, simplesmente, Pólo), fundamentou-se em premissas semelhantes às aqui delimitadas, ou seja, baseou-se fortemente nas vantagens relacionadas à integração técnica e ao abastecimento de matéria-prima oferecidas pelo modelo implantado pelo Estado. Note-se, aqui, a circularidade da motivação privada e estatal, traduzida no fato de que o objetivo de maior eficiência econômica visado pelo Estado ao instituir o modelo em questão só seria atingido se a iniciativa privada se sentisse segura e confiante de que aquele ambiente lhe daria condições de crescimento e de desenvolvimento.

É esse o verdadeiro espírito do modelo do PPT, e é nesse contexto que deve ser desenvolvida a análise do presente caso.

A privatização da COPESUL-Companhia Petroquímica do Sul (doravante apenas COPESUL), ao alterar a estrutura de propriedade do PPT, não legitimou a “quebra de contrato” representada pela alteração das condições implícitas ou explícitas que compunham o quadro no qual se baseou a Triunfo para tomar sua decisão de investimento.

Merece crítica, neste particular, a imperfeita condução do processo de privatização pelo governo, que não teve o elementar cuidado de impor, com clareza, regras detalhadas de relacionamento empresarial entre os participantes do PPT, o que seria inquestionavelmente necessário já que, com a mudança de propriedade, a neutralidade do governo na coordenação das atividades do Pólo seria substituída pela natural prevalência de comportamentos estratégico-competitivos, com previsível desequilíbrio de forças entre os diversos participantes, uma vez que o modelo de privatização não impedia a permanência de empresas independentes e muito menos de empresas com participação minoritária no empreendimento, como foi o caso da Triunfo.

Em nome da objetividade, e dispensando apresentar, aqui, justificativas mais detalhadas constantes dos autos, considero irrelevantes, para o caso concreto, a discussão das razões e consequências da não participação da Triunfo na privatização da COPESUL, assim como do “comportamento” da Triunfo.

A utilização de argumentos baseados no suposto “comportamento reprovável” da Triunfo para justificar atitudes exclusionistas por parte das Requerentes, mesmo encontrando precedentes na jurisprudência de outros países, não deve ser aceita no presente caso, pelo simples fato de que - e sobre isso creio que haja unanimidade neste Plenário - não resta à Triunfo alternativa de suprimento que não seja a COPESUL.¹⁶

Assim, mesmo que identificada sua **origem** (o que, vale lembrar, não é o mesmo que **causa**) em verdadeira falha de estado, a falta de clara e detalhada regulamentação do relacionamento comercial entre os participantes do Pólo após a privatização propiciou às Requerentes a adoção de atitude de exclusão com relação à Triunfo, retirando ou indevidamente limitando a liberdade desta para crescer e desenvolver-se.

Vale, aqui, dar a devida medida à citada falha de regulamentação cuja **origem** pode estar em ineficácia da ação do Estado: a condição relativa a este aspecto expressa no edital de privatização¹⁷, mesmo que deixando entrever a preocupação do Estado em assegurar direitos aos participantes, peca tão-

¹⁶ Vale lembrar que a experiência norte-americana, mesmo demonstrando grande liberalidade ou tolerância com as atitudes do fornecedor, em casos de recusa de fornecimento, mostra que, em casos onde não há alternativa de suprimento para o distribuidor/comprador, a recusa de fornecimento pode ser considerada ilegal; o mesmo ocorre nos casos em que o fornecedor de um insumo essencial é monopolista. Cf. *ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments, 3d ed. 1992*, p. 187(nota 1010, *National Auto Brokers Corp. v. General Motors Corp.*, 572 F.2d 953, 959 - 2d Cir. 1978) e p. 189.

¹⁷ A regra inscrita no edital era a seguinte: “IV - não reduzir ou interromper de maneira injustificada o suprimento de matérias-primas às empresas de segunda geração do Pólo Petroquímico de Triunfo”. Cf. Voto do Conselheiro-Relator, p.40.

somente por não ser suficientemente clara e exaustiva e muito menos proporcional à importância da matéria, para que fossem evitadas interpretações dúbias ou restritivas, com graves consequências de toda ordem.

No meu modo de ver, no entanto, a imposição de restrições que considero não razoáveis ao suprimento de eteno para a futura planta da Triunfo, constituem evidente descumprimento da citada condição do edital, uma vez que não consigo deixar de considerar como condição de sobrevivência da Triunfo, dadas as características próprias deste setor, sua expansão e atualização tecnológica, e não apenas a simples continuidade do suprimento (aliás, o voto do ilustre Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, Relator do caso que acabamos de julgar, o Ato de Concentração nº 94/96, entre ESAB/ CONARCO/ ELETRODOS, faz esse mesmo tipo de constatação). Não admitir tal fato significa aceitar que a estagnação é alternativa que deve contentar a Triunfo, ou, o que seria outro absurdo, que esta poderia recorrer a outra fonte de abastecimento. Os argumentos que servem de apoio à conclusão de ilegalidade das restrições impostas à Triunfo relacionam-se aos mesmos elementos que conferem racionalidade ao Pólo como empreendimento industrial, i.e. interdependência e integração operacional.

Devo ainda registrar que, independentemente de conjecturas relacionadas à legalidade e prováveis consequências de argumentos utilizados pelo Conselheiro-Relator, em particular com relação às provas de exclusão, **considero suficientemente evidenciado que a COPESUL, detendo clara posição de dominância no mercado relevante de eteno, conforme definido pelo ilustre Conselheiro-Relator, não adotou, com relação ao processo de ampliação e de distribuição de eteno adicional e excedente, procedimentos adequados à sua posição de “herdeira” de posição monopolística, dentre outros motivos, pela falta de definição de critérios e procedimentos uniformes e acessíveis aos participantes do Pólo e pela não observância a regras mínimas de razoabilidade e reciprocidade em suas exigências à Triunfo**¹⁸. Isso, em alguns casos (e.g. projeto de tecnologia), poderia, de fato, representar descabida e injustificada ingerência na “intimidade” empresarial da Triunfo.

Ora, tal ingerência só se justificava no regime anterior à privatização, principalmente, pelo caráter de neutralidade do papel exercido pelo Estado na gestão do Pólo. Em outras palavras, as Requerentes “herdaram” o monopólio,

¹⁸ Tendo considerado não razoáveis as exigências da COPESUL, deixo de examinar as justificativas da Triunfo para o não cumprimento daquelas exigências; dessa forma, não posso aceitar que o descumprimento dessas exigências seja utilizado pela COPESUL para justificar sua “indisposição” com relação ao atendimento do pleito da Triunfo.

mas não a neutralidade em relação ao processo concorrencial que caracterizava a atuação do governo no Pólo.

Daí o risco - na presença de posição dominante das Requerentes - de transformar a tão falada “*integração harmoniosa e tempestiva*” numa “*submissão incondicional permanente*”, aplicável aos consumidores de eteno.

Ainda sobre a inadequada postura das Requerentes em relação ao processo de expansão e à distribuição de seus efeitos entre os participantes do Pólo, devo dizer que considero tal conduta passível de enquadramento como infração prevista na Lei nº 8.884/94 (art. 20, inc. I, II e IV; art. 21, inc. V e VI, dentre outros) demonstrada nos autos sob diversas formas, dentre as quais destaco as inúmeras atitudes não cooperativas das Requerentes ou, o que dá no mesmo, em atitudes reveladoras de clara “indisposição” para incluir a Triunfo no seu plano de expansão. No entanto, por razões que se auto-evidenciarão mais adiante, considero improdutiva a efetiva apuração dessa conduta.¹⁹

Admitindo o caráter cooperativo benigno do cartel estabelecido a partir da privatização da COPESUL, passa a ser exigível, para a manutenção dessa benignidade, o absoluto respeito e preservação da autonomia e direitos dos agentes que dele participam, como evidência de que um mínimo necessário de concorrência continua existindo, como forma de restringir o potencial de malignidade colusiva inerente a esse tipo de cooperação.

Devo manifestar, também, meu entendimento de que a redução da importância da participação da Triunfo no mercado relevante, e, no limite, sua exclusão desse mercado poderá redundar em prejuízo para o mercado, o que se justifica, principalmente, pela forma algo diferenciada de atuação dessa Empresa, com forte presença no atendimento a clientes de menor porte relativo. Além disso, a medida da importância de determinada empresa para o mercado e para o processo concorrencial não pode, evidentemente, ser aferida unicamente de sua participação percentual no mercado, critério que, levado a extremos, conduziria à inevitável e absurda conclusão de que o monopólio é a melhor forma de organização da produção.

¹⁹ No presente caso, em se tratando de ato de concentração, o exame dessas condutas pode ser realizado sob o prisma do art. 54 da Lei nº 8.884/94, com o que os mencionados comportamentos anti-concorrenciais passam a ser vistos como “ineficiências” ou custos decorrentes da operação, que impossibilitam o atendimento às condições do § 1º, incisos III e IV, do citado artigo.

MEDIDAS REPARADORAS

Assim, concordo com o Voto do Relator quando este constata que a postura passiva da Requerentes, bem como suas atitudes não cooperativas, podem resultar em prejuízo à Triunfo, no que tange ao seu crescimento e desenvolvimento.²⁰

Considero, no entanto, que não há nos autos elementos suficientes para que seja delineada, com segurança, proposta precisa de repartição de eteno entre as Requerentes e a Triunfo.

Se, por um lado, dispõe-se de claras indicações de que podem existir volumes excedentes consideráveis, não é menos verdadeiro que a projeção de disponibilidade desses excedentes ao longo do tempo é tarefa tecnicamente complexa que requer conhecimentos técnicos específicos.

A imposição de condições relativas à repartição de eteno, na ausência de elementos que confirmem segurança quanto à sua precisão e eficácia técnica, pode representar ônus excessivo e desnecessário às Requerentes e à Triunfo, além de representar risco de ineficácia quanto ao atingimento dos objetivos pretendidos, em detrimento da credibilidade desta Instituição.

Assim, *data maxima venia*, considero válidas as propostas delineadas pelo ilustre Conselheiro-Relator, mas apenas como indicadores de limites mínimos de volume que viabilizariam a operação da futura planta de PEBDL (polietileno de baixa densidade linear) da Triunfo, minimizando os inconvenientes para as Requerentes.

No entanto, não me sinto seguro para aceitar os cenários traçados pelo Conselheiro-Relator como os melhores ou mesmo os mais viáveis econômica e tecnicamente, apesar de reconhecer seu enorme esforço de acertar em matéria tão especializada. Sem qualquer demérito ao valioso trabalho desenvolvido pelo Relator, devo lembrar que inúmeras outras combinações de condições poderiam ser avaliadas, objetivando a reparação do dano à concorrência.

²⁰ Destaco, dentre as inúmeras evidências apresentadas pelo Relator nesse sentido, a Sessão 3.3 de seu Voto (“Discussão Triunfo/Copesul: pontos e contrapontos”), à página 40, onde fica demonstrada não apenas a “indisposição” da COPESUL em negociar com a Triunfo, mas também sua atitude de privilegiar os contratos de fornecimento com as demais Requerentes (*cf.*, *e.g.*, item 266, p. 92, do Voto do Relator). Não é difícil perceber, ainda a partir dessa mesma Sessão do Voto do Relator, a hesitante posição da COPESUL na negociação em tela, ora impondo novas exigências, ora acenando com perspectivas de redimensionamento de seu projeto de expansão para acomodar a solicitação da Triunfo (*cf.*, *e.g.*, item 237, p. 84, do Voto do Relator).

Dentre estas, e apenas a título de ilustração, pode-se imaginar um elenco de ações que considere:

- (i) um retardamento do cronograma de construção e, portanto, da data de entrada em operação da nova planta da Triunfo, reduzindo a duração do “período crítico” de suprimento dessa Empresa, que vai desde a mencionada data, 1º semestre de 2001, até a época prevista para o desgargalamento da COPE-SUL, no 1º semestre de 2003;
- (ii) a fixação de datas (ou intervalo de tempo) para a realização “induzida” do desgargalamento, com o objetivo de minimizar incertezas e delimitar o citado “período crítico” e
- (iii) a possibilidade de complementar as necessidades mínimas de eteno da Triunfo com importações dessa matéria-prima, **apenas** durante tal “período crítico” nitidamente definido.

Estou convicto, no entanto, de que existe a possibilidade de reparar o que considero ser uma falha das Requerentes (ou, visto por outro ângulo, um aspecto negativo, anticoncorrencial, decorrente do Ato em exame), que teve origem (e não causa) em ineficácia do Estado como coordenador do processo de privatização, e cujos efeitos foram ampliados e agravados pela força competitiva das Requerentes e pela assimetria de poder entre estas e a Triunfo.

Para tanto, será necessário, todavia, esgotar a análise de possibilidades de combinações de soluções de mínimo custo, de maneira a reunir um elenco de alternativas técnica e economicamente equivalentes a ser apresentado para negociação entre as Requerentes e a Triunfo, sob a supervisão do CADE.

Partindo do reconhecimento de que este Conselho não dispõe de recursos para realizar tarefa de tamanha envergadura e que requer especialização no ramo, e que a operação não preenche integralmente os requisitos previstos no artigo 54, § 1º, da Lei nº 8.884/94, **voto pela aprovação do Ato, CONDICIONADO a que as Requerentes promovam e custeiem a contratação de 3 (três) empresas de consultoria de notória especialização em projetos petroquímicos, escolhidas pelo CADE, por sorteio, a partir de lista de 10 (dez) empresas apresentada pelas Requerentes, com o objetivo de realizar, no período máximo de 90 (noventa dias), estudo de alternativas técnica e economicamente equivalentes de viabilização da operação da nova planta da Triunfo, a partir das restrições existentes e claramente identificadas nos autos, considerando, principalmente, a minimização dos ônus para as Requerentes.** O CADE poderá, ainda, solicitar, para fins de supervi-

são, o auxílio de órgão governamental com conhecimento específico sobre o assunto.²¹

A partir desse ponto, o CADE, em consulta com as Requerentes, teria condições de adotar medida apropriadamente precisa, com o máximo de segurança possível de que seu objetivo de reparar o dano à concorrência será atingido.

MEDIDAS PREVENTIVAS

Por fim, reconheço, como também o faz o nobre Conselheiro-Relator e, em certa medida, o Parecer da d. Procuradora-Geral do CADE, a necessidade de impor às Requerentes a adoção de normas que previnam a repetição de efeitos adversos à concorrência, para o que aceito, como ponto de partida, a sugestão do ilustre Conselheiro-Relator, constante do Anexo I de seu Voto.

Mais especificamente, **voto, ainda, pela abertura de conversações com as Requerentes para que, a partir da sugestão do Conselheiro-Relator, a ser considerada como texto-base, se estabeleça regulamento que, adequado à realidade cotidiana do Pólo, reflita as preocupações deste Conselho com a defesa da concorrência.**

Para encerrar, registro que a aceitação do fato de que as referidas imperfeições existem e devem ser corrigidas de imediato de forma igual ou equivalente à sugerida pelo Relator, é indissociável do reconhecimento de que a mesma falha efetivamente ocorreu, tendo dela decorrido evidente prejuízo aos interesses da Triunfo.

É o voto.

Em 11 de fevereiro de 1998.

RENAULT DE FREITAS CASTRO
Conselheiro

²¹ Condições a serem detalhadas em termo de compromisso de desempenho a ser firmado perante o CADE. Os prazos de cumprimento da decisão aqui não estipulados, bem como as multas aplicáveis são, em princípio, e onde cabíveis, os mesmos previstos no Voto do Relator.

Ato De Concentração N.º 54/95
Acordos de Fornecimento de Matérias Primas Petroquímicas
COPEL/ OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO

O nobre Conselheiro Relator e sua dedicada assessoria técnica empreenderam um esforço extraordinário de análise concorrencial de atos cuja singular complexidade, como ele reconhece em seu Voto, desafiou e continuará a desafiar a escassez de meios ao alcance deste Conselho. É inestimável a contribuição do trabalho realizado, inclusive a promoção de audiências e reuniões técnicas com órgãos governamentais, para a melhor familiarização, em todos os níveis de deliberação do CADE, com os mais relevantes aspectos políticos, econômicos e técnicos do processo de implantação e desenvolvimento da indústria petroquímica no Brasil, da sua configuração atual (inclusive no tocante à complexa rede de relações societárias entre os grupos empresariais atuantes nos pólos existentes no país), bem como sua incipiente inserção no altamente competitivo mercado internacional de insumos petroquímicos básicos e de produtos de 2ª geração.

No que diz respeito especificamente ao Pólo Petroquímico do Sul, é de notar-se a concisa descrição do regime jurídico-econômico *sui generis* daquela unidade industrial de desenvolvimento mais recente, da qual extraio o seguinte trecho (item 35, pág. 16 do Voto do C.R.):

“O pólo é um cartel benigno que busca otimizar a produção e a competitividade. Reconhecido esse estado de benignidade, a autoridade antitruste deve encorajar a realização dos seus objetivos em benefício da sociedade consumidora. Se não se trata de uma cooperação benéfica, o cartel deve ser desfeito. Em outras palavras, ou se aceita o pólo e sua estrutura com todo o significado jurídico e econômico objetos da proteção do Estado, ou se o rejeita. Afastada a última hipótese, as empresas integradas têm de se sujeitar às consequências das relações jurídicas que as envolvem e decorrentes do perfil jurídico-econômico que envolve o pólo. Mais do que aceitar ou tolerar esse cartel benéfico, a agência deve encorajá-lo para viabilizar a promessa de eficiências que ele encerra. Um dos meios adequados a esse encorajamento é zelar pela transparência das relações empresariais e seus resultados futuros.”

Afirma ainda o Conselheiro Relator que “o pólo como um todo é um exemplo eloqüente de interação estratégica”, consideração válida tanto em sua

dimensão espacial quanto na temporal, ou seja, tanto no que diz respeito ao equilíbrio das relações empresariais recíprocas e interdependentes, quanto no que concerne à dinâmica das diferentes etapas de transformação e consolidação do pólo como unidade industrial regida exclusivamente pelas normas de funcionamento do mercado, da livre iniciativa e da liberdade de contratação, pelas quais passaram a orientar-se as estratégias das empresas de 1ª e 2ª gerações ali integradas.

É dentro dessa ótica, entendo, que o CADE é solicitado a pronunciar-se sobre o enquadramento legal, sob o enfoque da defesa da concorrência, dos acordos e/ou contratos de fornecimento adicional de matérias primas concluídos na segunda metade de 1995 entre a Cia. Petroquímica do Sul (Copesul) e três das empresas de 2ª geração instaladas no pólo de Triunfo (hoje OPP Petroquímica S/A, OPP Polietilenos S/A e Ipiranga Petroquímica S/A), atos que consolidam o processo de integração vertical desencadeado a partir da decisão de participação coordenada daquelas empresas no leilão de privatização da Copesul em maio de 1992, visando à aquisição do controle acionário da sociedade responsável pela central de matérias primas.

Tais arranjos dizem respeito a compromissos de compra e venda futura de volumes idênticos de eteno destinada a cada uma das plantas de polietileno pertencentes à OPP e a Ipiranga, bem como de certo volume de propeno para a planta de polipropileno desta última, todas quantidades adicionais às anteriormente contratadas para suprir a capacidade de consumo existente nas plantas de fabricação de resinas termoplásticas adquiridas pelas duas empresas dentro do PND.

Segundo as requerentes, estudos de mercado conjuntos efetuados a partir de 1994 teriam demonstrado a viabilidade de implantação de capacidade adicional nas instalações da OPP e da Ipiranga, aliada à incorporação de tecnologias apropriadas, de um lado, à produção alternativa de PEBDL e de PEAD e, de outro lado, para o ingresso da Ipiranga no mercado de polipropileno. Ainda segundo as requerentes, dentro da lógica empresarial a governar as novas relações de mercado no setor petroquímico brasileiro a possibilidade de ampliação da oferta de resinas termoplásticas induzida pelo aumento da demanda a jusante, proporcionava a necessária garantia de escoamento de produção adicional de eteno, propeno e demais subprodutos menos nobres do craqueamento da nafta. Tal segurança viabilizava, finalmente, os maciços investimentos necessários à expansão da central de matérias primas gerida pela Copesul, mediante projeto compatível com os das empresas de 2ª geração, em termos quantitativos (capacidade adicional instalada de consumo) e qualitativos exigências tecnológicas para os diferentes tipos de produtos.

A formalização dessas garantias recíprocas, abstração feita do controle acionário e do grau de integração vertical já existente entre os dois grupos controladores e a central de matérias primas, assegurou, por sua vez, o êxito das negociações entre as requerentes e as fontes de suprimento, nos planos nacional e internacional, dos meios financeiros, técnicos e logísticos para a implantação dos respectivos novos projetos.

Ao fazer a crítica dos instrumentos de “cooperação paralela” adotados entre as referidas empresas de 2ª geração, o Conselheiro Relator considera não ser “razoável sugerir ou presumir que a associação dos dois grupos foi uma condição sine qua non para viabilização da expansão da central”, não obstante admitir que os “mesmos Grupos, juntos, terão mais facilidade de captação de recursos, via lançamento de ações, necessários à realização de investimentos no Pólo.” Vale observar, como um parêntese, que, em contraste com a enumeração e análise minuciosa das “restrições ancilares” e outros efeitos anti-concorrenciais dos arranjos entre as requerentes, é de notar-se a parcimônia do Relatório em informações sobre as eficiências propiciadas pelos acordos de fornecimento adicional e instrumentos anteriores de cooperação paralela entre as empresas de segunda geração, conhecendo-se pouco sobre os investimentos totais estimados no pólo como um todo e as projeções de faturamento anual provável da central e suas controladoras uma vez completados os respectivos projetos de expansão.

Admitindo-se a presença dos pressupostos de conhecimento estabelecidos pela Lei nº 8.884/94, trata-se de determinar, tal como sintetizado à página 23 do Voto do ilustre C.R., se, examinado o impacto concorrencial dos acordos de fornecimento futuro de matérias primas, são ou não tais instrumentos passíveis de aprovação, total ou parcial, com ou sem medidas reparadoras.

Para tanto, creio não haver maior controvérsia quanto à delimitação conservadora, adotada no Voto do Relator, quanto aos mercados relevantes de produtos a montante e a jusante da cadeia produtiva no pólo petroquímico, bem como no que diz respeito aos mesmos mercados em sua dimensão geográfica, considerando-se o estado presente das relações de concorrência no setor nos planos nacional e internacional. Em uma perspectiva mais dinâmica, mereceria consideração a delimitação de mercados geográficos mais amplos, tanto para as matérias primas, quanto para as resinas termoplásticas, podendo-se admitir, por exemplo, especialmente no tocante às primeiras, a possibilidade futura de prática de “preços de transferência” extremamente competitivos entre as empresas instaladas no pólo de Bahia Blanca ou mesmo na Venezuela e suas possíveis coligadas no Brasil, o principal foco de atração, como mercado, dos projetos petroquímicos em andamento na América do Sul.

Adotada a delimitação geográfica proposta pelo Relator, não parece tampouco haver disputa quanto ao caráter monopolístico da atuação da Cope-

sul como única fornecedora de matérias primas, cujos efeitos competitivos potenciais são, no entanto, neutralizados pelas relações de interdependência com as empresas de 2ª geração dentro do “regime jurídico-econômico do pólo” e as modalidades convencionadas de formação de preços de produtos e utilidades que regem tais relações.

Excluído da análise o propeno e as resinas dele derivadas como mercados de produtos onde, no dizer do Relator, “os acordos de fornecimento produzirão efeitos pró-competitivos ... ao intensificar a concorrência entre a OPP e a Ipiranga, além de propiciar aumentos de produção e de produtividade”, identificam-se os mercados “downstream” consumidores de eteno como aqueles que poderão sofrer restrições ao processo concorrencial, “mais precisamente nos mercados de produto onde atuam as requerentes. A OPP Polietileno produz PEBD e planeja uma nova planta swing PEBDL/PEAD, tecnologicamente mais avançada, enquanto a Ipiranga é produtora de PEAD e pretende igualmente construir uma planta de PEBDL/PEAD”.

Portanto, com base na descrição dos projetos fornecida pelo Relator, pode-se depreender que também nos mercados a jusante consumidores de eteno, os acordos de fornecimento em pauta deverão contribuir para a intensificação da concorrência entre a OPP e a Ipiranga, não sendo lícito vislumbrar na operação possíveis efeitos anticompetitivos derivados de condutas concertadas ou abuso conjunto de posição dominante. Sob tal aspecto, por conseguinte, assim como no que diz respeito ao mercado de eteno, os atos submetidos ao CADE pela Copesul e demais requerentes são passíveis de aprovação sem quaisquer condições.

Entende o Relator, contudo, que “o dano ao processo concorrencial se configuraria com o fato de a Petroquímica Triunfo - empresa de 2ª geração consumidora de eteno e produtora de PEBD - estar impossibilitada de construir uma nova planta de PEBDL/PEAD, de modo a manter-se competitiva, em razão da não garantia de fornecimento de eteno pela Copesul”.

Estendendo sua análise às projeções, de 1996 a 2000, do grau de concentração da oferta de resinas e do consumo de eteno contidas às páginas 29 a 33 do Voto, o ilustre C.R. passa a demonstrar que:

- a) nos mercados de PEBD/PEBDL, que continuará a ser liderado pela OPP (37% da oferta no Mercosul em 1996 e 30 a 32% em 2000), a concorrência deve intensificar-se com a entrada em operação da Rio Polímeros e os projetos de expansão de Bahia Blanca e no próprio PPS;
- b) a Ipiranga tem condições de atingir fatia de mercado de 6 a 7% com base no direcionamento de sua capacidade total para a produção de PEBDL, mas possivelmente concentrará seus esforços na consolidação de sua posição no mercado de PEAD;

- c) a Triunfo poderia manter sua participação de 11% com a realização de seu plano de expansão, mas cairia para 6% se não se expandir;
- d) no mercado de PEAD, a liderança é disputada entre a Ipiranga (27% em 1996 e de 22 a 24% em 2000) e a OPP (23% em 1996 e 21 a 22% em 2000), seguidas pela Dow e Polialden (15% cada uma em 1996) e Solvay e Politeno (ambas com 10%), sendo improvável que empresas como a Dow e a Rio Polímeros concentrem suas plantas somente na produção de PEAD;
- e) a Triunfo, caso realize sua expansão, teria capacidade instalada para ocupar fatia de 6%, superando a Politeno e a Solvay e acirrando a competição nesse mercado, na “sua configuração limite”;
- f) no mercado de eteno do PPS, a OPP deteria 39% do consumo em 1999 em comparação com 33% em 1996, a Ipiranga 42% contra 38% e a Triunfo passaria de 25% para 12% sem a expansão.

No que diz respeito aos mercados de resinas acima referidos, as projeções de estrutura da oferta têm como referências (incluindo a expansão da Triunfo), uma capacidade instalada total para a produção de PEBD/PEBDL de 1.125.000 toneladas em 1996 e de 2.358.000 no ano 2000, bem como de 805.000 t em 1996 e 2.152.000 t em 2000 no caso do PEAD. É razoável concluir-se que, considerado mercado geográfico relevante como o do Mercosul e sem entrar na discussão da impossibilidade de a Triunfo construir uma nova planta de PEBDL/PEAD, o impacto concorrencial da existência ou inexistência de tal capacidade instalada adicional no ano 2000 será praticamente nulo, sendo de 1 a 2% (para + ou para -), a variação das parcelas de mercado que passariam a deter a OPP e a Ipiranga ou qualquer das demais competidoras no Mercosul (em um total de 06 no mercado de PEBD/PEBDL e 07 no de PEAD).

Com tal estrutura de oferta, não há tampouco como falar-se de aumento de concentração ou tendência a dominação de mercados nos dois segmentos de resinas termoplásticas considerados, sendo de novo os atos sob exame, também quanto ao aspecto da participação ou exclusão da concorrente interessada, passível de aprovação pelo CADE.

Há que reconhecer-se, contudo, na busca de fórmulas de negociação ou de “conciliação de interesses”, a sinceridade dos esforços desenvolvidos pelo ilustre Relator e sua equipe técnica para demonstrar a necessidade de atendimento do pleito da Triunfo e os efeitos nocivos de sua alegada “exclusão” para a concorrência nos mercados relevantes, igualmente aventados no Parecer Técnico da SEAE/MF, no qual se conclui, de forma algo simplista, que “as compensações oferecidas, pelos seus evidentes ganhos de eficiência, não foram consideradas por serem possíveis de obtenção sem prejuízo da concorrência”.

Ao comentar os percalços na instrução do processo e as implicações da técnica de “notificação admonitória” às requerentes, a qual imporia a estas últimas o ônus da contraprova de “fatos afirmados” no mencionado parecer da SEAE, o ilustre C.R. incluiu apenas parcialmente, na enumeração de tais fatos afirmados, a advertência de que “no caso analisado a negativa de fornecimento adicional de eteno seria ainda mais grave porque faria parte de uma estratégia comercial de grupos que participam do controle da central e das empresas Polisul e Poliolefinas de monopolização do mercado, obtida por uma estratégia ilícita, do ponto-de-vista da concorrência, que legislação pretende preservar e incentivar”.

Quero crer que a omissão parcial se deve à percepção de que trata-se de opiniões pouco usuais em pareceres técnico-econômicos, sendo lícito apontar que a maioria dos “fatos afirmados” e selecionados para a oferta de contraprova das requerentes peca pela insistente confusão entre a preservação dos interesses da concorrência e os de concorrente, não sendo estes últimos razão de preocupação para a autoridade antitruste quando os primeiros não se virem afetados.

Em contraposição ao entendimento da SEAE, esposado pelo Procurador Sídio rosa Mesquita, o Parecer nº 357/97 elaborado pela Douta Procuradora Geral expõe em pormenos a seqüência de eventos e atos que, em concatenação lógica desde o “Protocolo de Intenções” firmado em 1990 e pelo qual as 4 maiores consumidoras de matérias primas do PPS (PPH, Polisul, Poliolefinas e Triunfo) se comprometem a “promover as ações necessárias com vistas à aquisição do controle acionário da Copesul”, culminaram com a conclusão dos acordos de fornecimento objeto de exame no presente Ato de Concentração e a decorrente decisão de implementação de projetos de ampliação da central de matérias primas e das plantas de 2ª geração das demais requerentes.

Fica claro da exposição da Douta Procuradora que tais atos se inserem nos objetivos estabelecidos no programa de desestatização para o setor petroquímico, este último informado pelos “motivos preponderantes da economia nacional” de que fala o parágrafo 2º do art. 54. Da mesma forma, os ajustes de coordenação e cooperação acordados entre as empresas que adquiriram o controle da central petroquímica, inclusive o Protocolo de Entendimento por elas firmado em abril de 1995, devem ser vistos como instrumentos válidos de promoção do esforço de investimento necessário à consecução dos objetivos de modernização e expansão do pólo, eficiências expressamente preconizadas nas normas que orientaram a privatização da Copesul e empresas de 2ª geração ali integradas.

Não vou tão longe a ponto de caracterizar os referidos acordos como decisões interna corporis dentro de um mesmo agrupamento econômico-

societário que não competiria ao CADE examinar. A própria Procuradora Geral admite em seu Parecer que o Protocolo de Entendimento de abril/95, por incluir estipulação quanto à divisão de matérias primas, “poderia ter sido submetido à apreciação do CADE nos termos do art. 54.”

Além da seqüência histórica dos fatos efetivamente relevantes para a compreensão deste processo, o Parecer da Douta Procurador contém competente exame, à luz da “regra da razão”, de todas as possíveis condutas anti-competitivas apontadas em desfavor das requerentes, mesmo depois de reconhecer como “exercício legítimo de poder econômico” a não inclusão de concorrente nas tratativas para a conclusão dos acordos de fornecimento adicional de matérias primas. Mececem destaque, entre vários outros comentários pertinentes, alguns pontos da análise da Douta Procuradora, em resumo:

- a) as freqüentes referências prévias, desde 1990, em relatórios e outros documentos oficiais alusivos ao processo de privatização, inclusive no próprio edital, ao objetivo de expansão dos empreendimentos do PPS, às quais qualquer interessado direto teria de estar permanentemente atento;
- b) as exigências a que obedecia o processo de contratação de projetos da espécie na fase de controle estatal do setor petroquímico, entre as quais a avaliação da viabilidade do empreendimento em termos técnicos, econômicos, financeiros e jurídicos e a comprovação inequívoca da possibilidade de efetiva absorção da tecnologia a ser utilizada, em nada diferentes às condições formuladas pela Copesul para examinar o pleito da Triunfo;
- c) o maior valor patrimonial relativo de uma garantia de fornecimento em comparação com o valor econômico de um projeto industrial, por mais bem elaborado que seja;
- d) as cautelas demonstradas, mesmo nos documentos de caráter sigiloso trazidos posteriormente aos autos, quanto às implicações legais da destinação prioritária para as requerentes de disponibilidades de matérias primas da RE-FAP e quanto à necessidade de “evitar conflitos de interesses com os demais acionistas ou clientes das centrais petroquímicas...”

Com relação a este último ponto, é interessante assinalar, no documento de alinhamento de posições entre os grupos Odebrecht e Ipiranga aprovado em reunião de coordenação de 22/08/94, o registro de que, com o objetivo de evitar tais conflitos de interesses, “sempre se defendeu que as empresas de segunda geração, em conjunto, viessem a deter 100% do capital acionário das mesmas (centrais). E que a participação de cada uma das empresas de segunda geração deveria ser proporcional à sua posição relativa no consumo de matérias primas.

Tal como a Procuradora Geral, entendo tais colocações contidas no documento da reunião de 22/08/94 e em cláusulas do Protocolo de Entendi-

mento de 12/04/95, até pelo caráter sigiloso de tais instrumentos de coordenação (talvez justificável à época por outros motivos), como a manifestação de preocupações de salvaguarda que, longe de configurarem “tentativa de monopolização”, demonstram exatamente o oposto das práticas imputadas às requerentes como ilícitas à luz da Lei de Defesa da Concorrência.

À falta de conclusão convincente do confronto de argumentos em torno de assimetria de informação, risco moral, oportunismo e reputação, não me parece despropositada a tese de que os problemas de comunicação entre a concorrente interessada e a Copesul, verificados desde a fase preparatória da privatização da central petroquímica, se teriam originado de graves diferenças de cultura empresarial, que provavelmente explicam a insistência da Triunfo na preservação de direito adquirido sob ordem institucional superada, bem como sua opção pela via da contestação judicial de todo o processo de privatização, reestruturação e modernização do pólo petroquímico no qual se supõe estar integrada.

O nobre C.R. admite em seu Voto (pág. 73) que as “querelas acionárias que se arrastam por vários anos podem também ser fontes de disseminação de insegurança e enfraquecimento da confiança entre os membros. Isso tende a aumentar o custo de organização do pólo, dificultando ou desencorajando o investimento produtivo”. Mais adiante, no entanto, argumenta que “em princípio, ninguém deve ser penalizado pelo simples fato de fazer uso do direito fundamental de ação, ressalvada a litigância de má fé”.

Desconhecendo-se o processo decisório interno que contrapôs a Triunfo, empresa semi-estatal, aos órgãos responsáveis pela execução do PND e à própria União (no caso do cancelamento da autorização do projeto da planta de PEBDL), é difícil concluir-se se a arriscada opção estratégica da empresa constituiu exercício de direito fundamental de ação, litigância de má fé ou simplesmente um enorme erro de cálculo.

De qualquer forma, é válido supor-se que a existência de querelas judiciais possa haver inibido a Administração da Triunfo a procurar, com o concurso político da Petroquisa e como salvaguarda contra eventuais decisões “intramuros” e fatos consumados, explorar tempestivamente junto à Copesul, no longo intervalo entre maio de 1992 e fins de 1994, as condições para a negociação de um compromisso de fornecimento adicional de eteno, visando à integração de seu projeto de PEBDL a um programa de expansão da central que se renunciava inequivocamente desde antes da privatização. Em último caso, se se visse tolhida por exigências consideradas descabidas, a empresa teria podido, dentro daquele intervalo de tempo, submeter a questão em caráter preventivo à justiça e aos órgãos de defesa da concorrência.

No tocante à alegada recusa de negociar, o ilustre C.R. invoca abundante jurisprudência internacional quanto a condutas excludentes, em especial a aplicação freqüente, nos Estados Unidos, das doutrinas da “infra-estrutura ou facilidades essenciais” e do “teste de intenção”, construídas sobre a premissa básica de que “um monopolista não pode recusar aos competidores o uso a uma ‘facilidade essencial’ ou infra-estrutura necessária à efetiva competição”. Registra igualmente, contudo, entre os elementos nos quais repousa a doutrina, o exame da razoabilidade econômica da justificativa para negar o acesso ou condicioná-lo a exigências consideradas como descabidas pela reclamante.

Como demonstrado no Parecer da Procuradora Geral, o acesso da concorrente interessada às “facilidades essenciais” do pólo, representadas pelo suprimento regular de matéria prima e pelo acesso às utilidades de uso comum, tem-lhe sido assegurado ininterruptamente por força de contrato com a duração de 15 anos, não se podendo assimilar a uma “recusa de acesso” a formulação de exigências normais para a contratação de garantia de fornecimento adicional, atitude que poderia ser considerada, quando muito, como uma recusa qualificada de negociar nos termos que a interlocutora procurava ditar.

Se é necessária, contudo, a demonstração de razoabilidade, do ponto-de-vista empresarial, da conduta de “recusa qualificada” por parte da COPE-SUL e suas controladoras, parece-me particularmente apropriado o precedente de jurisprudência americana citado em “Antitrust Law Developments”, ABA, Quarta Edição, vol. I, 1997- pág.282 em uma das muitas decisões recentes (período 1992/96) envolvendo recusa de acesso a fontes de suprimento de energia elétrica, na qual a Corte competente considerou assistir ao monopolista uma “legitimate business reason” frente “... ao caráter tardio de solicitação (de acesso) da reclamante”,... “à falta de confiança mútua entre as partes derivada de outra pendência judicial e à estagnação das negociações entre as partes devida a posicionamentos dissimulados (em inglês: ‘posturing’ ou ‘jogo de cena’) de ambos os lados”

Entendo, assim, que as limitações criadas pelos acordos de fornecimento e pelas dimensões do projeto de ampliação da COPESUL não têm por motivo a preservação de uma posição monopolística nos mercados relevantes de resinas termoplásticas mediante a exclusão de concorrente. Derivam tais restrições essencialmente da inexistência de disponibilidades projetadas uma vez atendidas as necessidades adicionais contratadas entre a Requerente e a Central e, conseqüentemente, da inviabilidade de prover acesso a mais um competidor à fonte de matéria prima essencial, sem um sério comprometimento do cronograma de execução, da competitividade e de lucratividade dos respectivos projetos de expansão. Os projetos de 2.^a geração teriam de ser redimensionados para operar em níveis inferiores ao de utilização ótima de capacidade

produtiva, a fim de viabilizar a entrada de concorrente em um dos mercados relevantes envolvidos, sem uma partilha equilibrada dos correspondentes riscos do investimento.

Pode-se admitir, contudo, em tese, que não seria salutar a limitação de concorrência no segmento de mercado com perspectivas de crescimento mais dinâmico, devendo-se evitar o bloqueio definitivo da entrada de concorrente efetivamente habilitado em termos econômicos e tecnológicos. Não seria aceitável, porém, até mesmo do ponto-de-vista da Defesa da Concorrência, a imposição de medidas corretivas de duvidosa eficácia e conducentes a possíveis ineficiências, quase sempre fatal em mercados tão competitivos, com base no questionamento da “lógica que envolveu a escolha da capacidade produtiva de eteno” e em estimativas de excedentes de matéria-prima calcadas em níveis hipotéticos de consumo, por cuja margem de erro o CADE não poderia assumir qualquer responsabilidade.

Nesse sentido, a proposta de procedimento de consulta pública contida no Parecer da Procuradora Geral pode apontar o caminho para a consideração oportuna de pleitos como os da Triunfo, fundada “ na análise de viabilidade econômica feita com lisura e dentro das condições usuais para esse tipo de empreendimento”.

É de se acreditar que, no intervalo entre a aprovação dos presentes acordos e a entrada em produção da capacidade instalada adicional da COPE-SUL, estejam removidos todos os óbices à efetiva integração da Triunfo Polo Petroquímico do Sul, a começar pela sua tão anunciada reestruturação acionária.

Quanto a este último ponto, na modelagem do processo de “privatização” da Triunfo, seria importante a oportuna coordenação entre o CADE e órgãos governamentais responsáveis, com vistas ao estabelecimento de condições visando a preservar a concorrência no mercado relevante de resinas termoplásticas em que aquela empresa hoje atua, bem como a estimular a competição naqueles segmentos onde poderá passar a operar uma vez criadas as condições para a implantação de seu projeto de polietileno linear.

É o voto.

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 54/95

Requerentes: CIA. PETROQUÍMICA DO SUL - COPESUL, OPP PETROQUÍMICA S/A, POLIOLEFINAS S/A E POLISUL PETROQUÍMICA S/A.

Interessada: PETROQUÍMICA TRIUNFO S/A.

VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO

1. O Ato de Concentração 54/95 trata dos contratos de fornecimento firmados entre a central de matérias primas, Companhia Petroquímica do Sul (Copesul), e as empresas de segunda geração, OPP Petroquímica S/A, Poliolefinas (atual OPP Polietilenos) e Polisul (atual Ipiranga Petroquímica S/A). A Copesul, através destes contratos, se compromete a expandir suas instalações para atender à demanda adicional de insumos químicos (etileno e propileno) das referidas empresas de segunda geração. O contrato busca garantir a expansão harmônica dessas empresas de primeira e segunda geração - uma necessidade na indústria química para garantir a rentabilidade dos projetos.
2. Neste caso específico, a simples expansão conjunta da Copesul e das empresas OPP, Poliolefinas e Polisul, não apresenta efeitos anticoncorrenciais. Assim, os contratos deveriam ser aprovados sem a imposição de condições.
3. Contudo, quando do processo de negociação entre a Copesul e as demais requerentes, a “interessada” Petroquímica Triunfo - também empresa de segunda geração, consumidora de etileno produzido pela Copesul - solicitou uma quota adicional deste insumo para uma planejada planta de polietileno de baixa densidade linear (PEBDL) e não foi atendida.
4. A hipotética recusa de fornecimento por parte da Copesul, não ampliando a sua capacidade produtiva para atender à demanda adicional da Triunfo, levantou a possibilidade de danos ao processo concorrencial. Seja pela infração à ordem econômica, caracterizada na lei 8.884/94 no Art. 20, em seu inciso I, “*limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*“, combinado com o inciso VI do Art. 21, “*impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias primas (...)*“. Seja pela ampliação das barreiras à entrada no mercado nacional de polietilenos, dada a estrutura oligopolista no mercado de etileno (três produtores atualmente).
5. As exaustivas investigações realizadas pelas Secretarias de Direito Econômico (SDE/MJ) e de Acompanhamento Econômico (SEAE/MF) e, especialmente, pelo Conselheiro Relator Antônio Carlos Fonseca apontaram uma série de indícios de infração à ordem econômica, que poderiam inclusive, ter dado início a uma Averiguação Preliminar própria, mas que foram tratadas, sem prejuízo, pelo Conselheiro Relator no âmbito da análise de contratos sujeitos ao Art. 54 da Lei 8.884/94.
6. Todavia, estes indícios não se converteram em provas de ato de exclusão por parte da Copesul contra a Petroquímica Triunfo. As alegações da Triunfo, de “recusa de negociação”, não são sustentadas, quando se examinam suas respostas à demanda da Copesul sobre “*as especificações relativas à*

tecnologia a ser adotada, e, se disponível, as características técnicas do projeto dessa empresa, os meios financeiros para sua viabilização, bem como o cronograma de sua implantação (...)” (carta da Copesul à Triunfo de 06/11/95).

7. As respostas da Triunfo à condição da Copesul para o estabelecimento de negociações são:

i) em carta à Copesul de 01/11/95, define - ela mesma - os termos da negociação, via uma proposta para firmar um acordo de fornecimento - em bases “necessárias e suficientes” para garantia mútua - simplesmente considera desnecessárias as condições propostas pela Copesul, de informar seleção de tecnologia e meios financeiros para a negociação do suprimento de matéria prima;

ii) em 03/01/96, alega que sua demanda “*nada mais representa do que o exercício de um direito adquirido decorrente daquela aprovação (do Projeto Linear pelo Governo Federal em fins de 1989), direito esse que prevalece a qualquer novo contexto que tenha se instalado no país, posteriormente”, desconsiderando a situação prevalecente no período pós privatização, de negociação e comprometimento necessário à uma expansão integrada e;*

iii) por fim, em 11/04/96, informa possuir alternativas de opção de compra de tecnologia com fornecedores como Montell, Union Carbide, Exxon, British Petroleum e Phillips, todavia, os detalhes técnicos solicitados pela Copesul não foram encaminhados e, a assinatura da Carta de Intenções com a BP Chemicals só ocorreu em 1997.

8. Sendo assim, mesmo considerando a extensão e profundidade da investigação realizada pelas autoridades antitruste, não é possível, neste caso, afastar a hipótese de auto-exclusão da Petroquímica Triunfo, pela inexistência de prova cabal de recusa de negociação por parte da Copesul.

9. Diante do exposto, não sendo comprovadas as alegações de exclusão apresentadas pela Petroquímica Triunfo e, como o ato em análise - os contratos de fornecimento entre a central de matérias primas, Copesul, e as empresas de segunda geração, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga - não pode ser considerado como causador de prejuízos ou de limitações à livre concorrência, decido pela sua aprovação. Dadas estas condições, não há base no Art. 54 da Lei 8884/94 para a imposição de qualquer compromisso comportamental.

Ato De Concentração N.º 54/95

Requerentes: CIA. PETROQUÍMICA DOSUL-COPESUL,
OPP PETROQUÍMICA S.A. (ANTIGA PPH - CIA. INDUSTRIAL DE POLIPROPILENO),
OPP POLIETILENOS S.A. (ANTIGA POLIOLEFINAS S.A.) e
IPIRANGA PETROQUÍMICA S.A. (ANTIGA POLISUL-PETROQUÍMICA S.A.)

Conselheira designada para lavrar o acórdão: CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA.

VOTO DO PRESIDENTE GESNER OLIVEIRA

"Valho-me de fundamentação em anexo, elaborada pela assessoria, sob minha orientação, para proferir meu voto.

Em síntese,

1. No tangente aos mercados relevantes:

1.1. Adoto definição conservadora de mercado de produto a jusante:

I. PEAD e PEBDL.

II. PEBD e PEBDL.

1.2. Considero temerário, no curto prazo, não separar o ambiente externo do interno para efeito de definição de mercado relevante a jusante. Admito, no entanto, uma tendência crescente à sua internacionalização, no médio e longo prazos.

1.3. Adoto o Mercosul como mercado geográfico a jusante.

1.4. Adoto o Pólo Petroquímico de Triunfo como o mercado relevante geográfico a montante.

2. Dadas as características específicas do investimento na indústria petroquímica e o novo arcabouço institucional com a privatização, descarto a conclusão de que a expansão casada da capacidade produtiva de, per se, constitui infração à ordem econômica.

3. Rechaço, em qualquer hipótese, a proposição de que o ônus da prova do caráter concorrencial do ato deva recair sobre as

requerentes. Cabe ao Estado, através de sua agência de defesa da concorrência, o CADE, demonstrar o efeito anticoncorrencial e, se o fizer, adotar as medidas necessárias, nos termos da Lei.

Cumpra ao Estado, por meio do CADE, demonstrar a existência de ameaça à livre iniciativa ou à livre concorrência, para que se legitime a interferência nas relações privadas. Os agentes privados não podem se tornar culpados potenciais até prova em contrário!

Rechaço, igualmente, qualquer papel conciliatório do CADE que não siga estritamente aquilo estabelecido na Lei 8.884/94.

Rechaço qualquer extravagância neste aspecto, sob pena de comprometer o papel institucional do CADE.

4. Entendo perfeitamente concebível e amparada pela ordem jurídica nacional a imposição de restrição à liberdade de contratação de monopolista de insumo essencial, quando esta se revele imprescindível à preservação da concorrência no mercado.

Determinações dessa ordem devem ser feitas de forma criteriosa, maximizando os benefícios sociais e minimizando a probabilidade de falhas de Estado.

Rechaço, contudo, qualquer proposta que transforme o CADE em agência de fomento ou de política industrial. Diferentemente daquilo que no passado foi o CDI, a ação do CADE deve ser a de prevenir estruturas que possam ensejar condutas abusivas, impedindo que as mesmas prejudiquem a concorrência, e não a de delimitar quais as estratégias e decisões sobre produção e investimento devam ser adotadas pelas empresas privadas.

5. No tangente à operação em tela:

5.1. Adotando-se padrão rigoroso de prova, entendo que os autos não contêm evidências suficientes que caracterizem uma ação deliberada das requerentes de exclusão de concorrente, visando unicamente criar ou manter situação de monopólio ou domínio de mercado.

5.2. Entendo, igualmente, que não foram produzidas provas suficientes no sentido de demonstrar a inexistência de razoabilidade empresarial nas exigências das requerentes ao longo do difícil processo de negociação entre estas últimas e a Petroquímica Triunfo.

5.3. A teoria de organização industrial ampara, ademais, a razoabilidade econômica de hipotética exclusão, dados os elevados custos de transação envolvidos.

6. A aplicação da doutrina de infra-estrutura essencial, consagrada pela jurisprudência internacional, tem aplicação limitada para a operação em tela, dado que:

I. Não há evidência cabal de exclusão; eventual recusa da Copesul tem justificativa técnico-econômica.

II. Acesso à matéria prima sem custos de eficiência requer lapso temporal.

III. A falta de provisão de acesso não implica eliminação da concorrência de parte substancial do mercado.

7. Os impactos dos acordos sobre o mercado, no curto prazo, são negligenciáveis, não havendo base fática e legal para uma intervenção imediata do CADE no setor privado, visando uma reedição de acordo estratégico, cujo sucesso e eficiência dependem unicamente de decisões dos agentes privados.

8. A médio ou longo prazo, as empresas com plantas antigas, sem acesso a adicionais de eteno, tendem a ficar obsoletas frente ao avanço tecnológico representado pelas plantas "swing" PEBDL-PEAD. Esta perspectiva de redução futura da concorrência justificaria uma ação preventiva do CADE, obstando os acordos apresentados, nos termos do caput do art. 54 da Lei 8884/94.

Todavia, nos termos das alíneas "a", "b" e "c" do inciso I do parágrafo 1o do art. 54, é inegável que a integração representada pelos acordos traduz-se em aumento de produtividade, melhoria da qualidade do produto final, promoção de eficiência e desenvolvimento tecnológico, que serão equitativamente distribuídos entre participantes e usuários finais.

9. Conforme já mencionado, não há eliminação de parte substancial da concorrência, como prevê o inciso III do art.54, mas apenas uma perspectiva de gradativa redução de participação de concorrentes desatualizados tecnologicamente. 10. Visando cumprir o inciso IV do art.54, assegurando-se a observância dos objetivos visados nos limites estritamente necessários, deve-se garantir às empresas concorrentes que tencionem desenvolver plantas atualizadas tecnologicamente o acesso aos novos estoques de matéria prima provenientes da COPESUL. Tal medida, além de evitar sejam perdidas as eficiências decorrentes da atual operação, que se manterá no traçado estratégico dos agentes que a elaboraram, prevenirá futura redução gradativa na participação dos demais participantes deste mercado. 11. Tendo em vista as considerações dos itens anteriores, voto pela aprovação da operação, condicionada à oferta pública antecipada de excedentes ao plano de expansão.

Proposta de Oferta Pública Antecipada dos Excedentes

1. As requerentes devem se comprometer a realizar oferta pública dos excedentes decorrentes de previsões de melhor aproveitamento da planta (desgargalamento) do programa de expansão da Central Petroquímica do Pólo de Triunfo, com antecedência mínima de 24 meses do início de sua produção dos referidos excedentes.

1.1. Não se admitirá que participem da oferta pública empresas que detenham direta ou indiretamente mais do que 10% de participação no controle acionário da Copesul, a não ser que não seja alcançado o valor mínimo do preço do eteno praticado, naquele momento, no pólo petroquímico do Sul.

1.2 As requerentes definirão o momento ts do suprimento do mercado com os referidos excedentes, obedecidas as disposições desta Decisão.

Da Consultoria Independente.

2. As requerentes deverão contratar, no momento tc, em que o programa de expansão entrar em operação, consultoria

independente de reputação reconhecida na área petroquímica.

2.1. Caberá à consultoria:

2.1.1. estabelecer os montantes que serão objeto de oferta pública, levando em consideração a natureza do produto e as previsões de melhor aproveitamento da planta, mediante "desgargalamento".

2.1.2 atestar a viabilidade da realização de oferta pública nos termos desta Decisão, em função do momento.

2.1.3 elaborar o edital e fixar a data de sua publicação.

2.1.4 coordenar e supervisionar a realização da oferta pública.

2.1.5 atestar a verificação dos parâmetros definidos em 1.1.

2.1.6 definir os requisitos técnicos a serem preenchidos pelas empresas para fins de habilitação à participação na oferta pública referida no item 1.

2.2 A contratação da empresa de consultoria independente será submetida à aprovação do CADE.

Das Condições para a Participação na Oferta Pública de Excedentes

3. Do edital referido em 2.1.3. deverá constar como condição de habilitação para participação na oferta pública prevista no item 1, garantido o preenchimento dos requisitos técnicos referidos em 2.1.6.

Da Fiscalização da Decisão.

4. A comprovação de preenchimento das condições estabelecidas no item 3.1 e 3.2 deverá ser submetida à aprovação do CADE, acompanhada de parecer técnico de consultoria independente referida no item 2.

4.1. As requerentes deverão encaminhar ao CADE relatório sobre o cumprimento da condição imposta no item 1.

Das Penas

5. O descumprimento por parte das requerentes da obrigação de efetuar a oferta pública de eteno, na forma prevista nesta decisão, acarretará multa de R\$ 20 000 000, 00 (vinte milhões de reais), além da desconstituição do ato submetido à aprovação do CADE".

Gesner Oliveira

Presidente do CADE

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 54/95

ANEXO AO VOTO DO PRESIDENTE DO CADE²²

SUMÁRIO

- I)** Introdução
- II)** Mercados Relevantes da Operação
 - II.1) Mercados Relevantes a Jusante
 - II.1.1) Mercados Relevantes de Produto a Jusante
 - II.1.2) Mercados Relevantes Geográficos a Jusante
 - II.2) Mercados Relevantes a Montante
 - II.2.1) Mercado Relevante de Produto a Montante
 - II.2.2) Mercado Relevante Geográfico a Montante
- III)** Substancialidade da Concorrência a Jusante e Eventuais Efeitos da Hipótese de Exclusão da Triunfo
 - III.1) Tendências da Concorrência a Jusante
 - III.2) Alternativas de Fornecimento à Triunfo
 - III.3) Barreiras à Entrada no Mercado a Jusante
- IV)** Características do Investimento na Indústria Petroquímica
- V)** Avaliação da Hipóteses de Exclusão: Estratégia de Eliminação da Concorrência *versus* Custos de Transação da Copesul
- VI)** Apreciação do Histórico de Relações entre Copesul e Triunfo
- VII)** Elementos da Jurisprudência Internacional
- VIII)** Conclusões e Proposta de Direito de Preferência Condicionado

LISTA DE QUADROS

- QUADRO 1 Mercados Relevantes para a Análise da Operação
- QUADRO 5 Critérios para Aplicação da Doutrina de Insumo/Infra-Estrutura Essencial
- QUADRO 6A Mercado Relevante de PEBD e PEBDL
- QUADRO 6B Mercado Relevante de PEAD e PEBDL
- QUADRO 7 -Operações Analisadas e Aprovadas pelo CADE com Grau de Concentração

²² Este voto contou com a competente assessoria e revisão técnica de Cesar Mattos, Juliano Maranhão e Marcelo Nishimoto. As opiniões nele contidas são de minha inteira responsabilidade.

QUADRO 8 - Modelo de Jogo Com Comportamento Oportunista

QUADRO 9 - Elementos da Economia dos Custos de Transação Relevantes para a Copesul

QUADRO 10 - Recusa a Negociar: Elementos da Experiência dos EUA

QUADRO 11 - Comparação entre Diferentes Alternativas de Decisão do CADE

I) Introdução

O tema das integrações verticais compreendido no presente ato de concentração requer análise criteriosa. A alegação de recusa de negociação, em particular, é considerada na jurisdição norte-americana como “*uma das questões menos consolidadas e mais intrigantes na área do antitruste*”²³.

O debate mais geral em torno dos custos e benefícios das integrações verticais sofreu forte influência na década oitenta das contribuições de Williansom e Grossman & Hart, baseados nos trabalhos de Coase, Arrow e Simon. Williansom foi crítico da metodologia de análise dos atos de concentração vertical pelas agências de defesa da concorrência americanas, as quais minimizariam a importância dos chamados custos de transação.

As idéias baseadas na chamada “economia dos custos de transação” indicavam a necessidade das agências considerarem as eficiências associadas com a redução dos custos de transação envolvidos em integrações verticais, seja mediante controle acionário ou contratos de longo prazo.

Além disso, a análise dos mercados relevantes em atos de integração vertical tende a ser mais complexa. Isso porque há a necessidade de delimitar dois grupos de mercados relevantes, os mercados a jusante e a montante, além de avaliar os impactos da operação em um mercado sobre o outro. Conforme discutido adiante, a principal preocupação no que tange a este ato reside em suas consequências no mercado a montante que afetam o mercado a jusante. Ou seja, além das análises de cada mercado individual (a montante e a jusante), é necessário uma avaliação dos efeitos do primeiro sobre o segundo.

Diante de tais considerações, a operação submetida ao CADE na forma de Ato de Concentração, que consistiu em acordos de fornecimento de eteno e propeno pela COPESUL às demais requerentes, chama a atenção, de início, para a eventual possibilidade dos mesmos resultarem em açambarca-

²³ Trecho de citação de decisão do sexto Circuito citado em ABA (1997, p.271).

mento do adicional de matérias primas por parte das empresas integradas à COPESUL. Isso poderia resultar em impactos negativos sobre as empresas concorrentes no mercado a jusante, criando dificuldades para seu desenvolvimento.

Mais precisamente, a não participação no montante adicional de eteno decorrente do plano de expansão da COPESUL por parte da TRIUNFO, poderia consubstanciar prejuízo a médio ou longo prazo à concorrência no mercado relevante a jusante, na medida em que poderia significar restrição à participação de concorrente com tecnologia atualizada neste mercado.

Cumprido ressaltar que, em princípio, a COPESUL, enquanto agente privado, possui liberdade para contratar com quem desejar no mercado. Entretanto, na medida em que os atos e contratos efetuados possam ter por efeito o prejuízo à concorrência ou a dominação do mercado a jusante, notadamente em função de sua integração vertical com as empresas líderes deste mercado, a eventual recusa de incluir empresa não societariamente integrada no fornecimento de eteno adicional poderia limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência nos termos do *caput* do Artigo 54.

Cabe, portanto, uma análise dos impactos econômicos do comprometimento de todo eteno adicional, que teve por consequência o não fornecimento à TRIUNFO, tendo em vista a delimitação dos mercados relevantes definidos na Seção II. Caso este impacto seja considerado anticoncorrencial, ainda que percebido de maneira tênue a médio ou longo prazo, deve-se avaliar a razoabilidade da negativa de fornecimento do adicional de matéria prima e as possíveis soluções para o problema.

A Seção III representa extensão da análise do mercado a jusante iniciada na Seção II. O objetivo é avaliar o ato de integração, na forma em que se encontra, e a eventual necessidade de reestruturações à luz da substancialidade dos seus efeitos esperados na concorrência a jusante.

A Seção IV contempla os aspectos mencionados no início desta introdução sobre a aplicação da economia dos custos de transação na indústria petroquímica, objeto deste ato de integração. Procura-se, neste ponto, apontar características gerais do investimento na indústria petroquímica e suas implicações do ponto de vista da operação em tela.

A Seção V discute as dificuldades transacionais que terminaram por impedir que a Triunfo participasse do programa de expansão da Copesul. Das ordens de razões são abordadas: em primeiro lugar, aquelas ligadas à eventual estratégia de redução da concorrência futura a jusante pela Copesul, cujos

controladores atuam nesse mercado. Em segundo lugar, aquelas relativas aos possíveis elevados custos de transação da Copesul com a Triunfo.

A primeira ordem de razões diz respeito à motivação anticoncorrencial do grupo dominante; a segunda investiga a razoabilidade econômico-empresarial de tal ação. Este cotejo é ilustrado na Seção VI por breve retrospectiva das relações entre Copesul e Triunfo com base nas informações constantes dos autos.

A Seção VII contém elementos úteis da jurisprudência internacional que, conforme argumentado adiante, não discrepa da linha de investigação proposta neste voto.

Uma última seção contém as conclusões que embasam a proposta de Decisão.

II) Mercados Relevantes da Operação

Em se tratando de uma integração vertical, cabe iniciar a discussão, delimitando os mercados relevantes tanto a montante como a jusante da cadeia produtiva. O Quadro 1 resume as visões tanto da Copesul quanto da Triunfo sobre os mercados relevantes de produto e geográfico, além de comentários e principais dados sobre o regime de comércio externo.

Quadro 1 - Mercados Relevantes para a Análise da Operação

Posição na Cadeia	Mercado de Produto			Mercado Geográfico			Regime de Comércio
	Visão Copesul	Visão Triunfo	Comentários Mercado de Produto	Visão Copesul	Visão Triunfo	Comentários - Mercado Geográfico	
<i>A Jusante</i>	1) Polietileno de Alta e Baixa Densidade - Inclusive o Linear (PEBD +PEBDL+ PEAD)	1) Polietilenos de Baixa Densidade - Inclusive o Linear (PEBD e PEBDL). 2) Polietileno de alta densidade (PEAD).	Considerando-se a substituíbilidade pelo lado da oferta, o PEBDL estaria no mesmo mercado relevante do PEAD pois as instalações produtoras de PEBDL podem ser reorientadas para produção de PEAD. Ou seja, se o	Há indícios de Mercado Internacional	Mercado Nacional acrescido, possivelmente, de Baía Blanca	O mercado geográfico pode ser o internacional, sendo, no mínimo, o Mercosul. Não cabe a afirmação de que o mercado não pode ser internacional pelas baixas taxas de penetração das importações de PELBD. Cabe postular a possibilidade de	Polietilenos PEBD, PEBDL e PEAD - 17% (Com as mudanças do último pacote que acrescentou 3 pontos percentuais) Sem restrições administrativas.

			mercado de análise é o PEAD, inclui-se o PEBDL. Se é o PEBDL e o PEAD, não se inclui o PEAD.			aumento da importação em resposta a um aumento de preço pequeno, mas significativo e não-transitório. As evidências apresentadas do baixo impacto das alíquotas menores nas importações pode estar sendo prejudicado pela sua transitoriedade.	
A montante	Não Específica	Propeno e Eteno	Propeno e Eteno	-	Polo Petroquímico de Triunfo.	Polo Petroquímico de Triunfo, dado o alto custo do transporte.	Eteno: 3% (com o acréscimo do último pacote) Exigência de anuência prévia do DNC.

II.1) Mercado Relevante a Jusante

II.1.1) Mercado Relevante de Produto a Jusante

A delimitação do mercado relevante a jusante constitui exercício não trivial neste caso. Isso porque há um grau de substitubilidade na demanda não só entre os polietilenos, mas também destes em relação a outras resinas termoplásticas como o polipropileno e o poliestireno. Nesse sentido, poder-se-ia delimitar, tendo em vista essas possibilidades de substituição, o mercado relevante de produto a jusante como o de resinas termoplásticas.

No entanto, o exercício de delimitação do mercado relevante não pode considerar a mera constatação de existência de alguma substitubilidade, mas sua magnitude.

O grau de substitubilidade pode ser medido, de forma indireta, através de exercícios hipotéticos dos efeitos de aumentos nos preços relativos de dois produtos, conforme proposto pelas *Merger Guidelines da FTC e DOJ* nos EUA. Se o aumento de 5% a 10%, por exemplo, no preço de um produto resultar em captura do mercado desse último para um segundo em montantes

considerados significativos, pode-se incluir esse último no mesmo mercado relevante do primeiro.

Apesar da falta de evidência econométrica mais segura, o grau de substitubilidade dos polietilenos em relação às outras resinas termoplásticas não parece alto o suficiente para satisfazer esse teste. Presumivelmente, apenas para aumentos hipotéticos maiores que 30 e 40%, esperar-se-ia a substituição dos polietilenos por outras resinas termoplásticas como resposta dos consumidores da terceira geração da petroquímica.

Assim, mesmo aceitando a possibilidade de uma definição mais abrangente do mercado relevante de produto, preferiu-se, neste voto, seguir um caminho mais conservador, restringindo a definição do mercado relevante de produto a jusante aos polietilenos. Admite-se, no entanto, que em um horizonte de tempo mais amplo, deve-se verificar maior substitubilidade na demanda e na oferta.

Mesmo dentro da categoria de polietilenos, justifica-se uma desagregação maior do mercado de produto. Propõe-se a segmentação do mercado de produto relevante a jusante em dois: O PEAD e o PEBDL de um lado e o PEAD e o PEBDL de outro.

O PEAD e o PEBDL são substitutos do lado da demanda, ainda que não perfeitos, a depender do uso. No entanto, os dois produtos são suficientemente próximos, de forma a permitir sua inclusão no mesmo mercado.

Já com relação ao mercado relevante de PEAD e PEBDL, esse é um exemplo interessante que denota a característica individualizada e não-recíproca do conceito de mercado relevante. Ou seja, o fato de um produto estar no mesmo mercado relevante de outro não implica que este último esteja no mesmo mercado relevante do primeiro. Assim, tanto as caracterizações de mercado relevante de produto dos pareceres de Possas (fls 29) como de Fritschak (comentário ao parecer de Possas fls 10) parecem parciais.

Observe-se que no caso das “Merger Guidelines” da FTC-DOJ (MG), é muito claro que tanto os competidores efetivos quanto os potenciais devem ser incluídos no mercado relevante. De acordo com as MG,

“the agency’s identification of firms that participate in the relevant market begins with all firms that currently produces or sell in the relevant market”.

Ou seja, o método proposto pela MG apenas se inicia pelos competidores efetivos, prosseguindo como segue,

“In addition, the agency will identify other firms not currently producing or selling the relevant product in the relevant area as participating in the relevant market if their inclusion would more accurately reflect probable supply responses”.

Portanto, em uma segunda etapa da definição do mercado relevante, a MG inclui os competidores potenciais (entendidos como aqueles que possuem capacidade de resposta de oferta suficiente dentro de, no máximo, um ano).

Não se excluem, portanto, as possibilidades de resposta do lado da oferta para a delimitação do mercado relevante. Como as novas instalações de PEBDL (chamadas de plantas “swing”) podem ser reorientadas para produção de PEAD, cabe incluir o primeiro no mercado relevante do segundo. Por outro lado, não cabe incluir o segundo no mesmo mercado relevante do primeiro, pois as plantas de PEAD (mais antigas) não possuem essa flexibilidade (não são plantas “swing”). Ou seja:

- i) não cabe delimitar apenas um mercado de produto relevante contendo PEBDL, PEBD e PEAD, pois as instalações correntes desse último não são capazes de se reconverter na produção de PEBDL e PEBD;
- ii) não cabe deixar o PEBDL de fora do mercado relevante definido a partir do PEAD, porque as instalações correntes²⁴ do primeiro podem ser reorientadas para esse último.

Assim, os dois mercados relevantes de produto a jusante são:

- i) PEBD e PEBDL;**
- ii) PEAD e PEBDL.**

II.1.2) Mercado Relevante Geográfico a Jusante

A análise do mercado geográfico relevante a jusante feita entre as fls 19 e 22 do relatório preliminar do relator é elucidativa. Inicialmente, com base no Quadro XII às fl 20, as importações de PEBD e PEAD como percentual da soma produção interna mais importações dos polietilenos de baixa e alta densidade são 4,3% e 13,4%, respectivamente, o que constituem valores relativamente baixos.

²⁴ Observe-se uma das inúmeras formas em que o conceito de mercado relevante pode variar no tempo para um mesmo setor. Se as instalações correntes estivessem já reorientadas para o PEAD e pudessem voltar a produzir PEBDL, seria o primeiro que deveria ser incluído no mercado relevante do segundo e não o contrário.

No entanto, o exercício de definição do mercado relevante não é estático, mas dinâmico. Não se deve concluir por um mercado geográfico não internacional apenas pelo fato de que, aos preços vigentes, o nível de importações é baixo.

Nesse sentido, o Relator buscou corretamente avaliar a relação entre o comportamento dos preços internos em relação aos externos do PEBD a partir de uma série de tempo, como base para a delimitação do mercado relevante. A conclusão é a de que *“os preços internos e externos do PEBD evoluíram de forma aproximada no período de jan/94 a jul/97, indicando que os preços internacionais orientam a fixação dos preços das empresas instaladas no país”*.

Por outro lado, acrescenta o Relator que

“o preço interno situa-se, em praticamente todo o período, abaixo do preço internacional internado. Ou seja, o preço externo internado é patamar máximo praticado pelas empresas instaladas no País”.

Ainda de acordo com o Relator, isto refletiria o fato de que *“há um dinamismo interno do processo concorrencial que promove um incremento de eficiência, traduzido pela redução de preços em uma faixa média de 10 a 25%, em benefício do sistema econômico e da sociedade em geral”*.

Evidências Econométricas não Asseguram Mercado Relevante Geográfico Internacional

Visando agregar mais informações à delimitação do mercado relevante geográfico, fez-se exercício econométrico relacionando o preço nacional do PEBD com o preço internacional internado, conforme apresentado pelo Relator às fls 21 de seu relatório preliminar.

O objetivo do exercício é avaliar se os dados de preços conferem a segurança necessária para não separar os mercados nacional e internacional. Caso os testes da regressão estejam suficientemente satisfatórios, o mercado geográfico relevante será, certamente, o internacional. Caso contrário, pode ser mais prudente, como hipótese de trabalho, adotar uma definição mais estreita.

Os resultados da regressão estão sumariados no Quadro 1 do Anexo. A análise das estatísticas básicas da regressão permite concluir que há, de fato, possibilidade de influência do PEBD importado internado sobre os preços praticados pelas empresas nacionais. A estatística “t” do preço internado P_i é muito significativa, assim como a estatística “F” da regressão como um

todo. Apesar disso, um aumento de US\$ 1,00 no preço internacional internado corrente apenas impacta em US\$ 0,34 o preço nacional.

Além disso, a regressão acima apresenta cinco problemas adicionais, os quais, conjuntamente, sugerem uma abordagem mais prudente para a delimitação do mercado relevante: i) o valor de R^2 não é alto, com o mercado internacional explicando apenas 56,9% (55,8% pelo R^2 ajustado) das variações do preço nacional; ii) a hipótese de normalidade dos resíduos só pode ser aceita a menos de 80% de confiança; iii) a hipótese de homocedasticidade é ainda mais remota, tendo em vista o valor da estatística “p” dos testes “F” e “Qui-Quadrado”; iv) a estatística Durbin-Watson (DW) indica possibilidade de autocorrelação serial positiva dos resíduos, apesar do teste do multiplicador de Lagrange não corroborar essa hipótese; v) as séries de preço nacional e preço internacional internado não são estacionárias. Os testes ADF e ADF1 não constatarem estacionaridade para nenhuma das séries, apesar de que testes ADF de grau intermediário indicam alguma estacionaridade. Além disso, os testes ADF para os resíduos também não se revelaram estacionários (Quadro 3c), o que pode estar refletindo uma correlação espúria entre as variáveis. Os testes de estacionaridade estão reproduzidos nos Quadros 2 e 3 do Anexo.

Foram tentadas outras formulações que estão pormenorizadas também no anexo e o resultado é similar: apesar da significância dos coeficientes e da própria regressão, os problemas são, em maior ou menor grau, os mesmos, não permitindo uma conclusão segura de que os preços do mercado internacional sejam os principais condicionantes dos preços do mercado nacional. Se por um lado não se pode descartar a influência do mercado internacional na dinâmica competitiva interna, é temerário não separar o ambiente externo do interno para efeito de delimitação do mercado geográfico relevante a Jusante.

Perspectivas de Internacionalização do Mercado a Jusante

Além disso, a análise do Relator também está correta ao assinalar o aumento expressivo das transações de resinas com o Mercosul e da perspectiva de início da operação de novas plantas em Baía Blanca. A despeito de refutar a definição mais abrangente de mercado internacional como o relevante, cabem ainda considerações sobre a possibilidade de um mercado geográfico que abrangesse a América do Sul.

Isso poderia ser razoável tendo em vista especialmente que há um volume expressivo de projetos de multinacionais em andamento, especialmente na Venezuela, onde há perspectivas de concorrência com as plantas brasileiras. Como a previsão para a entrada em expansão do projeto da Copesul coincide, em certa medida, com o prazo de maturação daqueles projetos, poder-se-

ia contemplar uma definição de mercado geográfico mais ampla. Mais uma vez, será seguido um caminho conservador, dado que não há informações sobre o grau de comprometimento dessa produção futura das instalações petroquímicas em outros países da América do Sul. Assim, o mercado geográfico relevante adotado será o Mercosul, acompanhando, neste ponto, o Relator.

II.2) Mercados Relevantes a Montante

II.2.1) Mercado Relevante de Produtos a Montante

Do ponto de vista dos mercados relevantes de produto a montante, não há dúvida de que os mesmos são constituídos pelo propeno e pelo eteno²⁵. Como bem ressaltado pelo relatório à fl. 18, não há problemas a serem analisados no mercado relevante de propeno, mas apenas no de eteno, o qual constitui a principal demanda das empresas de segunda geração da petroquímica, inclusive a Triunfo.

II.2.2) Mercado Relevante Geográfico a Montante

Tendo em vista as limitações de suprimento de eteno por outros pólos petroquímicos, em razão do elevado custo de transporte²⁶, das escassas possibilidades de armazenamento do produto importado e da substancial redução de despesas derivada do sistema de dutos que liga as empresas de primeira e segunda geração, o mercado geográfico relevante do eteno considerado será restrito ao pólo de Triunfo. Ou seja, mesmo que o preço do eteno suba em bases permanentes entre 5 e 10%, não se espera que se torne economicamente viável, aos preços vigentes²⁷, o aparecimento de novos ofertantes para as empresas de segunda geração do pólo (inclusive a Triunfo).

Nesse contexto, há de se reconhecer que as alternativas de suprimento adicional de eteno para o plano de expansão da Triunfo fora daquele pólo petroquímico são reduzidas, o que limita suas possibilidades de se manter como um *player* independente nesse mercado.

²⁵ Como especificado no quadro I, a requerente não especificou o mercado relevante a montante.

²⁶ Dado o elevado custo de transporte, a possível barreira institucional da anuência prévia acaba se tornando redundante para transações realizadas em bases mais permanentes.

²⁷ Observe-se mais uma vez um aspecto conjuntural do conceito de mercado relevante. Uma determinada delimitação do mercado relevante é válida para um certo intervalo de preços relativos. Se o eteno no pólo petroquímico do Sul subir 100% ou 200%, poderia tornar economicamente viável o suprimento por outros pólos.

III) Substancialidade da Concorrência a Jusante e Eventuais Efeitos da Não Participação da Triunfo no Projeto de Expansão.

A análise do mercado *a montante* não pode ser dissociada da avaliação do mercado *a Jusante* quando se trata de uma integração vertical. Cabe, especialmente, avaliar em que medida se aplica a doutrina de insumos/infraestrutura essencial nesse caso específico, a qual termina por estabelecer, de forma ordenada, os critérios que devem orientar a decisão. O Quadro 2 sumaria possíveis critérios.

Quadro 2 - Critérios para Aplicação da Doutrina de Insumos/Infraestrutura Essencial

Critérios	Copesul	Triunfo	Comentários
Grau de Concorrência <i>A Jusante</i>	Elevada, dada a concorrência internacional	Não muito competitivo. HHI acima de 2500 e elevadas barreiras técnicas à entrada de novas firmas. Não se usa preços como instrumento competitivo.	A concorrência internacional apresenta algum papel. Não parece razoável inexistir concorrência via preços. O grau de concentração medido pelo HHI é 2420 (ver abaixo), não sendo tão alto para os padrões de operação analisadas pelo CADE.
Substancialidade do aumento da Concorrência <i>A Jusante</i> em Função da Provisão de Acesso	Pouca, dado o já agressivo ambiente de concorrência internacional.	Dada a competitividade da Triunfo e dada sua estratégia de suprir pequenos e médios transformadores, seria importante assegurar participação da Triunfo.	Mesmo a nível nacional, a Triunfo possui apenas 11,5% da capacidade nacional. Com o projeto, a SEAE estima aumento para 12% e sem o projeto, um declínio para 6%. A queda projetada do HHI sem expansão da Triunfo seria de 357 pontos (de 2420 em 1996 para 2063 no ano 2000), enquanto que com o plano de expansão, a redução seria de 511 pontos, representando diferença de 54 pontos.
Alternativa para a expansão da Triunfo no Mercado <i>A Jusante</i>	Baía Blanca.	Nenhuma	A alternativa de Baía Blanca não é razoável, dados os preços relativos do eteno no pólo e o elevado custo de transporte quando não feito por dutos. A construção de planta própria parece pouco

			razoável do ponto de vista econômico, dados os problemas de escala e os requerimentos de capital.
Existência de outras firmas que poderiam contestar o mercado de <i>a Jusante</i> sem requerer condição de acesso	Destacam-se no âmbito da América Latina, a própria Dow Chemical em Baía Blanca, a Mobil que fechou recentemente parceria com a Pequiven na Venezuela. O acordo da Shell e da Mobil com o governo do Perú. A Shell e a Enron com acordos para utilizar o gás argentino e boliviano.	Não é uma questão abordada.	Certamente a necessidade de escala e mesmo de crescente integração vertical tem sido um requerimento crescente nessa indústria, o que amplia barreiras à entrada e torna difícil a entrada de novos players nacionais. O complexo petroquímico do Rio ainda está em fase de implantação, mas deverá deter cerca de 10% da capacidade de produção nacional. A concorrência externa deve aumentar.

III.1) Grau de Concorrência a Jusante

A análise da questão concorrencial não pode se limitar à viabilização de um concorrente a mais, cabendo avaliação da significância desse último para a concorrência naquele mercado.

Não é surpreendente que as visões apresentadas pelas duas empresas sejam diametralmente opostas sobre a dinâmica dos mercados a jusante e, por conseguinte, dos impactos decorrentes da não participação da Triunfo no programa de expansão do pólo (Ver Quadro 2).

De um lado, a Copesul destaca a influência determinante da concorrência internacional, minimizando a importância relativa da Triunfo para o bom funcionamento dos mercados a jusante, hipótese relativizada pela delimitação do mercado geográfico como o Mercosul.

De outro, a Triunfo realça o caráter concentrado dessa indústria, a “*falta de permeabilidade dos preços praticados interna e internacionalmente*” (Frichstak fls 4), as elevadas barreiras técnicas à entrada e, por conseguinte, o baixo grau de concorrência em preço no sentido de Bertrand (Frichstak fls 7). A Triunfo sugere a existência de um oligopólio onde a concorrência se verifica em variáveis não preço como “*qualidade do produto, desempenho e assistência pós-venda*”.

III.2) Substancialidade do Aumento da Concorrência a Jusante em Função da Provisão de Acesso

A conclusão da Triunfo assinala uma questão adicional de caráter dinâmico. Esta empresa acredita que não apenas ficaria impedida de se expandir, como também perderia progressivamente mercado “*por incapacidade de ofertar um produto novo e tecnologicamente mais atualizado, o polietileno linear de baixa densidade*” (Frichstak fls 10), acarretando “*enfraquecimento e eventual saída da Triunfo*” do mercado. O efeito sobre o mercado seria “*um impacto adverso sobre a intensidade da competição na indústria e, portanto, sobre o bem estar dos consumidores*”.

O principal propósito da análise abaixo é avaliar essa afirmação da Triunfo à luz do grau de concentração nesse mercado. O Quadro 3 reproduz as informações do Relatório preliminar com pequenas modificações:

Quadro 3 - Mercado Relevante de PEBD e PEBDL (em 1000 Toneladas/ano)

Empresa	Capacidade - 1996	Part%	Capacidade - 2000 (Hip: Com Trinfo 2)	Part Triunfo 2 sem	Part Triunfo 2 com
OPP	418	37%	699	34	32
Ipiranga			150	7	7
Union Carbide	144	13%	144	7	7
Politeno	223	20%	245	12	11
Rio Polímeros			200	10	9
Dow	210	19%	460	23	21
Triunfo	130	11%	260	6	12
Total e HHI	1125	2420	2158	2063	1909

Fonte: Relatório Preliminar do Relator às fls

Quadro 4 - Operações Analisadas e Aprovadas pelo CADE com Grau de Concentração Alto

PRODUTO RELEVANTE	ANTES	DEPOIS	Varição
FERTILIZANTES NITROGENADOS	2843	1601	-1242
ÁUDIO - CONSUMO	2847	2847	0
ÁUDIO - INDUSTRIAL	2626	2626	0
VÍDEO - CONSUMO	1905	1905	0
VÍDEO - INDUSTRIAL	5725	5725	0
FERRO-LIGAS	2082	2334	252
COLAS BRANCAS LÍQUIDAS	3397	3397	0
COLAS BRANCAS BASTÃO	8690	8690	0
DIISOCIANATO TOLUENO (TDI)	7178	7253	75
EVAPORADORES ROLL-	5200	5200	0

BOND			
ROCHA FOSFÁTICA	2779	3049	270
ESTIRENO	5161	5161	0
POLIESTIRENO	3534	3534	0
OFFICE IMAGING	5024	5024	0
REFRIGERADORES	5222	5222	0
FREEZERS	3511	3511	0
MÁQUINAS DE LAVAR ROUPA	3914	3914	0
CONDICIONADORES DE AR	3734	3734	0
ENGRENAGENS P/ MOTOS	7506	7506	0
ASSOCIAÇÕES DE COR-TICÓIDES	2442	2668	226
TABACO	2579	2925	346
AVM - ACETATO DE VINILA	4857	5470	613
BOMBAS MECÂNICAS DE	4791	4835	44
COMBUSTÍVEL			
EPDM	5622	6214	592
DETERG. EM PÓ P/ ROUPAS	6345	6345	0
DETERG. EM PÓ P/ LOUÇAS	3149	3149	0
ABRILHANT. MAQ. L. LOUÇA	3538	3538	0
RECIPIENTE TRANSP. GLP	2904	2904	0
MARGARINA	2764	2861	97

Fonte: CADE. Elaboração própria.

O grau de concentração de mercado medido pelo HHI, apesar de considerado alto pelo critério das Merger Guidelines do FTC e DOJ²⁸, não é grande comparado a outros mercados constantes de atos de concentração analisados e aprovados pelo CADE. O Quadro 4 é ilustrativo a este respeito: das operações que envolviam mercados altamente concentrados há nove casos recentes de aprovação em que as variações de HHI foram superiores à do caso em tela.

Obviamente que não se pode avaliar a forma de concorrência em um determinado mercado apenas pelo seu grau de concentração, tal como nas versões iniciais do paradigma estrutura-conduta-desempenho. No entanto, o

²⁸ HHI superior a 1800 pontos.

mesmo constitui ponto de partida importante para avaliar a concorrência a jusante de PEBD e PEBDL, pois oferece referência objetiva para a análise.

Do ponto de vista estritamente da concentração do mercado, é forçoso concluir que a não provisão de acesso tem efeito imediato bastante reduzido. Neste sentido, o ato não afronta o Inciso III do Parágrafo 1º do artigo 54 da Lei 8884/94 ao não implicar “...*eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços*”.

Há, no entanto, duas considerações relevantes do ponto de vista dinâmico, que têm efeitos em direções opostas:

- conforme afirmado anteriormente, prevê-se, em um horizonte temporal mais amplo, maior substitubilidade entre as resinas termoplásticas, bem como maior concorrência de pólos do exterior;
- no médio e longo prazos, as empresas que não ingressarem no mercado de polietileno linear de baixa densidade poderão ter suas perspectivas de expansão limitadas.

Assim, o impacto anticoncorrencial imediato é negligenciável, restando um efeito potencial de longo prazo associado à possibilidade de atualização tecnológica dos agentes do mercado.

III.3) Alternativas para a Expansão da Triunfo no Mercado a Jusante

Toda a discussão desses cenários com e sem o plano de expansão passa por um questionamento básico: Quais as possibilidades de abastecimento de eteno da Triunfo fora da Copesul. Conforme já discutido na análise do mercado geográfico de eteno, as indicações existentes são de que as possibilidades de acesso da Triunfo ao eteno fabricado em Baía Blanca não parece uma alternativa viável economicamente aos preços atuais. Ou seja, o não suprimento da Triunfo de eteno adicional da Copesul implica a virtual impossibilidade daquela empresa efetuar um plano de expansão.

Além disso, dada a necessidade de escala mínima existente, a possibilidade de construção de uma planta de eteno pela própria Triunfo envolveria custos médios muito superiores ao que seria viável economicamente. Destaque-se que os requerimentos de capital para tal empreendimento de integração vertical da planta de Triunfo poderia inviabilizar a própria factibilidade financeira do projeto linear, dada a restrição orçamentária da Triunfo.

Não é casual, a este respeito, que a tendência internacional nesta área seja de integração vertical com a presença de uma única empresa totalmente integrada desde a nafta até a segunda geração²⁹.

III.4) Outras Firms que Podem Contestar o Mercado a Jusante

O País vive hoje uma fase em que várias empresas como a própria Copesul deixaram de ser propriedade pública para operarem sob a ótica privada. Trata-se de um setor que passa por um momento de forte reestruturação, no qual é pouco claro qual será a configuração final do poder de mercado das empresas atualmente operando.

De fato, apesar de uma tendência à desconcentração até o final do século pela entrada em operação dos projetos em andamento, é nítida uma ampliação das barreiras à entrada no setor, especialmente pela crescente exigência de integração vertical e escala. Tal tendência caracteriza não apenas o caso brasileiro, mas constitui padrão mundial na petroquímica.

Assim, não se vislumbra uma entrada significativa de novos *players* no mercado a jusante, a não ser que a nova configuração de preços relativos interno/externo tornem o mercado geográfico relevante como o internacional de maneira inequívoca. Sendo assim, trata-se de mercado no qual não deve haver, no longo prazo, reduções maiores no grau de concentração através da entrada de novos agentes. A possibilidade de maior contestabilidade repousa na maior competição das importações de novos pólos que estão sendo criados na América do Sul, bem como na maior substitubilidade na demanda e na oferta.

IV) Características do Investimento na Indústria Petroquímica

A indústria petroquímica é um setor com perspectivas de custos de transação substanciais, caso as operações de compra e venda se realizem no mercado *spot*. Justifica-se, assim, a integração vertical, seja via participação acionária das empresas de segunda geração nas de primeira ou vice-versa, seja via contratos de longo prazo. Os elevados custos de transação derivam, por seu turno, do alto grau de especificidade de ativos envolvidos no setor.

Sendo os custos de transação derivados da especificidade de ativos, essa integração vertical é demandada antes de realizado o investimento. Ou seja, não se investe nesse setor, esperando encontrar “a posteriori” vários demandantes de insumo (no caso o eteno) no mercado *spot* dispostos a comprar

²⁹ A respeito das tendências estruturais do setor, ver, por exemplo, Montenegro, R.S. e Monteiro Filha, D. (1997).

o produto ou, de outro lado, vários ofertantes de insumo (também eteno) dispostos a vender o produto naquele mesmo mercado à vista. Daí a necessidade de planejamento “a priori” para os demandantes de quem serão os ofertantes e, para esses últimos, de quem serão os primeiros.

Exige-se, ademais, elevado grau de informação recíproca das partes que combinam um investimento e irão transacionar os insumos no futuro, especialmente para evitar a emergência de comportamentos oportunistas. Estes últimos derivam do fato que, dada a relação de dependência que se constrói entre os agentes, cada uma das partes acaba por adquirir, após efetuado determinado investimento em ativo específico, capacidade de impingir elevados custos à outra.

Em outras palavras, o descumprimento da promessa de uma parte transacionar com outra envolve custos “ex-post” para essa última, pois a tentativa de transacionar com uma terceira parte envolveria ponderável ônus. No caso em tela, existem três fontes importantes de custos relativas à tentativa de comercializar com uma terceira parte:

- i) proximidade geográfica. Devido aos altos custos unitários do transporte de matérias-primas na petroquímica, a opção tanto da fornecedora de matérias-primas (no caso a Copesul) como das clientes (no caso OPP, Poliolefinas, Polisul e Triunfo) de comercializar com agentes fora do complexo é custosa;
- ii) aprendizado mútuo. As partes que transacionam usualmente o fornecimento da matéria-prima acabam conhecendo as peculiaridades recíprocas, o que facilita os termos do negócio. A eventual tentativa de comercializar com outrem, elimina essa vantagem informacional, aumentando os custos relativos;
- iii) necessidade de especificações técnicas estritas, de acordo com estudo da Funcex reproduzido pelo Relator, a qual impõe “*a necessidade de uma relação cooperativa e permanente entre fornecedor e consumidor*” (Relatório Preliminar fls 22).

Os custos de transação que emergem desses fatores justificam tanto o elevado grau de integração vertical por participação acionária da OPP, Poliolefinas e Polisul na Copesul como o estabelecimento de contratos de longo prazo de fornecimento de insumos e, principalmente, o surgimento de novos contratos de expansão casada das capacidades produtivas de fornecedores (eteno da Copesul) e clientes (polietileno na OPP, Poliolefinas e Polisul).

Assim, o contrato de fornecimento entre a Copesul e as empresas OPP, Poliolefinas e Polisul apresenta eficiências, dado que reduzem custos de transação que são muito frequentes nesse setor. Dessa forma, descarto, de início, conclusão no sentido de que essa forma de expansão casada de capacidade produtiva possa, de *per se*, limitar artificialmente a concorrência.

Por outro lado, outra questão bastante diferente é a alegação da Triunfo de que a mesma teria sido discriminada no projeto de expansão da produção de eteno pela Copesul. Ou seja, não é razoável questionar o ato de integração em si através de contrato entre as empresas mencionadas, mas a possibilidade de discriminação da Copesul.

V) A Impropriedade da Inversão do Ônus da Prova

Antes de discutir os aspectos jurídicos e econômicos de eventual exclusão da Petroquímica Triunfo, rechaço a construção elaborada pelo Relator no sentido de que seu Despacho de advertência às requerentes tenha criado “...ônus às requerentes da contraprova dos fatos afirmados no mesmo parecer da SEAE”.

Preliminarmente, deve-se fazer algumas considerações a respeito da pretensa inversão do ônus da prova, que o Relator afirma ter ocorrido durante o processo.

De acordo com o Relator, “o efeito específico do Despacho (despacho admonitório) foi criar um ônus às requerentes da contraprova dos fatos afirmados no mesmo parecer da SEAE/MF”. Isto, em função da aplicação do art. 6º, inc.VII, do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas processuais se aplicam subsidiariamente ao processo de defesa da concorrência por força da Lei 8884/94.

Cumprе ressaltar:

- (i) A ordem econômica constitucional não admite a inversão do ônus da prova para os processos relativos ao direito econômico.
- (ii) a aplicação do artigo 6º, inc.VII do CDC ao processo antitruste não resiste a uma análise mais aprofundada das distinções entre a defesa do consumidor e a defesa da concorrência.
- (iii) O parecer da SEAE não pode fazer prova contra as requerentes, conquanto não se limita à apresentação de fatos.

Inconstitucionalidade da Proposição

A Constituição Federal de 1988 (CF), elegeu o sistema de mercado como adequado para reger a ordem econômica, estabelecendo como fundamento desta, a livre iniciativa (CF, art. 170), que encontra seus limites no princípio constitucional da livre concorrência. (CF,art.170, inc.IV). A CF estatui, ainda, que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros (art.173, 4º).

Assim, existe uma permissão constitucional positiva aos agentes privados para definirem seus atos e omissões, bem como dispor de seus bens, de acordo com seus próprios interesses (livre-arbítrio, CF art. 170, parágrafo único), desde que tal liberdade não implique, por exemplo, restrição à concorrência (Lei 8884/94) ou desvio de uso da propriedade no sentido contrário aos interesses sociais.

Sendo a livre iniciativa, a liberdade individual, o fundamento da ordem econômica, a intervenção do Estado na economia somente se justifica e legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual ou corrigir falhas de mercado. Portanto, cumpre ao Estado, por meio de sua agência de defesa da concorrência, demonstrar a existência de ameaça à livre iniciativa ou à livre concorrência, para que se legitime a interferência nas relações privadas.

Ademais a própria CF, em seu art.5º LVII, estabelece como um direito fundamental do indivíduo a presunção de inocência, até que se comprove a ilicitude de sua conduta. Neste sentido, o ônus da demonstração do caráter abusivo ou anticoncorrencial da conduta individual cabe sempre ao Estado, ou seja ao CADE.

Frente à imposição constitucional de demonstração, pelo Estado, da ilicitude da conduta anticompetitiva, o artigo 6º, inc. VII do CDC, que possibilita a inversão do ônus da prova, mostra-se totalmente inaplicável ao processo *antitruste*, vez que, consistindo em direito excepcional que limita direito individual constitucional, com aplicação subsidiária ou supletiva, sua interpretação deve ser restritiva, não se admitindo extensão ou analogia.

Sobre a interpretação do direito excepcional, vale repetir a lição de Carlos Maximiliano:

“O Código Civil explicitamente consolidou o preceito clássico – interpretam-se as exceções estritíssimamente – no art.6º da antiga introdução, assim concebido ‘a lei que abre exceção a regras gerais, ou restringe direitos, só a-

brange os casos que especifica’’(Hermenêutica e aplicação do direito, Carlos Maximiliano, 16ª ed, 1997, p 245)

A inversão do ônus da prova para facilitar a defesa do consumidor aplica-se tão-somente aos processos em que se discute seu direito individual, ou o direito individual dos diversos componentes de determinado grupo de consumidores, e não de direito difuso ou coletivo, defendido pela Lei 8884/94.

Transposição Errônea da Defesa do Consumidor para a Defesa da Concorrência

Assim, é de fundamental importância a distinção entre o consumidor do CDC, **consumidor contratante**, e o consumidor a que se refere o inc.II do parágrafo primeiro do art.54 da Lei 8.884/94, **consumidor ator econômico**.

O CDC, conforme estabelece o seu art.1º *“estabelece normas sobre a proteção e defesa do consumidor”*. Ora, aqui não se trata do consumidor enquanto ator do cenário econômico, que se beneficia naturalmente da aplicação da lei de defesa da concorrência, mas do indivíduo que se encontra em uma situação de fragilidade econômica perante os comerciantes ou empresários. Portanto, o CDC busca tomar a defesa do consumidor nas suas relações privadas com os fornecedores (economicamente mais fortes), reequilibrando-a através da eliminação de cláusulas contratuais abusivas. Esta defesa atende a um interesse social de proteção aos indivíduos, porém, em suas diversas relações privadas. Vale dizer, a defesa dos direitos do consumidor se situa no campo privado, especificamente no direito contratual. Neste sentido Jean Pierre Pizzio:

“Le mot protection doit être pris au sens propre du terme, c’est a dire prendre la défense de.

Si j’ai bien compris il s’agit moins de s’intéresser au consommateur, acteur économique, qu’au consommateur contractant, placé en situation de faiblesse dans ses rapports avec les professionnels. Cette protection du plus faible contre le plus fort à finalité plus sociale qu’économique, s’inscrit logiquement dans le droit civil, attaché à satisfaire les exigences de protection des individus” (La Protection des consommateurs, est-elle une entrave à concurrence?, Bourgogne, 1994)

Feita a distinção, observa-se claramente que o objeto do inc.VII do art.6º do CDC é a proteção ou a facilitação do exercício de um direito indi-

vidual que busca reequilibrar a relação contratual de consumo, através de faculdade processual excepcional.

*“Art. 6º São direitos básicos do **consumidor**:*

A facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

A ampliação do direito individual do consumidor contratante (note-se que a regra fala em direitos básicos do consumidor), com a inversão do ônus da prova, responde, assim, a uma exigência de justiça substancial, de forma que a limitação processual do fornecedor compatibilize-se com sua preponderante situação econômica. Seria ocioso argumentar que a relação processual aqui é totalmente distinta daquela verificada nos processos de competência do CADE. É difícil imaginar que situação de hipossuficiência teria o Estado ao acusar uma empresa de abuso de poder econômico ou realização de ato inibidor da concorrência, que justificasse uma limitação aos direitos constitucionais fundamentais de livre iniciativa, presunção de inocência e contraditório desta última: o desequilíbrio processual, que deve ser moderado pelo contraditório e ampla defesa, pende contra a empresa investigada, e não o contrário!

Fica claro que a regra de inversão do ônus da prova choca-se frontalmente com o espírito da Lei 8884/94, além de ser incompatível com a relação processual de defesa da concorrência, não podendo ser aplicada, por analogia ou extensão, para favorecer o consumidor ator econômico (beneficiário, mas não fim único da defesa da concorrência), pois restrita a norma ao caso específico do consumidor contratante. Novamente recorrendo aos ensinamentos de Carlos Maximiliano:

“Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o espírito do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do direito excepcional, interpretável de modo estrito” (op.cit, p. 225)

Aliás, o próprio relator concorda com a inconveniência de se criar dificuldades excessivas para a aprovação de atos de concentração. É o que se denota de citação feita em seu voto (p. 10), abaixo transcrita:

“Como fruto dessa descrição a Comissão ‘usually prefer not to create difficul-

ties for merger proposals and will therefore tend to exercise its discretion in a direction favourable to the approval of a transaction where possible”

A obrigatoriedade de se provar o caráter pró-competitivo de ato ou conduta de antemão presumida pela agência como ilícita, parece criar dificuldades imensas à aprovação, absolutamente contrárias à postura acertadamente pragmática sugerida pelo Relator.

Impropriedade de Utilização do Parecer da SEAE como Peça de Prova

Apenas para argumentar, não satisfeito com a manifesta inaplicabilidade da inversão do ônus da prova ao processo da Lei 8884/94, cumpre ressaltar que, de forma alguma pode o parecer da SEAE fazer prova contra as requerentes.

De acordo com o Conselheiro Antônio Fonseca, a notificação admonitória teve o condão de “*fazer prova contra as requerentes quanto aos fatos acima especificados, a menos que tenha sido produzida a contraprova adequada*” (voto do Relator ps.3 e 4). Dentre os “fatos” elencados pelo Relator, ressaltem-se os seguintes:

- Embora a expansão do pólo Petroquímico do Sul seja geradora de benefícios, a forma como está sendo apropriada a produção futura de matérias primas **retira a competitividade de uma das empresas** (Triunfo) em favor de outras duas (OPP-Polietilenos e Ipiranga), **além de indicar uma tendência de domínio futuro de mercado por parte das empresas produtoras de Polietileno que tem participação acionária na Central.**
- A ausência de acesso ao eteno adicional “**seria ainda mais grave porque faria parte de uma estratégia comercial dos grupos que participam do controle da central e das empresas Polisul e Poliolefinas de monopolição do mercado**”
- **Os acordos “apresentarão impactos negativos sobre a concorrência no mercado de polietilenos** ao concentrar a oferta e reduzir a participação da Petroquímica Triunfo”
- Dos acordos e da expansão da capacidade produtiva da central resultarão “**ganhos econômicos para a sociedade como um todo, os quais, entretanto, também poderiam ser obtidos sem a perda observada no processo concorrencial, caso a Petroquímica Triunfo participasse da expansão**”

Basta uma breve passagem de olhos pelos trechos destacados para perceber que não se tratam de evidências ou fatos, mas juízos de valor sobre o

caráter pró ou anticompetitivo dos acordos firmados. Vale dizer, exige-se contraprova não de fatos mas de opiniões ou valorações feitas pela SEAE acerca do enquadramento jurídico na Lei 8884/94 (matéria de direito) dos acordos apresentados. Ora, juízos de valor não se provam ou contraprovam, são apenas mais ou menos convincentes, vez que não admitem valores de verdade ou falsidade.

O Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que o que se deve provar ou contraprovar no processo é a verdade dos fatos e não juízos de valor.

*“Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para **provar a verdade dos fatos**, em que se funda a ação ou a defesa”*

O objeto da prova são os fatos, não valorações. Estas últimas devem decorrer dos fatos provados, das evidências incontestáveis.

“Pela prova, procura-se averiguar a verdade dos fatos alegados pelos litigantes, a decisão assenta-se na prova dos fatos, na apuração dos fatos. Ressalta, desde logo, sem necessidade de maiores esclarecimentos que o objeto da prova são os fatos sobre os quais versa a ação e devem ser verificados.” (Moacir Amaral Santos, Prova Judiciária no Cível e Comercial, 1970, VI, p.16)

Parece óbvio que o parecer da SEAE não continha somente afirmações, mas opiniões sobre o caráter ilícito dos acordos firmados pelas requerentes. Tais juízos poderiam, no máximo, colaborar para a formação do convencimento do Relator e demais membros do Plenário, jamais provar o caráter anticoncorrencial dos atos submetidos a exame.

Do exposto, conclui-se a inadequação da inversão do ônus da prova dos fatos afirmados pela SEAE, mormente por tratarem-se estes de opiniões do órgão e não de evidências técnicas.

VI) Padrão de Prova e Razoabilidade de Eventual Exclusão da Triunfo

As seções anteriores analisaram os possíveis efeitos da operação de integração vertical. Esta seção demonstra duas teses:

- i) os autos não contêm evidências suficientes para caracterizar exclusão da Petroquímica Triunfo pelas requerentes;
- ii) eventual exclusão teria razoabilidade econômica dados os custos de transação envolvidos.

VI.1 Inexistência de Padrão de Prova Suficiente

VI.1.1 Apreciação do Histórico de Relações entre COPESUL e TRIUNFO.

Vale a pena aquilatar a importância relativa dos argumentos acima delineados a partir de breve revisão das informações dos autos.

As discussões entre as empresas controladoras, acerca da expansão da COPESUL, bem como da distribuição do acréscimo de 535 mil ton/ano de eteno tiveram início decisivo, **em caráter sigiloso** (de acordo com o item 8 do Protocolo de entendimentos entre Ipiranga e Odebrecht), em 12.04.95. Conforme ressalta a nota técnica do assessor Roberto T. Alves (itens 13, 14 e 15), tal protocolo já estabelecia uma distribuição proporcional do eteno entre as empresas dos grupos controladores (OPP, Polietilenos e Ipiranga), sinalizando desde então a indisposição de abrir o programa de expansão à concorrência.

A TRIUNFO estabeleceu seu primeiro contato com a COPESUL em 06.07.95 para fornecimento de matéria prima do Projeto Linear, que exigiria um fornecimento adicional de 120 mil ton/ano. Seguiu-se deste contato inicial uma série adiamentos até que a primeira reunião se realizou em 31.08.95, quando a COPESUL informou à TRIUNFO que toda a produção adicional decorrente do plano de expansão já estava comprometida e que o fornecimento de eteno ao projeto linear da Triunfo não estava contemplado neste aumento de capacidade. A COPESUL mencionou, porém, a possibilidade de reformulação do plano de expansão para equacionar o problema.

Em 25.10.95 a COPESUL enviou carta à Triunfo solicitando informações relativas à tecnologia a ser utilizada no Projeto Linear, características técnicas do Projeto, os meios financeiros para sua viabilização, bem como o cronograma de implantação contemplado. Em 1.11.95 a Triunfo prestando as informações disponíveis, encaminhou minuta de Acordo de Fornecimento de Matéria Prima para discussão, sugerindo que a definição de tecnologia e financiamento deveria ser posterior à garantia mútua de fornecimento, por meio de pré-contrato.

Segue-se daí um longo período de indefinição. De um lado, a Copesul exigindo informação sobre tecnologia e fontes de financiamento definidas para o Projeto Linear da Triunfo como pressuposto para assinatura de acordo e, de outro, a Triunfo exigindo previamente a garantia de fornecimento por parte da Copesul, conforme a lógica circular explicitada na próxima seção.

Parece razoável, à primeira vista, a exigência da Copesul de apresentação da tecnologia, cronograma e fontes de financiamento do projeto de ex-

pansão, eis que a incursão em custos irrecuperáveis para a definição destes fatores naturalmente comprometeria a Triunfo com a compra do eteno adicional.

Tamanhas incertezas poderiam ser reduzidas pela realização de contrato com cláusulas rigorosas para a hipótese de inadimplemento, que desestimulariam tanto a recusa de fornecimento quanto a recusa de compra de eteno. Tal expediente reduziria perdas, pois eventuais prejuízos poderiam ser minimizados com a execução no judiciário, porém, com consideráveis custos judiciais, que envolveriam capital e, principalmente, tempo. Neste sentido, a Triunfo apresentou minuta de contrato, nos moldes dos acordos preliminares firmados entre a COPESUL e as empresas OPP, Poliolefinas e Ipiranga.

Por outro lado, cumpre ponderar que a garantia de fornecimento de 120 mil ton/ano de eteno (o que significa a duplicação da capacidade da Triunfo) por meio de contrato preliminar constitui título de vultoso valor patrimonial, com reflexos no valor das ações das empresas contratantes. Note-se que acordo de fornecimento, nos moldes daqueles efetuados com as empresas do grupo Ipiranga e Odebrecht, constitui pré-contrato, ou seja um contrato cujas cláusulas e conteúdo já estão definidos, faltando apenas a declaração de vontade das partes que se obrigam a emití-la no futuro. Segundo tendência doutrinária, o pré-contrato ou contrato preliminar pode ser equiparado ao contrato definitivo, sendo inclusive aceita a execução judicial de seu conteúdo obrigacional. Conforme Orlando Gomes:

“Desenvolve-se, finalmente, a tendência a considerar o pré-contrato um negócio jurídico pelo qual as partes estipulam a faculdade de exigir a eficácia imediata de outro contrato já delineado em seus elementos fundamentais. Entende-se desnecessária nova declaração de vontade, pois, ao celebrarem o pré-contrato, tudo o que é necessário ao estabelecimento do vínculo contratual já foi estipulado. Basta, portanto, providenciar sua execução.” (Orlando Gomes, Contratos, 16ª ed. 1995, p.137).

Portanto, pode ser considerada prudente, a indisposição da COPESUL em assinar pré-contrato garantindo fornecimento.

Todavia, a discussão pela Copesul dos termos do contrato, ou de minutas de contrato, a partir de tratativas e negociações preliminares poderiam dar um sinal positivo da disposição em fornecer o eteno à Triunfo. As negociações preliminares têm a vantagem de preparar o contrato por meio de acordos prévios e gradativos sobre seus pontos constitutivos. Neste sentido, Carra assinala que:

“Il lavoro preparatorio ...si ha quando la parte che prende la iniziativa, invece... di redigire un progetto concreto, ne esponi all'altra solo i punti fondamentali, e il contenuto del contratto, con le relative clausole e condizioni, sorge dalle discussioni delle parti” (...) *“nelle trattative si portano in discussione la fisionomia generale e successivamente e distintamente i diversi punti del contrato da concludersi, subordinando la presentazione dei nuovi punti, alla formazioni dell'acordo sui punti precedentemente presentati.”*(Giovanni Carrara, La formazioni dei Contrati, 1915, p.7 e ss.).

“O trabalho preparatório ... tem lugar quando a parte que toma a iniciativa, ao invés de redigir um projeto concreto, expõe à outra somente os pontos fundamentais, e o conteúdo do contrato, sendo que as relativas cláusulas e condições, surgirão da discussão entre as partes” (...) *“nas tratativas se discute a fisionomia geral e successivamente e distintamente os diversos pontos do contrato a ser concluído, subordinando a apresentação dos novos pontos, à formação do acordo sobre os pontos apresentados anteriormente”* (tradução livre)

Ressalte-se que, enquanto modelo hipotético de contratação, inclusive quando realizadas por meio de redação de minutas, as tratativas, não têm força vinculante, não gerando, portanto, título obrigacional relativo ao conteúdo do acordo preliminar, uma vez que não constituem contrato perfeito e acabado.

Neste ponto reside a diferença entre as tratativas e o pré-contrato, demarcada de maneira competente por Serpa Lopes:

“No primeiro caso (tratativas), temos as proposições, os acordos preparatórios; no segundo (pré-contrato), já se defronta com uma situação contratual definitiva, embora o seu objetivo seja um contrahere futuro”(Miguel Maria Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, V.3, Dos Contratos em Geral, p. 68)

Considere-se que, se as negociações preliminares geram fundadas expectativas que levam uma das partes a fazer despesas para a realização do contrato e a outra rompe injustificadamente as negociações, surge para a primeira o direito a ser ressarcida dos prejuízos que eventualmente tenha sofrido.

Assim, apesar de não gerarem título obrigacional, o que poderia ser um inconveniente tanto para a COPESUL como para a TRIUNFO, as negociações preliminares geram responsabilidade por eventuais danos causados à parte que efetuou despesas para a contratação, o que poderia reduzir as incertezas derivadas de eventuais comportamentos oportunistas por parte da TRIUNFO. Conforme ressalta Orlando Gomes:

“Romper caprichosamente as negociações preliminares seria comportamento abusivo que pode sujeitar o agente ao pagamento de indenização”. (op.cit. p. 61)

Também Serpa Lopes aponta para a possibilidade de existência de responsabilidade decorrente de rompimento de negociações preliminares:

“ ... onde se possa lobrigar ter havido um consentimento inequívoco, sobretudo pelos gastos e despesas realizadas pela outra parte no interesse comum, em relação a um ponto das conversações atingido já por um definitivo consentimento, pode a responsabilidade decorrer de culpa in contrahendo, ou mesmo de um vínculo contratual já firmado”

Obviamente, a obtenção de indenização por responsabilidade exigiria custos judiciais, relacionados a capital e tempo, notadamente pela ausência de título executivo extrajudicial, o que exigiria processo anterior de conhecimento.

Como a discussão sobre quantidade ou volume de matéria prima depende de uma tecnologia definida, este ponto poderia ser tratado de maneira genérica, de forma a aguardar a definição da tecnologia a ser empregada pela Triunfo.

Quanto a este último aspecto, cumpre ressaltar que o processo de estudo, definição e contratação de tecnologia e financiamento é longo e penoso, pela própria natureza e dimensão do investimento.

Tome-se como exemplo a Polisul (Ipiranga) que começou a selecionar tecnologia em agosto de 94, definiu a tecnologia a ser empregada em 4.05.96, firmando o contrato definitivo de licença de uso de tecnologia apenas em 18.04.97 e contrato definitivo de engenharia básica em 26.06.97. Em agosto de 95 a Polisul iniciou os estudos para definição das possíveis fontes de financiamento para suas plantas. Vale lembrar que o contrato definitivo firmado entre Polisul e Copesul data de 30.08.95, portanto a garantia contratual de fornecimento foi anterior à definição de tecnologia e financiamento de seus projetos de expansão.

A análise do histórico das negociações parece revelar, portanto, a indisposição, já presumível, da COPESUL em fornecer o adicional de eteno à TRIUNFO, concorrente de suas controladoras.

Consta dos autos que a Triunfo, mesmo não dispondo da garantia de fornecimento, firmou em fevereiro de 97 minuta de contrato de licença de uso de tecnologia com a British Petroleum e, em junho de 97 minuta de contrato de financiamento com a International Finance Corporation do Banco Mundial.

A assinatura de ambos os contratos ficou condicionada à apresentação, pela Triunfo, de garantia de fornecimento de matéria prima, que, como afirma a SEAE é condição *sine qua non* para a finalização de tais projetos. Apenas para a realização de projeto inicial de tecnologia, a Triunfo incorreu em gastos de US\$ 250.000,00, sendo que seus gastos para o projeto inicial da planta de PEBDL já totalizaram US\$800.000,00, segundo a Triunfo, o que demonstra o *positive commitment* exigido inicialmente pela COPESUL.

Portanto, apesar de interrompidas as tratativas sem qualquer evolução, pode-se considerar que a Triunfo apresentou algum grau de comprometimento sem, no entanto, superar as falhas de mercado apontadas.

O relato anterior das difíceis relações entre as requerentes e a Petroquímica Triunfo ilustra de forma eloqüente falhas de mercado que serão discutidas em maior detalhe na próxima sub-seção.

Cumprido, neste ponto, ressaltar que as evidências dos autos revelam, no máximo, uma negociação problemática, inexistindo prova cabal de exclusão deliberada. Chama a atenção, em particular, a ausência de qualquer exigência de habilitação que fosse estranha às práticas da indústria.

VI.1.2 Razoabilidade Econômica de Eventual Exclusão

Um dos maiores questionamentos desse caso reside na avaliação do comportamento da Copesul à luz da teoria dos custos de transação. Afinal, faria sentido a Copesul excluir a Triunfo de seu programa de expansão por razões não relacionadas à tentativa de obstruir a concorrência no mercado a jusante onde operam as controladoras da primeira empresa?

Para melhor elaborar esse problema, seguem noções básicas sobre comportamento oportunista “ex-post”, para depois analisar o caso concreto.

Comportamento Oportunista: Ilustração com um Jogo Simples

Uma dimensão fundamental do problema consiste na possibilidade de comportamento oportunista “ex-post” por uma das partes (fornecedores ou clientes) no investimento planejado. Há duas possibilidades. A primeira se relaciona com uma hipótese de que ambas as partes realizam, simultaneamente, o investimento. Nesse caso, uma das partes, após realizados os investimentos requeridos de ambos os lados, calcula que pode impingir “ex-post” um custo muito maior na outra pela recusa de transacionar do que o custo que será sentido por ela própria.

Assim, seu poder de barganha aumenta e a parte pode melhorar substancialmente “ex-post”, os termos do contrato para si. A assinatura de um

contrato de longo prazo, com razoável capacidade de “*enforcement*”, reduz essa possibilidade, mas não a elimina, dada a possibilidade de contingências imprevistas (contrato incompleto). Ou seja, uma das partes pode aproveitar tais contingências para praticar comportamento oportunista.

O argumento pode ser sintetizado no seguinte jogo na forma extensiva, no qual supõem-se três fases:

QUADRO 5 - Modelo de Jogo em Comportamento Oportunista

Fase I - Escolha da Parte 1

- A) Investe na Relação com parte 2 com ativos específicos;
- B) Não investe na Relação com parte 2.(0,0)

Fase II - Escolha da Parte 2 (Caso a parte 1 tenha escolhido A e os investimentos já tenham sido realizados)

- A) Tenta comportamento oportunista
- B) Evita comportamento oportunista (10,10)

Fase III - Escolha da Parte 1 (Caso 2 tenha escolhido A)

- A) Abandona Transação com parte 2 (-7,-7)
- B) Aceita os termos da parte 2 derivados de comportamento oportunista (-3,15)

Caso a parte 1 não invista na relação com a parte 2, nenhuma das empresas ganha nada³⁰. Após a realização dos investimentos, a parte 2 escolherá entre um comportamento oportunista ou não. Caso ela não realize esse comportamento, ambos ganham 10, o que é uma situação melhor do que não investirem.

No entanto, a parte 2 pode tentar o comportamento oportunista para extrair vantagens da dependência da parte 1, refletida nos prejuízos de -7, caso essa abandone a transação com a parte 2, e -3, caso aceite as condições impostas pela parte 2. Nesse último caso é gerado um resultado de +15 para o jogador oportunista.

Mas por que a parte 2 arriscaria chegar nessa situação em que a parte 1 pode abandonar a transação e gerar um custo de -7 para ambas ? Será que o eventual lucro adicional de 5 em relação à situação de não empreender comportamento oportunista, vale esse risco? Admitindo a hipótese de que a parte 2 não pode voltar atrás no comportamento oportunista, a parte 1, caso aja racionalmente, escolherá compor com a parte 2 e aceitar as condições colocadas, pois o prejuízo “ex-post” é menor que na hipótese de abandono da relação ($-7 < -3$).

No entanto, seguindo a noção de equilíbrio perfeito em sub-jogos, ao antecipar todos esses fatos, a parte 1 nem mesmo investiria nessa relação já na primeira jogada ($0 > -3$). Ou seja, o equilíbrio do jogo seria os dois jogadores não ganharem nada, o que do ponto de vista de ambos é uma solução não ótima. O ótimo de Pareto (a parte 1 investe na relação e a parte 2 não empreende o comportamento oportunista) que geraria 10 para cada um, não acontece nessa configuração.

O Quadro 5 ilustra o jogo sob a forma de árvore de possibilidades. Aplicando-se para o caso em exame, poder-se-ia pensar na Copesul como a parte 1 e na Triunfo como a parte 2. Assim, antecipando a possibilidade de comportamento oportunista por parte da Triunfo, a decisão racional da Copesul seria a de não investir. Isto é, para além da motivação de ganhar mercado

³⁰ O primeiro e o segundo número no parênteses são, respectivamente, os ganhos da parte 1 e da parte 2 a partir daquele resultado do jogo. Uma hipótese importante é que, caso a parte 1 abandone a transação da fase 3, a parte 2 não pode se arrepender. Poder-se-ia estender o jogo para as hipóteses da parte 2 rever o seu comportamento oportunista à luz do abandono na parte 1 e, em seguida, essa última perdoar a parte 2. Nessa linha, de fato, as conclusões seriam o oposto ao preconizado pela idéia do temor do risco de comportamento oportunista.

na segunda geração em detrimento do concorrente não integrado, haveria motivos racionais de caráter econômico-empresarial para a Copesul não incorporar a Triunfo no plano de expansão. Os fatores determinantes deste caso não decorrem de tentativa de reforço de posição dominante, mas de dificuldades de negociação contratual que tornam elevada a probabilidade de comportamento oportunista.

Essa situação é ainda mais grave quando a parte 2 não se compromete de uma forma crível com o investimento, não passando de uma carta de intenções. Caso não realize o investimento, “ex-post”, o poder de barganha da parte 2 vis-à-vis a parte 1 é ainda maior, porque não há possibilidade de incorrer nos prejuízos que seriam gerados pelo seu comportamento oportunista conjugado com o abandono da relação pela parte 1 (Nesse caso o “pay-off” do binômio oportunismo-abandono se torna $(-7,0)$ em vez de $(-7,-7)$).

Visão do Relator Acerca da Possibilidade de Comportamento Oportunista

O Relator não considera a possibilidade de comportamento oportunista *a posteriori* por parte da Triunfo, dada sua relação de dependência em relação à Copesul. Essa também pode ser uma premissa verdadeira, conforme o Relator, “*supondo o comportamento racional dos agentes*”. A questão fundamental é que em um jogo repetido entre a Copesul e a Triunfo, a possibilidade dessa última ser retaliada no futuro por seu oportunismo de curto prazo pode desestimular tal estratégia. Também é razoável postular que a Copesul teria maior propensão ao comportamento oportunista, dado que sua dependência em relação à demanda da Triunfo é pequena.

Esse tipo de raciocínio, no entanto, baseia-se, implicitamente, em um típico modelo de teoria dos jogos na linha do dilema dos prisioneiros jogado repetidamente no qual a premissa de racionalidade de longo prazo dos agentes é crucial. Neste sentido, bastava lembrar assertiva do próprio Relator de que “*a aplicação convencional da teoria dos jogos no exame das possibilidades envolvidas nas decisões estratégicas da Copesul e da Triunfo enfrenta o risco de desconsiderar as condições específicas da operação econômica do PPS*”.

Nesse caso em particular, acredito ser mais palatável a racionalidade de curto prazo do jogo descrito na seção acima do que aquela derivada das inúmeras repetições das transações (e do jogo) no longo prazo, onde a idéia de racionalidade pode conduzir à de cooperação. Isto porque:

- i) existem querelas importantes entre os próprios controladores, que prejudicam uma ação coerente e racional da empresa no sentido de adotar as melhores estratégias no longo prazo;
- ii) há o precedente da auto-exclusão da Triunfo do processo de privatização da Copesul. Um mínimo de racionalidade no longo prazo, na posição da Triunfo teria levado a empresa a ingressar no consórcio para a compra³¹. Em contraste, a empresa entrou na justiça questionando a própria privatização da Copesul, o que para um agente dependente racional não parece fazer sentido. O postulado de racionalidade de longo prazo no sentido da cooperação invocado pelo Relator implicaria entrar no consórcio de privatização e manter boas relações com os seus outros parceiros.

Na verdade o postulado de racionalidade no longo prazo está intimamente relacionado com as hipóteses de que os negócios patrimoniais dentro do pólo devem estar “*baseados na harmonia e boa fé*”. Mas tendo em vista as pendências judiciais, mesmo em se aceitando que compreendem legítimo direito da Triunfo, afastam essa presunção de integração harmoniosa. Ou seja, o mundo real não responde plenamente ao postulado de racionalidade de longo prazo, tal como proposto pelo Relator. Ademais, toda a argumentação do relator caminha na direção de demonstrar que há uma grande necessidade de harmonia nas relações comerciais no pólo. No entanto, o Relator separa, de forma simplista, essa necessidade de harmonia das pendências judiciais. É como se, lançando mão da extravagante analogia com as relações condominiais, dois vizinhos pudessem, amigavelmente, conversar horas a fio em torno de um projeto comum jardinagem, enquanto deflagram verdadeira batalha judicial em torno do direito de propriedade de suas próprias residências.

O Relator também argui, citando a literatura econômica sobre as “organizações modernas”³², que o eventual temor da Copesul de um comportamento oportunista por parte da Triunfo seria plenamente resolvido através de contratos com mecanismos de indução ao comportamento cooperativo bem desenhados. Segundo o Relator, “a maior garantia da execução dos compro-

³¹ O Relator argumenta à página 46 que, como o Estado, através da Petroquisa, era o maior acionista da Triunfo, “a desejada participação teria sido um paradoxo político ou contradição em termos”. Ora, a própria CVRD participou de vários consórcios ganhadores em privatização enquanto estatal. A questão pura e simples é que a Triunfo, de fato, se auto-excluiu.

³² Milgrom & Roberts - *Economics, Organization & Management*”. 1992. Prentice-Hall Inc New Jersey.

missos contratuais é a interdependência entre fornecedor e empresas de segunda geração, o que torna a estrutura de contratos coligados quase perfeita.

Explorando Milgrom e Roberts (1992), a mesma fonte do relator, sobre este conceito:

“A princípio, um contrato completo perfeito poderia resolver os problemas de motivação. Tal contrato especificaria precisamente o que cada parte irá fazer em toda circunstância possível e realizar a distribuição dos custos e benefícios realizados em cada contingência (incluindo aquelas nas quais os termos dos contratos são violados) de forma a que cada parte individualmente tem como estratégia ótima cumprir os termos do contrato”.

Essa perspectiva, no entanto, nas palavras dos próprios autores, constitui apenas modelo ideal no sentido Weberiano para fins metodológicos. No mundo real, muito dificilmente se encontrarão contratos completos perfeitos que preveem todas as contingências. Na verdade, a construção teórica do contrato completo perfeito apresenta uma função similar à da concorrência perfeita: um referencial para facilitar o entendimento dos desvios da perfeição. Conforme Milgrom e Roberts (1992):

“Se começarmos nossa análise partindo dessa perspectiva idealizada, chegaremos à conclusão que os problemas de motivação aparecem apenas porque alguns planos não podem ser descritos de uma forma completa e passíveis de cumprimento”.

A regra do mundo real são os chamados “contratos incompletos” gerados seja pela existência do que a literatura convencionou chamar de racionalidade limitada, que significa a incapacidade dos agentes em prever todas as contingências possíveis em um contrato, seja pelo custo de fazer essa previsão. Tal problema das contingências imprevistas acaba sendo reconhecido pelo próprio Relator em notas de rodapé às páginas 40 e 41. O relator, no entanto, parece argumentar que cláusulas com as expressões “razoabilidade econômica”, “conveniências mútuas” e “distribuição equitativa” -nitidamente vagas e genéricas- poderiam resolver o problema dos contratos incompletos. Apoio-me na experiência cotidiana dos conflitos contratuais para afastar tal hipótese idílica.

Ou seja, a existência de contratos entre Copesul e Triunfo podem reduzir, mas não eliminar a possibilidade de comportamento oportunista³³. Assim, conclui-se que não pode ser considerado desprezível o temor da Copesul no sentido de um possível comportamento oportunista da Triunfo “a posteriorio-

33

ri”, especialmente em um contexto de reversão do quadro otimista de demanda.

Avaliação das Dificuldades de Negociação Contratual

Aplicando essas noções preliminares de comportamento oportunista o qual gera custos de transação, o Quadro 6 resume os principais argumentos do caso em tela.

Quadro 6 - Elementos da Economia dos Custos de Transação Relevantes para o Caso em Tela

Elemento	Explicação do conceito	Aplicação para o Caso em Tela		
		Versão Copesul	Versão Triunfo	Comentários
Assimetria de Informação	Os participantes do mercado não apresentam informação perfeita uns dos outros (estrutura de custos, qualidade da mercadoria, disposição de cumprir contratos, demanda esperada etc...)	A Copesul não dispunha de informações suficientes sobre a disposição e habilitação da Triunfo em realizar investimentos rentáveis que garantam demanda para o eteno a ser suprido pela Copesul. Haveria indícios de que o Projeto Linear da Triunfo é ultrapassado.	Há assimetrias de ambos os lados. Como os acionistas da Copesul também fazem parte do mercado <i>a Jusante</i> , é razoável postular que a Copesul conhece mais dos mercados relevantes da Triunfo do que o contrário.	De fato, há assimetria de informações de ambos os lados, especialmente da Triunfo. Algumas informações tecnológicas e de clientes requeridas pela Copesul não foram abertas, tendo em vista o duplo papel do grupo controlador da Copesul de fornecedor (relação vertical) e concorrente (relação horizontal). Com respeito às informações sobre fonte de financiamento, as mesmas dependiam da própria garantia de fornecimento da Copesul, o que gerava uma lógica circular: As entidades financiadoras potenciais (IFC-BIRD) exigiam a garantia de fornecimento e a fornecedora (a Copesul) exigia a informação sobre as fontes de financiamento.
Risco moral e Comportamento oportunista	Situações em que um participante do mercado não pode observar as ações dos outros. Isso muda o incentivo “a posteriori” de cumprir	Se a Dow Chemical comprar a Triunfo, pode ser mais vantajoso comprar eteno de sua planta em Baía Blanca e não da Copesul. Isso torna a possibilidade de comportamento oportunista a poste-	A Triunfo é apenas uma (e nem a mais importante) das demandantes da Copesul, enquanto esta é monopolista no suprimento, gerando maior probabilidade de	O que está em questão não é o perigo da Triunfo na relação com a Copesul, mas o contrário. Por mais que a Triunfo seja relativamente mais vulnerável, o problema é que a mesma não tem escolha de suprimento de eteno fora

	os acordos.	riori da Triunfo maior.	comportamento oportunista “a posteriori”, especialmente por suas acionistas serem concorrentes da Triunfo no mercado a <i>Jusante</i> . O aumento de custos que a Copesul pode impingir na Triunfo é de 40% contra apenas 10% dessa última na Copesul.	do polo petroquímico (conforme ela própria), independente ou não do commitment da Copesul. Já essa última não depende da demanda da Triunfo e pode (e deve) se preocupar com problemas de risco moral “ex-post”, independente da concorrência de suas acionistas no mercado a <i>Jusante</i> .
Reputação	O agente cujos atributos são pouco conhecidos no mercado procura prover informação a seu próprio respeito no mercado através de suas próprias ações. Pode visar tanto corrigir assimetrias de informação como aprofundá-las.	A Triunfo descumpriu plano anterior de expansão aprovado em 1990 pelo CDI, ocasionando redução das compras previstas com consequentes perdas para a Copesul. Mesmo que a Triunfo tivesse construído boa reputação, há incerteza no seu futuro controle acionário dada a sua possível privatização.	A não implementação do Plano anterior da Triunfo se deveu à liminar a ação popular para suspensão da expansão da Petroquímica Triunfo concedida, transitada em julgado apenas em 27 de agosto de 1996, o que independeu da vontade da Triunfo. Além disso, reputação não se cria com eventos isolados e sim com múltiplas interações. No caso específico, o contrato de fornecimento assinado em 1985 por 10 anos e renovado por mais cinco tem sido rigorosamente cumprido, não havendo em 17 anos um único atraso.	A questão da liminar não parece ter sido decisiva, o que sugere um problema real de reputação. O mais importante é a incerteza sobre o futuro controle acionário da Triunfo e a falta de estabilidade atual nas relações entre acionistas com algumas pendências judiciais.
Sinalização	Constitui a criação de mecanismos que permitam às duas partes obter informação real da outra	A Triunfo apresentou uma mera manifestação de intenção de compras futuras da Copesul. Isso não constituiria sinalização suficiente,	Probabilidade de conduta oportunista não se minimiza apenas através de “credible commitments”, mas	A Copesul não procurou conhecer mais a fundo os “commitments” que a Triunfo poderia dar, pois já tinha seu investimento dimensionado. Além disso, havia uma Comissão na Triunfo para atualização do

	<p>parte, evitando os problemas de assimetria de informação.</p>	<p>havendo necessidade de iniciativas concretas que constituam um “credible commitment”. Essas iniciativas podem ser “sunk costs” tais como a realização de estudos de viabilidade, tomadas prévias de preços e projetos de engenharia.</p>	<p>também através de garantias contratuais no interior de contratos juridicamente perfeitos com multas substanciais para o não cumprimento. Essa garantias substituiriam satisfatoriamente sinalizações associadas a custos irrecuperáveis.</p>	<p>Projeto Linear dois meses antes da primeira carta à Copesul, que pode ser tomada como um “credible commitment”. Foi passado à Copesul apenas um resumo sintético da atualização, mas não o seu detalhamento, o que se deveu ao problema do caráter dual da relação com a Copesul. A Triunfo negociou com a British Petroleum contrato de tecnologia, baseado no projeto linear, que dependia também da garantia de fornecimento, onde foram gastos R\$ 150 mil, o que constituiu um sunk cost. A criação de um credible commitment que representasse sinalização adequada poderia se dar também via multas contratuais de rescisão ou de não cumprimento dos termos até mais rigorosos do que o feito com as acionistas. Ou seja, os credible commitments não obrigatoriamente envolvem sunk costs.</p>
--	--	---	---	--

Assimetria de Informação

Primeiro, a questão da assimetria de informações é importante porque gera dúvidas sobre a disposição e capacidade das partes em honrarem seus compromissos, prejudicando o cálculo econômico nesse tipo de investimento. De fato, há assimetria de informações de ambos os lados, especialmente por parte da Triunfo. Por sua vez, dados sobre tecnologia e carteira de clientes requeridos pela Copesul não foram disponibilizados, o que é, nitidamente, ruim para o cálculo empresarial da Copesul em um contexto de investimentos em ativos específicos.

No entanto, esse comportamento da Triunfo derivou principalmente do duplo papel do grupo controlador da Copesul de fornecedor (relação vertical) e concorrente (relação horizontal). De fato, o fornecimento de informações estratégicas, tais como cartas de intenções de clientes, por mais que seja desejável do ponto de vista da segurança do investimento da Copesul, tende naturalmente a ser ocultado, por tratar-se de típico segredo de negócio.

Certamente, a menor participação da Triunfo na Copesul em relação às outras três empresas gera uma natural tensão entre a necessidade (da Copesul) de maiores garantias para o engajamento em investimentos em ativos específicos e a necessidade (da Triunfo) de manter reserva sobre informações estratégicas, o que dificulta o julgamento sobre a atitude da primeira empresa..

Com respeito ao não provimento pela Triunfo de informações sobre fonte de financiamento, as mesmas dependiam da própria garantia de fornecimento da Copesul, o que gerava uma lógica circular perversa. As entidades financiadoras potenciais (IFC-BIRD) exigiam a garantia de fornecimento e a fornecedora (a Copesul) exigia a informação sobre as fontes de financiamento.

Não parece claro nos autos porque a Triunfo não teria fornecido as informações sobre suas fontes de financiamento visando facilitar a garantia de fornecimento. Em um contexto de especificidade de ativos, esse tipo de informação é fundamental. Mais uma vez, a questão do duplo papel da Copesul e suas controladoras de fornecedora e concorrente pode ter influenciado uma postura pouco cooperativa da Triunfo na prestação de informações.

Nesse ponto, acredito que o Relator tenha efetuado uma análise apenas parcial da questão, enfatizando que as informações prestadas à Copesul poderiam ser repassadas para as concorrentes da Triunfo no mercado *a Jusante*. Isso é verdadeiro, mas representa apenas um lado do problema. Em um contexto de especificidade de ativos e possibilidade de ações oportunistas, há necessidade de um significativo fluxo de informações sobre as características dos investimentos respectivos entre as partes. Assim, afirmar simplesmente

que “a Petroquímica Triunfo não estava obrigada a fornecer a informação e a legalidade da solicitação da Copesul se despontava extremamente duvidosa” descreve apenas um lado da questão.

Com relação à possibilidade de comportamento oportunista e risco moral, o argumento da Triunfo de uma vulnerabilidade relativa maior por parte dessa parece razoável. No entanto, o que está em questão não é o perigo da Triunfo na relação com a Copesul, mas o contrário. Por mais que a Triunfo seja relativamente mais vulnerável, o problema é que a mesma não tem escolha de suprimento de eteno fora do polo petroquímico (conforme ela própria), independente ou não do *commitment* da Copesul. Já essa última não depende da demanda da Triunfo e pode (e deve) se preocupar com problemas de risco moral *ex-post*, independente da concorrência de suas acionistas no mercado *a Jusante*.

Nesse contexto, o elemento de reputação se torna fundamental. São três os argumentos da Copesul que indicariam problemas importantes de reputação da Triunfo, desaconselhando investimentos em ativos específicos com essa empresa, ou alternativamente, recomendando condicionalidades mais fortes:

- i) A Triunfo teria descumprido plano anterior de expansão aprovado em 1990 pelo CDI, ocasionando redução das compras previstas, com consequentes perdas para a Copesul;
- ii) Mesmo que a Triunfo tivesse construído boa reputação no passado, há incerteza sobre o seu futuro controle acionário, dada a sua possível privatização;
- iii) contestações judiciais contra a privatização da Copesul e desentendimentos entre os próprios acionistas da Triunfo reduzem sua confiabilidade para a Copesul no sentido de empreender investimentos conjuntos em ativos específicos.

Quanto à questão do primeiro item, a Triunfo argumenta que a não implementação do Plano anterior daquela empresa se deveu à liminar a ação popular para suspensão da expansão da Petroquímica Triunfo concedida à época e transitada em julgado apenas em 27 de agosto de 1996, o que independeu da vontade da Triunfo. Além disso, conforme argui a Triunfo, reputação não se cria com eventos isolados e sim com múltiplas interações. No caso específico da relação Copesul-Triunfo, o contrato de fornecimento assinado em 1985 por 10 anos e renovado por mais cinco tem sido rigorosamente cumprido, não havendo em 17 anos um único atraso.

De fato, esse argumento de má reputação da Triunfo, baseado em um incidente específico não pode ser levado às últimas consequências, conforme postula a Copesul. Por outro lado, também não se pode negligenciar certos aspectos relacionados ao descumprimento anterior, o que retoma, inclusive, a discussão sobre comportamentos oportunistas *ex-post* baseada na idéia de contratos incompletos. Ora, nenhum empresário interromperia um investimento desses, baseado em uma ação judicial absurda como aquela. Por outro lado, faz sentido que o quadro recessivo da época tenha tido uma boa dose de influência na decisão de interrupção o que contava com o próprio alibi da ação judicial, que legitimou a interrupção. Essa foi uma típica contingência imprevisível dentre muitas que possíveis e que podem ter ido ao encontro dos interesses da Triunfo em empreender, legitimamente, um comportamento oportunista frente às circunstâncias da época.

Com relação à incerteza sobre a propriedade futura da Triunfo, essa é uma preocupação real que deve ser levada em consideração. Mesmo hoje, existem da parte de acionistas da Triunfo, contestações judiciais contra a própria privatização da Copesul, o que prejudica a criação de um ambiente efetivamente cooperativo e de confiança mútua entre as empresas. Além disso, há vários desentendimentos entre os próprios acionistas da Triunfo, o que mina a credibilidade da empresa como unidade racional de negócios. Ou seja, além do comportamento passado e da incerteza da propriedade futura, os dados presentes não são satisfatórios do ponto de vista da reputação da empresa.

Uma das condições fundamentais para que se atenuem esses problemas informacionais e se minimize a possibilidade percebida de emergência de comportamentos oportunistas “*ex-post*” é a implementação de uma sinalização adequada.

Por outro lado, a Copesul, de fato, não procurou conhecer mais a fundo os *commitments* que a Triunfo poderia dar, pois já tinha seu investimento dimensionado.

Sintetizando os argumentos dessa seção e procurando responder às duas questões do início:

- i) é plausível supor que a Copesul tenha interesse em aumentar a participação de suas controladoras no mercado a jusante em detrimento de concorrentes como a Triunfo, porém não há provas suficientes nos autos;
- ii) existem argumentos de custos de transação bem como circunstâncias adversas de negociação entre as partes que conferem razoabilidade econômica à não incorporação da Triunfo neste plano de expansão. Independentemente

mente da subjetividade dos agentes, há fatores de ordem objetiva que explicam uma falha de mercado.

No período pré-privatização, tais falhas de mercado eram resolvidas por uma regulação abrangente do Estado através do CDI. Com a desestatização, alterou-se radicalmente o mecanismo de resolução de tais problemas, prevalecendo relação de natureza eminentemente privada.

O CADE só poderia intervir nestas últimas se houvesse evidências claras de riscos potenciais à concorrência.

Possibilidade de Auto-Exclusão Anterior da Triunfo

Por outro lado, a Triunfo, não no momento da decisão de investimento, mas no contexto do próprio processo de privatização cometeu um erro estratégico ao recusar-se a participar do consórcio vencedor do leilão da Copesul. Isso teve como reflexo a desvantagem competitiva da Triunfo com relação às concorrentes que se tornaram mais eficientes ao se integrarem seguindo tendência mundial. É o que se denota do parecer da D. Procuradora Geral:

“ Contra a abertura de capital e conversão das ações preferenciais em ordinárias se rebelou a Petroquímica Triunfo, que se posicionou por ocasião daquela Assembléia Geral no sentido de que ‘para autorizar a abertura de capital da Copesul, a Triunfo necessita de ter previamente os seus direitos adquiridos reconhecidos contratualmente pela COPESUL, notadamente a garantia do fornecimento do eteno correspondente às aprovações do Governo Federal contidas no certificado do CDI, e que lhe permite construir fábrica de 130.000 t/a de polietileno linear, indispensável à sua sobrevivência empresarial, seja em relação aos seus concorrentes nacionais ou em relação à concorrência estrangeira, apta a competir com seus produtos no mercado nacional’.(...)”

Ora, é certo que a Triunfo poderia estar convencida de ter direitos adquiridos, mas a sua convicção não possui o condão de justificar a sua abstenção em participar das decisões fundamentais tomadas no curso do processo de privatização, especialmente quando se observa que o objeto dos direitos pleiteados é absolutamente independente e poderia ser assegurado em foro apropriado”

A douta Procuradora Geral, cita, ainda, o item 40 do Relatório Preliminar, que reconhece : *“Em todos os demais pontos referentes à privatização, a Triunfo absteve-se de votar em vista desta discordância inicial. Posterior-*

mente, a empresa acionou judicialmente a Copesul, questionando a legalidade do Processo de privatização da companhia.”

VII) Elementos da Jurisprudência Internacional

Apesar das peculiaridades de cada jurisdição nacional, convém ressaltar elementos úteis da jurisprudência internacional para a análise deste caso. Procura-se, em particular, verificar em que medida a análise anterior condiz com a experiência dos EUA.

O Quadro 7 sumaria informações relevantes para o tratamento de recusa a negociar por parte de empresa com posição monopolista.

Quadro 7 - Teste de Interação e Doutrina de Facilidades Essenciais

TESTES	EXPLICAÇÃO DO CONCEITO	EXEMPLOS DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	APLICAÇÃO AO CASO COPE-SUL/TRIUNFO
TESTE DA INTERAÇÃO	Agente tem livre escolha de parceiro desde que não tenha como efeito criar ou manter monopólio	Aspen Skiing Co. vs. Aspen Highlands Skiing Corp. (1985) Oahu Gas Service vs. Pacific Resources Inc. (1988)	Copesul tem a liberdade de escolher seus parceiros desde que não crie ou mantenha monopólio no mercado de segunda geração. Livre escolha de parceiro não é absoluta. Admissível desde que haja razoabilidade econômica na recusa.
DOUTRINA DE INFRA-ESTRUTURA ESSENCIAL	Quatro critérios para aplicação: 1) controle da infraestrutura pelo monopolista; 2) impossibilidade de duplicação 3) recusa em ceder uso da infraestrutura; 4) factibilidade do acesso	U.S. vs. Terminal Railroad Association (1912) MCI Communications Corp. vs. AT&T (1983)	1) se aplica no mercado relevante geográfico do eteno (Pólo de Triunfo) 2) especialistas consultados não consideraram econômica produção de eteno pela Triunfo 3) Não há evidência suficiente nos autos de que tenha havido exclusão. Eventual recusa da Copesul tem motivação técnico-econômica 4) Acesso à matéria-prima sem custos de eficiência requer lapso temporal

As cortes americanas têm abordado o tema de acordo com dois critérios inter-dependentes:

i) Motivação do monopolista

Trata-se de verificar se eventual recusa tem como efeito criar ou manter monopólio. Note-se que importa o efeito concreto sobre o mercado e não a intenção subjetiva do agente.

Em caso afirmativo, limita-se o direito, inerente à livre iniciativa, de escolha dos parceiros comerciais. Segundo a Suprema Corte,

“...the high value that we have placed on the right to refuse to deal with other firms does not mean that the right is unqualified”.

Assim, mesmo em um novo marco privatizado da petroquímica faz sentido verificar, em cada caso concreto, os efeitos sobre a concorrência de eventual recusa em negociar.

Igualmente importante é a consideração de que não há dever absoluto por parte do monopolista de ajudar o concorrente; e, mais importante, de que a recusa de negociar não constitui automaticamente um ilícito, desde que haja justificativa razoável do ponto de vista da prática empresarial.

Manifestação nesta última direção foi proferida no caso *Oahu Gas Service versus Pacific Resources Inc.* em que a última decidiu não promover alterações que aumentassem a oferta de propano. Tal ação reduzia a oferta de matéria-prima para o concorrente, mas exigia adaptações relativamente onerosas por parte da Pacific Resources Inc.. Este último fato foi reconhecido pelo Nono Circuito como razoável,

“Because of a monopolists’ special position the antitrust laws impose what may be characterized as affirmative duties. These duties are not absolute, however; they arise only when there is no justification for refusing to aid a competitor”.(grifos meus)

Parece lógica a leitura desta decisão sugerida em ALT (1997, p.274 e 275 e nota 271). (ver Évelin, transcrever a citação - ind.petro. alterantiva razoável do ponto de vista empresarial)

ii) Doutrina de Infra-Estrutura Essencial

Decisão do Sétimo Circuito para o caso em que a MCI pleiteava possibilidade de conexões na rede detida pela AT&T fixou quatro critérios úteis para a aplicação da doutrina de Infra-Estrutura Essencial, conforme registra o Quadro 7.

Tais critérios poderiam, analogamente, ser estendidos para casos envolvendo matérias-primas indispensáveis em determinados processos produtivos, como o eteno na operação em tela.

Conforme sintetizado no Quadro 7, os critérios (1) e (2) sugeririam a legitimidade do pleito da Triunfo. Porém, os critérios (3) e (4) não estão preenchidos.

Conclusões e Propostas

Do exposto, pode-se extrair as seguintes conclusões:

- é razoável supor que haja uma motivação anticoncorrencial por parte da Copesul de não incorporar a Triunfo no programa de expansão de investimentos, não beneficiando, dessa forma, concorrentes das controladoras no mercado a Jusante;
- no entanto, tal estratégia é explicada também, em parte, pela falta de segurança do investimento em ativos específicos por parte da Triunfo especialmente derivado das pendências judiciais (contra a própria Copesul) e dos desacordos entre os acionistas e da incerteza em relação à configuração futura da propriedade quando da sua privatização;
- os impactos sobre a concorrência da inclusão da Triunfo no programa de investimentos da Copesul na concorrência a jusante são relativamente baixos no curto prazo;
- os impactos de médio prazo são relativamente mais importantes ao reduzirem a capacidade de expansão da empresa pela falta de acesso ao projeto linear;
- as propostas apresentadas pela Copesul e pela Triunfo parecem insatisfatórias e/ou pouco factíveis do ponto de vista técnico;
- não é recomendável que a proposta seja direcionada ao benefício de uma só empresa (no caso a Triunfo), pois poderia estar protegendo um concorrente e não a concorrência.

Proposta de Oferta Pública Antecipada dos Excedentes

1. As requerentes devem se comprometer a realizar oferta pública dos excedentes decorrentes de previsões de melhor aproveitamento da planta (desgargalamento) do programa de expansão da Central Petroquímica do Pólo de Triunfo, com antecedência mínima de 24 meses do início de sua produção dos referidos excedentes.

1.1. Não se admitirá que participem da oferta pública empresas que detenham direta ou indiretamente mais do que 10% de participação no controle acionário da Copesul, a não ser que não seja alcançado o valor mínimo do preço do eteno praticado, naquele momento, no pólo petroquímico do Sul.

1.2 As requerentes definirão o momento ts do suprimento do mercado com os referidos excedentes, obedecidas as disposições desta Decisão.

Da Consultoria Independente.

2. As requerentes deverão contratar, no momento tc, em que o programa de expansão entrar em operação, consultoria independente de reputação reconhecida na área petroquímica.

2.1. Caberá à consultoria:

2.1.1. estabelecer os montantes que serão objeto de oferta pública, levando em consideração a natureza do produto e as previsões de melhor aproveitamento da planta, mediante “desgargalamento”.

2.1.2 atestar a viabilidade da realização de oferta pública nos termos desta Decisão em função do ts determinado pelas requerentes.

2.1.3 elaborar o edital e fixar a data de sua publicação.

2.1.4 coordenar e supervisionar a realização da oferta pública.

2.1.5 atestar a verificação dos parâmetros definidos em 1.1.

2.1.6 definir os requisitos técnicos a serem preenchidos pelas empresas para fins de habilitação à participação na oferta pública referida no item 1.

2.2 A contratação da empresa de consultoria independente será submetida à aprovação do CADE.

Das Condições para a Participação na Oferta Pública de Excedentes

Do edital referido em 2.1.3. deverão constar as seguintes condições de habilitação para participação na oferta pública prevista no item 1:

3.1. eliminação de todas as pendências judiciais disponíveis presentes das empresas interessadas que possam prejudicar o seu relacionamento comercial com a Copesul até a data da oferta do excedente previsto naquele item;

3.2 o preenchimento dos requisitos técnicos referidos em 2.1.6.

Da fiscalização da Decisão.

4. A comprovação de preenchimento das condições estabelecidas no item 3.1 e 3.2 deverá ser submetida à aprovação do CADE, acompanhada de parecer técnico de consultoria independente referida no item 2.

- 4.1. As requerentes deverão encaminhar ao CADE relatório sobre o cumprimento da condição imposta no item 1.

Das Penas

5. O descumprimento por parte das requerentes da obrigação de efetuar a oferta pública de eteno, na forma prevista nesta decisão, acarretará multa de R\$ 20 000 000, 00 (vinte milhões de reais), além da desconstituição do ato submetido à aprovação do CADE.

Comparação da Proposta de Oferta Pública dos Excedentes com outras Alternativas

Cumprir cotejar a proposta apresentada acima com outras alternativas depreendidas das informações dos autos.

Alternativa de Divisão Pro Rata do Eteno Adicional e de Diretrizes para Auto-Regulação do Pólo

A Proposta da Triunfo consiste na divisão ‘*pro rata*’ do eteno adicional disponível após a expansão da COPESUL, de acordo com as capacidades dos novos projetos das empresas do pólo, incluindo a Triunfo. O parecer do Prof. Frichstak (fls 13) sugere “*inicialmente uma redução equiproporcional da ordem de 11% nos volumes de eteno fornecidos pós-expansão da Copesul para os consumidores do polo*”. No longo prazo, propõe o “desgargalamento” da Copesul que possibilitaria o retorno do suprimento das três empresas e a satisfação da demanda da Triunfo.

Entendo, no entanto, que não cabe ao CADE forçar a COPESUL a redefinir seus contratos e redistribuir cotas de matéria prima. Diferentemente daquilo que no passado foi o CDI, a ação do CADE deve ser a de prevenir estruturas que possam ensejar condutas abusivas, impedindo que as mesmas prejudiquem a concorrência, e não a de delimitar quais as estratégias e decisões sobre produção e investimento devam ser adotadas pelas empresas privadas.

A proposta do Relator de estabelecimento de diretrizes mínimas para a regulação do pólo-petroquímico do Sul leva essa orientação de ação regulatória típica de CDI às últimas consequências, afrontando as diretrizes mais elementares do programa de privatização. A maior diferença é que no CDI, o investimento era praticamente imposto enquanto as diretrizes propostas vão na

direção oposta, inibindo a inversão produtiva ao condicioná-lo a determinação de discutível validade do ponto de vista da defesa da concorrência.

Ações deste tipo não apenas extrapolam a competência do CADE como conduziriam, muito provavelmente, a uma situação de ineficiência, exatamente o oposto daquilo que se objetiva com a defesa da concorrência. Tal intervenção pode resultar em uma falha de Estado pior do que a falha de mercado que se pretende corrigir, na medida em que pode implicar a substituição de três agentes competitivos por quatro agentes menos eficientes. Isso pode se agravar diante de um cenário de expansão dos mercados relevantes geográficos na petroquímica do qual participam agentes verticalmente integrados produzindo em larga escala. Cite-se, por exemplo, Baía Blanca e os projetos da Venezuela.

A proposta do Relator repousa em larga medida no Quadro IX à página 118 construído a partir da diferença entre os valores de eteno contratado e o consumo estimado das plantas. Com base nesse quadro, o Relator elabora diversos cenários e a sua própria proposta.

Observe-se primeiramente que a diferença máxima atinge apenas 9%, o que pode muito bem encontrar-se na margem de erro própria das estimativas. Nesse sentido, o volume contratado acima da estimativa realizada pelo Relator poderia estar servindo como um *hedge* para aquelas empresas.

Para se ter uma idéia da falha de Estado que poderia estar sendo gerada com esse tipo de proposta, suponha que o valor efetivo da demanda de eteno acabe sendo o contratado e não o estimado pelo Relator. Assim, as duas primeiras linhas do cenário proposto pelo Relator à página 124 ficariam da seguinte forma:

Quadro 8- Grau de Utilização na Hipótese de que o Valor Contratado Esteja Correto

Empresa	Demanda eteno/novos projetos	Garantia de 100000 ton/ano para a Triunfo	Grau de utilização (%) a	Grau de utilização (%) b
Polietilenos	260000	215665	82,9	87
Ipiranga	260000	212535	81,7	86

Fonte: Voto do Relator à página 124.

Ou seja, os graus de utilização de capacidade se reduzem em cerca de 7 e 8 pontos percentuais nas duas hipóteses previstas pelo relator- hipótese “a” (grau de ocupação da capacidade das plantas novas, garantida a plena utilização das plantas antigas) e hipótese b (redistribuição entre o grau de ocupação de plantas novas e antigas). Segundo especialistas da área, isto pode representar razoável ineficiência econômica e elevação do risco do projeto. Novamen-

te, o ônus da prova de que isto não é verdade recai sobre a agência e não sobre o administrado.

O relator sugere à página 98 que a expansão de apenas 450 mil toneladas toneladas ano implicou perda de eficiência, pois a demanda adicional da Triunfo justificaria um projeto de ampliação da central de 520 mil toneladas ano. Entendo ser muito arriscado esse tipo de palpite que pressupõe razoável conhecimento das curvas de custo da Copesul. Os dados do BNDES, de qualquer forma, são de que 450 mil toneladas se enquadra do que seria a planta de escala mínima eficiente desse setor, não sendo razoável postular perda de eficiência sem evidências alternativas nos autos.

Outra imprecisão importante é a afirmação que o ponto de custo médio mínimo é atingido com uma utilização de capacidade de 80%. Esse percentual constitui o ponto em que a planta se torna economicamente viável, ou seja, lucro maior que zero, o que é muito diferente do que se entende por ponto de custo médio mínimo.

Ademais, a privatização da COPEL teve por finalidade justamente eliminar o inconveniente desta ação positiva da Administração na definição de sua gestão. É o que se depreende do art.1º, inc.I do Decreto 1204/94, *verbis*:

“Art.1º. O Programa Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8031, de 12 de abril de 1990, tem por objetivos fundamentais:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia nacional, mediante a transferência, à iniciativa privada, de atividades econômicas indevidamente exploradas pelo setor público.”

Portanto, o CADE deve apenas atuar preventivamente, evitando um futuro açambarcamento das fontes adicionais de matéria prima que venham a disponibilizar-se e que possam implicar prejuízo à concorrência nos mercados em tela.

Tal proposta acarreta, além disso, prejuízos à OPP, Poliolefinas e Polisul, os quais representariam penalização ao investimento produtivo privado que a autoridade pretendeu incentivar. Observe-se que, é bastante plausível que as decisões de investimento da Copesul levem em consideração, na prática, a sua expectativa de lucro somado ao de suas clientes que também são suas controladoras. Essa é uma das implicações da integração vertical. Nesse contexto, o esquema proposto pelo Relator de redistribuição das cotas de eteno ao reduzir os lucros das controladoras, reduz o próprio incentivo ao investimento. As implicações de tal sinalização do CADE para outros complexos produ-

tivos verticalmente integrados pode, portanto, ser um inibidor do investimento produtivo no País.

Alternativa de Redimensionamento do Projeto de Expansão

Existem nos autos duas propostas de resolução do problema, provenientes do estudo da Stone Webster encomendado pela COPESUL:

a. Aumento da produção da planta da COPESUL em 10%, 45mil ton/ano, com algumas modificações nos processos de produção, sem afetar o programa original.

b. Ampliação do projeto de expansão da COPESUL adicionando capacidade de 120 mil ton/ano, que poderia ser completada em 24 a 27 meses, a partir da decisão de implantação, sem contar o tempo necessário para estudo de viabilidade, com um adicional de U\$200 milhões no orçamento, que necessitariam de novo financiamento.

A primeira proposta não atende à capacidade da planta projetada no Projeto Linear da Triunfo, enquanto que a segunda representa quase a criação de nova planta, envolvendo custos adicionais e reajuste total no cronograma, podendo prejudicar os projetos originais.

Frente à inviabilidade prática e econômica de tais proposições, poder-se-ia argumentar que o projeto de expansão deveria ser aprovado sem restrições, mas neste caso persistiriam as dificuldades de contratação apontadas. Tal falha de mercado redundaria na inibição do desenvolvimento de concorrente eficiente no segmento de segunda geração, representando uma perda para o mercado.

Vantagens da Proposta de Leilão Condicionado

O Quadro 9 sumaria as vantagens e desvantagens de diferentes alternativas de decisão do Colegiado. Uma aprovação da operação sem restrições privilegiaria as eficiências do plano de expansão em detrimento de possível desenvolvimento de médio prazo de unidade que poderia operar eficientemente no mercado de segunda geração.

Quadro 9 Comparação entre Diferentes Alternativas de Decisão do CADE

	<i>APROVAÇÃO SEM RESTRIÇÕES</i>	<i>OFERTA PÚBLICA DE EXCEDENTES</i>	<i>RATEIO DA MATÉRIA-PRIMA</i>
PRÓS	Estimula investidor, reforçando sinalização do programa de privatização Assegura eficiências do plano de expansão	Garante eficiência do plano de expansão. Resolve as falhas de mercado associadas às dificuldades de contratação	Atende necessidade alegada pelo concorrente menor. Elimina possibilidade de exclusão anticoncorrencial.

		Minimiza risco de falha de Estado Protege a concorrência e não o concorrente	
CON-TRAS	<ul style="list-style-type: none"> • Pode inibir desenvolvimento de médio prazo de concorrente da segunda geração; • Não garante que sejam observados os limites estritamente necessários para os objetivos visados. 	-	<ul style="list-style-type: none"> • Penaliza investidor do pólo, contrariando lógica pré-anunciada do programa de privatização. • Aumenta possibilidade de problema de “carona”. • Introduce ineficiência ao retirar as unidades envolvidas do ponto de ótimo.

probabilidade crescente de falha de mercado
probabilidade crescente de falha de Estado

No extremo oposto, o estabelecimento de cotas de eteno a serem divididas entre as requerentes e o concorrente de menor porte privilegiaria a desconcentração no mercado de segunda geração em detrimento do investimento no pólo.

Conforme sugerido no Quadro 9, a proposta da primeira coluna aumenta desnecessariamente a probabilidade de falha de mercado, uma vez que a existência de elevados custos de transação tornam pouco provável a execução de empreendimento que, se implementado de acordo com os quesitos técnicos da indústria, representará ganho para a sociedade.

A proposta da terceira coluna, por sua vez, acarreta forte elevação da probabilidade de falha de Estado ao substituir as dificuldades de contratação por regras *ad hoc* de rateio fixadas pela autoridade. Dada a dificuldade de precisar as quantidades ótimas, aumentam as chances de geração de ineficiências. Mais grave ainda seria a sinalização para o investidor privado que ficaria inseguro quanto à rentabilidade de futuras inversões frente à possibilidade de elevado grau de ingerência por parte da autoridade. Tal proposta colide frontalmente com a lógica do programa de privatização do setor.

ma posição intermediária entre as duas propostas discutidas acima parece o mais adequado para minimizar as falhas de mercado e de Estado, obtendo o seu dual, ou seja, a maximização do benefício social. De fato, logra-se:

- assegurar todas as eficiências do plano de expansão;
- o termo de compromisso com o CADE reduz a incerteza das partes em relação a eventual comportamento oportunista;
- o grau de intervenção da autoridade é reduzido ao mínimo necessário para assegurar os itens III e IV do parágrafo 1º do Art. 54;
- a modalidade de leilão para firma não integrante do bloco controlador e não especificamente à Triunfo protege a concorrência e não o concorrente.

Buscando, assim, prevenir um eventual açambarcamento dos adicionais de matéria-prima decorrentes do desgargalamento da nova planta da Copesul, proponho um Compromisso de Desempenho que crie condições para que a Triunfo seja contemplada, podendo participar do mercado com tecnologia atualizada e de maneira competitiva.

Anexo

Quadro 1- Resultados da Regressão de Preços

Ordinary Least Squares Estimation

```

*****
Dependent variable is PN
43 observations used for estimation from 1994M1_ to 1997M7_
*****
Regressor      Coefficient      Standard Error      T-Ratio[Prob]
INT            603.3809         53.0253             11.3791[.000]
PI             .34432           .046798             7.3575[.000]
*****
R-Squared      .56903           F-statistic F( 1, 41) 54.1335[.000]
R-Bar-Squared .55851           S.E. of Regression   59.9494
Residual Sum of Squares 147351.3 Mean of Dependent Variable
987.6744
S.D. of Dependent Variable 90.2250 Maximum of Log-likelihood -
236.0109
DW-statistic   .28611
*****

```

Diagnostic Tests

```

*****
* Test Statistics *      LM Version      *      F Version      *
*****
* A:Serial Correlation*CHI-SQ( 12)= 32.7382[.001]*F( 12, 29)=
7.7099[.000]*
*      *      *      *
* B:Functional Form *CHI-SQ( 1)= 20.7451[.000]*F( 1, 40)=
37.2863[.000]*
*      *      *      *
* C:Normality      *CHI-SQ( 2)= 3.1738[.205]*      Not applicable      *
*      *      *      *
* D:Heteroscedasticity*CHI-SQ( 1)= .82236[.364]*F( 1, 41)=
.79940[.376]*
*****
A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation
B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values
C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals
D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values

```

Quadro 2A - Resultados do Teste de Raízes Unitárias para a Variável Preço Nacional

Unit root tests for variable PN (Preço Nacional)

```

*****
statistic sample observations without trend with trend
DF 1994M2_ 1997M7_ 42 -1.6883( -2.9320) -1.6316( -3.5189)
ADF(1) 1994M3_ 1997M7_ 41 -2.0176( -2.9339) -1.9387( -
3.5217)
ADF(2) 1994M4_ 1997M7_ 40 -2.2601( -2.9358) -2.3469( -
3.5247)
ADF(3) 1994M5_ 1997M7_ 39 -2.4359( -2.9378) -2.6110( -
3.5279)
ADF(4) 1994M6_ 1997M7_ 38 -2.9575( -2.9400) -3.1104( -
3.5313)
ADF(5) 1994M7_ 1997M7_ 37 -3.6168( -2.9422) -3.8561( -
3.5348)
ADF(6) 1994M8_ 1997M7_ 36 -2.2498( -2.9446) -2.7781( -
3.5386)
ADF(7) 1994M9_ 1997M7_ 35 -2.0296( -2.9472) -3.0769( -
3.5426)
ADF(8) 1994M10 1997M7_ 34 -1.2714( -2.9499) -2.4055( -
3.5468)
ADF(9) 1994M11 1997M7_ 33 -1.4348( -2.9528) -3.0201( -
3.5514)
ADF(10) 1994M12 1997M7_ 32 -1.4724( -2.9558) -4.2888( -
3.5562)
ADF(11) 1995M1_ 1997M7_ 31 -1.1010( -2.9591) -3.0554( -
3.5615)
ADF(12) 1995M2_ 1997M7_ 30 -.71507( -2.9627) -2.9488( -
3.5671)
*****

```

95% critical values in brackets.

Quadro 2b - Resultados do Teste de Raízes Unitários para a Variável Preço Internacional

Unit root tests for variable PI (Preço Internacional)

```

*****

```

statistic	sample	observations	without trend	with trend
DF	1994M2_	1997M7_	42	-1.7154(-2.9320) -1.4901(-3.5189)
ADF(1)	1994M3_	1997M7_	41	-2.4911(-2.9339) -2.3225(-3.5217)
ADF(2)	1994M4_	1997M7_	40	-2.9544(-2.9358) -2.8089(-3.5247)
ADF(3)	1994M5_	1997M7_	39	-3.5470(-2.9378) -3.4192(-3.5279)
ADF(4)	1994M6_	1997M7_	38	-3.2492(-2.9400) -3.1340(-3.5313)
ADF(5)	1994M7_	1997M7_	37	-4.4513(-2.9422) -4.3386(-3.5348)
ADF(6)	1994M8_	1997M7_	36	-5.1576(-2.9446) -5.0482(-3.5386)
ADF(7)	1994M9_	1997M7_	35	-4.6164(-2.9472) -4.5278(-3.5426)
ADF(8)	1994M10	1997M7_	34	-3.0148(-2.9499) -2.9643(-3.5468)
ADF(9)	1994M11	1997M7_	33	-2.0932(-2.9528) -2.0379(-3.5514)
ADF(10)	1994M12	1997M7_	32	-1.9593(-2.9558) -1.8320(-3.5562)
ADF(11)	1995M1_	1997M7_	31	-2.0107(-2.9591) -1.7836(-3.5615)
ADF(12)	1995M2_	1997M7_	30	-2.9097(-2.9627) -2.5715(-3.5671)

95% critical values in brackets.

Os Quadros 3a e 3b contêm os testes de Box-Pierce e Ljung-Box e confirmam a não-estacionaridade das séries de preços internacionais internados (PI) e preços nacionais (PN).

Quadro 3a Teste de Box-Pierce e Ljung-Box para a Variável Preço Internacional Internado

Variable PI Sample from 1994M1_ to 1997M7_

Order	Autocorrelation Coefficient	Standard Error	Box-Pierce Statistic	Ljung-Box Statistic
-------	-----------------------------	----------------	----------------------	---------------------

```
*****
```

1	.90056	.15250	34.8732[.000]	37.3642[.000]
2	.73631	.24694	58.1855[.000]	62.9509[.000]
3	.53234	.29359	70.3714[.000]	76.6599[.000]
4	.29579	.31524	74.1334[.000]	81.0007[.000]
5	.063490	.32163	74.3067[.000]	81.2060[.000]
6	-.17555	.32192	75.6319[.000]	82.8177[.000]
7	-.39906	.32414	82.4795[.000]	91.3772[.000]
8	-.56097	.33537	96.0109[.000]	108.7747[.000]
9	-.64520	.35652	113.9111[.000]	132.4661[.000]
10	-.64071	.38271	131.5629[.000]	156.5367[.000]
11	-.57985	.40689	146.0205[.000]	176.8678[.000]
12	-.48724	.42568	156.2289[.000]	191.6865[.000]
13	-.38193	.43846	162.5015[.000]	201.0953[.000]
14	-.24131	.44613	165.0055[.000]	204.9808[.000]

Quadro 3b - Teste de Box-Pierce e Ljung Box para a Variável Preço Nacional

Variable PN Sample from 1994M1_ to 1997M7_

Order	Autocorrelation Coefficient	Standard Error	Box-Pierce Statistic	Ljung-Box Statistic
-------	-----------------------------	----------------	----------------------	---------------------

1	.89210	.15250	34.2212[.000]	36.6656[.000]
2	.76181	.24550	59.1765[.000]	64.0556[.000]
3	.61021	.29541	75.1879[.000]	82.0684[.000]
4	.44896	.32339	83.8553[.000]	92.0692[.000]
5	.27435	.33758	87.0919[.000]	95.9020[.000]
6	.092919	.34272	87.4632[.000]	96.3536[.000]
7	-.016317	.34331	87.4746[.000]	96.3679[.000]
8	-.11463	.34333	88.0397[.000]	97.0944[.000]
9	-.17131	.34422	89.3017[.000]	98.7646[.000]
10	-.22427	.34619	91.4643[.000]	101.7138[.000]
11	-.26398	.34956	94.4609[.000]	105.9277[.000]

12	-.27796	.35416	97.7832[.000]	110.7504[.000]
13	-.27174	.35920	100.9585[.000]	115.5133[.000]
14	-.23453	.36395	103.3238[.000]	119.1835[.000]

Quadro 3c - Teste de Estacionaridade dos Resíduos

Unit root tests for residuals

Based on OLS regression of PN on:

INT PI

43 observations used for estimation from 1994M1_ to 1997M7_

statistic	sample	observations	value
DF	1994M2_ 1997M7_	42	-1.7585(-3.4848)
ADF(1)	1994M3_ 1997M7_	41	-1.5287(-3.4885)
ADF(2)	1994M4_ 1997M7_	40	-1.3942(-3.4925)
ADF(3)	1994M5_ 1997M7_	39	-1.3118(-3.4966)
ADF(4)	1994M6_ 1997M7_	38	-1.4666(-3.5009)

95% critical values in brackets when available.

Outras formulações da relação entre o preço nacional e o preço internacional internado foram buscadas visando eliminar os problemas encontrados. Inicialmente introduziu-se variáveis dummy sazonais tal como apresentado no quadro abaixo

Quadro 4 Ordinary Least Squares Estimation

Dependent variable is PN

43 observations used for estimation from 1994M1_ to 1997M7_

Regressor	Coefficient	Standard Error	T-Ratio[Prob]
INT	600.6806	71.8897	8.3556[.000]
PI	.34944	.052686	6.6325[.000]
A1	-30.5083	51.0930	-.59711[.555]
A2	-17.6476	51.0571	-.34564[.732]
A3	-26.1355	51.0581	-.51188[.612]
A4	-16.4431	51.0478	-.32211[.750]
A5	26.2861	51.3045	.51235[.612]

A6	-1.5518	51.1410	-0.0030343[.998]
A7	22.6153	51.0992	.44258[.661]
A8	-1.2109	54.6247	-.022167[.982]
A9	6.6232	54.5719	.12137[.904]
A10	3.7112	54.5660	.068014[.946]
A11	3.6989	54.5637	.067790[.946]

R-Squared	.60815	F-statistic F(12, 30)	3.8801[.001]
R-Bar-Squared	.45142	S.E. of Regression	66.8265
Residual Sum of Squares	133973.6	Mean of Dependent Variable	987.6744
S.D. of Dependent Variable	90.2250	Maximum of Log-likelihood	-233.9646
DW-statistic	.21964		

Diagnostic Tests

* Test Statistics *	LM Version	* F Version *
---------------------	------------	---------------

* A:Serial Correlation*CHI-SQ(12)= 37.3468[.000]*F(12, 18)= 9.9095[.000]*

*	*	*
---	---	---

* B:Functional Form *CHI-SQ(1)= 18.0521[.000]*F(1, 29)= 20.9842[.000]*

*	*	*
---	---	---

* C:Normality *CHI-SQ(2)= 1.4729[.479]* Not applicable *

*	*	*
---	---	---

* D:Heteroscedasticity*CHI-SQ(1)= .63723[.425]*F(1, 41)= .61673[.437]*

- A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation
- B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values
- C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals
- D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values

Os resultados não são satisfatórios. A introdução de sazonalidade não aumenta o poder explicativo do modelo com o R2 ajustado até se reduzindo e todas as estatísticas “t” não significantes. Os problemas de não normalidade dos

resíduos e heterocedasticidade permanecem fortes, sugerindo que não há uma sazonalidade que justifique sua inclusão explícita no modelo.

A troca do preço internacional corrente pelo preço internacional defasado em um mês visando capturar um eventual atraso do ajuste do preço nacional ao preço internacional também foi trabalhada, conforme o Quadro abaixo:

Quadro 5 - Ordinary Least Squares Estimation

```

*****
Dependent variable is PN
42 observations used for estimation from 1994M2_ to 1997M7_
*****
Regressor      Coefficient    Standard Error   T-Ratio[Prob]
INT            607.5252      47.5791         12.7687[.000]
PI(-1)        .34482        .042034         8.2035[.000]
*****
R-Squared      .62720        F-statistic F( 1, 40) 67.2970[.000]
R-Bar-Squared .61788        S.E. of Regression 53.7777
Residual Sum of Squares 115681.6 Mean of Dependent Variable
991.8571
S.D. of Dependent Variable 86.9969 Maximum of Log-likelihood -
225.9349
DW-statistic   .26616
*****

```

Diagnostic Tests

```

*****
* Test Statistics *   LM Version   *   F Version   *
*****
*   *               *           *
* A:Serial Correlation*CHI-SQ( 12)= 30.3489[.002]*F( 12, 28)=
6.0779[.000]*
*   *               *           *
* B:Functional Form *CHI-SQ( 1)= 24.8074[.000]*F( 1, 39)=
56.2733[.000]*
*   *               *           *
* C:Normality      *CHI-SQ( 2)= .97772[.613]*   Not applicable *
*   *               *           *
* D:Heteroscedasticity*CHI-SQ( 1)= 1.6030[.205]*F( 1, 40)=
1.5872[.215]*
*****

```

A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation

- B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values
- C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals
- D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values

Unit root tests for residuals

```

*****
Based on OLS regression of PN          on:
INT          PI(-1)
42 observations used for estimation from 1994M2_ to 1997M7_
*****
statistic      sample      observations      value
DF             1994M3_ 1997M7_      41             -1.8599( -3.4885)
ADF(1)        1994M4_ 1997M7_      40             -1.8282( -3.4925)
ADF(2)        1994M5_ 1997M7_      39             -1.6318( -3.4966)
ADF(3)        1994M6_ 1997M7_      38             -1.8668( -3.5009)
ADF(4)        1994M7_ 1997M7_      37             -1.9737( -3.5055)
*****

```

95% critical values in brackets when available.

Há um ligeiro ganho de especificação refletido no aumento no R2 e no R2 ajustado para 62,7 e 61,7%, respectivamente, e o problema da heterocedasticidade permanece mas atenuado conforme indica a estatística “p”. Apesar disso, o problema da não normalidade se torna até mais acentuado, conforme indicado pela estatística ” p”. Assim, o ganho não é substancial e continua não permitindo uma indicação inequívoca da relação entre as duas variáveis. É interessante observar que o efeito da mudança de US\$ 1,00 no preço internacional internado defasado de 1 mês é exatamente o mesmo do preço corrente.(US\$0,34). O teste de raízes unitárias para os resíduos também revelou não-estacionariedade, o que é ruim para eliminar a possibilidade de correlação espúria entre as variáveis. As tentativas de avaliar defasagens maiores foram pouco frutíferas como se depreende das estatísticas p abaixo:

Quadro 6 Ordinary Least Squares Estimation

```

*****
Dependent variable is PN
39 observations used for estimation from 1994M5_ to 1997M7_
*****
Regressor      Coefficient      Standard Error      T-Ratio[Prob]
INT            639.1325         55.2139             11.5756[.000]
PI(-1)         .24015           .12967              1.8521[.073]
PI(-2)         -.084703         .19874              -4.2620[.673]

```

```

PI(-3)          .095950          .20107          .47719[.636]
PI(-4)          .073149          .12578          .58154[.565]
*****
R-Squared              .59396  F-statistic F( 4, 34) 12.4340[.000]
R-Bar-Squared         .54619  S.E. of Regression      49.4618
Residual Sum of Squares 83180.1  Mean of Dependent Variable
1005.7
S.D. of Dependent Variable 73.4233  Maximum of Log-likelihood -
204.8100
DW-statistic          .32724
*****

```

Diagnostic Tests

```

*****
* Test Statistics *      LM Version      *      F Version      *
*****
*          *          *          *
* A:Serial Correlation*CHI-SQ( 12)= 26.9392[.008]*F( 12, 22)=
4.0950[.002]*
*          *          *          *
* B:Functional Form *CHI-SQ( 1)= 21.5906[.000]*F( 1, 33)=
40.9258[.000]*
*          *          *          *
* C:Normality      *CHI-SQ( 2)= .16789[.919]*      Not applicable      *
*          *          *          *
* D:Heteroscedasticity*CHI-SQ( 1)= 1.0267[.311]*F( 1, 37)=
1.0004[.324]*
*****
A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation
B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values
C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals
D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values

```

A forma funcional logarítmica também revela problemas similares como se depreende dos quadros abaixo. Apenas a utilização de uma variável defesada de 1 mês é que se obtêm valores maiores de R2 e R2 ajustado de 70,1% e 69,4%, respectivamente:

Quadro 7 - Ordinary Least Squares Estimation

```

*****
Dependent variable is LPN

```

43 observations used for estimation from 1994M1_ to 1997M7_

Regressor	Coefficient	Standard Error	T-Ratio[Prob]
INT	3.9561	.34115	11.5964[.000]
LPI	.41917	.048708	8.6057[.000]

R-Squared .64366 F-statistic F(1, 41) 74.0587[.000]
 R-Bar-Squared .63497 S.E. of Regression .057553
 Residual Sum of Squares .13580 Mean of Dependent Variable
 6.8910
 S.D. of Dependent Variable .095258 Maximum of Log-likelihood
 62.7771
 DW-statistic .32951

Diagnostic Tests

* Test Statistics * LM Version * F Version *

 * * * * *
 * A:Serial Correlation*CHI-SQ(12)= 31.9453[.001]*F(12, 29)=
 6.9835[.000]*
 * * * * *
 * B:Functional Form *CHI-SQ(1)= 17.7355[.000]*F(1, 40)=
 28.0797[.000]*
 * * * * *
 * C:Normality *CHI-SQ(2)= 3.5279[.171]* Not applicable *
 * * * * *
 * D:Heteroscedasticity*CHI-SQ(1)= .27519[.600]*F(1, 41)=
 .26409[.610]*

- A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation
- B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values
- C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals
- D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values

Quadro 8 -Ordinary Least Squares Estimation

Dependent variable is LPN

42 observations used for estimation from 1994M2_ to 1997M7_

```

*****
Regressor      Coefficient   Standard Error   T-Ratio[Prob]
INT            3.9816        .30057           13.2468[.000]
LPI(-1)       .41629        .042924          9.6984[.000]
*****
R-Squared      .70162        F-statistic F( 1, 40) 94.0587[.000]
R-Bar-Squared .69416        S.E. of Regression .050623
Residual Sum of Squares .10251 Mean of Dependent Variable
6.8956
S.D. of Dependent Variable .091538 Maximum of Log-likelihood
66.7302
DW-statistic   .31664
*****

```

Diagnostic Tests

```

*****
* Test Statistics *      LM Version      *      F Version      *
*****
* A:Serial Correlation*CHI-SQ( 12)= 28.5602[.005]*F( 12, 28)=
4.9584[.000]*
* B:Functional Form *CHI-SQ( 1)= 21.9386[.000]*F( 1, 39)=
42.6494[.000]*
* C:Normality *CHI-SQ( 2)= 1.3133[.519]* Not applicable *
* D:Heteroscedasticity*CHI-SQ( 1)= .80991[.368]*F( 1, 40)=
.78651[.380]*
*****

```

- A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation
- B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values
- C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals
- D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values

Unit root tests for variable LPI

```

*****
statistic sample observations without trend with trend
DF 1994M2_1997M7_ 42 -1.7718( -2.9320) -1.4879( -3.5189)
ADF(1) 1994M3_1997M7_ 41 -2.5958( -2.9339) -2.3819( -
3.5217)

```

ADF(2)	1994M4_ 1997M7_	40	-3.0525(-2.9358)	-2.8745(-3.5247)
ADF(3)	1994M5_ 1997M7_	39	-3.7175(-2.9378)	-3.5807(-3.5279)
ADF(4)	1994M6_ 1997M7_	38	-3.3455(-2.9400)	-3.2216(-3.5313)
ADF(5)	1994M7_ 1997M7_	37	-4.5018(-2.9422)	-4.3860(-3.5348)
ADF(6)	1994M8_ 1997M7_	36	-5.5396(-2.9446)	-5.4146(-3.5386)
ADF(7)	1994M9_ 1997M7_	35	-4.9071(-2.9472)	-4.9225(-3.5426)
ADF(8)	1994M10 1997M7_	34	-2.9266(-2.9499)	-2.9004(-3.5468)
ADF(9)	1994M11 1997M7_	33	-1.8784(-2.9528)	-1.9331(-3.5514)
ADF(10)	1994M12 1997M7_	32	-1.7192(-2.9558)	-1.8121(-3.5562)
ADF(11)	1995M1_ 1997M7_	31	-1.8838(-2.9591)	-1.9333(-3.5615)
ADF(12)	1995M2_ 1997M7_	30	-2.9703(-2.9627)	-2.8029(-3.5671)

95% critical values in brackets.

Unit root tests for variable LPN

statistic	sample	observations	without trend	with trend
DF	1994M2_ 1997M7_	42	-1.7854(-2.9320)	-1.6285(-3.5189)
ADF(1)	1994M3_ 1997M7_	41	-2.1728(-2.9339)	-2.0165(-3.5217)
ADF(2)	1994M4_ 1997M7_	40	-2.3786(-2.9358)	-2.4144(-3.5247)
ADF(3)	1994M5_ 1997M7_	39	-2.5330(-2.9378)	-2.6633(-3.5279)
ADF(4)	1994M6_ 1997M7_	38	-3.1937(-2.9400)	-3.3061(-3.5313)
ADF(5)	1994M7_ 1997M7_	37	-4.0241(-2.9422)	-4.2479(-3.5348)

ADF(6)	1994M8_ 1997M7_	36	-2.2470(-2.9446)	-2.8077(-3.5386)
ADF(7)	1994M9_ 1997M7_	35	-1.9494(-2.9472)	-3.0063(-3.5426)
ADF(8)	1994M10 1997M7_	34	-1.2143(-2.9499)	-2.3308(-3.5468)
ADF(9)	1994M11 1997M7_	33	-1.4230(-2.9528)	-3.0004(-3.5514)
ADF(10)	1994M12 1997M7_	32	-1.5204(-2.9558)	-4.4370(-3.5562)
ADF(11)	1995M1_ 1997M7_	31	-1.1655(-2.9591)	-3.1016(-3.5615)
ADF(12)	1995M2_ 1997M7_	30	-.81485(-2.9627)	-3.0352(-3.5671)

95% critical values in brackets.

Unit root tests for residuals

Based on OLS regression of LPN on:

INT LPI

43 observations used for estimation from 1994M1_ to 1997M7_

statistic	sample	observations	value
DF	1994M2_ 1997M7_	42	-1.9059(-3.4848)
ADF(1)	1994M3_ 1997M7_	41	-1.6077(-3.4885)
ADF(2)	1994M4_ 1997M7_	40	-1.4345(-3.4925)
ADF(3)	1994M5_ 1997M7_	39	-1.3472(-3.4966)
ADF(4)	1994M6_ 1997M7_	38	-1.5094(-3.5009)

95% critical values in brackets when available.

Unit root tests for residuals

Based on OLS regression of LPN on:

INT LPI(-1)

42 observations used for estimation from 1994M2_ to 1997M7_

statistic	sample	observations	value
DF	1994M3_ 1997M7_	41	-2.0685(-3.4885)
ADF(1)	1994M4_ 1997M7_	40	-1.9965(-3.4925)

ADF(2)	1994M5_ 1997M7_	39	-1.6321(-3.4966)
ADF(3)	1994M6_ 1997M7_	38	-1.8879(-3.5009)
ADF(4)	1994M7_ 1997M7_	37	-2.0903(-3.5055)

95% critical values in brackets when available.

BIBLIOGRAFIA

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Antitrust Law Developments*, p.271-282, quarta edição, 1997.

BAEL, I. V. e BELLIS, J.F, *Competition Law of the European Community*, terceira edição, CCH Europe, 1994.

CARRARA: *La Formazion dei Contrati*, Giovanni Carrara, 1915.

COUTINHO,L.: “ Condições de competitividade da Indústria Petroquímica”.

FAN, P.H.J.: “Price uncertainty and vertical integration: Evidence from the US petrochemical industry, mimeo, 1995.

GOMES, ORLANDO: “Contratos. Forense, Rio de Janeiro, 16° ed, 1955.

LOPES, M.M. DE SERPA. *Curso de Direito Civil. V 3 Dos Contratos em Geral*. 1954.

MAXIMILIANO,C.: “Hermenêutica e Aplicação do Direito”. 16° Edição, 1997.

MILGROM,P & ROBERTS,J.: *Economics, Organization and Management*. Prentice Hall 1992.

MONTENEGRO,R.S. E MONTEIRO FILHA,D.C.: “Estratégias de Integração Vertical e os Movimentos de Reestruturação nos Setores Petroquímico e de Fertilizantes. Estudos Setoriais N° 5, BNDES 1997.

PIZZIO,J.P: *da protection des consommateurs est-elle une entrave à la concurrence? Bourgnone*, 1994.

Gesner Oliveira

Presidente do CADE

LEGISLAÇÃO

PROPOSTA DE REVISÃO DO REGIMENTO INTERNO DO CADE

Este texto é fruto de inúmeras contribuições de especialistas na área de defesa da concorrência e resulta de competente trabalho da assessoria do CADE. Destaque-se, em particular a colaboração dos assessores Gabriel Nogueira Dias, Juliano Maranhão, Marco Conforto e Marcelo Nishimoto, bem como dos participantes do programa de intercâmbio do CADE, Conrado Mendes, Maury Silva e Noemia Fukugauti.

Proposta de Revisão do Regimento Interno do CADE.

- 1.** Introdução
- 2.** Breve Retrospectiva dos Regimentos do CADE
- 3.** Objetivos da Reforma Regimental
 - 3.1** Importância da Simplificação e Desburocratização
 - 3.2** A Importância da Segurança Jurídica para a Defesa da Concorrência
 - 3.3** Componentes da Segurança Jurídica
- 4.** Fundamentação Detalhada da Proposta de Reforma Regimental
- 5.** Quadro Comparativo com Regimento Atual

6. Resolução instituindo o novo Regimento.

1. Introdução

O papel de crescente importância que o CADE vem assumindo na economia brasileira exige sua reestruturação e modernização regimental. A proposta que ora submeto ao Plenário responde de maneira adequada a tais imperativos.

Destarte uma reestruturação e modernização de seu Regimento Interno, isto é, o conjunto de normas que deve ter como função precípua reger, essencialmente, a forma de atuação, instrução e julgamento dos seus processos na aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, apresenta-se imprescindível e um grande passo neste sentido.

Transcorridas sete sessões desde a 67^a Sessão Ordinária de 28 de janeiro de 1998 quando a proposta foi colocada em mesa para discussão e sugestões adicionais de membros do Plenário, e realizadas duas Reuniões do Fórum Permanente da Concorrência – nos dias 05/02 e 12/02 – para discussão desta e de todas as demais propostas, sinto que este Conselho está apto a

cumprir Decisão da 60ª Sessão Ordinária de 05 de novembro de 1997, no sentido de aprovar novo Regimento Interno do CADE no primeiro trimestre de 1998.

A modernização institucional não ocorre de forma súbita ou mediante mera edição de normas. Trata-se de processo longo que envolve, antes de tudo, uma mudança cultural na organização. Esta se constrói a partir da experiência prática e serve de guia para a mudança normativa que, por seu turno, cristaliza e catalisa a ação renovadora.

Este voto resulta de formidável esforço coletivo de reflexão e trabalho prático no CADE. A formulação de cada artigo se inspirou na própria atuação e jurisprudência do órgão, ateu-se estritamente aos marcos legais e se fundou na boa doutrina.

Contou-se com a contribuição de inúmeros especialistas na área, militantes no CADE e na esfera acadêmica. Foram consultadas agências congêneres de todos os continentes e de órgãos multilaterais, bem como lideranças da sociedade civil. Diferentes versões da proposta estiveram na página do CADE na Internet nos últimos 120 dias, permitindo debate enriquecedor e pioneiro na administração pública brasileira. A formidável tarefa de compilação de tantas sugestões e pareceres só foi possível graças ao esforço concentrado e competente da assessoria do CADE com a participação dos integrantes do Programa de Intercâmbio.

O texto ora encaminhado aos colegas de Plenário não faz justiça ao brilhantismo das contribuições individuais, mas procura, de forma equilibrada, submeter ao Conselho um regimento moderno, simples e, mais importante, que garanta segurança jurídica aos agentes privados.

A reforma regimental naturalmente não se encerra com a eventual aprovação, parcial ou integral, desta proposta. Visando compatibilizar de maneira ótima, estabilidade e flexibilidade, optou-se por uma estrutura minimalista que, não obstante, reservasse lugar para a adoção de blocos específicos de normas mediante Resoluções do Conselho, devidamente previstas no artigo 26 da proposta.

Destaque-se, dentre as peças complementares que oportunamente merecerão regulamentação adequada, a proposta inovadora no Brasil e comum entre agências de defesa da concorrência de outros países de adoção de Código de Ética do CADE, cuja minuta continua na página do CADE na Internet para críticas e sugestões.

Tal debate virtual, bem como a realização de reunião do Fórum Permanente da Concorrência sobre o tema, tem propiciado a intervenção de especialistas na matéria, a exemplo do que foi feito com o Regimento como um todo, em particular, de segmentos do Executivo e do Conselho de Reforma do

Estado, bem como de organizações sociais independentes e representativas de direitos civis.

Trata-se de consagrar em norma um padrão de comportamento que tem pautado historicamente o CADE e é vital para a força e legitimidade de um órgão judicante. Trata-se, igualmente, de se somar a um esforço mais amplo do governo e sociedade brasileiras no sentido de resgatar e revalorizar a imagem da Administração colocando-a, deste modo, sempre a serviço do contribuinte e do cidadão.

Além do Código de Ética, proposições de Resolução no sentido da simplificação e desburocratização já se encontram em estágio avançado e deverão em breve serem apreciadas, sempre com a devida transparência e consulta ampla à comunidade. Consoante programa de trabalho para 1998, objetiva-se consolidar e aperfeiçoar os papéis repressivo e preventivo do CADE, prosseguindo o trabalho de racionalização do exame de atos de concentração, bem como o aperfeiçoamento da análise de condutas.

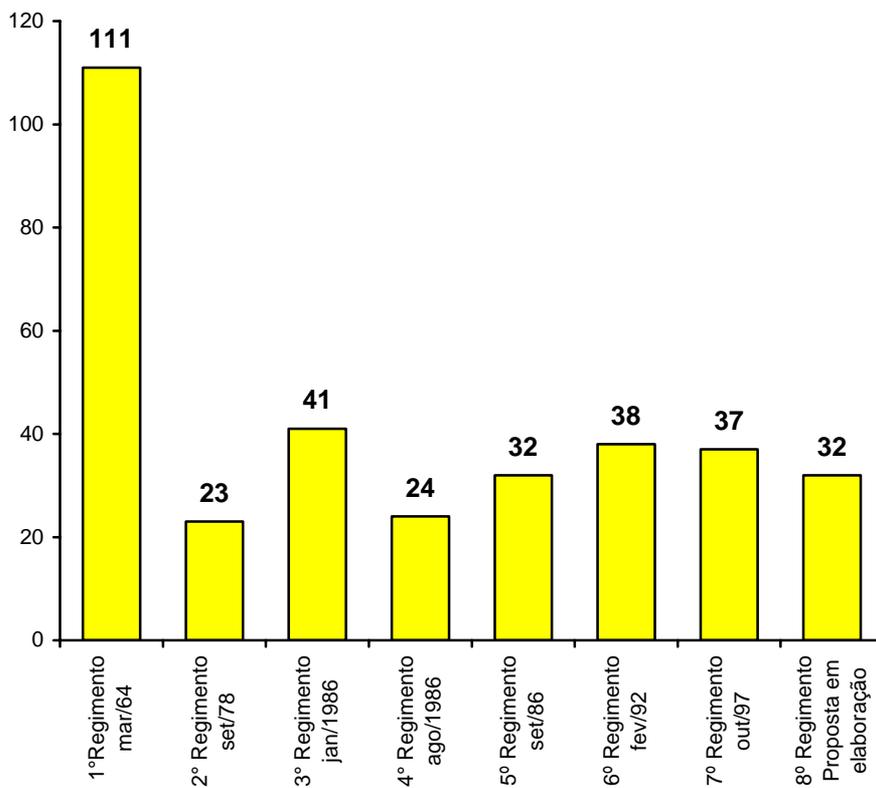
Ao final deste processo, tenho certeza de que o cumprimento da decisão Plenária, no sentido de modernizar o Regimento do CADE estará satisfeito. O CADE há de caminhar rumo à maturidade institucional; e a sociedade brasileira contará com uma agência mais capacitada a cumprir o comando constitucional da livre-concorrência.

2. Breve Retrospectiva dos Regimentos do CADE

A experiência dos anteriores Colegiados do CADE reflete-se nos seus diversos Regimentos Internos, desde 1964. Embora tais regimentos tenham vigorado em circunstâncias históricas bastante distintas da atual, os objetivos de defesa da concorrência sempre estiveram presentes e a sistemática de julgamentos colegiados foi um denominador comum.

Os parágrafos seguintes ressaltam características dos Regimentos Internos anteriores à Resolução 10/97, cujas informações gerais estão contidas nos Quadros 1 e 2. (na outra página).

Quadro 1 Evolução do Número de Artigos dos Regimentos Internos do CADE



Quadro 2- Conteúdo dos antigos Regimentos Internos do CADE, do Regimento em vigor e da Proposta de Revisão

1º Regi- mento mar/1964 111 artigos	2º Regi- mento set/1978 23 artigos	3º Regi- mento jan/1986 41 artigos	4º Regi- mento ago/1986 24 artigos	5º Regi- mento set/1986 32 artigos	6º Regi- mento fev/1992 28 artigos	7º Regi- mento out/1997 (em vigor) 27 arts.	Proposta em elabo- ração jan/98 - 32 arts.
Título I: Da Organização e Atribuições do CADE (1º a 15)	Capítulo I: Categoria e Finalidade (1º)	Capítulo I: Categoria e Finalidade (1º)	Capítulo I: Categoria e Finalidade (1º)	Capítulo I: Categoria e Finalidade (1º)	Capítulo I: Categoria e Finalidade (1º)	Capítulo I: Categoria e Finalidade (1º)	Parte I: Da Finalidade e Composição (1º e 2º)
Título II: Da Ordem de Serviço no CADE (16 a 40)	Capítulo II: Organização (2º a 4º)	Capítulo II: Organização do Colegiado (2º a 9º)	Capítulo II: Organização do Colegiado (2º a 8º)	Capítulo II: Organização do Colegiado (2º a 8º)	Capítulo II: Organização (2º e 3º)	Capítulo II: Organização (2º)	Parte II: Do Processo (3º a 25º)
Título III: Do Processo (41 a 82)	Capítulo III: Competência das Unidades (5º a 12)	Capítulo III: Organização Administrativa (10º a 40)	Capítulo III: Organização Administrativa (9º a 23)	Capítulo III: Organização Administrativa (9º a 31)	Capítulo III: Competência (4º)	Capítulo III: Competência (3º)	Seção I: Do Funcionamento Seção II: Do Sigilo
Título IV: Da Fiscalização (83 a 88)	Capítulo IV: Atrib. dos Dirigentes (13 a 17)	Capítulo IV: Disposições Gerais (41)	Capítulo IV: Disposições Gerais (24)	Capítulo IV: Disposições Gerais (32)	Capítulo IV: Atribuições (5º ao 9º)	Capítulo IV: Atribuições (4º a 8º)	Seção III: Das Audiências Seção IV: Do Julgamento
Título V: Da Procuradoria (89 a 96))	Capítulo V: Disposições Gerais (21 a 23)				Capítulo V: Funcionamento (10º a 30)	Capítulo V: Funcionamento (9º a 29)	Seção V: Dos Julgamentos especiais Seção VI: Da Execução e Fiscalização
Título VI: Da Organização Administrativa (97 a 111)					Capítulo VI: Das Disposições Gerais (31 a 38)	Capítulo VI: Das Disposições Gerais (30 a 37)	Parte III: Das Disposições Gerais (26 a 32)

Criado pela Lei nº4137 de 10 de setembro de 1962, o CADE só veio a ter seu primeiro regimento interno em 1964, através do Decreto nº 53.670. Tal peça, com 111 artigos, regulou minuciosamente desde a estrutura administrativa, passando pelas competências dos agentes, pelas sessões de julgamento, até os procedimentos de intervenção e fiscalização, constituindo documento com demasiadas repetições da lei 4137/62. O diploma, com suas minúcias, especificidades e rigores, já indicava a forte tendência de burocratização que se aprofundaria durante os governos militares.

O CADE, em um contexto de economia fortemente planificada, conduziu seus procedimentos internos conforme o Regimento de 64, diante de um mercado fortemente regulamentado.

Em setembro de 1978, através da Portaria nº677, foi aprovado o segundo regimento interno do CADE, com 23 artigos. Este, porém, se limitou a regular a organização administrativa, além de reiterar as competências e atribuições dos membros do CADE.

Em 1986, ano do Plano Cruzado (Decreto Lei 2283/86), o CADE teve seu regimento alterado por três vezes: Portaria nº 37, de 28 de janeiro, com 41 artigos; Portaria nº 454, de 11 de agosto, com 24 artigos; e Portaria nº 501, de 26 de setembro, com 31 artigos. Todas essas versões, como a de 1978, se limitaram a regular, à saciedade, as atribuições dos vários membros do CADE e sua estrutura administrativa, nada dispondo sobre o processo ou sobre as sessões de julgamento.

A partir de 1990, com a maior exposição do país à economia mundial, o CADE assumiu um papel mais ativo, frente a um mercado cada vez mais dinâmico, com o acirramento da concorrência. Seguiu-se o Plano Nacional de Desestatização que, juntamente com a abertura econômica, desencadeou um processo de reestruturação produtiva do país. Neste período, verificaram-se duas alterações importantes: a edição da Lei 8158 de 8 de janeiro de 1991 e a aprovação do Regimento Interno do CADE de 26 de fevereiro de 1992.

A implementação do Plano Real em julho de 94, ao estabelecer as condições para a estabilidade econômica, permitiu ao consumidor desenvolver a noção de preço relativo. Estavam, assim, construídos os pilares para um mercado mais maduro e competitivo, que exigia uma nova postura da agência de defesa da concorrência: abertura econômica, desestatização e estabilização dos preços.

A Lei 8884, de 11 de junho de 1994, preencheu e modernizou, em vários aspectos, a base jurídica da defesa da concorrência. No plano regimental, no entanto, haveria de colocar o Regimento de 1992 diante de manifestas ilegalidades, sendo que algumas de suas regras não poderiam mais prosperar, pois excluídas do mundo jurídico por documento hierarquicamente superior.

3. Objetivos da Reforma Regimental

A necessidade de revisão do Regimento Interno do CADE pareceu consensual desde o início da gestão atual do Conselho. O debate sobre um novo texto requereu, porém, o acúmulo de experiência pelo Colegiado, obtido ao longo dos últimos dezoito meses, durante os quais o número de julgados por mês aumentou em mais de 1600%.

Este índice foi obtido a despeito da utilização do regimento de 1992, que constitui documento com excessivas repetições das leis 8158/91 e 4137/62, já revogadas, e escassez de diretrizes substantivas que pudessem orientar o Conselho e os servidores do CADE na implementação de seus procedimentos internos, de sorte a propiciar transparência e segurança jurídica.

O imperativo da segurança jurídica constituiu a motivação central de ampla reforma regimental que ganhou impulso com a atualização do Regimento do CADE, mediante a Resolução 10/97, que buscou tornar sua redação compatível com os termos da Lei 8884/94, de forma a possibilitar sua ampla divulgação.

Tal divulgação constituiu o canal para o recolhimento de subsídios da comunidade para uma discussão abrangente e democrática a respeito de uma revisão aprofundada, capaz de compatibilizar o Regimento com as diretrizes da reforma do estado brasileiro e com o papel de crescente importância do CADE em uma economia globalizada. Com este intuito, foi realizada ampla consulta a juristas, especialistas em defesa da concorrência e lideranças da sociedade, no Brasil e no exterior. Em contraste com os regimentos anteriores, a atual proposta em elaboração procura:

- plasmar nas normas regimentais os comandos constitucionais e legais;
- incorporar a experiência prática do Brasil e do mundo em defesa da concorrência, sempre da forma compatível com o ordenamento jurídico nacional.

Assim, a discussão e confecção do regimento transcendem a mera redação de ato normativo. Constituem, de fato, reflexão coletiva acerca da defesa da concorrência e das formas mais eficazes e eficientes de colocar a agência responsável por levá-la a cabo – o CADE – a serviço da sociedade e do cidadão.

Neste sentido, o processo de confecção do Regimento e sua ampla divulgação é mais importante do que o texto final que resultar de deliberação do Conselho.

3.1 A Importância da Simplificação e Desburocratização

A atual reforma do Estado brasileiro aponta para um movimento de enxugamento de sua estrutura por meio de um processo de desestatização de suas empresas e desburocratização de seus órgãos. A experiência recente tem demonstrado que a redução da hipertrofia de regulamentações e de regulamentação das regulamentações, confere maior grau de liberdade aos administrados e, aos agentes, flexibilidade na ponderação do ato adequado ao atendimento dos interesses da coletividade, o que se traduz em eficiência administrativa e bem estar.

No que diz respeito ao processo administrativo, vem ganhando relevo as modernas teorias processuais que privilegiam o princípio da instrumentalidade das formas, pregando que as exigências formais devem atender critérios de racionalidade e de busca da atuação da vontade concreta da lei, evitando-se o culto das formas como se elas fossem um fim em si mesmas. (cf. *Teoria Geral do Processo*. Cintra, Grinover e Dinamarco, 10^a ed., Malheiros, 1994).

Com relação ao movimento de desburocratização do processo administrativo é instrutiva a lição de Odete Medauar:

“O excesso de formalismo, não só no processo administrativo e no processo em geral, mas no ordenamento como um todo, gerou como resposta um movimento de desregulamentação (deregulation), deformalização, desburocratização. O movimento de desregulamentação surgiu nos Estados Unidos, em meados da década de setenta, com o objetivo de aliviar o peso das regras editadas pelas agências e comissões, devolvendo aos agentes econômicos, principalmente, maior grau de liberdade de atuação; o movimento expandiu-se para grande número de países, abrangendo vários setores de atividades, adquirindo também o sentido de simplificação e de redução de regulamentos, apresentando-se, assim, como uma das soluções para o problema da inflação jurídica ou inflação legislativa. No âmbito do processo jurisdicional expressou-se como deformalização; na Administração Pública, como desburocratização” (Medauar. A Processualidade no Direito Administrativo. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 122)

Cumpra, portanto, e sempre à luz do conhecimento prático, rever os procedimentos internos de sorte a assegurar os objetivos de transparência, aprofundamento do debate no Colegiado, decisão sólida e em tempo econômico, todos ingredientes indispensáveis ao alcance de segurança jurídica.

Os diversos subsídios colhidos das diferentes fontes da comunidade foram apurados com cuidado. Ao contrário do que se poderia esperar, tais

contribuições não redundaram em proposta repleta de regras ou detida em especificidades correspondentes aos diferentes interesses. Com efeito, buscou-se incorporar apenas os pontos centrais e consensuais, de maneira a consolidar regimento minimalista.

A opção minimalista, contemplada na proposta, que não quer repetir a lei, nem incorporar regras demasiadamente específicas, tem a vantagem de evitar a possibilidade de redundâncias e contradições. Por outro lado, coloca à disposição da comunidade e do Colegiado regras claras e um conjunto normativo simples e de fácil manuseio, o que viabiliza um procedimento transparente e concentrado na finalidade basilar do CADE, que é a defesa da concorrência.

Confirmando este entendimento, a lição de Medauar:

“Na verdade, o princípio do formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para proporcionar um grau de certeza, segurança, respeito ao direito dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa; (...) Visa a impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação” (Medauar. Op.cit, p.112 e 113).

Hely Lopes Meirelles enfatiza:

“o princípio do informalismo dispensa ritos sacramentais e formas rígidas para o processo administrativo, bastando as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza jurídica e à segurança procedimental.(...) o processo administrativo deve ser simples, despido de exigências formais excessivas, tanto mais que a defesa pode ficar a cargo do próprio administrado, nem sempre familiarizado com os meandros processuais”.

Dessa forma, eliminou-se a menção às competências como fazia o regimento anterior, pois estas já se encontram devidamente definidas na lei 8884/94, que, aliás, é o documento próprio para criar poderes e deveres. Trata-se de regimento que busca responder não “o que” podem e devem fazer os agentes do CADE, mas “como” os mesmos podem e devem desempenhar as atribuições já definidas na lei de defesa da concorrência. Some-se a isto a concentração das atenções na atividade fundamental do CADE, o julgamento de infrações à ordem econômica.

O Quadro 3 descreve a arquitetura minimalista da proposta que ora se submete ao Plenário.

Quadro 3 Estrutura da Proposta de Regimento Interno do CADE

<i>PARTE I</i>	<i>PARTE II - DO PROCESSO</i>		<i>PARTE III</i>
<i>FINALIDADE E COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO JUDICANTE</i>	<i>SEÇÃO I</i> <i>funcionamento do órgão no que se regere ao julgamento</i>	<i>SEÇÃO II</i> <i>sigilo no tratamento do processo que será julgado</i>	<i>DISPOSIÇÕES GERAIS</i> • <i>remissão aos procedimentos específicos</i> • <i>publicações</i> • <i>emendas regimentais</i>
	<i>SEÇÃO III</i> <i>providências complementares para formação do juízo</i>	<i>SEÇÃO IV</i> <i>regras de julgamento visando assegurar o debate e o contraditório</i>	
	<i>SEÇÃO V</i> <i>dos julgamentos especiais</i>	<i>SEÇÃO V</i> <i>da execução judicial e fiscalização das decisões</i>	

Conforme sublinhado na introdução, os demais procedimentos específicos como a cobrança de multas, consulta e o código de ética foram remetidos a Resoluções, de maneira a assegurar a flexibilidade de cada conjunto normativo. Entendeu-se que a fusão de tais documentos como partes de um único Regimento, rico em especificidades, traria o inconveniente da necessidade de se alterar o Regimento a todo momento que se desejasse modificar determinado procedimento específico, por exemplo, da cobrança de multas.

3.2 A Importância da Segurança Jurídica para a Defesa da Concorrência

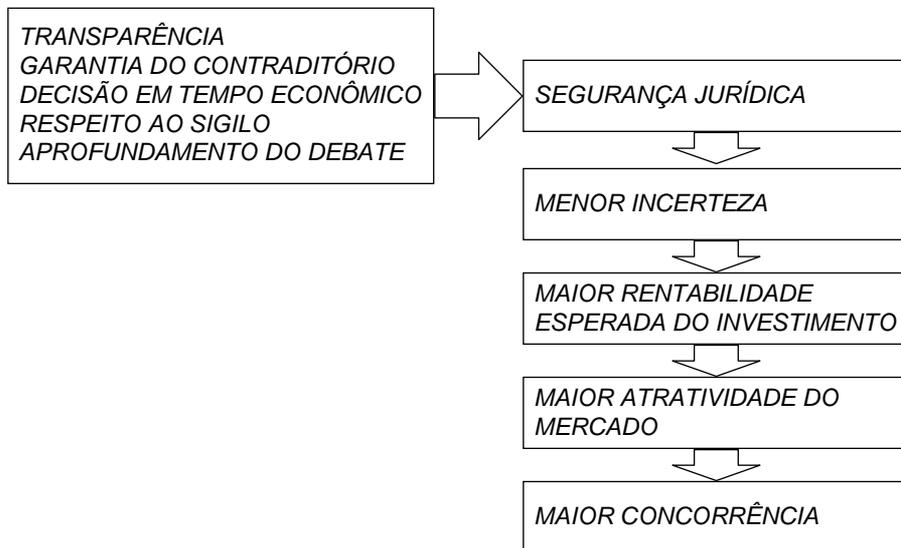
Tal instabilidade é justamente o que se quer evitar. A estabilidade e a clareza das regras permitem à comunidade uma correta apreensão das consequências jurídicas ou jurídico-processuais que decorrem de seus atos, ou seja, viabilizam a certeza e a segurança. Estes, por sua vez, devem ser tomados como valores, na medida em que asseguram um valor ainda maior, a liberdade. Neste sentido, a lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

Sua simplicidade (segurança jurídica) repousa no aspecto intuitivo que a idéia fornece, no sentido de que o direito, onde é claro e delimitado, cria condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros. (...) Por certeza, entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência de suas próprias ações.”(Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias, p. 59)

Havendo segurança jurídica, propicia-se aos agentes de mercado a possibilidade de previsão e, por conseguinte, cálculo das consequências jurídicas de seus atos e dos atos dos demais agentes que fazem parte do processo de interação competitiva. A previsibilidade reduz, por sua vez, a incerteza, ao viabilizar a clareza na definição das estratégias de investimento. A clareza na escolha da estratégia, por meio de uma seleção segura e apurada, reduz a possibilidade de desilusão de expectativas, conferindo maior rentabilidade esperada do investimento definido. A rentabilidade e confirmação de expectativas certamente aumenta a atratividade do mercado o que, inevitavelmente, amplia e estimula a concorrência.

Havendo segurança jurídica, propicia-se aos agentes de mercado a possibilidade de previsão e, por conseguinte, cálculo das consequências jurídicas de seus atos e dos atos dos demais agentes que fazem parte do processo de interação competitiva. A previsibilidade reduz por sua vez, a incerteza, ao viabilizar a clareza na definição das estratégias de investimento. A clareza na escolha da estratégia, por meio de uma seleção segura e apurada, reduz a possibilidade de desilusão das expectativas, conferindo maior rentabilidade esperada do investimento definido. A rentabilidade e confirmação de expectativas aumenta a atratividade do mercado o que, inevitavelmente, amplia e estimula a concorrência, conforme sugerido pelo Quadro 4 (acompanhar na outra página).

Quadro 4 Segurança Jurídica e Concorrência



3.3 Componentes da Segurança Jurídica

A proposta de regimento reúne diversos fatores na busca de segurança jurídica, dentre as quais destacam-se: a transparência, garantia do contraditório, decisão em tempo econômico, respeito ao sigilo, aprofundamento do debate e estabilidade de regras.

O **sigilo** constitui uma das questões mais delicadas no que se refere à condução dos Processos Administrativos do CADE. De um lado, o princípio constitucional da publicidade impõe a transparência das atividades administrativas como forma de controle, pelos administrados, dos atos públicos. De outro a proteção constitucional ao segredo impõe o respeito às informações sigilosas, assim entendidas aquelas cuja revelação acarreta prejuízos ao seu detentor.

Ao se aproximar da publicidade, o CADE garante aos administrados o controle de seus atos. Por outro lado ao pender para a proteção ao sigilo, o CADE garante ao sujeito da decisão final a reserva de suas informações, o que o permitirá fornecer dados e documentos que, além de contribuir para o caráter técnico da decisão final, viabilizarão sua ampla defesa.

A proposta atual buscou uma fórmula capaz de abranger ambos os anseios: do sujeito da decisão final, que deseja ter a possibilidade de lançar mão de todos os documentos e informações, inclusive as sigilosas, para sua defesa; e do administrado que deseja controlar os atos dos agentes administrativos do CA-DE.

A proposta atribui ao Relator a faculdade de ponderar, na análise de cada caso, de acordo com as informações em jogo e os interesses envolvidos, quando deve prevalecer a publicidade e quando deve prevalecer o sigilo. Esta análise é feita em dois momentos: no pedido de sigilo de informações ou documentos, formulado pelo representado, requerente ou consulente e no pedido de vista dos autos, formulado pelo administrado. Assim, assegura-se a adequação da decisão do Relator, informado pelos princípios constitucionais, às especificidades do caso concreto, sem pender por definitivo e por meio de fórmula abstrata, seja ao sigilo, seja à publicidade. De qualquer forma, a decisão do Relator, que se consolida como *dominus processu* deve ser fundamentada, garantindo-se o contraditório e por conseguinte, a legitimidade do processo.

A **transparência**, corolário do princípio da publicidade, permite a visibilidade da implementação da lei de defesa da concorrência, tanto para os sujeitos da decisão final quanto para a coletividade, titular dos bens protegidos pela lei 8884/94. Contemplou-se tal visibilidade ao se assegurar, dentre outros pontos, o caráter público das sessões, das audiências de instrução e das agendas processuais dos membros do Plenário, ao prever a disponibilização do Relatório ao público, ao criar-se possibilidade de acesso de terceiro interessado aos autos por requerimento ao Relator e ao introduzir-se a obrigatoriedade de prestação de contas pelos membros do Plenário e pelo Procurador Geral.

O **sigilo**, por sua vez, foi contemplado no estabelecimento de sessões reservadas para recursos de ofício em averiguações preliminares, preservando a reputação do representado, na regulação criteriosa do acesso aos autos para terceiros interessados, na garantia do sigilo legal, com autuação de documentos e informações em apartado, na possibilidade de pedido de sigilo de informações e documentos ao Relator, ainda que não previsto em lei, com a possibilidade de recurso ao Plenário no caso de indeferimento e, por fim, na possibilidade de audiência reservada.

A celeridade das decisões também contribui ao alcance de segurança jurídica, na medida em que propicia ao administrado um provimento administrativo compatível com a dinâmica das decisões estratégicas de mercado. A **decisão em tempo econômico** foi estimulada com a indução a uma análise

dos processos pelo Relator e pela Procuradoria, de forma simultânea e integrada, a eliminação de eventuais entraves ao desenvolvimento regular do processo, como a possibilidade de pedido de pauta para julgamento quando o parecer da Procuradoria não for emitido no prazo legal, com a possibilidade de arquivamento de averiguações preliminares por despacho do Relator e, por fim, com a distribuição antecipada do relatório e conseqüente dispensa de sua leitura durante a sessão de julgamento.

O **contraditório**, essencial à ampla defesa e ao devido processo legal, foi amplamente estimulado e assegurado. Cite-se, por exemplo, a garantia de acesso amplo e irrestrito aos autos para os sujeitos da decisão final do CADE, a distribuição antecipada do relatório ao representado, requerente ou consulente e a eliminação da obrigatoriedade de advogado para acompanhamento do processo e para a sustentação oral, o que viabiliza a autodefesa. Além de possibilitar a reação do administrado contra decisões com as quais não se conforme, o contraditório permite a colaboração deste com o conteúdo da decisão final, representando verdadeiro instrumento de democracia direta e de justiça para o caso concreto.

A busca da verdade material e da decisão sólida sempre pautaram a formação do juízo do atual Colegiado, que, desde o início, valorizou o debate e o entrosamento de idéias como o método adequado ao alcance destes objetivos. A **discussão aprofundada e democrática** legitima a decisão, na medida em que viabiliza, no espírito de cada Conselheiro, o sopesamento e a ponderação das divergentes ou convergentes teses dos colegas, que poderão alterar ou confirmar sua convicção. Dessa forma, ampliam-se os pressupostos objetivos do convencimento dos membros do Plenário, propiciando-se à coletividade o caráter técnico da decisão final. Daí a importância do aprofundamento do debate para a legitimidade e acerto das decisões do CADE. Neste sentido, foram introduzidas a obrigatoriedade de distribuição antecipada do relatório aos demais membros do Plenário e do Procurador-Geral, a precedência do voto de vista, que deve sempre ser proferido no início da retomada do julgamento e a possibilidade de abertura de períodos de discussão para esclarecimento de questões de fato ou de direito, com vistas a contemplar o caráter multidisciplinar do Conselho.

O Quadro 5 destaca os principais dispositivos da proposta relativos a cada componente de segurança jurídica.

Quadro 5 Principais Componentes da Segurança Jurídica

	Parte	Seção	Art.	§	Comentário
Transparência	II	I	6º		<i>caráter público das sessões</i>
	II	II	9º	1º	<i>acesso de terceiros interessados aos autos, por requerimento ao Relator</i>
	II	III	10	caput	<i>caráter público das audiências de instrução</i>
	II	III	13		<i>caráter público das agendas processuais dos membros do Plenário</i>
	II	IV	15	2º	<i>disponibilização para o público do Relatório</i>
	II	IV	19	2º	<i>registro da Sessão faz parte integrante do julgamento</i>
	III		19	4º	<i>Acórdão publicado com brevidade</i>
	III		25		<i>prestação de contas por parte do Presidente, Conselheiros e Procurador-Geral</i>
Sigilo	II	IV	21º		<i>sessões reservadas para averiguações preliminares para assegurar cumprimento do art. 30 da Lei; zelo pela imagem e reputação da empresa</i>
	II	II	9º	1º, 2º, 3º, 4º, 5º	<i>regulamentação criteriosa do acesso a informações dos autos; estrita reserva em relação aos apartados sigilosos</i>
	II	II	10º	1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º	<i>garantia do sigilo legal; apartado com informações sigilosas; possibilidade de concessão de sigilo para além do estritamente previsto em lei; discricionariiedade do Relator; possibilidade de recurso ao Plenário</i>
Decisão em Tempo Econômico	II	IV	14	caput	<i>a análise do Relator deve ocorrer simultanea e integradamente à da Procuradoria</i>
	II	IV	14	2º	<i>o prazo da Procuradoria não pode retardar o processo decisório</i>
	II	IV	15	caput in fine	<i>a dispensa de leitura do Relatório torna a sessão mais rápida</i>
	II	V	22		<i>possibilidade de o Relator arquivar por Despacho ad referendum recursos de ofício em averiguações preliminares com determinação de arquivamento pela SDE</i>
Respeito ao Contraditório	II	II	9º	caput	<i>amplo acesso aos autos para o sujeito da decisão final</i>
	II	IV	15	caput, 1º	<i>Relatório para o voto do Relator distribuído ao administrado com antecedência</i>

	II	IV	16		<i>manifestação oral do advogado ou administrado após Relatório</i>
Aprofundamento do Debate	II	IV	15	<i>caput</i>	<i>distribuição do Relatório com antecedência aos membros do Plenário e Procurador-Geral</i>
	II	IV	17		<i>precedência do voto de vista, mesmo alternando a ordem de votação; possibilidade de reconsideração do voto</i>
	II	IV	18		<i>período de discussão</i>
Combinação de Estabilidade e Flexibilidade das Regras					<i>ausência de detalhes ou aspectos ritualistas passíveis de rápida desatualização</i>
	III	28			<i>exigência de quórum qualificado para alteração regimental</i>
	III	25			<i>possibilidade de alteração de blocos de normas específicas sem alterar a estrutura do Regimento</i>

A arquitetura proposta, em que o Regimento Interno constitui o eixo central, acompanhado de Resoluções referentes a procedimentos e regras específicas, confere às normas concernentes às atividades do CADE, ao mesmo tempo, estabilidade e flexibilidade. Estabilidade das regras relacionadas diretamente ao julgamento, de forma a assegurar segurança jurídica, e flexibilidade das regras relativas a procedimentos específicos, ainda em experimentação, como a Resolução 5/96, referente aos atos de que trata o art.54 da Lei 8884/94, a Resolução 9/97 sobre cobrança de multas e a Consulta ao CADE, de forma a atender, com justiça, as constantes modificações do contexto de mercado. A combinação de estabilidade e flexibilidade das regras é ainda garantida pela ausência de minúcias, especificidades ou ritualismos, passíveis de rápida desatualização e a exigência de quorum qualificado para alteração regimental.



Quadro 6 Arquitetura do Regimento e Resoluções

Poder-se-ia levantar a objeção de que a opção minimalista dá ensejo a lacunas semânticas. Todavia, estas últimas são superáveis mediante a interpretação à luz dos objetivos estabelecidos e sempre com base na experiência prática.

Neste sentido, as regras do presente regimento deverão ser interpretadas à luz dos princípios da instrumentalidade e economia processual, respeitados o contraditório e a ampla defesa de maneira a alcançar o objetivo de segurança jurídica.

O respeito à liberdade dos indivíduos sujeitos à aplicação da Lei 8884/94 e a garantia dos interesses da coletividade, sempre constituíram os pilares das decisões da atual gestão. Destarte, a educação de todos os interessados, por meio da ampla divulgação das novas regras procedimentais, permitirá um período de adaptação, evitando surpresas e inseguranças. Daí a importância da divulgação e discussão pública das normas em sua gênese, possibilitando à coletividade, ao mesmo tempo, o conhecimento dos novos procedi-

mentos e a possibilidade de participação direta no resultado final do novo Regimento Interno do CADE.

4. Fundamentação Detalhada da Proposta de Reforma Regimental

Passo agora à exposição, uma a uma, das regras propostas, que, constituem a síntese do que foi amplamente sugerido e discutido com os ilustres membros do Colegiado, D. Procuradoria, advogados militantes, juristas renomados e lideranças da sociedade civil.

Art.1º. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante vinculado ao Ministério da Justiça, regido pela lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica.

Manteve-se a redação proposta por ocasião da atualização do regimento. Parece mais adequado iniciar o regimento interno com a exposição da finalidade precípua do CADE que é a prevenção e repressão de infrações a ordem econômica, por meio do julgamento de condutas e atos de concentração econômica.

Este artigo fornece o critério de seleção das regras que farão parte do Regimento Interno. Deu-se precedência às regras que digam respeito diretamente a atividade judicante do CADE e que influenciem a condução do processo e formação do juízo dos membros do Plenário. Dessa forma, respeita-se a ampla defesa e garante-se conjunto normativo claro e objetivo. Neste documento, o representado ou requerente encontrará com perspicuidade as normas atinentes ao funcionamento do órgão no que diz respeito ao julgamento de condutas e atos, a atividade de instrução complementar e ao julgamento propriamente dito, de maneira que poderá preparar sua defesa com segurança.

Nas disposições gerais faz-se remissão a procedimentos e atividades específicas, tais como a consulta, a apreciação dos atos e contratos de que trata o artigo 54 da lei 8884/94 e a cobrança de multas. Assim, o interessado nessas atividades poderá encontrar documentos que se refiram diretamente ao seu interesse, assegurando-se novamente a objetividade. Remete-se, outrossim, ao

Código de Ética do CADE, de forma que os sujeitos da decisão do órgão contem com um corpo de servidores diligentes e imparciais.

Art.2º São membros do Plenário do CADE o Presidente e 6 (seis) Conselheiros.

Com este artigo objetiva-se corrigir a redação presente no regimento em vigor que inclui o Procurador-Geral como membro do Plenário, o que constitui uma ilegalidade frente ao artigo 4º da lei 8884/94. *Verbis:*

*Art. 4º . **O Plenário do CADE é composto por um Presidente e seis conselheiros**, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos, de notável saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente e da República e depois de aprovados pelo Senado Federal.*

A presença, no regimento da definição dos membros que compõem o Plenário é importante na medida em que orienta a interpretação de grande parte de suas regras, que fazem referência ou dizem respeito a faculdades e procedimentos dos “membros do Plenário”.

Uma visão global do CADE como uma agência será transmitida por ocasião da elaboração da estrutura administrativa, na qual deverá ficar clara a existência de corpo orgânico de servidores.

Art. 3º. Os processos serão registrados ou autuados no protocolo do CADE, no dia do seu recebimento, correndo desta data o prazo para o seu respectivo julgamento.

Manteve-se a disposição do regimento em vigor. É conveniente a existência de ponto único de referência para a contagem dos prazos de julgamento dos processos. A exigência de registro imediato vem ao encontro da necessidade de agilização dos procedimentos internos.

Procedeu-se pequena alteração com a introdução do termo autuados. A mudança visa contemplar os processos cuja formação dos autos se dá no próprio CADE, como a consulta, ao contrário daqueles que são apenas recebidos da SDE e registrados, como o Processo Administrativo, a Averiguação Preliminar e o Ato de Concentração.

Art. 4º. Os processos de competência do CADE serão distribuídos por classe -Processo Administrativo, Averiguação Preliminar, Ato de Concentração, Consulta e Recurso Voluntário - tendo cada um numeração processual distinta.

Também aqui foi mantido o regimento em vigor. O artigo torna claro quais são os processos administrativos de competência do CADE, estabelecendo a necessidade de numeração distintiva para cada processo de maneira a evitar descaminhos e facilitar o manuseio dos feitos (inclusão em pauta, organização de pastas, arquivamento, etc...).

Foi levantada a questão de que dada a divisão entre Atos e Contratos adotada no título do Cap. I, Título VII da Lei 8.884/94, seria também lógico que o Regimento adotasse a mesma postura. Estendeu-se porém que o uso da nomenclatura já está plenamente consagrada no expediente diário do Plenário sendo uma minúcia desnecessária à inteligência do artigo.

Art. 5º. A distribuição será feita, por sorteio, pelo Presidente, observando-se o princípio da equanimidade, em sessões públicas, às quintas-feiras, às 10 horas e, extraordinariamente, às terças feiras, às 14 horas e 30 minutos.

A regra corresponde ao artigo 11 do regimento em vigor, respeitando-se alteração regimental recente aprovada pelo Plenário na 54ª Sessão Ordinária de 24 de setembro de 1997. A alteração consolidou prática já adotada que, de fato, agregou eficiência ao procedimento. Procedeu-se a pequena substituição da expressão “quando necessário” pela expressão “extraordinariamente”, visando realçar a publicidade do ato, que deverá ser realizado em sessão pública extraordinária de distribuição. Sessões extraordinárias requerem, por exemplo, publicação prévia no DOU.

Art.6º. O Plenário do CADE reunir-se-á, ordinariamente, às quartas-feiras, em sessão pública, que será iniciada às 14:00h com previsão de encerramento às 18:00h, no período 15 de janeiro a 19 de dezembro e, extraordinariamente, por convocação do Presidente ou em decorrência de proposição da maioria de seus membros.

Procedeu-se pequena mudança redacional com relação ao art.15 do regimento em vigor, incluindo, *no caput*, a expressão “com previsão de encerramento”. Desta forma, introduz-se parâmetro mais flexível, podendo o Plenário ultrapassá-lo, seja para completar julgamento já iniciado, seja para iniciar novo julgamento, conforme a disposição dos membros do Plenário. A expressão torna despicando o parágrafo único em vigor, que permite ao Plenário encerrar julgamento após as 18 horas.

Foi mantido o período de recesso em vigor, vez que constitui alteração recente aprovada pelo Plenário na 61ª Sessão Ordinária, de 12 de novembro 1997, visando aumentar a produtividade do órgão. Objetiva-se, igualmente, assegurar período necessário à realização de balanço das atividades e prestação de contas à sociedade.

Embora não prevista na Lei, manteve-se a possibilidade de a maioria dos membros do Plenário convocar reunião extraordinária com base no inciso V do artigo 9º. Tal opção parece adequada para assegurar a soberania do Plenário e a sua reunião se as circunstâncias assim o exigirem.

Parágrafo Único. As férias coletivas do Colegiado serão do dia 20 de dezembro a 15 de janeiro, quando não correrão os prazos processuais.

O artigo visa tornar expresso entendimento deste Colegiado, consolidado no parecer n.39/96 da Procuradoria, de maneira a eliminar dúvidas. A regra deixa claro qual o período de férias coletivas ao qual se refere a lei 8884/94 (art. 7º, inciso XIX) e durante o qual os prazos ficam suspensos. Utilizando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, art. 179, os prazos processuais ficarão suspensos, retomando-se a contagem dos dias restantes a partir do primeiro dia útil após o término do recesso do Colegiado.

Deve ficar claro que nenhum prazo correrá neste período, inclusive aqueles relativos à SDE, como o referido no parágrafo 4º do artigo 54 da lei 8884/94. O Plenário, na aplicação de multas por apresentação intempestiva ficará vinculado à determinação regimental.

Art. 7º . Na ocorrência de impedimento ou suspeição:

I. do Relator, o processo será redistribuído na sessão seguinte ao incidente, na forma prevista no art.5º do Regimento;

II. de outro membro do Plenário, abster-se-ão estes de votar.

As regras processuais que tratam do impedimento e da suspeição do julgador em um dado processo, tem por finalidade a preservação da imparcialidade deste, um dos pilares de garantia da justiça. Tais regras, usualmente encontradas na legislação processual (Código de Processo Civil artigos 134 e seguintes, Código de Processo Penal, artigos 252 e seguintes e nos Regimentos Internos dos diversos Tribunais, como por exemplo no Supremo Tribunal Federal artigos 277 e seguintes e Superior Tribunal de Justiça artigos 272 e seguintes) têm caráter inflexível, não admitindo exceções ou analogia e dizem respeito à pessoa do julgador. Em outras palavras, o impedimento ou a suspeição não se aplicam ao órgão colegiado, mas sim, a cada um de seus membros.

Reputou-se importante a manutenção deste dispositivo, que já está presente no regimento em vigor, por representar garantia da ampla defesa e da legitimidade da decisão, no sentido de propiciar ao sujeito do ato final do CADE, a oportunidade de julgamento imparcial e à comunidade a certeza de que o fundamento da decisão é o interesse público e não particular.

O artigo 83 da Lei 8.884/94 determina a aplicação subsidiária ao processos administrativo e judicial das disposições contidas no Código de Processo Civil. A matéria referida encontra-se nos artigos 134 à 138 deste Código, da qual se destaca:

“Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou no voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa;

Parágrafo Único - No caso do n. IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dadas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo Único - Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

De acordo com o artigo 137 do CPC, os motivos de impedimento e suspeição aplicam-se a todos os tribunais, sendo que o juiz que o ignorar, poderá ser recusado por qualquer das partes.

Optou-se deliberadamente por não estabelecer uma regulação para o caso de arguição de impedimento ou suspeição do julgador. Isto seria repetir o Código de Processo Civil que já estabelece o procedimento a ser adotado:

“Art. 304. É lícito a qualquer das partes arguir, por meio de exceção a incompetência, o impedimento ou a suspeição.

Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer a exceção no prazo de 15 dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a exceção”

Art. 306. Recebida a exceção, o processo ficará suspenso, até que seja “definitivamente julgada”.

Art.8º. Nos casos de licenças médicas, férias ou ausências justificadas, o Presidente designará substituto para o Relator tão somente para a adoção de diligências indispensáveis no processo.

O presente artigo, conforme entendimento da Procuradoria do CADE, vem dar solução aos casos em que a ausência de um Conselheiro-Relator dá-se ao meio de um processo em andamento mas de maneira apenas temporária, não podendo ser substituído com base no §4º. do art. 4º. da lei 8.884/94 que trata dos casos apenas de “*renúncia, morte ou perda de mandato*”.

Neste caso, o Presidente, informado pelo próprio Conselheiro, por exemplo se está apenas adoentado, ou mesmo por um assessor ou terceiro inte-

ressado, deverá, com base neste artigo designar um Relator para que a instrução do processo não seja prejudicada, garantindo o cumprimento do devido processo legal.

Seção II

Do Sigilo

O sigilo constitui uma das questões mais complexas no que se refere à condução dos Processos do CADE. De um lado, o princípio constitucional da publicidade impõe a total transparência das atividades administrativas como forma de controle pelo administrado dos atos públicos. De outro porém, a proteção constitucional ao segredo impõe o respeito às informações sigilosas, assim entendidas aquelas cuja revelação acarrete prejuízos ao seu detentor.

Ao se aproximar da publicidade, o CADE garante ao administrado o controle de seus atos. Mas, de outro ponto de vista, ao pender para a proteção ao sigilo, o CADE garante ao sujeito da decisão final a reserva de suas informações, o que o permitirá fornecer dados e documentos que, além de contribuir para o caráter técnico da decisão final, viabilizarão sua ampla defesa. O Regimento Interno do CADE de 1978 buscou solucionar o problema por meio de regulação específica, conforme se depreende de seu artigo 22:

“Art. 22 - Todo servidor será responsável, perante seu superior hierárquico, pelos trabalhos desenvolvidos, devendo considerar de caráter reservado documentos e processos em exame, bem como cumprir a normas do Regulamento para Salvaguarda dos Assuntos Sigilosos (RSAS).”

A proposta atual buscou uma fórmula capaz de abranger ambos os anseios: do sujeito da decisão final, que deseja ter a possibilidade de lançar mão de todos os documentos e informações, inclusive as sigilosas, para sua defesa; e do administrado que deseja controlar os atos dos agentes administrativos do CADE.

A fórmula, além de garantir o sigilo legal, atribui ao Relator a faculdade de ponderar, na análise de cada caso, quando deve prevalecer a publicidade e quando deve prevalecer o sigilo. Esta análise é feita em dois momentos. No pedido de sigilo de informações ou documentos, formulado pelo representado, requerente ou consulente e no pedido de vista dos autos, pelo administrado.

Art. 9º. O CADE assegurará aos representados, requerentes ou consulentes, ou seus advogados, o exame dos autos em suas dependências.

Os sujeitos (representados, requerentes ou consulentes) de processos administrativos do CADE, bem como seus advogados legalmente constituídos, devem ter acesso amplo e irrestrito aos autos e informações correspondentes como garantia do contraditório e ampla defesa.

Impõe-se propiciar aos destinatários do ato final da Administração a ampla possibilidade, sob o ponto de vista do contraditório, de reagir aos atos e decisões interlocutórias que repute lesivas e, sob o ponto de vista da solidez da decisão, de participar do conteúdo final do ato, contribuindo na busca da verdade material.

Na relação processual envolvendo Administração e administrados, urge garantir o equilíbrio, a paridade e a igualdade de oportunidades processuais.

“Com efeito, a bilateralidade da audiência ou contraditoriedade assenta-se num importantíssimo regramento, dito princípio de justiça, e determinante da exigência de tratamento paritário das partes, de tal sorte que haja o mais perfeito equilíbrio entre suas atividades processuais” (Tucci e Cruz e Tucci, Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo, 1989,p.65., citado em Odete Medauar. Da processualidade no Direito Administrativo, 1993)

Transpondo o princípio do equilíbrio entre as partes para o Direito Administrativo, acrescenta Medauar:

“ Com isso, amplia-se a transparência administrativa. O contraditório não pode realizar-se em regime de despotismo administrativo que pressupõe e impõe o segredo de ofício. Daí estar o contraditório vinculado à exigência de democracia administrativa, sob o ângulo da cooperação dos interessados na tomada de decisão e sob o ângulo da visibilidade dos momentos que antecedem a decisão.” (op.cit, p. 103).

Outro ponto a salientar é a manutenção da possibilidade de acompanhamento do processo pelo próprio representado ou por advogado que este constitua como seu representante legal. De acordo com o parágrafo quarto do artigo 33 da lei 8884/94:

“Art.33 (...)

§ 4º . O representado poderá acompanhar o processo Administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso ao processo na SDE e no CADE.”(grifo nosso).

Note-se, em primeiro lugar que a lei 8884/94 garante o amplo acesso ao processo, o que, no regimento em vigor não está sendo respeitado, dada a necessidade dos sujeitos da decisão final, encaminhar requerimento ao Relator para ter acesso aos autos.

Em segundo lugar, vale ressaltar que não há qualquer imposição legal no sentido de que o processo deva ser acompanhado por meio de advogado. Pelo contrário, a norma usa o disjuntor “ou”, que foi repetido na proposta de regimento, permitindo à empresa decidir qual a estratégia de defesa a ser utilizada na busca de comprovação da licitude de seu ato ou conduta.

§ 1º. Terceiro interessado poderá examinar os autos de processo nas dependências do CADE, mediante requerimento fundamentado dirigido ao Relator, que será juntado aos respectivos autos. É vedado o acesso aos documentos e informações declarados sigilosos nos termos do artigo 10º do Regimento.

O princípio da publicidade dos atos administrativos impõe à Administração o dever de informar qualquer interessado sobre seus atos e procedimentos, além de garantir o acesso a tal informação como direito fundamental do cidadão. Trata-se de princípio positivado na Constituição Federal de 1988, que estabelece:

Art. 5º . (...)

XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e também ao seguinte: (...).

A publicidade visa propiciar à coletividade, enquanto titular dos bens jurídicos protegidos pela lei 8884/94, conhecimento e controle dos atos administrativos implementados pelo CADE, através dos remédios constitucionais,

como por exemplo, o mandado de segurança (art. 5º. LXIX), a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII).

De acordo com Hely Lopes Meirelles a abrangência do princípio é ampla envolvendo não só o ato final, mas todos os atos que compõem procedimentos administrativos:

“ A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade, atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes.

Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.” (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 1997, p.87).

Justifica-se, portanto, o acesso aos autos dos processos em tramitação no CADE a qualquer indivíduo que possua interesse jurídico, como forma de democracia direta. Trata-se aqui de obrigação de permitir o acesso à informação sobre seus atos, imposta pela Constituição ao agente administrativo.

Todavia, tal obrigação constitucional não é absoluta, transmutando-se em verdadeira proibição de permitir o acesso aos autos, quando se tratar de informação sigilosa, assim entendidas aquelas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Dentro do conceito de segurança da sociedade deve-se incluir o sigilo de indústria e o sigilo comercial, bem como aquelas informações declaradas sigilosas nos termos da lei 8.884/94, uma vez que o segredo constitui valor erigido como direito individual fundamental pela Carta Magna, portanto, regra de interação entre os indivíduos que compõem a estrutura social, devendo-se em cada caso sopesar os princípios da publicidade e de proteção ao sigilo.

Explicitando o conteúdo do direito ao segredo, disserta o saudoso Professor Dr. Carlos Alberto Bittar:

“O bem jurídico é o sigilo pessoal, profissional ou comercial, vale dizer, a reserva sobre o conhecimento de fatos pessoais íntimos, ou de técnicas, ou de direi-

tos de uso empresarial. (...) Significa, assim, ausência de conhecimento por terceiros e, em alguns casos, impossibilidade de alcance, na medida em que se convola em saber que se isola e que o ordenamento cerca de obstáculos para que outrem não o atinja.” (Curso de Direito Civil, Forense Universitária, 1994, p. 283).

Passando do plano constitucional ao plano ordinário, digno de nota é o artigo 155, inciso I do Código de Processo Civil, que se aplica subsidiariamente aos processos de competência do CADE, por força do art. 83 da lei 8884/94.

“Art.155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que o exigir o interesse público.”

Portanto, o marco legal que informa a interpretação e aplicação do princípio da publicidade é o interesse público, fundamento e finalidade da Administração.

O ilustre jurista Marçal Justen Filho, ao tratar do princípio da publicidade dos atos administrativos, acrescenta que o afastamento da publicidade em função da proteção do interesse público consiste em exceção que deve ser empregada com cautela.

“A ausência de publicidade somente é admitida quando outros interesses públicos possam ser concretamente ofendidos. Existem contratações que envolvem questões sigilosas. Bem de ver que o sigilo não pode ser imposto de modo arbitrário, mas deve ser cumpridamente justificado. Em tais casos, o princípio da publicidade poderá ser afastado, mas nos estritos limites da necessidade” (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 4^a ed. 1996. Aide. p. 33)

Acompanhando a melhor exegese doutrinária, estabeleceu-se no Regimento critério de acesso aos autos que consiste na necessidade do interessado encaminhar requerimento ao Relator, cuja prudência estabelecerá, no caso concreto, quando deve prevalecer a publicidade e quando esta deve ser afastada em função das exceções constitucionais amparadas no interesse público, notadamente nos casos de sigilo.

O Regimento Interno de Tribunais de Justiça já vem adotando dispositivos similares. A título de exemplo, tem-se Regimento Interno do Tribunal de Rondônia que atribui ao relator a função de controlar o acesso aos autos:

“Art. 139. O relator será o juiz preparador do feito até o julgamento, cabendo-lhe, além de determinar as diligências, inclusive as instrutórias, necessárias ao julgamento dos recursos e das causas originárias:

XXV - decidir sobre o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, bem como realizar, pessoalmente, as diligências necessárias, se assim o exigir a preservação do sigilo garantido pela Constituição da República, para o fim previsto e conforme o disposto na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.”

§ 2º. Em caso de processos para os quais ainda não tenha sido designado um Relator, ou cujas decisões plenárias terminativas já tenham sido proferidas pelo Plenário, o requerimento referido no parágrafo primeiro deverá ser encaminhado ao Presidente.

O Relator, enquanto *dominus processu*, deve tomar as decisões a ele relativas. Entretanto, nas hipóteses de ausência de Relator, o acesso criterioso aos processos administrativos do CADE, passa a ficar sob a responsabilidade do Presidente do Plenário.

§ 3º. Serão fornecidas certidões e cópias de peças dos processos aos representados, requerentes e consulentes, ou seus advogados, bem como aos terceiros interessados, devidamente autorizados pelo Relator ou, na hipótese do §2º, pelo Presidente, mediante ressarcimento do custo correspondente.

De acordo com o artigo 5º inciso XXXIV, alínea b, da Constituição Federal de 1988, é assegurado a todos, independentemente da cobrança de taxas, ou seja, tributos vinculados à prestação do serviço, a obtenção de certidões em repartições públicas, para a defesa de direitos. Portanto, o parágrafo terceiro assegura o fornecimento mediante tão-somente o ressarcimento do custo correspondente.

§ 4º. O Relator ou, na hipótese do §2º., o Presidente, indeferirá, fundamentadamente, o pedido de vista dos autos, se houver justo motivo.

O juízo do Relator que concede ou denega o acesso aos atos é vinculado aos ditames constitucionais de publicidade e de proteção ao sigilo, devendo sua decisão denegatória de vista dos autos ser devidamente fundamentada na medida em que restringe um direito coletivo de acesso à informação. Ainda que sua decisão tenha por base o interesse público, as razões da restrição à publicidade devem ser explicitadas, possibilitando ao administrado a reação pelos meios constitucionais, caso se sinta inconformado. Neste sentido, trata-se de medida assecuratória do contraditório.

Vale repetir a lição do Professor Dr. Araújo Cintra a respeito da necessidade de fundamentação das decisões administrativas:

“Não há dúvida de que à motivação do ato administrativo cabe um papel de realce, como coadjuvante do controle da legalidade do ato administrativo, seja explicitando os motivos que impeliram a ação do administrador, seja revelando os sintomas de um eventual desvio de poder” (Antonio Carlos de Araújo Cintra. Motivo e motivação do ato administrativo, 1979, pp196 e 197)

A discricionariedade do Relator na condução do processo não deve, em hipótese alguma ser confundida com o arbítrio, pois a eficácia de seus atos administrativos vincula-se ao atendimento da lei. Daí a exigência de fundamentação.

§ 5º. O servidor do CADE não divulgará qualquer informação constante nos autos, sem prévia e expressa determinação do Relator, ou, de acordo com a hipótese do §2º, do Presidente, sob pena de responsabilidade.

Trata-se de uma decorrência lógica da garantia ao sigilo proposta no presente artigo. Cabe ao Relator, ou, quando este ainda não puder ser identificado (ainda não foi designado, por exemplo), ao Presidente, conduzir o acesso criterioso aos autos, portanto, qualquer divulgação de informações referentes a processos do CADE, sem a autorização destes atenta contra o direito ao sigilo do representado, requerente, ou consulente.

Art. 10º. Nos casos em que a lei o preveja ou, a critério do Relator, nos casos e que o interesse público exigir, determinar-se-á o sigilo de documentos e informações, cuja autuação será feita em apartado.

A lei 8884/94 no art. 7º, inc. IX e art. 9º, inc. III determina que o

sigilo, quando for o caso, deve ser mantido e respeitado. Atente-se no entanto, que o respeito ao sigilo, quando determinado em lei, não é uma faculdade mas um dever. Se for o caso, isto é, se a lei em geral o determinar, o CADE, ou o Relator, que domina e conduz o processo, é obrigado a respeitar e manter o sigilo, independentemente de solicitação por parte do interessado. O rompimento deste sigilo, é falta funcional sujeito às penas da lei.

A título de ilustração a respeito dos assuntos protegidos por lei, destacuem-se as informações referentes à Segredo de Fábrica (Decreto-Lei 7.903/45 art.178 XI), Segredo de Negócio (Decreto-Lei 7.903/45 art.178 XII) Segredos Comerciais, Experiência Adquirida, Assistência Técnica, Fórmulas e Processos Secretos, Know How (Decreto 85.895/81 art. 12.

No entanto, como se bem sabe, existem determinados assuntos que não são protegidos por lei e que podem ser considerados sigilos de acordo com a situação.

Destarte, para que o sigilo seja determinado, o Relator como “*dominus processu*” deve verificar a sua necessidade com base para então, determinar, facultativamente, a verificação de que o sigilo deve ser determinado.

§ 1º. O representado, requerente ou consulente, ou seus advogados, encaminharão ao Relator, mediante pedido fundamentado a solicitação do sigilo.

Nada impede que o interessado, em situações não previstas especificamente em lei, solicite o sigilo de informações, arguindo motivos justos.

No que diz respeito à indicação de quais sejam os assuntos sigilosos, o Decreto 79.099 de 6 de janeiro de 1977, constitui orientação genérica ao estabelecer as características dos assuntos confidenciais e reservados.

De acordo com o seu art. 4º, parágrafo 3º são confidenciais os:

art.4º: ...

§3º. ... “assuntos cujo conhecimento por pessoa não autorizada possa ser prejudicial... a indivíduos ou entidades ou criar embaraço administrativo.”

Podemos perceber que quaisquer informações ou assuntos que possam causar danos à empresa ou entidade se revelados ao público em geral, devem ser tratados de maneira sigilosa ou confidencial.

Assim, o critério principal na determinação do caráter sigiloso de uma informação ou documento é o potencial dano de sua revelação ao públi-

co, notadamente àqueles que possam fazer uso destas informações, como concorrentes, causando prejuízo à empresa que as forneceu.

Vale ponderar que não há ninguém mais interessado no sigilo de suas informações e documentos do que a própria empresa que os fornece. Portanto, cumpre a estas pleitear ao Relator a reserva de determinados dados.

Por sua vez, o Relator, enquanto agente administrativo, encontra-se vinculado à lei, não ao desejo das empresas, devendo, toda vez que não houver expressa regulamentação legal da matéria, apreciar o pedido, verificando, caso a caso, quando, de fato, está diante de informação confidencial que, revelada, poderia causar prejuízo à empresa, determinando sua autuação em apartado e garantindo a reserva.

Este sistema, no qual as empresas pleiteiam o sigilo ao tribunal é o utilizado pela Comunidade Européia, conforme aponta Jorge Jesus Ferreira Alves:

“Para assegurar também o tratamento confidencial dos documentos e informações das empresas, e o segredo dos negócios, quando TJCE (Tribunal de justiça das Comunidades Européias) ou o TPI (Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Européias) pretendam apenas processos, a pedido destes ou das empresas, o Tribunal Comunitário não comunica às outras partes aquilo que foi considerado confidencial.”(grifo nosso) (*Direito da Concorrência nas Comunidades Européias, Coimbra, 1992*)

§ 2º. O pedido conterà a especificação das pessoas que poderão ter acesso aos documentos e informações sigilosas, bem como um resumo não sigiloso desses dados. Nos casos em que não seja possível a apresentação do resumo, o representado, requerente ou consulente, ou seus advogados, apresentará justificativa por escrito.

Quanto ao alcance do sigilo, vale ressaltar que este se estende não só a todos aqueles que não são partes no processo como também, conforme o caso, a elementos integrantes da relação jurídico-processual. É este o entendimento do ilustre Pontes de Miranda quando da análise do artigo 155 do Código de Processo Civil (aplicável subsidiariamente à lei 8884/94, por força do art. 83):

“...se o fato não é de interesse de um dos litisconsortes, intervenientes ou assistentes (ou seja partes que atuam no mesmo pólo da relação processual), pode ser secreto o ato

para ele ou alguns deles, se há conveniência... o juiz (a autoridade) pode decretar o sigilo...” (Comentários ao Código de Processo Civil, pág 71, art.155,coment. item 5)

Assim, não resta dúvida de que, qualquer agente que de posse das informações possa causar prejuízo à empresa que as revela é alcançado pelo sigilo, ainda que este figure no processo (seja ele judicial ou administrativo) como co-parte.

No tocante aos processos de competência do CADE, uma hipótese provável é o desejo de confidencialidade de informações entre requerentes de um mesmo ato de concentração. Empresas parceiras em determinado empreendimento podem ser concorrentes em outros, devendo ser resguardado o sigilo. Daí a necessidade de especificação, pelas empresas, das pessoas que poderão ter acesso às informações e documentos, dos quais pleiteiam sigilo.

O dispositivo também permite ao interessado nos processos do CADE, conhecer do que tratam as informações sigilosas, sem, é obvio, permitir que o interessado alcance o teor das informações. Trata-se de regra que garante a publicidade de determinadas informações constantes de documentos sigilosos, cuja revelação não acarretará prejuízo à empresa que as forneceu. A solução é adotada no Decreto n. 1602/95 (Decreto Antidumping):

“Art. 28. (...)

§ 1º As partes interessadas, que forneçam informações sigilosas, deverão apresentar resumo não-sigiloso das mesmas, que permita compreensão razoável da informação fornecida. Nos casos em que não seja possível a apresentação do resumo, as partes justificarão por escrito tal circunstância.”

§ 3º. O Relator indeferirá o pedido, se houver justo motivo, mediante despacho fundamentado, cabendo desta decisão Recurso Voluntário ao Plenário no prazo de 5 dias a contar da notificação, garantindo-se o sigilo até o término do prazo de interposição do recurso.

O Relator deve apreciar o caráter dos documentos, dos quais a empresa pede sigilo e, vinculado à lei, poderá proferir decisão denegatória, justificando, conforme o princípio da motivação das decisões administrativas, já explicitado. A denegação do pedido é possível, mesmo na Comissão Europeia, onde vige o princípio da confidencialidade dos documentos e informações.

“Qualquer empresa pode invocar o direito à confidencialidade de certas informações ou documentos. No entanto,

deve fornecer à Comissão a prova de que tais elementos são confidenciais. A Comissão pode considerar insuficientes as provas sobre a confidencialidade das informações ou documentos e quando recusadas as informações ou a entrega de documentos, a Comissão pode ordenar a sua entrega por qualquer dos meios já estudados e impor sanções pecuniárias para o efeito. Em suma, não compete à empresa seleccionar ela própria os documentos que se propõe mostrar ou «mesmo que considere estarem alguns deles protegidos nos termos do princípio geral de confidencialidade comum aos ordenam jurídicos de todos os Estados-membros». (...) «**O Tribunal reconheceu também à Comissão competência para apreciar se determinado documento contém ou não segredos de negócio cuja divulgação protegida nos termos de um princípio geral aplicável durante a tramitação do processo administrativo**». (grifo nosso), (Acórdão AM & S, citado pelo Advogado-Geral Mischo, Colect. 1989, p. 2880, no Processo HO-ESCHT/Comissão e ainda o Acórdão AKZO Chemie/Comissão)” (Ferreira Alves, op.ci, p.199)

A empresa que teve seu pedido de sigilo negado poderá recorrer ao Plenário, que possui soberania com respeito às decisões que possam gerar efeitos diretos sobre o sujeito da decisão final do CADE. (Rever Quadro V, pág.25).

Cabendo o recurso, o despacho do Relator não terá eficácia plena, sendo assegurado o sigilo até o julgamento do Plenário, que decidirá definitivamente sobre a questão, ou até expirado o prazo para interposição do recurso.

Foi garantida a notificação do interessado e fornecido prazo, para que este possa rever seus argumentos e preparar a defesa fundamentando a necessidade de sigilo para o Plenário. Como se trata de decisão que resulta em efeitos diretos sobre a posição do sujeito da decisão final do CADE no processo, foi assegurada ampla defesa contra o indeferimento do pedido de sigilo.

§ 4º. Interposto o recurso, o sigilo extender-se-á até o seu julgamento pelo Plenário que se dará, obrigatoriamente, em sessão reservada.

A interposição do recurso faz com que o mesmo seja aceito tanto no **efeito devolutivo** quanto no **efeito suspensivo**.

Quanto ao *efeito devolutivo*, obrigatoriamente, a questão a respeito da

pertinência em se determinar ou não o sigilo para o caso voltará para ser analisada, agora pelo órgão colegiado, sem qualquer restrição e todas as circunstâncias que foram levadas ao Conselheiro-Relator motivando a sua decisão denegatória deverão ser novamente verificadas pelos outros membros do Plenário .

Já o *efeito suspensivo*, também por decorrência do que diz o §, faz com que quando interposto o recurso com base no indeferimento do pedido inicial de sigilo, o efeito de dar publicidade aos autos que com certeza esta sentença teria fique suspenso até o término do julgamento. Nas palavras do ilustre Nelson Nery Junior:

“Consiste e qualidade que adia a produção de efeitos da decisão, assim que impugnável, perdurando até ... a decisão do próprio recurso dela interposto”. (grifo nosso), (Nery Junior, Nelson in “Código de Processo Civil Comentado”, p. 883/4, São Paulo, 1996).

A mesma regra é adotada pelo Código de Processo Civil para grande parte de seus Recursos. A título de exemplo, observe-se o disposto no art. 520 do CPC no que se refere ao instituto da Apelação:

“Art.520. A apelação será recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo.(...)”

§ 5º. Em todas as manifestações orais ou escritas dos membros do Plenário e o Procurador Geral, dever-se-á assegurar a reserva das informações sigilosas.

Trata-se pois, de uma decorrência lógica de toda esta seção sobre o sigilo. O CADE reconhece que um julgamento pode expor a público determinadas informações reconhecendo a necessidade de proteção das informações sigilosas como o proposto neste artigo garantindo, outrossim, o direito ao segredo de determinados dados nas sessões que, efetivamente, devem ser públicas.

§6º. As informações e documentos de caráter sigiloso de que trata esta Seção II, fornecidos pelo representado, requerentes ou consulentes, ou por seus advogados, não poderão destinar-se a terceiros.

Depois de criar toda uma seção para tratar da questão do sigilo e do uso de informações nos processos, seria pois, assaz descabido permitir que terceiros, sejam eles de agências governamentais ou não, tenham acesso às

informações. Reintere-se neste ponto todas as razões que motivaram a proteção ao sigilo que foram expostas acima quando dos outros artigos.

Seção III

Da Instrução

Art. 11. A qualquer tempo ao longo da instrução de processo que lhe tenha sido distribuído, o Relator poderá requisitar cópias de documentos ou informações da SDE, SEAE ou outro órgão instrutório, de modo a acompanhar o andamento da instrução.

Como supra mencionado, uma das exigências da sociedade em relação às decisões do CADE é a do aumento da rapidez de suas decisões, garantido o respeito ao devido processo legal. Este artigo visa estimular a análise simultânea e integrada com os órgãos instrutórios, evitando-se a ineficiência de uma análise sequencial.

Destarte, a experiência não só deste Colegiado, mas também de outros tantos órgãos julgadores, mostra que uma das formas de se acelerar as decisões aumentando o seu grau de certeza e confiabilidade e evitando a repetição de procedimentos inúteis, principalmente quando diferentes graus de análise ou de pareceres estão envolvidos, é aquela da integração entre os órgãos envolvidos.

Outrossim, sendo a fase instrutória determinante para o recolhimento de informações que serão decisivas para a análise e julgamento do caso, este artigo situa-se como estabelecedor da possibilidade do Relator do processo no CADE embasar para o seu futuro voto com maior concisão e segurança contribuindo, ademais, para o estímulo ao princípio da economia processual.

Art. 12 . As audiências de instrução serão públicas e presididas pelo Relator, lavrando-se respectivo o termo que será juntado aos autos.

§ 1º. O Presidente poderá, por indicação do Relator, convidar o representado, requerente ou consulente, ou seus advogados para prestar esclarecimentos perante o Plenário do CADE.

Trata-se de possibilidade decorrente do art. 44 da lei 8884/94, que estabelece:

Art.44. “A convite do Presidente, por indicação do Relator, qualquer pessoa poderá apresentar esclarecimento ao CADE, a propósito de assuntos que estejam em pauta”

Como, neste caso a informação é fornecida pelo representado, requerente ou consulente, ou seus advogados, em audiência, perante o Plenário do CADE, cumpre ao Presidente fazer o convite, exercendo sua competência exclusiva de representante do órgão prevista no art. 8º, I da Lei 8.884/94.

§ 2º. O Relator poderá realizar a audiência de instrução em caráter reservado quando a prova a ser produzida for sigilosa.

O devido processo legal deve propiciar ao administrado, que poderá sofrer reflexos patrimoniais diretos da decisão administrativa, a oportunidade ampla de audiência. Trata-se de um desdobramento imediato do contraditório.

“O direito de audiência em sentido literal ou estrito, consiste no direito de falar oralmente, para relatar fatos, de viva voz, ou dar explicações sobre dados que são expostos.” (grifo nosso) (Medauar, op. Cit, p.118)

As audiências de instrução serão públicas, obedecendo aos princípios que norteiam o processo administrativo. Contudo, devido as peculiaridades do caso e das provas a serem produzidas e em especial em face do interesse público, notadamente, do respeito ao sigilo requerido, poder-se-á realizar a audiência de instrução em caráter reservado.

É o que dispõe o art. 444 do Código de Processo Civil:

“Art.444. A audiência será pública: nos casos de que trata o art. 155, realizar-se-á a portas fechadas.” (grifo nosso)

As audiências de instrução devem ser presididas pelo Relator, que é o responsável pela condução do Processo. A instrução complementar no CADE fica sob seu comando, seja nas hipóteses do art. 43 da lei 8.884/94 em que toma a iniciativa determinando novas diligências e facultando à parte a produção de novas provas; seja na hipótese do art.44 do referido diploma, quando acolhe a iniciativa do interessado, indicando ao Presidente que o convide para prestar esclarecimentos.

§ 3º. O Relator notificará os requerentes, representados ou consulentes, e os respectivos advogados legalmente constituídos, bem como os membros do Plenário e da Procuradoria com, no mínimo, 5 (cinco) dias úteis de antecedência à audiência de instrução.

Por força do disposto no artigo 45 da lei 8.884/94, o prazo mínimo de antecedência para intimação das partes para audiência é de 5 (cinco) dias. Por analogia, utilizou-se este mesmo prazo para as audiências de instrução dos processo.

§4º. A presença da Procuradoria e dos demais membros do Plenário, na hipótese de § anterior, tem caráter apenas facultativo.

Este parágrafo tem o condão de interpretar de maneira esclarecedora o § anterior, deixando evidente que não existe uma obrigatoriedade mas uma faculdade dos outros membros do Plenário ou do Procurador-Geral em participar desta audiência instrutória, haja vista que o *dominus processu* é o Conselheiro-Relator existindo uma competência exclusiva deste em relação à determinados atos processuais que, de maneira nenhuma pode ser rompida em sede de Regimento.

Art. 13. As audiências concedidas pelos membros do Plenário ou pelo Procurador-Geral aos representados, requerentes ou consulentes, ou aos seus advogados, serão registrados, indicando-se a data, horário e participantes.

O Registro da data horário e participantes confere transparência às reuniões concedidas pelos membros do Plenário ou pelo Procurador Geral aos sujeitos da decisão final.

Seção IV

Do Julgamento

A busca da verdade material e da decisão sólida sempre pautaram a formação do juízo do atual Colegiado, que, desde o início, valorizou o debate e o entrosamento de idéias como o método adequado ao alcance destes objetivos. A discussão aprofundada e democrática legitima a decisão na medida em que viabiliza, no espírito de cada Conselheiro, o sopesamento e a ponderação das divergentes ou convergentes teses dos colegas, que poderão alterar ou

confirmar sua convicção. Dessa forma, ampliam-se os pressupostos objetivos do convencimento dos membros do Plenário, garantindo-se à coletividade o caráter técnico da decisão final.

A posição da doutrina não poderia ser diversa, pois universal o entendimento de que o tribunal Colegiado tem por fundamento o debate. Neste sentido, vale lembrar a lição do ilustríssimo Barbosa Moreira:

“a grande vantagem do julgamento colegiado ... reside em propiciar a influência dos raciocínios expostos pelos diversos votantes sobre a formação do convencimento de seus pares.”(grifo nosso), (Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil. Ed. Forense, RJ, vol.V, 1 ed, 1974, p.489/490).

Com o objetivo de contínuo aprimoramento da qualidade das decisões do Plenário, esta proposta de regimento elegeu o aprofundamento do debate como princípio da atividade de julgamento. O aprofundamento do debate não pode, entretanto, ser visto como fim em si mesmo, de forma que se desdobre em discussões acadêmicas, pois a exigência de decidibilidade dos conflitos impõe o princípio do impulso oficial, de acordo com o qual o ato administrativo final deve ser alcançado sem delongas, buscando-se sempre a economia processual.

Art. 14. Recebido o processo, o Relator abrirá vista dos autos imediatamente à Procuradoria para parecer.

O presente artigo visa explicitar o conteúdo do artigo 42 da lei 8884/94, que determina ao Relator que abra, de imediato, vista dos autos à D. Procuradoria para parecer.

O fundamento da regra está no profícuo preenchimento da função da Procuradoria de assessoria jurídica ao Plenário, conforme art.10, I, da Lei 8.884/94. Parece assim, razoável que a procuradoria forneça seu parecer jurídico no início do processo de formação do convencimento do Relator, fazendo-o com a maior brevidade possível, de maneira a evitar que o mesmo avance posições em seu raciocínio ou em seus atos de instrução complementar sem uma ponderação inicial dos principais aspectos jurídicos do processo.

A inclusão do termo “imediatamente” vem ao encontro do princípio da oficialidade do processo administrativo, que preza pela celeridade e impulso do processo pela autoridade, para que o mesmo chegue, sem demoras e prejuízos ao administrado, ao ato final. De acordo com Odete Medauar:

“O princípio da oficialidade, também denominado de impulso oficial ou impulsão de ofício, significa que cabe à Administração tomar as providências necessárias ao trâmite contínuo para se chegar, sem delongas, à decisão final” (grifo nosso), (Medauar, op.cit, p. 120)

§1º. O prazo de 20 (vinte) dias a que se refere o artigo 42, da lei 8884/94, contar-se-á a partir do recebimento dos autos pela Procuradoria.

A regra garante a celeridade do processo e elimina dúvidas sobre o início da contagem do prazo para manifestação da Procuradoria, a que se refere o art. 42 da lei 8.884/94. A contagem a partir do recebimento dos autos garante o correto preenchimento da função de assessoria jurídica da Procuradoria.

§2º. Transcorrido o prazo referido no § anterior, o Relator, se julgar satisfatoriamente instruído o processo, poderá incluí-lo em pauta para julgamento.

A função deste artigo é determinar, genericamente, o exato momento a partir do qual o Relator já pode colocar em pauta de julgamento o processo que lhe fora distribuído.

E aqui, percebe-se que apesar de o dado desencadeador da contagem do prazo ter sido o término do prazo dado à Procuradoria para a emissão de seu parecer, a entrada do caso em pauta não depende do recebimento deste parecer pelo Relator, isto é, nada impede que o Conselheiro-Relator coloque o processo em pauta sem antes ter recebido o parecer da D. Procuradoria .

Segue-se a lógica de que se, segundo os artigos. abaixo, existe a possibilidade da oralidade do parecer da D. Procuradoria em sessão plenária, não há porque vincular-se o recebimento de um parecer escrito à possibilidade de julgamento, em sintonia com os princípios informativos da moderna teoria processual de não formalismo e maior agilidade das decisões, respeitado o contraditório e a ampla defesa.

§3º. Constatado que a Procuradoria não emitiu o seu parecer sobre o caso em pauta até o prazo especificado no parágrafo anterior, o Procurador-Geral deverá proferí-lo, oralmente, na sessão de julgamento.

Conforme assinalado anteriormente, a função de assessoria jurídica da Procuradoria deve ser assegurada, sendo importante o seu parecer para a formação do juízo do Relator e do Colegiado. Assim, não poderá o Relator igno-

rar o trabalho de apreciação tempestiva da procuradoria, pedindo pauta para julgamento antes de examinar seu parecer.

Todavia, a eventual e até justificada morosidade da procuradoria no desempenho de suas funções não poderá servir de entrave ao desenvolvimento regular do processo, facultando-se ao Relator pedir pauta mesmo sem o exame do parecer escrito da procuradoria. Caso o Relator faça uso desta faculdade, de forma nenhuma o parecer da Procuradoria estará prejudicado, pois poderá ser emitido oralmente pelo Procurador Geral, na sessão de julgamento.

§4º. Na hipótese do §3. deste art., e se entender expressamente indispensável para a sua defesa, será facultado ao representado, requerente ou consulente, ou seus advogados, requerer a suspensão de julgamento para a análise do parecer técnico proferido pela Procuradoria.

§5º. A suspensão para a análise de parecer de que trata o § anterior não poderá exceder 5(cinco) dias úteis, contados a partir da publicação da ata da sessão de julgamento.

A combinação destes dois parágrafos tem a virtude de garantir, de um lado, a certeza de que sempre se estará respeitando a possibilidade de oportuno exercício da ampla defesa (fator indispensável para o cumprimento do devido processo legal), e, de outro, que, este direito não será usado meramente para a procrastinação dos atos processuais, fazendo com que o devido processo legal seja respeitado na sua integralidade e que os destinatários das decisões desta autarquia possam confiar, cada vez mais, na sua prestação jurídico-administrativa no âmbito da aplicação da Lei de Defesa da Concorrência.

Art. 15. O Relatório será distribuído aos membros do Plenário, ao Procurador Geral e ao representado, requerente ou consulente, ou aos seus advogados, com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis à sessão de julgamento, sendo dispensada sua leitura durante a mesma.

A distribuição antecipada do relatório atinge três objetivos:

- i) propicia aos membros do Plenário o tempo necessário para exame adequado dos casos em pauta, possibilitando o aprofundamento do debate.
- i) garante o contraditório, na medida em que oferece aos sujeitos do processo a oportunidade de exame e manifestação sobre os fatos considerados pelo Relator como relevantes para a formação de sua convicção, antes que o voto seja proferido. Trata-se de regra que confirma o princípio do contraditório.
- ii) garante a agilidade do julgamento, sem prejuízo da qualidade das decisões, pois evita, durante as sessões, demora excessiva na leitura de documento já divulgado e estudado pelos membros do Plenário. Trata-se,

portanto, de medida de economia processual ao eliminar procedimento custoso que não agrega qualquer benefício à decisão final

Encontra-se dispositivo similar na lei alemã de processo administrativo de 1976, que em seu artigo 28, estabelece:

“Ao sujeito em cuja esfera jurídica se produzam os efeitos de um ato administrativo, se deve dar a possibilidade de pronunciar-se sobre as circunstâncias relevantes para a decisão, antes que seja adotada.”

§ 1º. O relatório, respeitado o disposto no artigo 10º, deverá conter o resumo dos fatos e ocorrências havidos no curso do processo.

O parágrafo é um complemento assegurador do contraditório, na medida em que impede que representado seja surpreendido por um fundamento de fato a respeito do qual não se pronunciou na oportunidade de manifestação oral. A correta preparação da defesa oral constitui instrumento para a melhor administração da justiça, pois através dela o sujeito do processo poderá colaborar com o caráter técnico da decisão final.

É o que defende o jurista Themístocles Brandão Cavalcanti, ao afirmar que o melhor conteúdo das decisões depende do esclarecimento das autoridades administrativas para decidir sobre direitos subjetivos ou interesses coletivos. (conf. Tratado de Direito Administrativo, v.IV, 3ª ed., 1956).

Ao administrativista se soma Odete Medauar:

“Realmente a colaboração ou participação dos sujeitos no processo administrativo exerce influência no teor da decisão final. Com isso o administrado conhece melhor a Administração; esta, de seu lado, mediante fatos, provas e argumentos oferecidos pelos sujeitos, detecta melhor as situações e mais se aproxima dos administrados, propiciando abertura nas muralhas administrativas. (...) por outro lado, a colaboração dos sujeitos amplia as possibilidades de controle da atividade administrativa, aspecto esse também ligado à democracia” (Medauar, op.cit. p. 86).

Vale ressaltar que a distribuição de relatório contendo os fundamentos fáticos da decisão aos sujeitos do processo não se limita a propiciar transparência aos atos do CADE e a viabilizar o exercício da democracia direta pelo administrado, mas consiste em garantia do contraditório, direito fundamental

de qualquer indivíduo que veja seus bens ameaçados por ato da Administração.

De fato, o relatório distribuído pode conter menção a fatos que não correspondem à realidade, ou ainda omitir menção a eventos que durante todo o processo o sujeito insistiu em sua importância. Caberá portanto, a este preparar sua defesa oral, ressaltando justamente os pontos que julga importantes a partir da leitura do relatório, de maneira a informar e esclarecer o Plenário. A redação corresponde ao disposto no artigo 458 do Código de Processo Civil:

“Art.458. São requisitos essenciais da sentença:

I – O relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”.

§ 2º. O relatório, exceto no caso de recurso de ofício em Averiguação Preliminar, será colocado a disposição do público com antecedência de 1 (uma) hora do início da sessão de julgamento.

A regra garante a publicidade do ato e permite ao terceiro interessado acompanhar o inteiro teor do julgamento. Obviamente, excetua-se o caso de averiguação preliminar cuja sessão é reservada.

Art.16. Na Sessão de julgamento, o Relator exporá, sucintamente, os elementos relevantes de fato constantes no seu relatório previamente distribuído, após o que, será facultada ao Procurador-Geral e ao representado ou seu ao seu advogado a manifestação oral, por quinze (15) minutos.

A exposição breve dos elementos relevantes do relatório proporcionará o balizamento da discussão plenária, além de assegurar a publicidade do julgamento aos interessados presentes na sessão. Daí a necessidade do Relator ressaltar, no momento do julgamento, de maneira concisa, os fatos que fundamentarão seu voto. Segue-se da apresentação do caso pelo Relator, a necessária defesa oral do representado ou advogado, como garantia da anterioridade da defesa, já mencionada, e do contraditório.

Outra modificação introduzida pelo artigo é a faculdade atribuída ao representado de exercer sua autodefesa, efetuando, por si, a sustentação oral, ou de escolher advogado para tanto. O artigo correspondente do regimento em vigor, apenas permite a sustentação pelo advogado dos sujeitos da decisão, o

que constitui patente ilegalidade. Basta que tal restrição ao representado afronta diretamente o art.45 da lei 8884/94:

Art. 45 “No ato do julgamento em plenário, de cuja data serão intimadas as partes com antecedência mínima de cinco dias, o Procurador Geral e o representado ou seu advogado terão, respectivamente, direito à palavra por quinze minutos cada um.”

Não poderia ser diferente, vez que a autodefesa, ou seja, a possibilidade conferida ao sujeito de, pessoalmente, realizar as providências para evitar lesões a direitos próprios, deve ser assegurado ao administrado como um direito à ampla defesa. (cf. Ada Pellegrini Grinover. “*Garantias do contraditório e da ampla defesa*”, in *Jornal do Advogado*, nov./90 e Odete Medauar. *A Processualidade no Direito Administrativo*.)

Art.17. O Presidente tomará o voto do Relator e, a partir deste, dos demais Conselheiros, em ordem decrescente de antigüidade e, em igualdade de condição, de idade, votando o Presidente por último.

§ 1º. Faculta-se ao Relator indicar o adiamento do julgamento e aos demais Conselheiros e ao Presidente formular o pedido de vista do processo, devendo devolvê-lo até a segunda sessão ordinária seguinte.

Manteve-se a redação do caput e do parágrafo 1º, vez que, tal artigo, foi objeto de revisão e modificação, com a introdução da expressão, “a partir deste”, quando da atualização do regimento interno pelo Plenário, na 60ª Sessão Ordinária de 5 de novembro de 1997. Buscou-se, à época, consolidar no regimento a praxe adotada desde o início da atual gestão.

§ 2º. Formulado pedido de vista por algum membro do Plenário, retomar-se-á o julgamento a partir de seu voto quando o processo for devolvido, ainda que alterada a ordem de votação.

Torna explícito entendimento consolidado na sessão ordinária de 22 de outubro de 1997, na qual ficou clara a opção do Colegiado pela solução que favoreça o aprofundamento do debate e aprimoramento da qualidade das decisões. Na preliminar do julgamento em que figuravam como representadas as empresas Baxter e National Medical Care, chegou-se à convicção de que o voto de vista, que se presume trazer elementos novos que enriquecem o debate, abre a possibilidade de reconsideração ou reafirmação da posição dos de-

mais Conselheiros, devendo ser proferido sempre no início da retomada do julgamento.

Encontra-se previsão expressa da retomada do julgamento a partir do voto de vista em diversos regimentos dos tribunais. Cite-se, por exemplo:

Regimento Interno do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Art.133. (...)

IV – Se algum dos juízes pedir vista para estudo dos autos, o julgamento prosseguirá com o seu voto na primeira sessão ...”

Regimento Interno do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

“Art. 112. (...)

III. Nos adiamentos para vista, o juiz restituirá os autos dentro de dez dias, prosseguindo o julgamento na primeira sessão subsequente, com o voto dele, ouvindo-se em seguida ...”

Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Art. 448. (...)

§9º . Reiniciado o julgamento, será dada a palavra ao juiz que pediu o adiamento (...)

A expressão no final do parágrafo “ainda que alterada a ordem de votação”, visa esclarecer exatamente a dúvida levantada na 58ª sessão ordinária de 22 de outubro de 1997 e dirimida com o entendimento de que, em qualquer hipótese, o voto de vista reinicia o julgamento. Conforme argumentado na 58ª sessão, a possibilidade de alteração da ordem regimental não é peculiaridade do Colegiado do CADE, vez que a possibilidade de antecipação de voto encontra-se inclusive prevista expressamente no regimento de outros tribunais. Cite-se, por exemplo, o regimento interno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 135. (...)

§1º Os Ministros poderão antecipar o voto se o presidente autorizar.”

Com o artigo proposto, garante-se a importância do voto de vista, além de evitar dúvidas que o conhecimento prático já evidenciou.

§ 3º Os pedidos de vista formulados por um ou mais Conselheiros, não impedem que outros profiram seus votos, desde que se declarem habilitados.

Manteve-se a redação do artigo correspondente do regimento em vigor. De fato, se seguro de seu convencimento, o Conselheiro reúne todas as condições para proferir seu voto, não havendo razão para impedi-lo de fazê-lo. Encontra-se similar, por exemplo, no inciso V do artigo 133 do Regimento Interno 1º TAC/SP:

Art.133.

V- O pedido de vista não impede que outros juízes, que se julgarem habilitados a fazê-lo, antecipem seus votos.

Aliás, a possibilidade de votar após o voto de vista está prevista no art.121 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

“Art. 121. Nos julgamentos, o pedido de vista não impede votem os juízes que se tenham por habilitados a fazê-lo ...”

O potencial do voto de vista de alteração da convicção do colega, não ficará prejudicado com tal regra e, por conseguinte, permanecerá assegurado o aprofundamento do debate, vez que o próximo parágrafo prevê expressamente a faculdade de o Conselheiro de rever e alterar seu voto.

§ 4º. Até ser proclamado o resultado pelo Presidente, o Conselheiro poderá alterar seu voto.

Trata-se de dispositivo que consolida entendimento e prática já adotada pelo Plenário, explicitada, entre outras ocasiões, na sessão ordinária de 26 de novembro de 1997.

De fato, o Conselheiro deve votar no sentido de sua convicção final sobre o caso. É da essência do Colegiado a contraposição e o entrecchoque de idéias na busca da verdade material e da decisão sólida. Portanto, é natural neste processo de síntese de juízos individuais a revisão de juízos anteriormente formulados diante da exposição das convicções do colega, notadamente por se tratar o CADE de um órgão multidisciplinar que reúne membros com notável saber econômico ou jurídico.

Podemos citar como similar o inciso VII do artigo 133 do Regimento do 1º TAC/SP:

“Art.133.(...)

VII – Até ser proclamado o resultado, os juízes poderão reconsiderar seu voto”

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal 3ª Região:

Art. 144. Cada juiz poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação de seu voto.

Também o art.161 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça e o artigo 133 do Supremo Tribunal Federal:

STJ

Art. 161. “Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação de voto.”

STF

Art. 133. “Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto.”

Por fim, cabe um pequeno comentário a respeito da supressão do parágrafo terceiro do art. 19 do regimento em vigor que estabelece que “as decisões serão tomadas por maioria simples de votos”. Trata-se de disposição patentemente ilegal quando analisado frente ao art. 49 da lei 8884/94:

*“art. 49. As decisões do CADE serão tomadas por **maioria absoluta**, com a presença mínima de cinco membros”*

Art. 18. O Presidente poderá, por solicitação de qualquer membro do Plenário ou do Procurador-Geral, após o voto do Relator, abrir período de discussão não superior a 15 (quinze) minutos, caso julgue necessário ao melhor esclarecimento de fato ou de direito, para a formação do juízo dos membros do Plenário.

§ 1º. Somente no período de discussão poderá o Presidente conceder ao membro do Plenário oportunidade de apartes ou réplicas.

§ 2º. O Presidente determinará o encerramento do debate oral e reabertura da votação.

Havendo dúvida relevante sobre ponto, fático ou conceitual, que necessite de esclarecimentos, instaura-se debate organizado para a consolidação do juízo. É da essência do Colegiado a formação conjunta da decisão, portanto o debate aberto para o esclarecimento de questões jurídicas ou econômicas é essencial para a formação da convicção plenária em órgão peculiar como o CADE, que reúne membros com conhecimentos técnicos em diferentes áreas (Direito, Economia e áreas afins), que frequentemente necessitam de esclarecimentos mútuos. A medida consolida o objetivo de aprofundamento do debate, sendo aceito na grande maioria dos Tribunais.

A regra tem o condão de organizar o julgamento, separando o período de debate do período de votação. Durante a discussão, poderão os Conselheiros trocar idéias e impressões, além de elucidar questões econômicas ou jurídicas que sejam absolutamente essenciais para a tomada de decisão.

Em contraste, durante o período de votação garantir-se-á ao Conselheiro que estiver proferindo o voto, o desenvolvimento linear de seu raciocínio, livre de apartes ou réplicas, no sentido da conclusão que entende adequada à solução do caso.

Assegura-se, dessa forma, ambos ingredientes essenciais para o aprofundamento do debate: o salutar entrecchoque de idéias e a ordem e clareza do regime de votação.

A preocupação com a ordem já foi objeto de regimentos antigos do CADE, embora de forma demasiadamente autoritária. Veja-se por exemplo o que dispunha o Regimento de 1964:

“art. 12. Compete ao Presidente do CADE:

II - manter a ordem nas sessões, podendo determinar sejam retirados os assistentes que a perturbarem; bem como prender os desobedientes e as partes que faltarem ao devido respeito, lavrando-se os respectivos autos para serem processados.

III – conceder e cassar a palavra.

IV – interromper o orador que se desviar da questão, falar contra o vencido, ou faltar com a consideração devida ao Conselho ou a qualquer de seus membros e, em geral, aos chefes e membros dos poderes públicos; advertindo-o e, em caso de insistência, cassando-lhe a palavra.”

Parece universal, na experiência dos tribunais, o reconhecimento da importância do debate ordenado durante o julgamento³⁴. É instrutiva a leitura dos seguintes Regimentos:

O Regimento Interno do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo estabelece regra praticamente idêntica à proposta. A diferença reside tão-somente na obrigatoriedade da abertura do período de discussão, que na proposta é deliberadamente facultativo, conferindo maior flexibilidade ao julgamento do CADE,

“Art. 110. Concluído o relatório e, se houver, a sustentação oral, o Presidente tomará os votos do Relator e do Revisor e, em seguida, porá em discussão a matéria; encerrada esta, colherá os votos dos demais juízes, na ordem de antiguidade.”(grifo nosso)

Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Art. 448.

§ 4º . Após a manifestação do relator, colher-se-ão os votos do Revisor, se houver, e dos vogais.

§ 5º . Seguir-se-á a discussão da matéria, de que poderão participar, pela ordem em que solicitarem a palavra, todos os integrantes do órgão julgador não impedidos.”

Da mesma forma, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 133. Cada Ministro poderá falar duas vezes sobre o assunto em discussão e mais uma vez, se for o caso, para explicar a modificação do voto.

Art. 135. Concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros ministros, na ordem inversa da antiguidade.”

Os tribunais administrativos também contemplam o debate oral entre os membros do colegiado:

³⁴ Confira os seguintes regimentos internos: Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, arts. 132 e 134, Seção III, Discussão e Votação; 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Seção IV Da discussão e votação, art.133; 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo; Tribunal Regional Federal 3ª Região, art.144. Tribunal de Justiça de Rondônia, art.391; Tribunal de Justiça do Mato Grosso, art.387, Tribunal de Alçada do Paraná, arts.106, 119.

O Regimento Interno do Tribunal Marítimo separa nitidamente a discussão da votação, constituindo dispositivo muito similar àquele do parágrafo único proposto,

“Art. 188. – O julgamento do processo obedecerá as seguintes normas:

d. discussão da matéria em julgamento, começando pelo pronunciamento do Revisor.

e. decisão, votando primeiro o relator, depois os juízes que pediram vista na ordem concedida e, por fim, os demais juízes, a partir do mais novo no cargo.

§ 2º . Iniciada a votação, nenhum juiz poderá mais se manifestar, salvo para justificar seu voto. (grifo nosso).

Também o Regimento interno do 1º Conselho de Contribuintes contém dispositivo muito semelhante.

“Art.20. Anunciado o julgamento de cada recurso, o Presidente dará a palavra, sucessivamente.

I - ao Relator, para leitura do relatório.

II – ao sujeito passivo ou seu representante legal...

III – ao Procurador da Fazenda Nacional...

IV – aos demais conselheiros, para debate sobre assuntos pertinentes ao processo e questões levantadas pelas partes.

§ 1º Encerrado o debate, o Presidente ouvirá o Relator e tomará, sucessivamente, o seu voto, dos que tiveram vista e dos demais, a partir do primeiro Conselheiro sentado à sua esquerda, Representante da Fazenda, e votará por último, anunciando em seguida, o resultado do julgamento.”(grifo nosso)

O artigo proposto, complementado pelo parágrafo único, que assegura a separação entre discussão e votação, certamente contribuirá para o aprimoramento da qualidade das decisões.

Art. 19. O Presidente proclamará a decisão, cujo acórdão será redigido pelo Relator.

§ 1º. Vencido o Relator, será designado para redigir o acórdão o Conselheiro que primeiro tenha votado nos termos da decisão final.

§ 2º. O acórdão conterà remissão aos registros da sessão de julgamento, que dele farão parte integrante.

§ 3º. Subscvem o acórdão o Presidente e o Relator ou o Conselheiro que o tenha redigido.

Neste artigo não houve alteração substancial, correspondendo ao artigo 22 do regimento em vigor. A mudança redacional visou suprimir disposições anódinas como “*o presidente proclamará o resultado, dando o encaminhamento de direito ao processo*”, de forma a garantir a objetividade, consistência e clareza do regimento.

O sistema no qual o Relator ou o Conselheiro que proferir o voto vencedor redige o acórdão corresponde ao de grande parte de nossos Tribunais, conforme se depreende da leitura dos Regimentos Internos do TACRIM/SP (art. 145), TAPR (art. 83,IV), TJMS (art. 427) e TJRO (art. 430).

§ 4º. O acórdão será publicado no Diário Oficial da União até 15 (quinze) dias úteis após a publicação da decisão.

Trata-se de regra que garante a celeridade e a segurança jurídica do sujeito da decisão final, haja vista que a publicação do acórdão confere eficácia plena à decisão plenária.

Art. 20. A ata de cada sessão Plenária será submetida à aprovação na sessão seguinte.

Procedeu-se à eliminação da referência à sessão ordinária, de maneira que as atas possam ser aprovadas em sessões extraordinárias, garantindo-se a celeridade do procedimento e evitando-se acúmulo de atas a serem aprovadas na sessão, como aconteceu na 65ª sessão ordinária de 19 de dezembro de 1997, em que o Plenário aprovou 3 atas, uma ordinária e duas extraordinárias.

Seção V

Dos Julgamentos Especiais

Art.21. O julgamento recursos de ofício em Averiguações Preliminares será realizado em sessão reservada, dela participando somente o Procurador-Geral e o representado ou seu advogado.

A proteção à imagem e à honra, seja das pessoas físicas, seja das pessoas jurídicas, constitui direito fundamental, garantido pela CF 88, em seu artigo 5º, inciso X, que determina a indenização contra danos morais e patrimoniais decorrentes de sua violação.

A extensão do conceito de direito à imagem, direito à honra e de dano moral às pessoas jurídicas é admitido pela doutrina e recentemente tem encontrado guarida nos tribunais. Confira-se, por exemplo, o ensinamento de Aguiar Dias:

“Sem dúvida é possível existir, ao lado do abalo de crédito, traduzido na diminuição ou supressão dos direitos patrimoniais que trazem a boa reputação e a consideração dos que com ele estão em contato, o dano moral, traduzido na reação psíquica, no desgosto experimentado pelo profissional, mais frequentemente o comerciante...” (Da Responsabilidade Civil, II, n.228, pág.781, apud, Yussef Said Cahali, Dano e Indenização1980).

Nos tribunais, vem sendo acolhida a tese da possibilidade de danos à imagem e à honra objetiva das pessoas jurídicas, principalmente no que concerne ao protesto indevido de títulos cambiais. É o que se depreende da leitura das seguintes ementas:

Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial

EMENTA:

“Responsabilidade Civil. Dano Moral. Pessoa Jurídica. A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial, cabendo indenização pelo dano extrapatrimonial daí decorrente. Recurso conhecido, pela divergência, mas improvido.”(Julgador: Quarta Turma.Decisão:09-08-1995.DJ Data:27/11/1995 Pg:40893 Relator: Ministro Ruy Rosado De Aguiar)

EMENTA:

Duplicata. Protesto. Cancelamento. Dano Moral. Responsabilidade do banco. a jurisprudência predominante no

*STJ admite o cancelamento do protesto de duplicata sem causa. – a responsabilidade pela indenização dos danos e do banco que levou o título sem causa ao cartório. – A **pessoa jurídica figura pode sofrer dano a sua honra objetiva**. precedentes. recurso conhecido em parte, pela divergência, mas improvido. (Julgador: Quarta Turma Decisão:28-04-1997 Fonte: DJ Data:25/08/1997 Pg:39380 Relator: Ministro Ruy Rosado De Aguiar)*

EMENTA:

*Civil - Ação de Indenização - Responsabilidade Civil - Pessoa Jurídica. Dano Moral. I -A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial. II - **Cabível a ação de indenização, por pessoa jurídica; visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas** (Resp N. 60.033-2-Mg - Dj De 27.11.95). III- Recurso conhecido a que se nega provimento.” (Julgador: Terceira Turma Decisão:03-06-1997 Fonte: DJ Data:22/09/1997 Pg:46440 Relator: Ministro Waldemar Zveiter)*

No intuito de proteger o valor constitucional da honra e imagem do representado a Lei 8884/94 estabeleceu, no seu artigo 30, a proibição de divulgação das Averiguações Preliminares, dado o impacto negativo que pode decorrer de uma representação levantar suspeita, ainda não suficientemente fundada, de infração à ordem econômica.

*“A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, **das quais não se fará qualquer divulgação**, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo”.*

Não presentes indícios suficientes de infração, deve-se resguardar a reputação do administrado enquanto são coletados dados que possam propiciar ao julgador uma apreciação correta das circunstâncias. Trata-se de medida que visa poupar o representado de custos decorrentes de eventuais denúncias

irresponsáveis que se mostrem sem fundamento, logo nas investigações iniciais.

Deve-se notar que o sujeito normativo é a SDE. Este órgão está terminantemente proibido de divulgar qualquer informação sobre procedimento onde não há uma imputação formal ao representado de conduta ofensiva à ordem econômica, dada a insuficiência de indícios. Todavia, a norma perderia o sentido se o CADE, após toda a cautela e sigilo procedimental para evitar prejuízo à imagem da entidade representada, pudesse expor a público, pura e simplesmente, todo o feito. O bem jurídico protegido, ou seja, a imagem e reputação do representado, estaria, desta forma ameaçado de lesão, com prováveis custos privados.

Sobre a necessidade de se resguardar a imagem do representado nas Averiguações Preliminares já se manifestou com maestria o nobre Conselheiro Antonio Fonseca:

“Tenho afirmado que a justiça antitruste é cara porque tem que ser bem aplicada, resguardando a imagem do agente que não deve ser afetada a não ser na presença de veementes indícios de infração” (*Processo Administrativo n. 03/91, em 18 de junho de 1997, apud, José Ignácio Gonzaga Franceschini, Edgard Antonio Pereira e Lagroteria da Silva, Denúnciação de Práticas Anticompetitivas, in Revista de Direito Econômico, n.26, agos/dez, 1997, p.53*)

A imagem e reputação se tornam cruciais na economia moderna, caracterizada pela crescente importância de ativos intangíveis. Basta lembrar o valor atribuído a marcas nos mais diferentes mercados. Dessa forma, qualquer mácula reputacional injustificada pode resultar ponderáveis prejuízos.

Note-se, por fim, que a publicidade, de qualquer modo estará garantida, pois o ato final do CADE - ou seja, a decisão - será publicado no Diário Oficial. De acordo com Hely Lopes Meirelles, a obrigação de divulgar o ato administrativo, decorrente do princípio da publicidade limita-se à decisão final ou a determinadas fases que tenham influência decisiva no ato final.

“Quanto à publicação no órgão oficial, só é exigida a do ato concluído ou de determinadas fases de certos procedimentos administrativos ...” (Direito Administrativo Brasileiro, 1997, p.87)

Não procede o argumento de que qualquer decisão tomada no julgamento eliminará a preocupação com a imagem das empresas. Alguns defendem a idéia de que do julgamento podem decorrer apenas duas situações: ou o Plenário nega provimento ao recurso de ofício, portanto arquivando a Averiguação Preliminar e atesta a licitude da conduta; ou o Plenário dá provimento ao recurso de ofício e instaura o Processo Administrativo, afirmando a existência de veementes indícios de infração à ordem econômica, o que justificaria a publicidade. Tal entendimento é incorreto.

De fato, existem somente duas possibilidades, ou o Plenário nega provimento ao recurso de ofício ou o provê, mas os desdobramentos dessas decisões são diversos.

A negativa de provimento arquivando a averiguação. O provimento, por sua vez, pode ser dado tanto para modificar a decisão recorrida, por exemplo, instaurando o Processo Administrativo, como para anular a decisão recorrida, por exemplo, anulando o despacho que inicia a Averiguação por ter sido proferido por autoridade incompetente. Neste último caso, o processo retorna ao juízo a quo para que siga a partir do ato anulado, segundo o devido processo legal (cf. Barbosa Moreira, Comentários ao Código de Processo Civil. Ed. Forense, RJ, vol.V, Recursos, 1 ed, 1974). O Plenário tem admitido ainda, o provimento do recurso para modificar a decisão recorrida no sentido de prosseguimento da Averiguação Preliminar, ou seja, modificando o juízo que concluiu a instrução inicial.

Perfeitamente possível, portanto, o retorno da Averiguação Preliminar à SDE para prosseguimento, enquanto Averiguação Preliminar, seja quando o Plenário anula o feito pela SDE, seja quando modifica a decisão de conclusão da instrução, determinando o seu prosseguimento. Conclui-se, assim, a necessidade de se resguardar a imagem das empresas por meio das sessões de julgamento reservadas.

Aliás, a preocupação regimental com a imagem das empresas e a realização de sessões reservadas não é novidade para o CADE. De fato, o Regimento de 1964 dispunha:

“Art.18.(...)

3º . As sessões serão públicas, exceto, quando, por motivo relevante o Plenário deliberar em sessão secreta.

4º As sessões ou a parte destas destinada a investigações preliminares, serão sempre reservadas.”

Atualmente, os Tribunais também excepcionam a publicidade das sessões, conforme disposição legal, proteção ao sigilo ou garantia do interesse público. Cite-se:

Regimento Interno do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

“Art. 120 - As Sessões serão públicas, salvo expressa disposição em contrário, ou se da publicidade puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem.”

Regimento Interno Do Tribunal De Justiça De Mato Grosso Do Sul

“Art. 107 - As audiências se realizam a portas fechadas, nos mesmos casos previstos para os julgamentos mencionados no art. 91, § 2º e seus incisos, e com as reservas dos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo deste Regimento.”

Na mesma esteira alguns tribunais administrativos prevêem sessões secretas:

Regimento Interno do 1º Conselho de Contribuintes.

“Art. 20(...)

§ 14. A sessão de julgamento será pública, salvo quando a Câmara resolver que deva ser reservada para exame de matéria sigilosa, deliberação sobre assunto de ordem interna da Câmara e nas hipóteses previstas no parágrafo sétimo deste artigo e no artigo 22.”

Regimento Interno da Câmara superior de Recursos Fiscais.

“Art.18(...)

§ 14. A sessão de julgamento será pública, salvo quando a Câmara resolver que deva ser reservada para exame de matéria sigilosa, deliberação sobre assunto de ordem interna da Câmara e nas hipóteses previstas no parágrafo oitavo deste artigo e no artigo 20.”

Regimento Interno do Tribunal Marítimo

“Art.187. As sessões serão públicas, salvo em matéria de consulta e nos casos previstos neste regimento, ou quando o Tribunal julgar conveniente.

Art. 190. Antes ou durante as sessões de julgamento, o Presidente, por proposta de qualquer juiz, ou por iniciativa própria, depois de consultado o Tribunal, poderá determinar que as mesmas sejam secretas pelo tempo que for

necessário, mas sem prejuízo do Relatório e orações das partes.”

Vale relevar a pertinência da comparação do CADE com os referidos tribunais administrativos, haja vista que ambos cumprem função judicante. Neste sentido ressalta Fábio Ulhôa Coelho.

“A lei se refere, por outro lado, ao Conselho como ‘órgão judicante com jurisdição em todo território nacional’. Bem entendida, trata-se da chamada jurisdição administrativa e não da judicial visto que o CADE não integra o Poder Judiciário mas o Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça. É segundo parte da doutrina, uma entidade com o caráter de órgão administrativo de função quase-judicial, categoria de que seriam exemplos, além do próprio CADE, também o Tribunal Marítimo os Conselhos de Contribuintes (cf. Meirelles, 1982;129; Carvalho, 1986:207/210)”(Direito Antitruste Brasileiro: Comentários à Lei 8884/94)

Do exposto, conclui-se a legalidade e, sobretudo, a constitucionalidade da realização de sessões reservadas para julgamento das Averiguações Preliminares. Garantiu-se a presença dos representados, com o objetivo de se assegurar o contraditório.

Art.22. Nos recursos de ofício em Averiguação Preliminar, com parecer da Procuradoria pelo desprovimento, o Relator poderá determinar o arquivamento do feito, por meio de despacho *ad referendum* do Plenário.

§1º. Mensalmente, os despachos referidos no caput. deste artigo deverão ser levados a Plenário, chamando-se apenas o número do processo e os nomes das partes.

Casos consensualmente triviais em que seja reiteradamente adotada a posição de arquivamento merecem tratamento sumário a bem da economia processual.

“É o que recomenda o princípio da economia, o qual preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processu-

ais”. (grifo nosso), (Cintra, Grinover, Dinamarco. Teoria Geral do Processo. 1992, p. 63)

O procedimento simplificado de julgamento, que consiste em um voto anterior proferido por despacho pelo Relator, seguido de voto dos demais membros que referendam o despacho (deliberação diferida), foi cercado de garantias, podendo ser implementado somente quando for patente o consenso, caracterizado pelos pareceres convergentes da SDE e da Procuradoria no sentido de arquivamento do feito.

Por outro lado, o procedimento limita-se às decisões que confirmam o arquivamento. Implicando restrição à liberdade individual do Representado, seja a partir de uma imputação formal (instauração de Processo Administrativo), seja com a condenação, a decisão que denega arquivamento deve ser tomada somente por deliberação conjunta do Colegiado.

Não se argumente a desconformidade da regra com o inciso IV do artigo art.7º da lei 8884/94, que determina:

*“art. 7º . Compete ao Plenário do CADE:
IV – decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE.”*

A deliberação diferida, em que o voto do Relator é proferido anteriormente por despacho, resulta em decisão plenária com o referendo do Colegiado, constituindo juízo conjunto e não singular.

Alguns tribunais Colegiados, como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, prevêm, inclusive, a possibilidade de juízo singular terminativo do processo.

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

*“Art. 34. São atribuições do Relator:
XI – julgar prejudicado pedido ou recurso que haja perdido o objeto.
XVII – negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário à súmula do Tribunal ou quando for evidente a incompetência deste.”*

O Regimento Interno do STF, além de conter dispositivos similares aos citados acima prevê o seguinte:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

§ 2º. Poderá ainda o Relator, em caso de manifesta divergência com a Súmula, prover, desde logo, o recurso extraordinário.”

Quanto à eventual contradição entre a conseqüente publicação do despacho terminativo e o artigo 30 da lei 8884/94, referente à não divulgação das Averiguações Preliminares, cumpre argumentar que a interpretação teleológica do dispositivo legal não deixa dúvidas sobre a legalidade e legitimidade do procedimento proposto.

Cumpre ressaltar que o despacho terminativo do Relator contém os elementos essenciais da decisão *ad referendum* sem expor desnecessariamente o sujeito do processo.

Naturalmente, o Despacho tem a mesma propriedade de uma Decisão exarada em sessão no sentido de negar provimento ao recurso de ofício, constituindo atestado de licitude ao representado, garantindo-se a higidez de sua imagem. Destarte, se a regra atende à finalidade precípua do dispositivo legal, que é a proteção à imagem, não há que se falar em ilegalidade.

§2º. Proferido o voto de vista, será facultado aos representados, requerentes ou consulentes, ou aos seus advogados, bem como ao Procurador-Geral, direito à palavra por um período máximo de 15(quinze) minutos.

§3º. Terminadas as manifestações orais de que trata o §2º deste artigo, será retomada a ordem regimental de votação.

O procedimento de deliberação diferida, que visa atender à exigência de economia processual sem prejuízo da qualidade da decisão, deve ter por base o consenso. No momento em que surge qualquer sinal de divergência ou dúvida de algum de seus membros, presume-se rompida a linha consensual que antes favorecia o representado. Neste sentido, é importante garantir-lhe a ampla defesa, possibilitando-lhe a arguição oral de defesa após o voto de vista. No mesmo sentido a possibilidade de manifestação do Procurador-Geral que poderá ser muito útil para a dirimção de eventuais questões, como por exemplo, aquelas que tenham surgidas a partir de seu parecer pelo desprovemento.

Destarte, sem nenhuma dúvida de que a possibilidade de manifestação oral certamente colaborará com o aprofundamento do debate, ampliando os pressupostos objetivos da decisão final, confirmando o respeito ao devido processo legal.

Terminadas estas manifestações, retoma-se a ordem regimental de votação, conforme poder-se-ia inferir por como uma própria consequência lógica dos procedimentos aqui propostos.

Parte III

Da execução judicial e fiscalização das decisões

Art.23 As decisões do CADE serão fiscalizadas por órgão executivo diretamente subordinado à Presidência do CADE, a quem deverão ser encaminhados os processos após a decisão final do Plenário.

§1º. Em caso de aplicação de multa ou verificado o descumprimento da decisão, o Plenário, por meio de seu Presidente, determinará à Procuradoria a adoção de providências para a devida execução judicial.

§2º. Qualquer incidente no curso da Execução de decisão do CADE deverá ser submetido à análise do Plenário pelo seu Presidente.

A lei 8.884/94 é clara na sua intenção de preservar a compatibilidade entre decisão plenária e a execução desta pela Procuradoria. O objetivo do legislador foi garantir que as providências administrativas e judiciais adotadas refletissem o exato conteúdo da decisão, representando a atuação concreta da vontade do Plenário do CADE, representado pelo seu presidente.

Vale lembrar, conforme ressaltam Cintra, Grinover e Dinamarco, que a execução deve ser complementar e fiel à regra identificada para o caso concreto. Do contrário, a função jurisdicional perderia o sentido.

“ A função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através de processo de conhecimento. Além de formular concretamente a regra jurídica válida para a espécie, é necessário atuá-la modificando a situação de fato existente para adaptá-la ao comando emergente da sentença.” (Teoria Geral do Processo, p.313, grifo nosso)

A harmonia entre o conteúdo da decisão plenária e sua execução ficou resguardada pela Lei, a partir do poder concedido ao Plenário e ao Presidente de **determinar** à Procuradoria a promoção da execução de suas decisões.

Perceba-se que o Regimento meramente reproduz os dispositivos previstos em lei, e isto não poderia se dar de outra forma pois, como ensina o maior jurista do século, o alemão Hans Kelsen, usando a sua teoria do “Stufenbaulehre” (estrutura escalonada das normas), pois este é hierarquicamente,

um corpo normativo em posição inferior à lei 8.884/94 (norma superior -> norma inferior), devendo, compulsoriamente, seguir as suas orientações gerais, sob pena de se estar incorrendo em invalidade.

O presente artigo, previsto na proposta do novo Regimento do CADE, cumpre os dispostos legais da Lei de Defesa da Concorrência no que tange, especificamente, à determinação de competências, tanto do Plenário do CADE, quanto de seu Presidente e da sua Procuradoria. Senão vejamos:

*“Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:
XV - determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais; (grifo nosso).*

Neste artigo da 8884/94, o legislador estabeleceu a competência do Plenário do CADE, isto é, positivou de maneira ampla quais os poderes-deveres comuns aos seis Conselheiros e um Presidente da presente Autarquia. Neste ponto, como de resto acontece em outros diplomas legais da mesma natureza, o legislador apresenta as “funções-gerais” do órgão colegiado como um todo, deixando as especificidades de cada sujeito administrativo para outros capítulos como veremos.

De pronto, percebe-se a preocupação do legislador em deixar clara a relação hierárquica entre o CADE e a Procuradoria, procurando estabelecer, desde o princípio, a posição desta, pelo menos no que tange às medidas judiciais que envolvam o CADE, de *instrumento* da agência de defesa da concorrência e não ao contrário, fazendo com que suas ações neste labor, ou pelo menos a motivação para o início de seus atos, deva ser desencadeada tão-somente após a determinação ou comando do Plenário, representado legalmente pelo seu Presidente.

Esta interpretação confirma-se e, inequivocamente, torna-se mais clara do ponto de vista das execuções judiciais e do sujeito emissor deste comando determinativo, quando da leitura do art. 8º do mesmo preceito legal.

*Art. 8º Compete ao Presidente do CADE:
I - representar legalmente a Autarquia, em juízo e fora dele;
VI - determinar à Procuradoria as providências judiciais para a execução das decisões e julgados da Autarquia; (grifo nosso).*

Neste artigo e seus demais incisos citados, são estabelecidas as atribuições de competência do Presidente do CADE. A lei impõe-lhe, em caráter obrigatório, a função de ser o sujeito-membro do Plenário que determinará à

Procuradoria, no que se refere explicitamente às execuções judiciais das decisões de julgados da Autarquia, quando esta deve atuar em seu nome visto que, por outro lado, o Presidente, também conforme a letra da lei, é o representante legal da Autarquia tanto em juízo quanto fora dele sendo, assim como, também o responsável por eventuais omissões ou ações descabidas e ilegais.

Esta interpretação ganha foro cogente quando se atenta para o disposto no art. 48 da mesma Lei:

“Art.48. Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do CADE, que determinará ao Procurador-Geral que providencie sua execução judicial” .

Assim sendo, não se pode imaginar uma ação judicial da Procuradoria do CADE sem que o seu Presidente, por lei representante do Plenário, tenha determinado à mesma este procedimento. Tratar-se-ia de transgressão hierárquica ao estabelecido em lei, transformando-se em ato viciado e totalmente inválido.

Entendidas estas observações, por outro lado, também não se argumente que a Procuradoria, com base no art.10, VI da 8884/94, seria “o fiscal da lei” e, em assim sendo, poderia movimentar o aparato jurisdicional competente para o cumprimento da decisão do Plenário sem esperar a determinação do Presidente, pois estar-se-ia apenas exercendo uma competência derivada da Lei.

Ora, a tese é totalmente descabida e sem fundamento. Não bastasse a clara delimitação de competências estabelecida pela Lei 8884/94 e revisitada acima, note-se que quando a lei usa o excerto “zelar pelo cumprimento desta lei”, determina-o de maneira genérica e objetivando o que, de fato, segundo os Princípios Gerais da Legalidade, Moralidade e Probidade, já é um dever de todo o funcionário da Administração Pública.

Note-se que o excerto não é usado apenas para a Procuradoria do CADE, mas também para os membros do Plenário, isto é, para os 6(seis) Conselheiros e seu Presidente,(art.7º, I) e também para à SDE (art.14, I), comprovando a tese de que todos (Plenário, Procuradoria e SDE) seriam, em igual medida e genericamente (“função-geral”), “fiscais da lei”.

No entanto, no que toca o procedimento de cumprimento das decisões da Autarquia, conforme demonstrado acima, deve-se respeitar o disposto nos artigos citados, isto é, a Procuradoria (instrumento do Plenário) deve estar submetida à determinação do Presidente do Plenário (seu representante legal).

Isto posto, pode-se dizer que não bastassem todos estes argumentos de ordem legal, o próprio bom senso já teria revelado que o ato da Procuradoria desvinculado de determinação prévia do Plenário, representado pelo seu Presidente, padece de qualquer possibilidade fática, pois seria como imaginar um caso em que o advogado impetra ação sem a autorização do cliente, ou que o oficial de justiça, com base na sentença publicada no Diário Oficial, pudesse inferir e executar diligência sem prévia determinação e autorização (por um despacho de cumpra-se) pelo juiz.

Assim sendo, pode-se dizer que o legislador não inova quanto ao que cotidianamente já está plasmado na procedimentália dos órgãos judicantes (colegiados ou não) da justiça comum. Para que os atos processuais ganhem legalidade e, principalmente, eficácia, imprescindível que o sujeito decisor, tome ciência do não cumprimento, constate-o e, então, determine a utilização dos meios legais para a sua solução.

Desta forma, primeiro, evita-se que estes sujeitos (Procuradoria do CADE, Oficial de Justiça, Força Policial, - neste momento na qualidade de auxiliares e subordinados de um órgão hierarquicamente superior), ajam irregularmente e sem a ciência do sujeito ou órgão decisório gerando futuras nulidades processuais e, segundo, faz-se com que a própria conduta destes sujeitos-auxiliares, por meio da legalidade e cumprimento de um comando superior, cerque-se e ganhe respaldo aumentando o grau de eficácia das decisões, o que, como se sabe, é um objetivo tanto de todos os órgãos jurisdicionais e, em especial, do Plenário do CADE e de sua Procuradoria.

Art. 24. O Relator poderá solicitar ao Presidente assessoria do corpo administrativo do CADE para supervisão dos termos de compromisso de cessação e de desempenho.

Os termos de compromisso de cessação e desempenho decorrem de decisões plenárias que suspendem o processo até que seus termos sejam implementados, após o que o processo estará terminado.

Estando o processo em suspenso, cumpre ao relator, reponsável pela condução do processo, de acordo com a lei 8884/94, supervisionar a fiscalização dos compromissos pela SDE, de forma que, no momento oportuno, esteja apto a relatar o cumprimento ou descumprimento do compromisso pela compromissária.

Acrescente-se a isto um fator de ordem prática. Estando o Relator mais familiarizado com o processo e, em particular, com o próprio acordo administrativo materializado no termo de compromisso, parece conveniente atribuir-lhe tal competência

A regra proposta contempla, ainda, tal diversidade a faculdade do Relator de solicitar ao Presidente o apoio administrativo para supervisão dos termos de compromisso firmados com o CADE, o que muitas vezes, dependendo da complexidade do termo firmado, se faz necessário.

Art. 25. O CADE fiscalizará o cumprimento das decisões que determinem providências para eliminação dos efeitos nocivos da prática ou ato à ordem econômica.

É de fundamental importância estabelecer-se a distinção entre os compromissos de desempenho e de cessação, que são acordos firmados entre o CADE e os sujeitos e que tem o condão de suspender o processo, das decisões mandamentais terminativas ou aprovações condicionadas.

Os primeiros são acordos que estabelecem, nos casos de conduta, metas para cessação de determinada prática e, nos casos de atos de concentração, metas qualitativas ou quantitativas a serem desempenhadas pela compromissária para se assegurar eficiências.

As segundas, por sua vez, constituem decisões que contém determinações ou mandamentos que visam eliminar efeitos nocivos à ordem econômica decorrentes de práticas (ex. cessação imediata venda casada) ou de atos (ex. venda de ativos ou suspensão de seu uso, eliminação de cláusulas contratuais anticompetitivas. Nos casos de atos de concentração tais decisões, as aprovações condicionadas, podem ser equiparadas a uma desconstituição parcial. No que se refere ao cumprimento destas decisões, aplica-se o disposto no art. 47 da lei 8884/94.

“Art.47. O CADE fiscalizará o cumprimento de suas decisões.”

A regra, além de estabelecer a distinção, especifica o dever de fiscalização pelo CADE, do cumprimento das decisões plenárias.

PARTE III

Das Disposições Gerais

De início, cumpre justificar a supressão do artigo referente às súmulas baseado em três argumentos:

i) a natureza dos julgamentos do CADE exige uma análise caso a caso, com a minuciosa apreciação das circunstâncias econômicas em que se

deu a conduta ou o ato. A existência de interpretações abstratas e vinculantes da Lei 8884/94, poderia restringir a liberdade do Conselheiro na correta apreciação da justiça para o caso concreto, substituindo-se decisões justas e sólidas por decisões uniformes inadequadas ao caráter multifacetado dos mecanismos de mercado.

A supressão da liberdade do julgador decorrente das súmulas já foi objeto de análise do ilustre Professor Dr. José Ignácio Botelho de Mesquita em seu curso ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

“A interpretação vinculante ‘in abstracto’ faz parte de um quadro mais amplo, que impõe aos juízes a renúncia à liberdade de pensar por suas próprias cabeças e os livra da responsabilidade pela decisão. Torna-os propensos à acomodação e à obediência, representando por isso, uma ameaça a mais à sua indispensável independência. Torna-os agentes passivos de um processo do qual deveriam ser os mais vivos e responsáveis impulsionadores.(...)”

“É de se propor, portanto, a supressão de mais este instrumento redutor da liberdade, e a criação, em seu lugar, de meios aptos à uniformização da jurisprudência, conveniente tanto à segurança como à certeza do direito, mas desde que gerada à luz do caso concreto e mediante a colaboração ativa das partes e dos juízes”

ii) cumpre ressaltar que a jurisprudência do CADE ainda não está madura, devendo a uniformização ser buscadas por meios alternativos, não vinculantes, como o Relatório Anual, que informa os administrados e Conselheiros sobre os precedentes, sem reduzir a liberdade de análise dos casos concretos.

iii) a não previsão regimental não impede que, no futuro, o CADE venha a editar súmulas, se julgar conveniente.

Art. 26. Serão aprovados em Resolução do Plenário as regras e procedimentos relativos:

I. ao estabelecimento de normas complementares relativas a seu funcionamento e à ordem dos trabalhos.

Manteve-se a regra presente no regimento em vigor (art. 36). A norma dá ensejo à necessária complementação das normas regimentais, conferindo a desejável flexibilidade ao Regimento.

II - às consultas ao CADE sobre matéria de sua competência.

O procedimento de consulta tem por finalidade, não só prevenir a infração à ordem econômica, como também, sob a ótica do administrado, facultar ao Consulente uma maior segurança jurídica, através da orientação sobre o caráter lícito ou ilícito dos atos ou condutas que pretende praticar. Ademais, permite uma maior aproximação da Administração ao administrado estabelecendo um diálogo direto, com benefícios ao caráter democrático da defesa da concorrência.

A competência para responder a consultas é prevista no art. 7º., XVII da Lei 8.884/94.

*“Art. 7º . Compete ao Plenário do CADE:
XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência.”*

Trata-se, portanto, de poder-dever do qual o Plenário do CADE não pode se esquivar, conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“O poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo. Nem se compreenderia que uma autoridade pública – um Governador, por ex. – abrisse mão de seus poderes administrativos, deixando de praticar atos de seu dever funcional. O poder do administrador público, revestindo ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular. (...) Se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade” (op. cit. p. 89)

O procedimento de consulta vinha expresso sumariamente no artigo 59 da referida lei, contudo foi este artigo suprimido pelo artigo 83 da Lei 9.069/95 (Instituiu o Plano Real). O procedimento anterior não condizia com

a realidade e colocava óbices à defesa da concorrência, mormente quando impedia a aplicação de sanções ao consultante por atos praticados relacionados ao objeto da consulta.

Tal procedimento, que possibilitava prática de infrações à ordem econômica enquanto a pendente de julgamento a consulta, acusava nítida imperfeição, propiciando uma oportunidade de fraude à lei. Portanto, correta a sua revogação.

Cumprir lembrar que se tratou de revogação expressa que eliminou apenas e tão-somente o artigo 59, ou seja, o procedimento, permanecendo o artigo 7º, inc.XVII, no sistema da Lei 8884/94. Manteve-se, portanto, o poder dever de resposta às consultas.

Não se argumente que a revogação do procedimento é contrária à manutenção do instituto da consulta, com o fundamento de que o legislador simplesmente “esqueceu” de revogar expressamente o inciso XVII, que teria sido atingido pela revogação tácita. Se não houve revogação expressa, também não houve revogação tácita ou implícita do poder-dever. Senão vejamos.

A interpretação objetiva, que impõe compreendermos sistemática e logicamente as normas como produto da vontade do legislador racional, não permite que se presumam contradições ou incompletudes. Se existe uma interpretação legal que compatibiliza a norma posterior com a permanência da norma anterior, ambas continuam a fazer parte do sistema, devendo ser aplicadas quando se apresentar a oportunidade. Sobre a revogação tácita é relevante o ensinamento de Carlos Maximiliano:

“Em suma: a incompatibilidade implícita entre duas expressões de direito não se presume; na dúvida se considerará uma norma conciliável com a outra. O jurisconsulto Paulo ensinara que – as leis posteriores se ligam às anteriores, se lhes não são contrárias; e esta última circunstância precisa ser provada com argumentos sólidos.”
(Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do Direito. Forense, 1997, p. 358*)

Assim, a melhor exegese aponta para a permanência na lei 8884/94 da atribuição de poder ao Plenário do CADE para responder a consultas, pois absolutamente compatível com a norma que revoga procedimento imperfeito.

Com a supressão do referido artigo foi possível evitar atitudes protelatórias e abusivas que se esquivavam da defesa da concorrência, pois bastava ao agente fazer a consulta para ficar imune às sanções do CADE. Assim, a revogação abriu espaço para uma regulação aprimorada da consulta, capaz de sintonizar seu procedimento com o objetivo de prevenção das infrações à or-

dem econômica estabelecido no art. 1º, e com a atribuição de instruir o público sobre as formas de infração à ordem econômica, presente no art. 7º inc. XVIII, ambos da lei 8884/94.

Neste sentido, segue em anexo proposta de Resolução que regulamenta o procedimento de consulta. Adianto que através do procedimento proposto, fica clara a correção ao sistema anterior. O processo de consulta só poderá ser realizado em face de ato ou conduta em tese, ou seja, ainda não realizado. É condição de admissibilidade da consulta seu objeto não constituir prática já adotada ou operação concretizada pela consulente. Ademais, a prática de qualquer ato relativo ao objeto da consulta a prejudica automaticamente.

Acrescente-se, por fim, que não se tem notícia de agência de defesa da concorrência em que o dispositivo da consulta não esteja previsto.

III- à instrução dos processos administrativos.

O processo administrativo é uno, consistindo em um conjunto de atos lógicos e sistematicamente encadeados para a obtenção de uma decisão final que respeite o contraditório. Como tal, necessita de uma normatização uniforme para atingir o seu escopo.

Neste sentido, a lei 8884/94 buscou assegurar a unicidade e harmonia da instrução e julgamento do processo ao dispor:

“Art. 51. O Regulamento e o Regimento Interno do CADE disporão de forma complementar sobre o processo administrativo”

Portanto, cabe ao CADE regular o processo em todas as suas fases, instrutória ou judicante, sejam seus atos implementados no próprio CADE ou na SDE.

Seria totalmente obtuso que cada órgão que desenvolvesse a instrução seguisse regras próprias, quebrando desta forma a necessária consistência entre instrução e julgamento e a imprescindível unicidade do procedimento, relegando o administrado a uma situação de completa insegurança e incerteza jurídica.

Seguindo a determinação legal, o Regimento dispõe sobre a regulamentação complementar do processo administrativo, entretanto optou por remeter o procedimento de instrução a Resolução por razões de prudência. De fato, o Conselho necessita adquirir mais experiência para identificar, efetivamente, quais os problemas processuais que ocorrem na fase de instrução. So-

mente após este período de experimentação é que o Conselho estará maduro para regular a matéria.

De qualquer forma, conclamo os colegas a refletirem, desde já, acerca das possíveis regras que poderiam ser adotadas para que se assegure uma instrução sólida, de maneira a deflagrar uma discussão a respeito de um projeto inicial de Resolução.

IV- à cobrança das multas referidas na lei 8884/94.

A cobrança de multas, instrumento necessário para a efetiva implementação das decisões do CADE, diz respeito a procedimento específico, fugindo do objetivo central do regimento, que é o julgamento. Os procedimentos e ritos a serem observados na imposição das penas pecuniárias aos agentes infratores da ordem econômica será assim mantido na Resolução 9/97, recepcionada pelo presente Regimento.

V- ao comportamento ético dos servidores do CADE.

O estabelecimento de padrões éticos de comportamento para os servidores do CADE, tem como principal objetivo consolidar a confiança entre o administrado e o servidor público, sendo essencial à credibilidade da instituição. Essa necessidade patente é resultante de um “*ceticismo intrínseco do povo em relação à conduta ética do aparelho do Estado*”, na expressão de João Geraldo Piquet Carneiro, em seu artigo “Aprimoramento da Conduta Ética dos Servidores da Administração Federal”.

Para o mesmo autor,

“o foco de trabalho de restauração da ética do governo deve iniciar-se pela prevenção, o que pressupõe (a) a fixação de regras claras de conduta geral, a serem observados em toda a administração, e (b) a identificação pormenorizada por setor, órgão e função, de quais são os padrões éticos a serem observados pelos detentores de cargo de confiança e pelo corpo funcional de cada órgão do governo, e dos padrões anti-éticos a serem evitados e condenados.”

O Código de Ética do Servidor Público Federal constitui iniciativa exemplar neste processo de revitalização da imagem da Administração, devendo ser acompanhada pelo CADE, que deverá estabelecer regras éticas atinentes à sua particular característica de órgão judicante.

Neste sentido, segue em anexo a esta proposta anteprojeto de Código de Ética do CADE para apreciação dos colegas.

VI- aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8884/94 .

O sucesso da Resolução 5/95 já é conhecido pelos colegas de Plenário, principalmente no que se refere à celeridade da análise dos atos de concentração e julgamento em tempo econômico, com o consequente cumprimento do prazo legal.

Por se referir a procedimento específico, manteve-se a Resolução 5/96 anexa ao Regimento, de maneira a se assegurar a objetividade de ambos os diplomas. Ademais, alguns dispositivos da Resolução, que não resistiram à experiência prática, precisam ser revistos de maneira a atender exigências que já se apresentaram, notadamente a regulamentação

VII - aos recursos voluntários de medidas preventivas adotadas pelo Relator ou pela SDE.

O capítulo IV da Lei de defesa da Concorrência prevê a possibilidade da adoção de Medidas Preventivas por parte da SDE ou do Conselheiro-Relator quando houver “indício ou fundado receio de que o Representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável...”.

Tais medidas porém, respeitando o ditame constitucional da ampla defesa, são passíveis de serem discutidas em sede de recurso dirigido, segundo o seu §2º., ao Plenário do CADE no prazo de 5(cinco) dias.

Sendo que as Medidas Preventivas são instrumento de coerção importante, garantidores, em muitos casos, da própria eficácia da decisão do processo(por exemplo, no caso de práticas continuadas para eliminação de concorrente), por via de consequência, também se torna plenamente justificável a sua regulação específica pelo CADE em sede de resolução, fugindo aos objetivos mais gerais deste Regimento.

VIII- à participação do CADE nos processos judiciais de que trata o artigo 89 da Lei 8.884/94.

De acordo com o que reza o artigo 89 da lei 8.884/94, sempre que a aplicação desta lei estiver sendo discutida o CADE poderá intervir na qualidade de Assintente.

A figura do assistente é prevista no Código de Processo Civil no seu Capítulo V, seção II, e conceitua-se como instituto de intervenção de terceiro no processo alheio, pressupondo a pendência da lide entre du-

as pessoas. O interesse jurídico é o ponto fulcral da possibilidade de intervenção deste terceiro no processo na qualidade de Assistente.

No caso de que trata o artigo 89 da Lei 8.889/94, este interesse jurídico se materializa a partir do momento em que determinada lide tem como ponto de discussão a sua aplicação da lei de defesa da concorrência.

Isto posto, não há dúvidas de que se trata de questão de natureza mais específica do que aquela discutida e plasmada nas normas deste Regimento, devendo ser posta por meio de Resolução que, doravante, norteie com acuidade as regras e procedimentos do exercício desta faculdade pela Agência.

Art. 27. O Presidente, os Conselheiros e o Procurador-Geral deverão, conjuntamente, submeter ao Plenário balanço anual de suas atividades, que contemplará, respectivamente:

I- as atividades de representação do órgão e cumprimento das decisões do CADE.

II – as atividades de relatoria.

III – as atividades de assessoria jurídica e às providências administrativas e judiciais adotadas.

Buscando preservar os valores da democracia direta, explicita este artigo o dever da Administração em prestar contas de suas atividades aos administrados. Tal atitude confere ao CADE uma maior credibilidade institucional e total transparência em suas atividades, propiciando, outrossim, a indispensável segurança jurídica aos agentes econômicos, na medida em que explicita as regras do jogo concorrencial previstas na Lei 8884/94 e informa sobre a maneira como as mesmas estão sendo implementadas.

Ao comentar o dever de prestar contas do Estado, Hely Lopes Meirelles salienta que *“é decorrência natural da administração como encargo de gestão de bens e interesses alheios. Se o administrar corresponde ao desempenho de um mandato de zelo e conservação de bens e interesses de outrem, manifesto é que quem o exerce deverá contas ao proprietário. No caso do administrador público, esse dever ainda mais se alteia, porque a gestão se refere aos bens e interesses da coletividade e assume o caráter de um múnus público, isto é, de um encargo para com a comunidade”*.

Art. 28. A proposta de emenda do Regimento deverá ser apresentada por membro do Plenário em sessão ordinária, permanecendo em mesa durante três sessões ordinárias consecutivas, para receber sugestões, após o que o assunto será colocado em discussão e votação.

Manteve-se a redação do regimento em vigor, pois esta é compatível com o objetivo de aprofundamento do debate, notadamente no que concerne à alterações regimentais que merecem o devido cuidado e atenção, pois possuem reflexos diretos sobre a segurança jurídica dos administrados, repercutindo sobre todos os processos e procedimentos em tramitação no CADE.

Art. 29. A alteração deste Regimento somente será aprovada em sessão ordinária, com a presença de todos os membros do Plenário, por voto favorável de pelo menos cinco Conselheiros.

Introduziu-se quórum qualificado para alteração do Regimento, objetivando assegurar a estabilidade das regras procedimentais, propiciando ao administrado a necessária segurança jurídica.

Assim, exige-se a presença de todos os membros para a aprovação de maneira a ampliar o debate. A alteração somente será efetuada com o voto favorável de 5 membros, portanto dependerá de sólida maioria do Colegiado.

O sistema de quórum qualificado para alteração do regimento é previsto, por exemplo, no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

“ Art. 334. As emendas considerar-se-ão aprovadas se obtiverem o voto favorável de dois terços dos membros do Tribunal, não entrando em vigor antes de sua publicação no Diário da Justiça”.

Art. 30. São publicações do CADE:

I. Pauta de julgamento;

II. Atas das sessões plenárias e de distribuição, ementas, acórdãos e despachos;

III. Revista do CADE;

IV. Relatório Anual;

V. CADE: Texto para Discussão;

VI. Atas das reuniões do Fórum Permanente da Concorrência.

As publicações do CADE são de extrema importância, não só para garantir a produção de efeitos das decisões, no caso das atas das sessões, mas

para tornar efetiva a função do Plenário do CADE, presente no art.7º inc.XVIII, de instruir o público sobre as formas de infração à ordem econômica. Daí as publicações de caráter educativo, cuja finalidade primordial é difundir a cultura da concorrência.

Art. 31. Os casos omissos e as dúvidas surgidas da aplicação do presente Regimento serão solucionadas pelo Presidente, ouvido o Plenário.

O dever de decidibilidade dos conflitos exige do Plenário uma definição quanto à regra ou procedimento a ser adotado, portanto deve haver uma interpretação final a prevalecer. Daí a atribuição a um de seus membros, após consulta ao Plenário, da função de decidir sobre os casos omissos. Neste sentido, manteve-se a regra presente no regimento em vigor que, aliás, segue o sistema adotado no Supremo Tribunal Federal.

“Art. 366. Os casos omissos serão resolvidos pelo Presidente, ouvida a Comissão de Regimento”.

Art. 32. Este Regimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

5. Quadro Comparativo

Quadro Comparativo

*AS PARTES EM NEGRITO REPRESENTAM O QUE MUDOU EM RELAÇÃO À 1º. PROPOSTA

<i>REGIMENTO EM VI-GOR</i>	PRIMEIRA PRO-POSTA	PROPOSTA FINAL PARA VOTAÇÃO*
<i>CAPÍTULO I</i> Categoria e Finalidade	Parte I Da Finalidade e Composição	Parte I Da Finalidade e Composição
<i>Art. 1º - O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão judicante vinculado ao Ministério da Justiça, regido pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica.</i>	Art.1º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante vinculado ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica, conforme os ditames da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.	Art. 1º. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, órgão judicante vinculado ao Ministério da Justiça, regido pela Lei nº. 8.884/94, de 11 de Junho de 1994, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, tem por finalidade prevenir e reprimir as infrações à Ordem Econômica.
<i>CAPÍTULO II</i> Organização		
<i>Art. 2º - O Plenário do CADE é composto pelo Presidente, 6 (seis) Conselheiros e o Procurador-Geral.</i>	Art.2º São membros do Plenário do CADE o Presidente e 6 (seis) Conselheiros	Art.2º São membros do Plenário do CADE o Presidente e 6 (seis) Conselheiros.
<i>CAPÍTULO III</i>		
<i>Art. 3º Compete ao CADE:</i>	(Artigo e incisos suprimidos)	
<i>I - decidir sobre a existência ou não de abuso do poder econômico;</i>		
<i>II - impor sanções na forma prevista na lei;</i>		
<i>III - representar ao Ministério Público;</i>		
<i>IV- determinar as providências administrati-</i>		

<i>vas cabíveis;</i>		
<i>V - exercer as demais atribuições conferidas em lei ou regulamento.</i>		
CAPÍTULO IV Atribuições		
<i>Art. 4º Ao Presidente incumbe dirigir, coordenar, supervisionar, avaliar as atividades do CADE e, especificamente</i>	(Artigo e incisos suprimidos)	
<i>I - presidir as sessões, cumprir e fazer cumprir as suas decisões e zelar pela observância deste Regimento;</i>		
<i>II - assinar os compromissos de cessação de infração à ordem econômica e os compromissos de desempenho;</i>		
<i>III - distribuir os processos aos Conselheiros do CADE;</i>		
<i>IV - proferir, além do voto ordinário, voto de qualidade, em caso de empate;</i>		
<i>V - requisitar de Qualquer repartição federal, inclusive as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, as informações e diligências necessárias à execução de suas funções</i>		

<i>e solicitá-las às autoridades estaduais e municipais;</i>		
<i>VI - representar legalmente o CADE;</i>		
<i>VII - orientar, fiscalizar e supervisionar os serviços do CADE;</i>		
<i>VIII - convocar as sessões, determinando a organização da respectiva pauta.</i>		
<i>Art. 5º O Presidente do CADE, em suas faltas e impedimentos, será substituído pelo Conselheiro mais antigo e, em igualdade de condições, pelo mais idoso.</i>	(Artigo suprimido)	
<i>Art. 6º Aos Conselheiros incumbe:</i>	(Artigo e incisos suprimidos)	
<i>I - dirigir e relatar os feitos que lhes forem distribuídos;</i>		
<i>II - deliberar sobre a concessão de liminar, que poderá ser submetida à decisão do Plenário;</i>		
<i>III - emitir votos em todas as questões submetidas à decisão do Plenário e redigir acórdãos;</i>		
<i>IV - desincumbir-se das demais tarefas que lhes forem cometidas pelo Plenário ou pelo Presidente do CADE.</i>		

Art. 7º Ao Procurador-Geral incumbe:	(Artigo e incisos suprimidos)	
I - zelar pela execução da legislação em vigor e das decisões do CADE;		
II - manifestar-se, como fiscal da lei, em todos os feitos da competência do CADE, facultando-se o seu pronunciamento oral em Plenário.		
Art. 8º O Plenário deliberará sobre:	(Artigo e incisos suprimidos)	
I - processos administrativos provenientes da Secretaria de Direito Econômico - SDE, consultas e demais procedimentos previstos em lei;		
II - concessão de liminar;		
III - proposta de alteração deste Regimento sugerida por qualquer dos membros do CADE.		
§ 2º As sessões serão realizadas com a presença do Presidente, de 4 (quatro) Conselheiros, no mínimo, e do Procurador-Geral.		
	PARTE II DO PROCESSO	PARTE II DO PROCESSO
CAPÍTULO V Funcionamento	Seção I Do Funcionamento	Seção I

	do CADE	Do Funcionamento do CADE
Art. 9. Os processos serão registrados no protocolo do CADE, no mesmo dia do seu recebimento, correndo desta data o prazo para o seu respectivo julgamento.	Art. 3º. Os processos serão registrados ou autuados no protocolo do CADE, no dia do seu recebimento, correndo desta data o prazo para o seu respectivo julgamento.	Art. 3º. Os processos serão registrados ou autuados no protocolo do CADE, no dia do seu recebimento, correndo desta data o prazo para o seu respectivo julgamento.
Art. 10. Os processos de competência do CADE serão distribuídos por classe – Processo Administrativo, Averiguação Preliminar, Ato de Concentração e Consulta - tendo cada um numeração processual distinta.	Art. 4º. Os processos do CADE serão distribuídos por classe - Processo Administrativo, Averiguação Preliminar, Ato de Concentração, Consulta e Recurso Voluntário.	Art. 4º. Os processos do CADE serão distribuídos por classe - Processo Administrativo, Averiguação Preliminar, Ato de Concentração, Consulta e Recurso Voluntário - tendo cada um numeração processual distinta.
Art. 11. A distribuição será feita, por sorteio, aos Conselheiros, observando-se o princípio da equanimidade, em sessões públicas, às quintas-feiras, às 10 horas e, quando necessário, às terças feiras, às 14 horas e 30 minutos.	Art. 5º. A distribuição será feita, por sorteio, aos Conselheiros, observando-se o princípio da equanimidade, em sessões públicas, às quintas-feiras, às 10 horas e, extraordinariamente, às terças - feiras, às 14 horas e 30 minutos.	Art. 5º. A distribuição será feita, por sorteio, pelo Presidente , observando-se o princípio da equanimidade, em sessões públicas, às quintas-feiras, às 10 horas e, extraordinariamente, às terças - feiras, às 14 horas e 30 minutos.
Art. 12. O CADE abrirá vista dos processos em suas dependências ao representado ou ao advogado legalmente	(Ver artigo 8º, caput)	

constituído, mediante requerimento dirigido ao Relator, que será juntado aos respectivos autos.		
Parágrafo único. Serão fornecidas certidões e cópias de peças dos processos ao representado ou advogado legalmente constituído mediante ressarcimento do custo correspondente.	(Ver artigo 8º, § 3º)	
Art. 13. Em qualquer dos casos previstos no artigo anterior, o Relator indeferirá o pedido, se houver justo motivo.	(Ver artigo 8º, § 4º)	
Art. 14. O Plenário do CADE reunir-se-á, ordinariamente, em sessão pública, às quartas-feiras, no horário das 14h00 às 18h00 no período de 15 de janeiro a 20 de dezembro e, extraordinariamente, por convocação do Presidente ou em decorrência de proposição da maioria de seus membros.	Art. 6º. O Plenário do CADE reunir-se-á, ordinariamente, às quartas-feiras, em sessão pública, que será iniciada às 14 horas com previsão de encerramento às 18 horas, no período de 15 de janeiro a 19 de dezembro e, extraordinariamente, por convocação do Presidente ou em decorrência de proposição da maioria de seus membros.	Art. 6º. O Plenário do CADE reunir-se-á, ordinariamente, às quartas-feiras, em sessão pública, que será iniciada às 14 horas com previsão de encerramento às 18 horas, no período de 15 de janeiro a 19 de dezembro e, extraordinariamente, por convocação do Presidente ou em decorrência de proposição da maioria de seus membros.
§ 1º O julgamento, uma vez iniciado, ultimar-se-á e não será interrompido pela hora re-	(Parágrafo suprimido)	

gimental do encerramento da sessão.		
	§1º. O julgamento das Averiguações Preliminares será realizado em sessão reservada, dela participando somente o Procurador-Geral e o representado ou seu advogado.	Incorporado pela nova Seção de Julgamentos Especiais no seu art.21
	§ 2º. Do dia 20 de dezembro a 15 de janeiro não correrão os prazos processuais.	Parágrafo Único. As férias coletivas do colegiado serão do dia 20 de dezembro a 15 de janeiro, quando não correrão os prazos processuais.
Art. 15. Na falta ou impedimento do Procurador, o Presidente designará um Procurador ad hoc	(Artigo suprimido)	
Art. 16. Na ocorrência de impedimento:	Art. 7º . Na ocorrência de impedimento ou suspeição:	Art. 7º . Na ocorrência de impedimento ou suspeição:
I - do Relator, o processo será redistribuído na sessão seguinte ao incidente, na forma prevista no art. 12;	I. do Relator, o processo será redistribuído na sessão seguinte ao incidente, na forma prevista no art. 5º do Regimento;	I. do Relator, o processo será redistribuído na sessão seguinte ao incidente, na forma prevista no art. 5º do Regimento;
II - dos demais Conselheiros, abster-se-ão estes de votar.	II. dos demais Conselheiros, abster-se-ão estes de votar.	II. de outro membro do Plenário, abster-se-á este de votar.
		art.8º. Nos casos de licenças médicas, férias ou ausências justificadas, o Presidente designará substituto para

		o Relator tão somente para adoção de diligências indispensáveis no processo
	Seção II Do acesso aos autos e do sigilo	Seção II Do Acesso aos Autos e Do Sigilo
	Art. 8º. O CADE assegurará aos representados, requerentes ou consulentes ou seus advogados o exame dos autos em suas dependências.	Art. 9º. O CADE assegurará aos representados, requerentes ou consulentes ou seus advogados o exame dos autos em suas dependências.
	§ 1º. Terceiro interessado poderá examinar os autos de processos nas dependências do CADE, mediante requerimento dirigido ao Relator, que será juntado aos mesmos. É vedado o acesso aos documentos e informações declarados sigilosos nos termos do artigo 9º do Regimento.	§ 1º. Terceiro interessado poderá examinar os autos em suas dependências, mediante requerimento dirigido ao Relator, que será juntado aos mesmos. É vedado o acesso aos documentos e informações declarados sigilosos nos termos do artigo 10º do Regimento.
	Ver § 3º. Deste mesmo artigo.	§ 2º. Em caso de processos para os quais ainda não tenha sido designado um Relator, ou cujas decisões já tenham sido proferidas, o requerimento referido no parágrafo primeiro deverá ser encaminhado ao Presidente.
	§ 2º O Relator poderá	§ 3º. O Relator ou, na

	ouvir o representado, requerente ou consulente a respeito do pedido de exame dos autos formulado por terceiro interessado.	hipótese do §2º , o Presidente indeferirá, fundamentadamente, o pedido de vista dos autos formulado por terceiro interessado, se houver justo motivo.
	§ 3º. Em caso de processos para os quais ainda não tenha sido designado um Relator, ou cujas decisões plenárias terminativas já tenham sido proferidas, o requerimento referido no parágrafo primeiro deverá ser encaminhado ao Presidente.	Ver §2º deste projeto.
	§ 4º. Serão fornecidas certidões e cópias de peças dos processos aos representados, requerentes ou consulentes, ou seus advogados, bem como aos terceiros interessados devidamente autorizados pelo Relator ou pelo Presidente, mediante ressarcimento do custo correspondente.	§4º. Serão fornecidas certidões e cópias de peças dos processos aos representados, requerentes ou consulentes, ou aos seus advogados, bem como aos terceiros interessados, devidamente autorizados pelo Relator ou, de acordo com a hipótese do §2º , pelo Presidente, mediante ressarcimento de suas custas.
	§5º. O Relator ou Presidente indeferirá, fundamentadamente, o pedido de vista dos autos formulado por terceiro interessado,	§ 5º. O servidor do CADE não divulgará qualquer informação constante nos autos, sem a prévia e expressa determinação do

	se houver justo motivo.	Relator ou, de acordo com a hipótese do §2º , do Presidente, na hipótese do parágrafo segundo, sob pena de responsabilidade.
	§6º. O servidor do CADE não divulgará qualquer informação constante nos autos, sem prévia e expressa determinação do Relator ou na hipótese do parágrafo terceiro, do Presidente, sob pena de responsabilidade.	
	Art. 9º. O Relator assegurará o sigilo de documentos e informações, no caso em que a lei o preveja, determinando sua atuação em apartado.	Art. 10º. Nos casos em que a lei o preveja ou nos casos em que o interesse público exigir o Relator determinará o sigilo de documentos e informações, cuja atuação será feita em apartado.
	§ 1o. Mediante pedido fundamentado do representado, requerente ou consulente, o Relator poderá determinar o sigilo de documentos e informações, mesmo quando não previsto em lei, quando o interesse público ou a preservação do sigilo o exigir.	§ 1º.O representado, requerente ou consulente, ou seus advogados, encaminharão ao Relator, mediante pedido fundamentado, a solicitação de sigilo.
	§ 2o. O pedido conterá a especificação das	§ 2º. O pedido conterá a especificação das

	<p>peças que poderão ter acesso aos documentos e informações sigilosas, bem como resumo não sigiloso desses dados, que permita a sua compreensão. Nos casos em que não seja possível a apresentação de resumo não-sigiloso, o representado, requerente ou consulente justificará por escrito.</p>	<p>peças que poderão ter acesso aos documentos e informações sigilosas, bem como um resumo não sigiloso desses dados. Nos casos em que não seja possível a apresentação do resumo, o representado, requerente ou consulente, apresentará justificativa por escrito.</p>
	<p>§ 3º. O Relator indeferirá o pedido, se houver justo motivo, mediante despacho fundamentado, cabendo desta decisão recurso voluntário ao Plenário no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da notificação, garantindo-se o sigilo até o término do prazo de interposição do recurso ou, caso interposto, até seu julgamento pelo Plenário.</p>	<p>§ 3º. O Relator indeferirá o pedido, se houver justo motivo, mediante despacho fundamentado, cabendo desta decisão recurso voluntário ao Plenário no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da notificação, garantindo-se o sigilo até o término do prazo de interposição do recurso. (suprimidas as últimas duas linhas).</p>
	<p>Não estava previsto anteriormente</p>	<p>§4º. Interposto o recurso, o sigilo extender-se-á até o seu julgamento pelo Plenário que se dará, obrigatoriamente, em sessão reservada.</p>
	<p>§ 4º. Durante o julgamento, os membros do Plenário e o Procura-</p>	<p>§ 5º. Em todas as manifestações orais ou escritas dos membros</p>

	dor-Geral assegurarão em suas manifestações, orais ou escritas, a reserva das informações sigilosas.	do Plenário e Procurador-Geral, deverá assegurar a reserva das informações sigilosas.
	§ 5o. As informações e documentos de caráter sigiloso fornecidos pelo representado, requerentes ou consulentes deverão destinar-se exclusivamente a instruir o processo no qual foram produzidos.	§6. As informações e documentos de caráter sigiloso de que trata esta Seção II, fornecidos pelo representado, requerentes ou consulentes, ou por seus advogados, não poderão destinar-se a terceiros.º
	Seção III Da instrução	Seção III Da Instrução
	Art.10. A qualquer tempo ao longo da instrução de processo que lhe tenha sido distribuído, o Relator poderá requisitar cópias de documentos ou informações da SDE, SEAE ou outro órgão instrutório, de modo a melhor acompanhar o andamento da instrução.	Art.11. A qualquer tempo ao longo da instrução de processo que lhe tenha sido distribuído, o Relator poderá requisitar cópias de documentos ou informações da SDE, SEAE ou outro órgão instrutório, de modo a melhor acompanhar o andamento da instrução.
	Art. 11. As audiências de instrução serão públicas e presididas pelo Relator, lavrando-se, por procurador do CADE, o respectivo termo, que será juntado aos autos.	Art. 12. As audiências de instrução serão públicas e presididas pelo Relator, lavrando-se, o respectivo termo, que será juntado aos autos.
	§ 1o. O Presidente poderá, por indicação	§ 1º. O Presidente poderá, por indicação

	do Relator, convidar os requerentes para, em audiências preliminares ao julgamento, discutir com o Plenário do CADE as condições de aprovação da operação, nos termos do art.54 da Lei 8884/94.	do Relator, convidar o representado, requerente ou consulente, ou seus advogado para prestar esclarecimentos perante o Plenário do CADE.
	§ 2º. O Relator poderá realizar audiência de instrução em caráter reservado quando a prova a ser produzida for sigilosa.	§ 2º. O Relator poderá realizar audiência de instrução em caráter reservado quando a prova a ser produzida for sigilosa.
	§ 3º. O Relator notificará os requerentes, representados ou consulentes e os respectivos advogados com, no mínimo, 5 (cinco) dias úteis de antecedência à audiência de instrução.	§ 3º. O Relator notificará os requerentes, representados ou consulentes, e os seus respectivos advogados, bem como os membros do Plenário e da Procuradoria com , no mínimo, 5 (cinco) dias úteis de antecedência à audiência de instrução.
	Art. 12. As audiências concedidas pelos membros do Plenário ou pelo Procurador-Geral aos representados, requerentes ou consulentes serão registradas, indicando-se a data, horário e participantes.	Art. 13. As audiências concedidas pelos membros do Plenário ou pelo Procurador-Geral aos representados, requerentes ou consulentes <u>deverão ser</u> registradas, indicando-se a data, horário e participantes.
Seção I	Seção IV	Seção IV

Processo Administrativo	Do Julgamento	Do Julgamento
Art. 17. Recebido o processo administrativo, o Relator o encaminhará à Procuradoria para parecer, após o qual, solicitará a inclusão de feito em pauta de julgamento	Art. 13. Recebido o processo, o Relator abrirá vista dos autos imediatamente à Procuradoria para parecer.	Art. 14. Recebido o processo, o Relator abrirá vista dos autos imediatamente à Procuradoria para parecer.
	§1º. O prazo de 20 (vinte) dias a que se refere o artigo 42 da Lei 8884/94 contar-se-á a partir do recebimento dos autos pela Procuradoria.	§1º. O prazo de 20 (vinte) dias a que se refere o artigo 42 da Lei 8884/94 contar-se-á a partir do recebimento dos autos pela Procuradoria.
	§2º. Transcorrido o prazo referido no parágrafo anterior, o Relator, se julgar convenientemente instruído o processo, poderá incluí-lo em pauta, mesmo sem o parecer escrito da Procuradoria, o qual, no caso, será proferido oralmente pelo Procurador-Geral na sessão de julgamento.	§2º. Transcorrido o prazo referido no parágrafo anterior, o Relator, se julgar satisfatoriamente instruído o processo, poderá incluí-lo em pauta de julgamento.
	§3º. Constatado que a Procuradoria não emitiu o seu parecer sobre o caso em pauta até o prazo especificado no art. 14, o Procurador-Geral deverá proferí-lo, oralmente, na sessão de seu julgamen-	§3º. Constatado que a Procuradoria não emitiu o seu parecer sobre o caso em pauta até o prazo especificado no art. 15 , o Procurador-Geral deverá proferí-lo, oralmente, na sessão de seu julgamento,

	to.	salvo quando, por justo motivo, entender insuficiente a sua manifestação, devendo informar em tempo hábil o Relator.
	Não estava previsto anteriormente	§4º. Na hipótese do §3. deste art., e se entender expressamente indispensável para a sua defesa, será facultado ao representado, requerente ou consulente, ou seus advogados, requerer a suspensão de julgamento para a análise do parecer técnico proferido pela Procuradoria.
	Não estava previsto anteriormente	§5º. A suspensão para a análise de parecer de que trata o § anterior não poderá exceder 5(cinco) dias úteis, contados a partir da publicação da ata da sessão de julgamento
	Art. 14. O Relatório será distribuído aos Conselheiros, ao Procurador-Geral e ao representado, requerente ou consulente com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis à sessão de julgamento, sendo dispensada sua leitura	Art. 15. O Relatório será distribuído aos membros do Plenário , ao Procurador-Geral e ao representado, requerente ou consulente com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis à sessão de julgamento, sendo dispensada sua

	durante a mesma.	leitura durante a mesma.
	§1o. O relatório deverá conter o registro dos principais fatos e ocorrências havidos no curso do processo.	§1º. O relatório, respeitado o disposto no artigo 10º , deverá conter o resumo dos fatos e ocorrências havidos no curso do processo.
	§2º. O relatório, exceto no caso de averiguação preliminar, será colocado à disposição do público com antecedência de 1 (uma) hora do início da sessão de julgamento.	§2º. O relatório, exceto no caso recurso de ofício em averiguação preliminar, será colocado à disposição do público com antecedência de 1 (uma) hora do início da sessão de julgamento.
	Art. 15. Nos recursos de ofício em Averiguações Preliminares, com parecer da Procuradoria pelo desprovemento, o Relator poderá determinar o arquivamento do feito, por meio de despacho ad referendum do Plenário.	Deslocado para a Seção de julgamentos especiais.
	§ 1º. O despacho será publicado no Diário Oficial da União com antecedência mínima de 5 (cinco) dias úteis à sessão em que será submetido a referendo, período durante o qual os autos ficarão disponíveis para consulta dos demais	Deslocado para a Seção de julgamentos especiais.

	membros do Plenário e do Procurador-Geral.	
	§ 2º. Caso algum membro do Plenário peça vista dos autos durante a sessão em que o despacho for submetido a referendo, será assegurado ao representado ou seu advogado o direito à palavra por 15 (quinze) minutos, na sessão em que for retomado o julgamento, após proferido o voto de vista.	Deslocado para a Seção de julgamentos especiais.
Art. 18. Na Sessão de julgamento, será facultada ao Procurador-Geral e ao representado, através de advogado legalmente constituído, a manifestação oral, por quinze minutos, em seguida à leitura do relatório. Parágrafo Único. Será admitida a participação subsidiária do representado dentro do prazo estabelecido neste artigo.	Art. 16. Na sessão de julgamento, o Relator exporá, sucintamente, os elementos relevantes de seu relatório previamente distribuído, após o que, será facultada ao Procurador-Geral e ao representado ou seu advogado a manifestação oral, por 15 (quinze) minutos.	Art. 16. Na sessão de julgamento, o Relator exporá, sucintamente, os elementos relevantes de seu relatório previamente distribuído, após o que, será facultado ao Procurador-Geral e ao representado ou seu advogado a manifestação oral, por 15 (quinze) minutos.
Art. 19. O Presidente tomará o voto do Relator e, a partir deste, dos demais Conselheiros, em ordem decrescente de antigüidade, e, em	Art.17. O Presidente tomará o voto do Relator e, a partir deste, dos demais Conselheiros, em ordem decrescente de antigüidade	Art.17. O Presidente tomará o voto do Relator e, a partir deste, dos demais Conselheiros, em ordem decrescente de antigüidade e,

igualdade de condição, de idade, votando o Presidente por último.	e, em igualdade de condições, de idade, votando o Presidente por último.	em igualdade de condições, de idade, votando o Presidente por último.
§ 1º Faculta-se ao Relator indicar o adiamento do julgamento e os demais Conselheiros e ao Presidente formular o pedido de vista do processo, devendo devolvê-lo até a segunda sessão ordinária seguinte, proferindo, então o seu voto.	§ 1º. Faculta-se ao Relator indicar o adiamento do julgamento e aos demais Conselheiros e ao Presidente formular o pedido de vista do processo, devendo devolvê-lo até a segunda sessão ordinária seguinte.	§ 1º. Faculta-se ao Relator indicar o adiamento do julgamento e aos demais Conselheiros e ao Presidente formular o pedido de vista do processo, devendo devolvê-lo até a segunda sessão ordinária seguinte.
§ 2º Os pedidos de vista formulados por um ou mais Conselheiros, não impedem que outros profiram seus votos, desde que se declarem habilitados.	§ 2º. Formulado pedido de vista por algum membro do Plenário, retomar-se-á o julgamento a partir de seu voto, quando o processo for devolvido, ainda que alterada a ordem de votação.	§ 2º. Formulado pedido de vista por algum membro do Plenário, retomar-se-á o julgamento a partir de seu voto, quando o processo for devolvido, ainda que alterada a ordem de votação.
§ 3º As decisões serão tomadas por maioria simples de votos.	(Parágrafo suprimido)	
	§ 3º Os pedidos de vista formulados por um ou mais Conselheiros, não impedem que outros profiram seus votos, desde que se declarem habilitados.	§ 3º Os pedidos de vista formulados por um ou mais Conselheiros, não impedem que outros profiram seus votos, desde que se declarem habilitados.
	§ 4º. Até ser proclamado o resultado pelo Presidente, o Conselheiro poderá alterar seu voto.	§ 4º. Até ser proclamado o resultado pelo Presidente, o Conselheiro poderá alterar seu voto.

	Art. 18. O Presidente poderá, por solicitação de qualquer membro do Plenário ou do Procurador-Geral, após o voto do Relator, abrir período de discussão não superior a 15 (quinze) minutos, caso julgue necessário ao melhor esclarecimento de fato ou de direito, para a formação do juízo dos membros do Plenário.	Art. 18. O Presidente poderá, por solicitação de qualquer membro do Plenário ou do Procurador-Geral, após o voto do Relator, abrir período de discussão de 15 (quinze) minutos, caso julgue necessário ao melhor esclarecimento de fato ou de direito, para a formação do juízo dos membros do Plenário.
	§ 1º. Somente no período de discussão poderá o Presidente conceder ao membro do Plenário oportunidade de apartes ou réplicas.	§ 1º. Somente no período de discussão poderá o Presidente conceder ao membro do Plenário oportunidade de apartes ou réplicas.
	§ 2º. O Presidente determinará o encerramento do debate oral e reabertura da votação.	§ 2º. O Presidente determinará o encerramento do debate oral e reabertura da votação.
Art. 20. O Presidente proclamará o resultado, dando o encaminhamento de direito ao processo.	Art. 19. O Presidente proclamará a decisão, cujo acórdão será redigido pelo Relator.	Art. 19. O Presidente proclamará a decisão, cujo acórdão será redigido pelo Relator.
	§ 1º. Vencido o Relator, será designado para redigir o acórdão o Conselheiro que primeiro tenha votado nos termos da decisão final.	§ 1º. Vencido o Relator, será designado para redigir o acórdão o Conselheiro que primeiro tenha votado nos termos da decisão final.
Art. 21. As decisões do	§ 2º. O acórdão conte-	§ 2º. O acórdão conte-

CADE constarão de acórdãos nos quais o Relator se reportará às notas taquigráficas do julgamento, que dele farão parte integrante.	rá remissão aos registros da sessão de julgamento, que dele farão parte integrante.	rá remissão aos registros da sessão de julgamento, que dele farão parte integrante.
Art. 22. Subscrevem o acórdão, o Presidente e o Relator. Vencido o Relator, será designado para redigir o acórdão o Conselheiro que primeiro tenha votado nos termos da decisão final.	§ 3º. Subscrevem o acórdão o Presidente e o Relator ou o Conselheiro que o tenha redigido.	§ 3º. Subscrevem o acórdão o Presidente e o Relator ou o Conselheiro que o tenha redigido.
	§ 4º. O acórdão será publicado no Diário Oficial da União até 15 (quinze) dias úteis após a publicação da decisão.	§ 4º. O acórdão será publicado no Diário Oficial da União até 15 (quinze) dias úteis após a publicação da decisão.
Art. 23. As sessões Plenárias serão registradas em notas taquigráficas.	(Artigo suprimido)	
Art. 24. A ata de cada sessão Plenária será submetida à aprovação na sessão ordinária seguinte.	Art. 20. A ata de cada Sessão Plenária será submetida à aprovação na sessão seguinte.	Art. 20. A ata de cada Sessão Plenária será submetida à aprovação na sessão seguinte.
	Procedimentos que não estavam no primeiro Projeto de Regimento	Seção V Dos Julgamentos Especiais
	Procedimento previsto no art. 6º § 1º	Art. 21 O julgamento dos recursos de ofício em Averiguações Preliminares será realizado em sessão reservada, dela participando somente o Procurador-

		Geral e o representado ou seu advogado.
	Procedimentos que não estavam no primeiro Projeto de Regimento	Art. 22. Nos recursos de ofício em Averiguação Preliminar, com parecer da Procuradoria pelo desprovimento, o Relator poderá determinar o arquivamento do feito, por meio de despacho ad referendum do Plenário.
	Procedimentos derivados do art.15 do primeiro Projeto de Regimento	§1º. Mensalmente, os despachos referidos no caput. Deste artigo deverão ser levados a Plenário, chamando-se apenas o número do processo e os nomes das partes.
	Procedimentos derivados do art. 15 do primeiro Projeto de Regimento	§2º. Proferido o voto de vista, será facultado aos representados, requerentes ou consulentes, ou aos seus advogados bem como ao Procurador-Geral, direito à palavra por um período máximo de 15(quinze) minutos.
	Procedimentos derivados do art.15 do primeiro Projeto de Regimento	§3º. Terminadas as manifestações orais de que trata o §3º deste artigo, será retomada a ordem regimental de votação.
	Seção V Da Execução Judici-	Seção VI Da Execução e Fisca-

	al e Fiscalização das Decisões	lização das Decisões
	Art. 21. A promoção da execução judicial das decisões do CADE pela Procuradoria deverá ser precedida de determinação do Plenário, por meio de seu Presidente.	Art. 23. o cumprimento das decisões do CADE será fiscalizado por órgão executivo diretamente subordinado à Presidência do CADE, a quem deverão ser encaminhados os processos após a decisão final do Plenário.
		§1º. Em caso de aplicação de multa ou verificado o descumprimento da decisão, o Plenário, por meio de seu Presidente, determinará à Procuradoria a adoção de providências para a devida execução judicial.
		§2º. Qualquer incidente no curso da Execução de decisão do CADE deverá ser submetido à análise do Plenário pelo seu Presidente.
	Art. 22. O Relator poderá solicitar ao Presidente do CADE assessoria do corpo administrativo do CADE para supervisão dos termos de compromisso de ces-	Art. 24. O Relator poderá solicitar ao Presidente do CADE assessoria do corpo administrativo do CADE para supervisão dos termos de compromisso de cessação

	sação ou de desempenho.	ou de desempenho.
	Art. 23. O CADE fiscalizará o cumprimento das decisões que determinem providências para eliminação dos efeitos nocivos da prática ou ato à ordem econômica.	Art. 25. O CADE fiscalizará o cumprimento das decisões que determinem providências para eliminação dos efeitos nocivos da prática ou ato à ordem econômica.
	PARTE III Das Disposições Gerais	PARTE III Das Disposições Gerais
Seção II Consulta	(ver art. 23, I)	
Art. 25. Todos os interessados poderão consultar o CADE sobre legitimidade de atos suscetíveis de acarretar restrição da concorrência ou concentração econômica. Art. 26. O pedido de consulta conterà: I - a indicação precisa do seu objeto, bem como da tese do consultante devidamente fundamentada; II - a comprovação do legítimo interesse no caso. Parágrafo único. O Relator indeferirá de plano o pedido que não atender aos requisitos deste artigo. Art. 27. A consulta será distribuída ao Relator	(Artigos suprimidos)	

<p>que, quando necessário, proporá ao Presidente que requirite diligências e pareceres competentes e, sendo o caso, manifestações de outros agentes econômicos, sugerindo prazo.</p> <p>Parágrafo único. Vencido o prazo fixado, o Relator poderá dar seguimento ao feito, independentemente do cumprimento das requisições e de realizadas as manifestações.</p> <p>Art. 28. Instruído o processo, a Procuradoria será ouvida.</p> <p>Art. 29. O procedimento seguirá a forma estabelecida nos artigos 20 a 25.</p>		
	<p>Art. 24. Serão aprovados em Resolução do Plenário as regras e procedimentos relativos:</p>	<p>Art. 26. Serão aprovados em Resolução do Plenário, entre outras, as regras e procedimentos relativos:</p>
		<p>I - ao estabelecimento de normas complementares relativas a seu funcionamento e à ordem dos trabalhos.</p>
	<p>I - às consultas ao CADE sobre matéria de sua competência.</p>	<p>II - às consultas ao CADE sobre matéria de sua competência.</p>
	<p>II- à instrução dos processos administra-</p>	<p>III- à instrução dos processos administra-</p>

	tivos.	tivos.
	III- à cobrança das multas referidas na Lei 8884/94.	IV- à cobrança das multas referidas na Lei 8884/94.
	IV- ao comportamento ético dos servidores do CADE.	V- ao comportamento ético dos servidores do CADE.
	V- aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8884/94 .	VI- aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8884/94 .
	VI- aos recursos voluntários de medidas preventivas adotadas pelo Relator ou pela SDE.	VII - aos recursos voluntários de medidas preventivas adotadas pelo Relator ou pela SDE.
CAPÍTULO VI Das Disposições Gerais	Não estava prevista anteriormente	VIII- à participação do CADE nos processos judiciais de que trata o artigo 89 da Lei 8.884/94.
	Art. 25. O Presidente, os Conselheiros e o Procurador-Geral deverão, conjuntamente, submeter ao Plenário balanço anual de suas atividades, que contemplará, respectivamente:	Art. 27. O Presidente, os Conselheiros e o Procurador-Geral deverão, conjuntamente, submeter ao Plenário balanço anual de suas atividades, que contemplará, respectivamente:
	I- as atividades de representação da Autarquia e cumprimento das decisões do CADE.	I- as atividades de representação da Autarquia e cumprimento das decisões do CADE.
	II – as atividades de relatoria.	II – as atividades de relatoria.
	III – as atividades de assessoria jurídica e às providências administrativas e judiciais	III – as atividades de assessoria jurídica e às providências administrativas e judiciais

	adotadas.	adotadas.
Art. 30. A súmula da jurisprudência constituir-se-á de princípios ou enunciados, resumindo teses, soluções e precedentes, adotados reiteradamente pelo Plenário.	(Artigo suprimido)	
Art. 31. Qualquer membro do CADE poderá convocar sessões administrativas para deliberar sobre assuntos internos.	(Artigo suprimido)	
Art. 32. A alteração deste Regimento somente será aprovada por maioria do Plenário, mediante proposta de um dos membros do Conselho.	Art. 26. A proposta de emenda do Regimento somente poderá ser apresentada por membro do Plenário ou pelo Procurador-Geral em sessão ordinária, permanecendo em mesa durante 3 (três) sessões ordinárias consecutivas, para receber sugestões, após o que o assunto será colocado em discussão e votação.	Art. 28. A proposta de emenda do Regimento somente poderá ser apresentada por membro do Plenário ou pelo Procurador-Geral em sessão ordinária, permanecendo em mesa durante 3 (três) sessões ordinárias consecutivas, para receber sugestões, após o que o assunto será colocado em discussão e votação.
Art. 33. Lida a proposta de emenda do Regimento, em sessão ordinária, permanecerá em mesa durante três sessões ordinárias consecutivas, para receber sugestões, após o que o assunto será colocado em discussão a votação	Art. 27. A alteração deste Regimento somente será aprovada em sessão ordinária, com a presença de todos os membros do Plenário, por voto favorável de pelo menos 5 (cinco) Conselheiros.	Art. 29. A alteração deste Regimento somente será aprovada em sessão ordinária por pelo menos 5(cinco) votos favoráveis.

Art. 34. São publicações do CADE:	Art. 28. São publicações do CADE:	Art. 30. São publicações do CADE:
I - Pauta de Julgamento;	I. Pauta de julgamento;	I. Pauta de julgamento;
II - Atas das Sessões Plenárias e de Distribuição;	II. Atas das Sessões Plenárias e de distribuição, ementas, acórdãos e despachos;	II. Atas das Sessões Plenárias e de distribuição, ementas, acórdãos e despachos;
III - Revista do CADE;	III. Revista do CADE;	III. Revista do CADE;
IV - Relatório Anual;	IV. Relatório Anual;	IV. Relatório Anual;
V - CADE: Texto para Discussão.	V. CADE: Texto para Discussão.	V. CADE: Texto para Discussão.
	VI. Atas das reuniões do Fórum Permanente da Concorrência.	VI. Atas das reuniões do Fórum Permanente da Concorrência.
Art. 35. O CADE estabelecerá normas complementares relativas a seu funcionamento e à ordem dos trabalhos.	Art. 29. O CADE estabelecerá normas complementares relativas a seu funcionamento e à ordem dos trabalhos.	Ver art. 26, I
Art. 36. Os casos omissos e as dúvidas surgidas na aplicação do presente Regimento serão solucionados pelo Presidente, ouvido o plenário.	Art. 30. Os casos omissos e as dúvidas surgidas da aplicação do presente Regimento serão solucionadas pelo Presidente, ouvido o Plenário.	Art.31. Os casos omissos e as dúvidas surgidas da aplicação do presente Regimento serão solucionadas pelo Presidente, ouvido o Plenário.
Art. 37. Este Regimento entrará em vigor na data da sua publicação, revogadas as disposições em contrário.	Art. 31. Este Regimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.	Art. 32. Este Regimento entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

ARRUDA SAMPAIO, ONOFRE	Considerações a respeito de processo administrativo	vol. 3 n.º 6
BASTOS, ALEXANDRE A. REIS	Informação e defesa da concorrência	vol. 4 n.º 3
BELLO, CARLOS ALBERTO	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	vol. 4 n.º 3
BENJÓ, ISAAC	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	vol. 4 n.º 4
BOURGOIS, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	vol. 3 n.º 5
CARVALHO, CARLOS EDUARDO VIEIRA DE	Apuração de práticas restritivas à concorrência	vol. 1 n.º 4
CASTAÑEDA, GABRIEL	The mexican experience on antitrust	vol. 3 n.º 6
COSTA, MAURÍCIO DE MOURA	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	vol. 4 n.º 2
COSTA, MAURÍCIO DE MOURA	O princípio constitucional de livre concorrência	vol. 5 n.º 1
DOBLER, SÔNIA MARIA MARQUES	Infração à ordem econômica: preço predatório	vol. 3 n.º 5
DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	vol. 4 n.º 1
DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	vol. 3 n.º 8
DUTRA, PEDRO	Defesa da concorrência e globalização	vol. 3 n.º 6
DUTRA, PEDRO	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	vol. 4 n.º 3
DUTRA, PEDRO	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	vol. 3 n.º 5
DUTRA, PEDRO	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	vol. 4 n.º 1
DUTRA, PEDRO	Poder Econômico: concentração e reestruturação	vol. 4 n.º 2
DUTRA, PEDRO	Preços e política	vol. 4 n.º 4
DUTRA, PEDRO	Regulação: O desafio de uma nova era	vol. 5 n.º 2
DUTRA, PEDRO	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	vol. 5 n.º 3
DUTRA, PEDRO	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	vol. 5 n.º 4
FARIA, WERTER R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	vol. 3 n.º 8
FARINA, ELIZABETH	Globalização e concentração econômica	vol. 3 n.º 6
FARINA, ELIZABETH	Política industrial e política antitruste: uma	vol. 3 n.º 8

	proposta de conciliação	
FARINA, LAÉRCIO	Do processo administrativo da natureza do ato	vol. 3 n.º 6
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	vol. 3 n.º 6
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida	vol. 4 n.º 1
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	vol. 5 n.º 2
FONSECA, JOÃO BOSCO LEOPOLDINO	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	vol. 4 n.º 5
FRANCESCHINI, JOSÉ INÁCIO GONZAGA	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	vol. 3 n.º 6
GARCIA, FERNANDO	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	vol. 3 n.º 5
GRINBERG, MAURO	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	vol. 5 n.º 1
GRINBERG, MAURO	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	vol. 3 n.º 8
GRINBERG, MAURO	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	vol. 3 n.º 5
GRINBERG, MAURO	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	vol. 4 n.º 2
HOWE, MARTIN	The British experience regarding the defence of competition	vol. 3 n.º 8
KLAJMIC, MAGALI E NASCIMENTO, CYNTHIA	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	vol. 4 n.º 4
LAFER, CELSO	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	vol. 3 n.º 9
MAGALHÃES, C. FRANCISCO DE	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	vol. 3 n.º 6
MALARD, NEIDE TERESINHA	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	vol. 1 n.º 4
MATTOS, CESAR	O compromisso de cessação de práticas anti-competitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	vol. 4 n.º 4
MEZIAT, ARMANDO	A defesa comercial no brasil	vol. 3 n.º 8
OLIVEIRA, GESNER DE	Programa de trabalho para o CADE	vol. 3 n.º 6
OLIVEIRA, GESNER DE	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	vol. 5 n.º 4
PEREIRA, EDGARD ANTONIO	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	vol. 3 n.º 5
PEREIRA, JOSÉ MATIAS	A defesa da concorrência no Mercosul	vol. 1 n.º 4
POSSAS, MÁRIO LUIZ	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	vol. 3 n.º 5
POSSAS, MÁRIO LUIZ E SCHUARTZ, LUÍS FERNANDO	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	vol. 5 n.º 3
RIVIÉRE MARTI, JUAN ANTONIO	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	vol. 3 n.º 5
RODRIGUES, JOSÉ R. PENOMIAN	Dumping em serviços	vol. 5 n.º 3
SALGADO, LUCIA HELENA	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	vol. 4 n.º 1

SANTACRUZ, RUY	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	vol. 5 n.º 2
SAYEG, RICARDO HASSON	A proteção do consumidor contra o monopólio	vol. 3 n.º 5
SCHUARTZ, LUIS FERNANDO	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	vol. 3 n.º 5
SOLON, ARY	Diferenciação de preços	vol. 3 n.º 8
STEPTOE, MARY LOU	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	vol. 3 n.º 5
STEPTOE, MARY LOU E WILSON, DONNA L.	Developments in exclusive dealing	vol. 4 n.º 1

<i>TRABALHOS APRESENTADOS NO</i> <i>III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>		vol. 4 n.º 6
ABERTURA		
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO	Discurso do Presidente da República	
GESNER DE OLIVEIRA	Discurso de Abertura	
DONALD J. JOHNSTON	Competition Policy and Economic Reform Conference	
RAINER GEIGER	Opening Statement	
PAULO JOBIM FILHO	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	
	Suggested Issues for Discussion	
TRABALHOS APRESENTADOS		
BANGY, AZEEM R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	
BOGO, JORGE	Privatizaciones Y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	
CONRATH, CRAIG W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	
CYSNE, RUBENS PENHA	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	
FERRAZ JR, TERCIO SAMPAIO	Discrecionariiedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	
FRANCESCHINI, JOSÉ INÁCIO GONZAGA, PEREIRA, EDGARD ANTONIO LAGROTERIA DA SILVA, ELENI	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	
LEIDENZ, CLAUDIA CURIEL	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 - 1997	
LONDOÑO, ALFONSO MIRANDA	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	
MATTOS, CÉSAR	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	
MEZIAT, ARMANDO	A Defesa Comercial no Brasil	
NELLIS, JOHN	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	
ROWAT, MALCOLM	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	
SCHYMURA, LUIZ GUILHERME	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	
TAKAHASHI, IWAKAZU	Competition Policy and Deregulation	
TAVARES DE ARAUJO JR., JOSÉ TINEO, LUIS	Integração Regional e Política de Concorrência	
VAZ, ISABEL	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A.C. 12/94	RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO	vol. 2 n.º 3
A.C. 12/94	RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE)	vol. 2 n.º 3
A.C. 11/94	YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA, E CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE DO ESTADO DE PERNAMBUCO	vol. 2 n.º 3
A.C. 06/94	ETERNIT S. A. E BRASILIT S.A.	vol. 2 n.º 3
A.C. 01/94	ROCKWELL DO BRASIL S. A. E ÁLBARUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO	vol. 2 n.º 4
A.C. 20/94	CBV INDÚSTRIA MECÂNICA	vol. 2 n.º 4
A.C. 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	vol. 2 n.º 4
A.C. 16/94	SIDERÚRGICA LAISA S.A. (GRUPO GERDAU) E GRUPO KORF GMBH (CIA SIDERÚRGICA PAINS)	vol. 2 n.º 4
A.C. 16/94	REAPRECIÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº16/94 - GRUPO GERDAU - CIA SIDERÚRGICA PAINS	vol. 3 n.º 3
A.C. 05/94	CARBORUNDUM DO BRASIL LTDA. E NORTON S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO	vol. 3 n.º 4
A.C. 43/95	FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE CAFÉ	vol. 3 n.º 4
A.C. 04/94	HLS DO BRASIL SERVIÇOS DE PERFILAGEM LTDA. (HALLIBURTON SERVIÇOS LTDA.)	vol. 3 n.º 4
A.C. 56/95	JOVITA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	vol. 3 n.º 4
A.C. 14/94	BELGO MINEIRA, DEDINI	vol. 3 n.º 7
A.C. 33/96	COPLATEX, CALLAS TÊXTIL	vol. 3 n.º 7
A.C. 15/94	VELOLME ISHIBRAS S.A..	vol. 3 n.º 7
A.C. 27/95	K & S AQUISIÇÕES LTDA. E KOLINOS DO BRASIL S/A	vol. 3 n.º 10
A.C. 41/95	HOECHST DO BRASIL, QUÍMICA E FARMACÊUTICA E RHODIA S.A. (FAIRWAY)	vol. 4 n.º 1
A.C. 38/95	BASF. S. A.	vol. 4 n.º 3
A.C. 42/95	ÍNDICO PARTICIPAÇÕES	vol. 4 n.º 3
A.C. 29/95	PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARAÍBA	vol. 4 n.º 3
A.C. 58/95	COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA, MILLER BREWING COMPANY E MILLER BREWING M 1855, INC.	vol. 4 n.º 4
A.C. 83/96	COMPANHIA ANTÁRTICA PAULISTA INDÚSTRIA BRASI- LEIRA DE BEBIDAS E CONEXOS, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL INC. - ABII, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL HOLDING INC. - ABIH	vol. 4 n.º 5
A.C. 83/96 reapreciação	CIA ANTÁRTICA PAULISTA INDÚSTRIA DE BEBIDAS E CONEXOS, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL INC.	vol. 5 n.º 1
A.C. 02/94	ULTRAFÉRTIL S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E FERTILIZANTES FOSFATADOS S.A. - FOSFÉRTIL	vol. 5 n.º 2
A.C. 62/95	ELETROLUX LTDA. E OBERDORFER S.A.	vol. 5 n.º 2
A.C. 71/96	ELETROLUX LTDA. E UMUARAMA PARTICIPAÇÕES S.A..	vol. 5 n.º 3
A.C. 54/95	COPE SUL, OPP PETROQUÍMICA, OPP POLIETILENO E IPIRANGA PETROQUÍMICA	vol. 5 n.º 4

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

P.A. 15	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A	vol. 1 n.º 1
P.A. 19	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X KNOLL S.A PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS	vol. 1 n.º 1
P.A. 17	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X LABORATÓRIOS PFIZER LTDA. S.A.	vol. 1 n.º 1
P.A. 20	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X GLAXO DO BRASIL	vol. 1 n.º 1
P.A. 18	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA LTDA.	vol. 1 n.º 1
P.A. 02	SDE EX OFÍCIO X WEST DO BRASIL COM E IND. LTDA, METALÚRGICA MARCATTO LTDA., RAJ COM E IND DE TAMPAS METÁLICAS LTDA	vol. 1 n.º 1
P.A. 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	vol. 1 n.º 2
P.A. 12	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X ACHÊ LABORATÓRIOS	vol. 1 n.º 2
P.A. 29	SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X ACHÊ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A	vol. 1 n.º 2
P.A. 13	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X PRODOME QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA	vol. 1 n.º 2
P.A. 109/89	ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C X SINDICATO DE EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO EST. DE SÃO PAULO E OUTROS	vol. 1 n.º 2
P.A. 07	SERPRO - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS X TICKET - SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO S/C LTDA. E OUTRAS	vol. 1 n.º 2
P.A. 30/92	SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA X ICI BRASIL S/A.	vol. 2 n.º 1
P.A. 23/91	REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS X XEROX DO BRASIL LTDA	vol. 2 n.º 1
P.A. 01/91	INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. X SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA	vol. 2 n.º 1
P.A. 31/92	TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S/A X FIAT AUTOMÓVEIS S/A	vol. 2 n.º 1
P.A. 10/91	FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA X LUMIX QUÍMICA LTDA	vol. 2 n.º 1

P.A. 32	SDE X VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA E ASSOCIAÇÃO CATARI- NENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS	vol. 2 n.º 2
P.A. 53/92	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES	vol. 2 n.º 2
P.A. 34/92	COSMOQUÍMICA S/A - INDÚSTRIAS E COMÉRCIO X CARBOCLORO S/A - INDÚSTRIAS QUÍMICAS	vol. 2 n.º 2
Consulta 03/93	ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.	vol. 2 n.º 2
Consulta 01/93	ANCOR-ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORES DE VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS	vol. 2 n.º 2
P.A. 15	PRESIDENTE DA REPÚBLICA X LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A	vol. 3 n.º 11
P.A. 121/92	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO X SIEEESP	vol. 3 n.º 11
P.A. 40/92	REFRIO LTDA X COLDEX S/A	vol. 3 n.º 11
P.A. 20/92	DEP. EST. (SP) CÉLIA C. LEÃO EDELMUTH X EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE CAMPINAS	vol. 3 n.º 11
P.A. 35/92	MP DO ESTADO DO PARANÁ X OUTBOARD MARINE LTDA, HERMES MACEDO	vol. 3 n.º 12
P.A. 211/92	EULER RIBEIRO X DISTR. DE GÁS DO MUNICÍPIO DE BOCA DO ACRE	vol. 3 n.º 12
P.A. 45/91	SDE X SHARP IND. E COM.	vol. 3 n.º 12
P.A. 62/92	DPDE X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO	vol. 3 n.º 12
P.A. 76/92	DAP X AKZO - DIVISÃO ORGANON	vol. 3 n.º 12
P.A. 38/92	PROCON - SP X SHARP ADM. DE CONSÓRCIOS	vol. 3 n.º 12
P.A. 61/92	FEDERAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E CAPITALIZAÇÃO X ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA	vol. 3 n.º 12
P.A. 49/92	LABNEW IND. E COM. LTDA X BECTON E DICKSON IND. CIRÚRGICAS LTDA.	vol. 4 n.º 2
P.A. 148/92	Recurso Voluntário KRAFT SUCHARD	vol. 4 n.º 2
P.A. 68/92	MEFP X ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.	
Representação 83/91	MEFP X ABIGRAF	vol. 4 n.º 2
P.A. 155; 159 a 172/94	DPDE X SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISA E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA	vol. 4 n.º 3

P.A. 03/91	RECURSO DE OFÍCIO DEPARTAMENTO DE ABASTECIMENTO DE PREÇOS DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO X GOODYEAR DO BRASIL - PRODUTOS DE BORRACHA LTDA; PIRELLI PNEUS S/A; IND. DE PNEUMÁTICOS HRESTONEL LTDA; CIA BRASILEIRA DE PNEUMÁTICOS MICHELIN INDECOMÉRCIO	vol. 5 n.º 1
P.A. 21/91	DPDE, EX-OFFÍCIO X SINDICATO DOS TRABALHADORES NO COMÉRCIO DE 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	vol. 5 n.º 1
P.A. 155/94 e 164/94	DPDE/SDE EX OFFICIO X SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA - P.A. Nº 155/94; LABORATÓRIO DE ANÁLISES MÉDICAS - P.A. Nº 164/94	vol. 5 n.º 1
P.A. 156/94	DPDE/SDE EX OFFICIO X ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE BRASÍLIA	vol. 5 n.º 1
P.A. 157/94	DPDE/SDE EX OFFICIO X ASSOCIAÇÃO DOS MÉDICOS DOS HOSPITAIS PRIVADOS DO DISTRITO FEDERAL	vol. 5 n.º 1
P.A. 158/94	DPDE/SDE EX OFFICIO X SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL	vol. 5 n.º 1
P.A. 96/89	ABRADIF X FORD BRASIL LTDA.	vol. 5 n.º 2

REPRESENTAÇÕES

R.E. 006/94	COPIAS HELIOGRÁFICAS AVENIDA CENTRAL X XEROX DO BRASIL LTDA	vol. 5 n.º 1
R.E. 79/93	BIO INTER INDUSTRIAL E COMERCIAL L.T.D.A. X DRAGOCO PERFUMES E AROMAS L.T.D.A.	vol. 5 n.º 1
R.E. 89/92	RECURSO DE OFÍCIO SINDICATO RURAL DE LINS X QUIMIO PRODUTOS QUÍMICOS COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A.	vol. 5 n.º 1
R.E. 102/93	RECURSO DE OFÍCIO LIGUE FRALDAS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. X JOHNSON & JOHNSON INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	vol. 5 n.º 1
R.E. 160/91	RECURSO DE OFÍCIO DNPDE X REFRIGERANTES ARCO IRÍS LTDA	vol. 5 n.º 1
R.E. 267/92	RECURSO DE OFÍCIO CLF - ADMINISTRAÇÃO E PROJETOS LTDA. X SHARP S/A EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS	vol. 5 n.º 1

LEGISLAÇÃO

HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES (edição bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	vol. 3 n.º 1
CLAYTON ACT - CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) Tradução e comentários Pedro Dutra	vol. 3 n.º 2
REGULAMENTO DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS (EEC) 4064/89 SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) Tradução e comentários Pedro Dutra	
DECRETO N.º 1355 DE 30 DE DEZEMBRO DE 1994 DECRETO N.º 1.488 DE 11 DE MAIO DE 1995	vol. 3 n.º 9
LEI RELATIVA À PREVENÇÃO DE MONOPÓLIOS PRIVADOS E À PRESERVAÇÃO DE CONDIÇÕES JUSTAS DE COMÉRCIO DO JAPÃO – LEI N.º 54, DE 14 DE ABRIL DE 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	vol. 4 n.º 1
LEI MEXICANA DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER DOMINANTE - REGULAMENTO INTERIOR DA <i>COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA</i>	vol. 4 n.º 1
LEI ARGENTINA: LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	vol. 4 n.º 2
PORTARIA 144 DE 03/04/97 – REGIMENTO INTERNO DA SDE	vol. 4 n.º 3
PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL	vol. 4 n.º 3
ACÓRDÃO E DESPACHOS	vol. 4 n.º 3
LEI PERUANA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.	vol. 4 n.º 4
LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DECRETO-LEI N.º 371/93 DE 29 DE OUTUBRO	vol. 5 n.º 1
LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PORTARIA N.º 1097/93 DE 29 DE OUTUBRO	vol. 5 n.º 1
LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DA VENEZUELA	vol. 5 n.º 2
LEI CHILENA	vol. 5 n.º 3
LEI COLOMBIANA	vol. 5 n.º 3
LEI PANAMENHA	vol. 5 n.º 3
REGIMENTO INTERNO DO CADE	vol. 5 n.º 4

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

<p>Eugênio de Oliveira Fraga Marcos Vinícius de Campos José Del Chiaro F. da Rosa José Inácio G. Franceschini Lázara Cotrin Mauro Grinberg, Debate Carlos F. de Magalhães Neide Malard Tércio Sampaio Ferraz Ubiratan Mattos</p>	<p style="text-align: center;"><i>SIMPÓSIO</i> <i>“PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE”</i></p>	<p style="text-align: right;">vol.1 n.º 3</p>
<p>Carlos F. de Magalhães Guilherme Duque Estrada Mauro Grinberg Pedro Camargo Neto Pedro Wongtschowski Edmondo Triolo Tércio Sampaio Ferraz Leane Naidin Ubiratan Mattos</p>	<p style="text-align: center;"><i>SIMPÓSIO</i> <i>“DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA”</i></p>	<p style="text-align: right;">vol.1 n.º 3</p>
<p>Luiz Olavo Baptista Michel A. Alaby Werter R. Faria Maria Isabel Vaz</p>	<p style="text-align: center;"><i>SIMPÓSIO</i> <i>“CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL”</i></p>	<p style="text-align: right;">vol.1 n.º 3</p>
<p>Carlos Francisco de Magalhães Ruy Coutinho Neide Malard José Del Chiaro Tércio Sampaio Ferraz José Inácio Franceschini Laércio Farina Elizabete Farina Jorge Gomes de Souza.</p>	<p style="text-align: center;"><i>SIMPÓSIO</i> <i>“CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N.º 1 DO CADE”</i></p>	<p style="text-align: right;">vol.3 n.º 1</p>
<p>Gesner de Oliveira Gabriel Castanheda Elizabeth Farina Pedro Dutra Onofre C. de Arruda Sampaio Carlos Francisco de Magalhães Laércio Farina José Inácio G. Franceschini Tércio Sampaio Ferraz.</p>	<p style="text-align: center;"><i>TRANSCRIÇÃO DAS PALESTRAS DO II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA</i></p>	<p style="text-align: right;">vol.3 n.º 6</p>

