REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 5 número 2

**I
B
R
A
C**

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Volume 5 número 2 - 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

REGULAÇÃO: O DESAFIO DE UMA NOVA ERA	
PEDRO DUTRA.....	5
DAS CONDIÇÕES DE OBRIGATORIEDADE DE COMUNICAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO	
TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR.....	7
PREÇO ABUSIVO E CABEÇA DE BACALHAU	
RUY SANTACRUZ	17

JURISPRUDÊNCIA

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 02/94	
ULTRAFÉRTIL S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E FERTILIZANTES FOSFATADOS S.A. - FOSFÉRTIL.....	35
RELATÓRIO	35
ANEXO A	37
RELATÓRIO PRELIMINAR	38
ANEXO I.....	90
ANEXO II	92
EMENTA	97
VOTO.....	97
ADENDO	119
ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 62/95	
ELETROLUX LTDA. E OBERDORFER S.A.	123
RELATÓRIO	123
VOTO.....	130
PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 08000.019.862/96-89	
REPRESENTANTE: ABRADIF	
REPRESENTADA: FORD BRASIL LTDA.	153
EMENTA	153
RELATÓRIO	153
VOTO.....	156

LEGISLAÇÃO

LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DA VENEZUELA	163
LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA, DE 13 DE DICIEMBRE DE 1991.	163
REGLAMENTO N° 1 DE LA LEY PARA PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA	179
DECRETO N° 1311, DE 2 DE MAYO DE 1996. REGLAMENTO N° 2 DE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA	187
INSTRUCTIVO N° 1 DE LA SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA	197
INSTRUCTIVO N° 2 DE LA SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA	201
ÍNDICE DAS MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	211

DOCTRINA

REGULAÇÃO: O DESAFIO DE UMA NOVA ERA

Pedro Dutra

A edição dos regimentos internos da ANATEL e da ANEEL completa o acervo legal primário desses órgãos reguladores, já instalados e em atividade. Outros órgãos reguladores virão, a ANP sendo o próximo. Porém, a tarefa dos novos reguladores será difícil. Contra ela levanta-se a fracassada experiência brasileira de regulação de serviços públicos, fato aliás pouco estudado na elaboração das atuais normas que, mesmo trazendo inovações essenciais, como a independência decisória e financeira das agências, celebra o modelo vencido de manter nas mãos exclusivas do Executivo, por meio de conselhos cujos membros são de livre nomeação do Presidente da República, o poder incontrastável de este formular políticas setoriais a serem observadas pelas agências e a afetar tanto as empresas privadas quanto aos consumidores.

Nesse contexto, surge aos novos reguladores o desafio de conquistar o apoio do consumidor, dos agentes econômicos e dos três poderes da República: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo.

No atual quadro legal regulatório, é o consumidor o credor máximo da prestação dos serviços públicos. Mas a afirmação, concreta, desse princípio dependerá, já de início, de uma equilibrada ação dos novos reguladores. A saber, aplicar a Lei para proteger o consumidor, para tanto fiscalizando o cumprimento das obrigações contratuais estipuladas aos concessionários e das normas técnicas relativas à prestação dos serviços. E, em contrapartida, assegurar aos agentes econômicos a justa remuneração pelos serviços prestados, em ambas as hipóteses mantida a independência decisória das agências.

A relação dos novos órgãos reguladores com os poderes da República não será estabelecida em bases modernas sem uma ampla renovação cultural, que têm nas normas legais recentes apenas o seu início formal. Ao Legislativo, nos termos da Constituição, caberá exercer o papel de órgão máximo de fiscalização da ação das agências reguladoras, não apenas votando o seu orçamento e sabatinando seus titulares, mas ordinariamente verificando o Senado Federal o desempenho geral das agências, cujos dirigentes devem prestar contas às suas comissões, em audiências públicas. Ao Judiciário abre-se uma nova frente de atuação em defesa dos princípios constitucionais regentes da ordem econômica. Na experiência anterior, a estrutura legal impediu que a ação do Judiciário verificasse a conduta dos órgãos reguladores na defesa do interesse público. Hoje, outro é o quadro. Embora as agências reguladoras tenham sido criadas para decidir (e não harmonizar) sobre conflitos de interesses entre agentes econômicos e sobre o cumprimento por estes de normas

legais e obrigacionais, e daí serem desde a década de 1930 considerados entre nós como órgãos judicantes, dotados de poderes quase-judiciais, as decisões desses órgãos não fogem ao eventual crivo do Judiciário. Este, a sua vez, decidirá a extensão de sua intervenção, construindo com seus julgados um modelo jurídico que venha trazer segurança a todas às partes envolvidas pelo processo regulatório.

Maior esforço, porém, caberá ao Executivo, a começar por admitir a independência decisória e a tarefa de formular políticas específicas, prerrogativas que as novas agências não podem deixar de, respectivamente, manter e de vir a ter, se implantar o novo modelo regulatório brasileiro for, como tudo indica ser, um dos objetivos máximos deste Governo. Desde logo, deve-se afastar a idéia de que os ministérios perderão poder com a atuação das novas agências reguladoras. A questão correta é: o consumidor brasileiro estava satisfeito com o modelo anterior, no qual o Executivo era o regulador? Certamente não, e a iniciativa do próprio Executivo de, reconhecendo esse fato, propor a transição para o novo modelo não poderá agora ser malbaratada por esse mesmo poder. Este deverá respeitar a independência que a Lei a elas confere, sem pressões quaisquer, entendendo que é o Judiciário o poder legalmente habilitado a rever as decisões independentes dos órgãos reguladores. Igual linha deve o Executivo seguir quanto à formulação de políticas setoriais. Embora a Lei confira ao Executivo poder absoluto e exclusivo, esse deve caminhar, desde já, no sentido de deixar às agências formular tais políticas e, em audiências públicas, discuti-las ampla e detidamente.

Igualmente, deve o Executivo seguir observando a regra de indicar técnicos habilitados para dirigir as agências, como já fez em relação à ANATEL, à ANEEL e à ANP. Nesse sentido, não menos importante é a eles assegurar o cumprimento integral dos mandatos de seus titulares, pois não haverá segurança - não só jurídica - em decisões que não sejam tomadas por reguladores aos quais antes não tenha sido assegurada a estabilidade no posto. E, ainda, é dever do Executivo propor ao Congresso, e defender, orçamento realista para as novas agências, ao contrário do que fez em relação ao CADE, o órgão regulador da livre-concorrência, criado há trinta e cinco anos e cujo último orçamento mal alcançou um milhão de reais.

A experiência administrativa brasileira mostra que hoje, apesar das falhas, algumas graves, verifica-se um equilíbrio inédito entre meios legais e materiais capaz de permitir aos reguladores efetivamente defender e promover o interesse público. A tarefa de todos é apoiá-los, para deles cobrar o estrito cumprimento de seu dever legal.

DAS CONDIÇÕES DE OBRIGATORIEDADE DE COMUNICAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Tércio Sampaio Ferraz Junior

1. O processo administrativo de comunicação de atos de concentração principia na Secretaria de Direito Econômico. Esta, por reiteradas vezes, tem manifestado sua posição de que, se não há, na operação, reflexos na estrutura do mercado, inexistindo a potencialidade de prejuízo à concorrência, o ato não se enquadra nos pressupostos do art. 54 da Lei 8.884/94, devendo o pedido de exame ser arquivado, mesmo que uma das partes tenha faturamento anual superior a R\$ 400 milhões.

2. O CADE, a quem a SDE tem de recorrer de ofício, começou a entender, há algum tempo, que, havendo faturamento anual de uma das partes igual ou superior a R\$ 400 milhões, o pedido não deve ser arquivado, mas examinado.

3. Assim, por exemplo, no caso SHV Energy N.V. e MINAS GÁS S.A.; sendo a primeira uma empresa holandesa de distribuição de gás liquefeito, que não atua no Brasil e a segunda uma empresa brasileira, o CADE reformou a decisão de arquivamento da SDE e determinou o seu prosseguimento, com base no faturamento de uma das empresas, superior a R\$ 400 milhões.

4. O CADE, deste modo, tem tomado a condição referente ao faturamento como uma regra absoluta que obriga à submissão do ato a exame.

5. Este é o tema que desejo discutir neste trabalho. Até agora, nenhuma empresa contestou a posição do CADE até porque os casos foram, no mérito, deferidos favoravelmente.

6. Desconheço se há casos de empresas que não comunicaram um ato de concentração e, tendo sido autuadas, tivessem sido, por causa do faturamento, obrigadas a comunicar, sendo condenadas em multas por atraso na comunicação, tendo da condenação recorrido à Justiça.

7. O objeto da norma contida no caput do art. 54 é bastante amplo. A referência a “atos, sob qualquer forma manifestados”, tendo em vista o objeto da própria lei e os sujeitos aos quais ela se aplica, faz pensar em atos realizados por força da autonomia privada. Excluídos estão, portanto, atos da autoridade pública, atos administrativos etc. Uma segunda delimitação decorre do complemento “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”. A redação deste texto lembra a do disposto no art. 20 da mesma lei, que trata de infrações à ordem econômica, o que levanta a questão sobre se, ao utilizar-se de dicção semelhante, o legislador estaria legitimando um ato que, por si, constituiria uma infração.

8. Esta impressão reforça-se quando, no § 2º do art. 54, que trata das condições de aprovação dos atos submetidos a exame, aparece a expressão “podem ser legitimados se ...” (grifei). Não obstante, a impressão é falsa. A norma do art. 54, que já existia, em termos parecidos, na Lei nº 4137/62, sempre foi vista como a possibilidade de aplicação, na legislação brasileira, da “rule of reason” do direito norte-americano. A regra da razão não é uma varinha de condão que transforma o ato ilícito em ato lícito, mas um instrumento de controle da potencialidade fática de algum prejuízo à concorrência. As empresas que comunicam seus atos (por exemplo, um contrato de distribuição com cláusula de exclusividade e de divisão territorial entre os distribuidores, com proibição de mútua invasão etc.) não estão comunicando infrações nem mesmo tentativas de infração ou ilicitudes por tentativa. O que elas comunicam são práticas comerciais ou industriais tidas, no plano do fato econômico, como potencialmente anticoncorrenciais e que deverão ser analisadas como atos (relações de causa e efeito) no contexto econômico em que se desenvolvem. A exigência de que tais atos sejam comunicados ou previamente ou no breve prazo de 15 dias úteis (§ 4º) nos dá conta do sentido da prescrição legal, qual seja, de que cabe ao CADE, ao aprovar um ato sob condições ou reprová-lo integralmente, prevenir a ocorrência de práticas que conduziram a um funcionamento insatisfatório do mercado relevante (mas não, necessariamente, a um abuso).

9. A norma do art. 54, neste sentido, é um instrumento de intervenção no domínio econômico e, por isso mesmo, deve ser usada com muita cautela. Cabe à autoridade ou reprová-lo ou aprová-lo sob condições. Estas condições não podem ser impostas à autonomia privada das partes, mas devem ser encaminhadas nos atos mesmos, por meio de uma avaliação econômica. A função do CADE é, assim, constatar as condições e, encontrando-as, aprovar o ato. Se as condições forem insuficientes, o CADE pode exigir compromissos de desempenho, que as reforçarão (art. 58). Compromissos, porém, não são imposições, mas resultam de uma aceitação daquilo que seja acordado com a autoridade. A recusa de firmar o compromisso, resultando na insatisfatoriedade das condições, obriga o CADE a reprová-lo.

10. De qualquer modo, a restrição “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” fornece uma regra geral de obrigatoriedade de comunicação de atos à autoridade. Os atos deverão ser comunicados desde que preencham aquela condição. A verificação deste preenchimento é, num primeiro momento, um juízo de quem realiza o ato. É a empresa que, avaliando seu próprio ato, percebe que deve ou não comunicá-lo. O que não inclui, obviamente, a hipótese de, não tendo sido comunicado e tendo a autoridade entendimento diverso, a omissão da empresa ser punida. De todo modo, se, objetivamente, o requisito não se preenche, a omissão de comunicar é legiti-

ma. O ônus da prova de preenchimento do requisito é, no entanto, da autoridade, presumindo-se que a empresa, que omitiu a comunicação, agiu legitimamente. Ou seja, o enquadramento do ato no requisito, embora avaliado pela própria empresa, é ato da administração, devendo ser por esta fundamentado. Por isso compete à autoridade o arquivamento do ato que a empresa tenha comunicado por ignorância ou por dúvida em sua avaliação.

11. É bom que se tenha em conta que os atos que devem ser submetidos a controle prévio são os que, potencialmente, têm condições de afetar a estrutura concorrencial de um mercado relevante. Práticas que manifestam meras estratégias comportamentais (aumento de preço, retirada de um produto da linha de fabricação, suspensão de um fornecimento reiterado etc.) não precisam ser comunicadas. Por sua vez, a simples inclusão de uma cláusula de não-concorrência num contrato já é motivo de comunicação. A proibição mútua de não-concorrência é prática que pode afetar a estrutura do mercado. Isto não quer dizer, porém, que qualquer contrato que a preveja deva ser comunicado. A lei se preocupa com atos que afetem a estrutura de um mercado relevante.

12. Para o problema que se está examinando, a delimitação do mercado relevante em função do espaço (mercado relevante geográfico) ou do produto (produto relevante) é tema secundário que se examina para enquadrar o ato em face de sua prejudicialidade potencial. O que neste passo se discute é, previamente, não esta prejudicialidade, mas a **relevância** do mercado. O mercado de que se trata deve ser **relevante** para um contexto econômico. Trata-se de um outro sentido de **relevância**, que aponta para sua **importância**. Este fator é significativo para o disposto no art. 54, embora não o seja para o art. 20, que trata de infrações. Assim, se duas farmácias, localizadas na mesma rua de uma cidade como São Paulo, estabelecerem, contratualmente, um acordo de divisão de mercado, esta prática pode configurar uma infração. Se, porém, se trata de duas redes de venda de produtos farmacêuticos cujo acordo afeta a concorrência numa escala significativa para o mercado farmacêutico, independentemente de poder caracterizar-se uma infração, o ato deve ser comunicado. Conquanto seja um conceito valorativo, a importância é fator decisivo. Cabe à empresa avaliá-la inicialmente e à autoridade, certificá-la.

13. Na regra geral, prevista no caput do art. 54 para os atos de qualquer forma manifestados, segundo a qual devem ser eles comunicados se prejudiciais à concorrência num mercado relevante de significativa importância, estão incluídos os atos de concentração econômica, por força do disposto no § 3º. Dispõe este:

“Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique a participação de empresa ou grupo de em-

presas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

14. Discute-se, inicialmente, o sentido da expressão “Incluem-se”. Tomada literalmente, esta inclusão parece supérflua. Tanto que o art. 74 da antiga Lei nº 4.137/62 nada dispunha em especial para atos de concentração e, não obstante, estes eram tidos como incluídos nos atos de que ali se tratava. Afinal, atos de concentração são também “atos sob qualquer forma manifestados”, isto é, qualquer prática ou transação comercial válida no direito brasileiro, acordadas expressa ou implicitamente pelas partes. Portanto, ao destacar dentre os atos mencionados no caput do art. 54, os atos de concentração, a inclusão tem um outro sentido. Este sentido revela-se na finalidade da inclusão, não se explicando como mero enquadramento de uma espécie no gênero, o que seria redundante.

15. A finalidade da inclusão está em que, enquanto para os atos em geral o disposto na regra de obrigatoriedade de comunicação (desde que prejudiciais à concorrência ou que possam conduzir à dominação de mercados) não prevê nenhum critério expresso de prejudicialidade ou de dominação, para os atos de concentração o § 3º cria algumas presunções. Por considerá-los significantes, a lei prevê que atos de concentração que impliquem uma participação em 20% de um mercado relevante ou em que uma das partes tenha tido faturamento, no ano precedente ao ato, igual ou superior a R\$ 400 milhões, reputam-se prejudiciais à concorrência ou potencialmente conducentes à dominação de mercado, devendo, destarte, ser comunicados. Presumem-se prejudicial e conducentes à dominação aqueles que preencham aqueles requisitos. A inclusão dos atos de concentração nos atos em geral dá-se, portanto, por força da criação de presunções capazes de enquadrar o ato de concentração na regra geral de obrigatoriedade de comunicação do caput do art. 54. Se estas presunções não estão preenchidas, o ato de concentração cai na vala comum dos atos em geral. Isto é, só deverão ser comunicados se a regra do caput do art. 54 estiver preenchida. Por exemplo, pode suceder que duas empresas, que não se enquadram em nenhuma das presunções do § 3º, se concentrem, ocorrendo que uma delas detém uma patente que, por força de incorporação, passa à outra, a qual tem condições, pela propriedade da patente, de dominar um mercado relevante. O ato de concentração, neste caso, deve, em tese, ser comunicado apenas por força da regra do caput do art. 54. Não estando preenchidas nenhuma das presunções, 20% de participação ou 400 milhões de faturamento, cabe à autoridade demonstrar a potencialidade da dominação e, isto feito, exigir que o ato lhe seja submetido apenas por força do disposto no caput.

16. Discute-se se, preenchida uma das presunções, o ato de concentração deva, inapelavelmente, ser submetido à autoridade. Entende-se que o disposto num parágrafo deve ser lido em consonância com o disposto no caput do artigo. O parágrafo não dispõe independentemente do caput. A lei brasileira, ao contrário de outras legislações (por exemplo, a alemã), não separa o controle prévio de atos em geral do controle dos atos de concentração. Ao contrário, os coloca até mesmo num único artigo. Isto obriga a examinar cada uma das presunções no seu caráter de, pressupostamente, configurar uma possível prejudicialidade à concorrência ou possível condução à dominação de mercado. Afinal, é para este efeito que elas são presumidas.

17. As duas presunções, constantes do § 3º, têm a ver com a caracterização de uma posição dominante. A lei está a presumir que, nos casos de concentração em que uma das partes a detenha, ocorre o seu fortalecimento e que este é capaz, de fato, de afetar a estrutura concorrencial do mercado relevante. Ora, a presunção relativa aos 20% de participação no mercado é, ostensivamente, *juris et de jure*, posto que, **mencionada** no § 3º, do art. 54, da Lei 8.884/94, vem **legalmente explicitada** como verdadeira no art. 20, § 3º, da mesma lei: “A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”. Já a cifra de 400 milhões de reais, mencionada no § 3º do art. 54, não conhece, na lei, a mesma explicitação, devendo ser tomada como presunção legal condicional ou relativa, isto é, como aquela que, admitida como verdadeira por lei, pode, no entanto, ser elidida pelas provas que se lhe oponham. E, no caso, é óbvio que a presunção dos 400 milhões de faturamento há de ser lida em conjugação com a hipótese de risco potencial de prejuízo ao mercado relevante.

18. Tenha-se em conta, neste sentido, que a lei não considera a posição dominante de uma empresa como configuradora de infração à ordem econômica, mas apenas o seu abuso (v. Art. 2º, IV), não vendo nela, em consequência, uma situação capaz de conduzir necessariamente a uma potencial dominação de mercado ou eliminação da concorrência ou prejuízo para esta, ao teor do caput do art. 54 (“Os atos, sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços...”). Segue que, ainda que os 400 milhões de reais de faturamento sejam considerados presunção para a comunicação de ato de concentração por força da expressividade da posição da empresa no mercado, esta presunção tem de ser corroborada pela conexão com o caput do art. 54.

19. Isto significa que, se um ato de concentração, em que uma ou ambas as partes se enquadram na presunção dos 400 milhões de faturamento, não vier a ser submetida à autoridade e esta, por esta razão, vier a autuá-las, a parte (ou

as partes) poderá opor à autuação a demonstração de que, inobstante o preenchimento da presunção, o ato de concentração não prejudica potencialmente a concorrência nem conduz à dominação de mercado, conforme a regra geral do caput do art. 54. Obviamente, o ônus desta prova cabe à parte que a alegar. Realizada esta demonstração e aceita ela pela autoridade concorrencial (pela SDE e, em grau de recurso, pelo CADE ou por este, diretamente) ou aceita pelo juiz, em sede judicial, elide-se a aplicação da multa prevista para casos de não submissão de ato obrigatoriamente comunicável (art. 54, § 4º). Obviamente, na prática, para que a demonstração se faça e seja apreciada, o ato acabará sendo examinado. Mas o importante é que a multa não se aplica.

20. Esta conclusão ver-se-ia reforçada pela seguinte razão. Como a Constituição Federal, no seu art. 170, parágrafo único, estabelece: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, fica claro que cabe aos entes privados a definição da própria política econômica. Donde se segue que a ressalva ao final do texto citado não deve ser entendida como um aval ao legislador para submeter não importa qual atividade econômica ao seu poder de polícia (cf. Celso Bastos: Comentário à Constituição de 1988, vol. VII, p. 39). Entende-se, destarte, que, cuidando o art. 54 da Lei 8884/94 de uma forma de fiscalização preventiva do Estado, para evitar a potencialidade do prejuízo à estrutura concorrencial do mercado, só na configuração desta potencialidade é que caberia a exigência de submissão de atos ao CADE.

21. A presunção do faturamento vale para todos os casos de concentração econômica. Estes classificam-se, usualmente, do seguinte modo: concentração horizontal, sendo aquela que ocorre entre empresas concorrentes no mesmo mercado relevante; concentração vertical, aquela que ocorre entre empresas que atuam em mercados distintos e têm entre si relações de fornecimento; concentração do tipo conglomerado, quando empresas que não concorrem nem têm relações de fornecimento se juntam para produzir bens que, embora distintos e não competitivos entre si, guardam alguma forma de sinergia. Para os casos de conglomerado e de concentração vertical, a lei prevê além da condição expressa na regra geral para obrigar à comunicação do ato, a presunção do faturamento. Para os casos de concentração horizontal, e só para estes, cabe a presunção dos 20% de participação em um mercado relevante.

22. Note-se que esta presunção fala de resultado, isto é, de ato de concentração “que implique a participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante” (grifei) . A participação deve resultar do ato. É o ato que a engendra. Se antes do ato já existisse, da parte de uma das empresas, uma participação igual ou superior a 20% e, por força do ato, esta participação não se altera, a presunção não se preenche. Não foi o ato que a provocou. Ela já existia. Ou seja, se, no mercado relevan-

te, a empresa A tem uma participação de 50% e a empresa B não tem nenhuma participação, o requisito dos 20% não é preenchido, posto que o resultado da operação (50% + 0,0%) não altera a situação anterior. Neste caso, a presunção dos 20% não terá sido preenchida.

23. Esta observação é importante para o caso de empresas que produzem os mesmos produtos ou prestam os mesmos serviços, mas que atuam em mercados geograficamente distintos. Tenha-se em conta, neste sentido, o que determina o art. 2º da Lei nº 8.884/94. Ali se dispõe o seguinte: “Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. E no seu parágrafo único: “Reputa-se situada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante”. O *caput* refere-se ao lugar do ato ou de seus efeitos, atuais ou potenciais. Confere à autoridade brasileira a competência para disciplinar até mesmo práticas realizadas no exterior, mas que produzem ou possam produzir efeitos no Brasil. Por exemplo, a fusão de empresas no exterior que implique concentração de subsidiárias situada no País. O parágrafo único limita a competência a *parte subjecti*. Note-se que os dois princípios contidos no art. 2º não se confundem com a noção de mercado relevante geográfico. Assim, em função de suas exportações para o Brasil, uma empresa estrangeira pode estar integrando o mercado relevante na avaliação de um ato de concentração de empresas situadas no País, mas não será alcançada pelo princípio da territorialidade. Se, porém, a empresa estrangeira, competindo, por exportação, no Brasil, com empresas aqui situadas, vier a se concentrar com uma delas, embora o mercado geográfico não tenha alterado sua extensão internacional, a empresa será alcançada pela *longa manus* da autoridade brasileira pela repercussão do ato no território nacional.

24. Pode ocorrer, no entanto, um caso em que, embora concorrentes pelo produto relevante, duas empresas realizem um ato de concentração que não preencherá, inobstante, a presunção dos 20%. Retomemos o exemplo mencionado anteriormente, a partir da configuração do mercado relevante. Admita-se, no que se refere ao produto relevante, que se trata de mercado de serviços e que pelo tipo de serviço, sua extensão geográfica sempre dependa de alguma localização territorial explícita. Embora atue uma das empresas no mundo inteiro, as condições locais são fator importante no desempenho concorrencial. Ou seja, supõe-se tratar-se de um tipo de produto relevante que não pode ser oferecido “de fora”, exigindo presença no mercado geográfico. Seria o caso, por exemplo, de empresas que explorem supermercados.

25. Estas considerações são importantes para a análise da relação entre A e B, tendo em vista um eventual preenchimento da presunção dos 20%. A empresa B, é empresa de serviços mas cujo mercado geográfico não inclui o

Brasil nem o Mercosul. Não atuando no País, ao aliar-se a A, é, tipicamente, um competidor que vem de fora mas não é concorrente, posto que lhe falta a presença territorial de que se falou. Ou seja, sua entrada no mercado, por via de uma *joint venture* e de uma participação acionária, lhe dá a oportunidade de se tornar um concorrente, mas não altera, horizontalmente, a estrutura concorrencial. Desta estrutura concorrencial é que se fala na lei quando se presume que, **resultando** de uma operação concentrativa uma participação de 20% do mercado, haveria a obrigatoriedade de comunicá-la à autoridade. Da operação hipotética não **resulta** uma alteração na estrutura do mercado, o HHI continua exatamente o mesmo.

26. As expressões **resultante** e **implicar** mostram, em síntese, que a lei está preocupada com atos que provoquem um resultado tal que a participação no mercado relevante seja alterada. Ou seja, a lei cuida de concentração econômica num mercado concorrencial, não de meras aquisições de empresas por empresas. Ou ainda, a lei não exige que a mera integração horizontal seja submetida ao CADE, mas apenas aquela da qual resulte uma concentração no mercado relevante. Assim, se, por meio da integração, a estrutura do mercado não se altera em termos de participação concentradora, não há exigência de o ato ser comunicado para apreciação. Nesse sentido explica a ex-Conselheira do CADE, Neide Teresinha Malard, que “da integração horizontal de empresas **pode** decorrer a concentração do mercado” (“Integração de Empresas: concentração, eficiência e controle” in REVISTA DO IBRAC, vol. 1, nº 4, novembro, 1994, pág. 47 - grifo meu). A integração, portanto, não é sinônimo de concentração, e só desta última cuida a lei para efeito de exigir a comunicação.

27. Discute-se, por último, com base nas observações feitas até agora, se seria viável, por exemplo, num caso de concentração horizontal em que, ostensivamente, a estrutura de participação não se altera mas em que uma das partes teria tido faturamento anual superior ao limite legal, que a autoridade, em exame preliminar, viesse a determinar o arquivamento do pedido.

28. Nada obsta esta possibilidade. Se, como se procurou mostrar, o limite de faturamento é uma presunção **juris tantum** e a presunção de 20% de participação é **juris et de jure**, não preenchida esta e convencendo-se a autoridade de que, em consequência, do ato não decorre nenhuma alteração, muito menos a potencialidade de um prejuízo à concorrência, pode aquela determinar o arquivamento do pedido, não estando **obrigada** a examiná-lo só porque havia um faturamento superior a R\$ 400 milhões. Ao contrário, está na sua competência este exame preliminar e a determinação de arquivamento. Em suma, ocorrendo este por decisão da SDE, nada obsta que o CADE, no recurso de ofício, venha a confirmá-lo. Além de ser uma possibilidade conforme a lei, é também uma medida de bom senso, em favor da economicidade processual.

São Paulo, 30 de janeiro de 1998

Tercio Sampaio Ferraz Junior

PREÇO ABUSIVO E CABEÇA DE BACALHAU¹

Ruy Santacruz²

Todo peixe tem cabeça. Bacalhau, todos sabem, é um peixe. Logo, bacalhau tem cabeça. Em que pese a lógica inerente ao silogismo, poucos especialistas em antitruste, por exemplo, estariam capacitados a assumir a tarefa de identificar uma cabeça de bacalhau, uma vez que nunca a viram.

Diante do reconhecimento lógico da existência da cabeça do bacalhau e da incapacidade do especialista para a tarefa, restam a este último duas alternativas. Varrer a cabeça do peixe para debaixo do tapete, supondo sua inexistência, ou assumir a tarefa, reconhecidamente temerária, de tentar, se necessário, construir uma cabeça para o bacalhau. A segunda alternativa apresenta duas dificuldades. Em primeiro lugar, existe o perigo de que o uso de intuição, lógica e formulações teóricas possa criar uma cabeça incapaz de ser abrigada no corpo do bicho. Esse problema, porém, seria minorado por aperfeiçoamentos posteriores no projeto. Além disso, os especialistas mais críticos reconhecem que toda a política de defesa da concorrência está ancorada numa mistura nem sempre bem dosada de intuição, raciocínio lógico e formulação teórica empiricamente não comprovada - e, dessa forma, estariam prontos a aceitar a construção da cabeça do bacalhau nestes termos. Já a segunda dificuldade estaria ligada ao fato de que a construção é uma tarefa árdua, complexa e, principalmente, polêmica.

O exemplo apresentado é um caso em que se reconhece logicamente a existência de algo complexo de ser perfeitamente definido ou identificado. Porém, essa complexidade não permite simplesmente supor que bacalhau não tem cabeça. É preciso, se necessário, lidar com a questão. Caso semelhante é o da firma que detém poder de mercado conquistado através de uma maior eficiência, que produz e comercializa um bem final³ de consumo contínuo, sem

¹ Este texto surgiu de discussões no interior da Secretaria de Acompanhamento Econômico. Não reflete, porém, de forma alguma, a opinião da maioria dos técnicos sobre o tema em questão. Também não reflete qualquer orientação ou entendimento da direção do órgão, sendo de responsabilidade única do autor.

² Coordenador de área da Coordenação Geral de Produtos Industriais da Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda. Mestre em Economia Industrial e doutorando em Economia pelo IE/UFRJ. Tese, em elaboração, na área de defesa da concorrência.

³ Embora a literatura e a política antitruste concedam o mesmo tratamento para bens finais e intermediários, o impacto do abuso do poder de mercado no caso dos bens intermediários sobre o bem-estar econômico é discutível (ou relativamente muito menor), uma

substituto perfeito, sem patentes mas que opera num subsegmento de mercado que conta com barreiras à entrada derivadas de distribuição, propaganda, etc. Diante de uma reduzida concorrência efetiva, reduzida concorrência potencial e baixa elasticidade-preço da demanda, essa firma, a partir de certo momento, passa a aumentar sistematicamente seus preços, sem contrapartida em custos ou pressões de mercado, aumentando seus lucros de forma significativa através da transferência compulsória de parte da renda dos seus demandantes - possivelmente, mas não necessariamente, *bons e gentis velinhos*. A pergunta que se faz, então, é a seguinte: trata-se de um problema antitruste?

Se a resposta for não, que este não é um problema antitruste, elimina-se um enorme problema para o investigador. Se aumentos de preços (leia-se sempre aumento de lucros, supondo custos e demais variáveis de mercado constantes) em hipótese alguma for um problema antitruste, resta ao investigador lamentar-se pela perda de bem-estar econômico, nos casos em que o controle da estrutura não for possível - o que sempre ocorre quando o poder de mercado é alcançado através de uma maior eficiência da firma.

Já se a resposta for sim, que o caso apresentado é objeto de preocupação antitruste, então a questão do preço abusivo (ou, mais precisamente, do aumento arbitrário de lucros, previsto no artigo 20 da lei 8.884/94) precisa ser examinada e coibida pelo investigador. Tal como no exemplo da cabeça do bacalhau, uma vez admitida logicamente sua existência, admite-se, concomitantemente, a possibilidade de, se necessário, identificar, avaliar e combater o preço/aumento abusivo, apesar das dificuldades inerentes à tarefa.

Sendo assim, vamos ao bacalhau. A primeira parte do trabalho discute o objetivo da política antitruste, relacionando-o com o abuso do poder de mercado que gera redução de bem-estar econômico. A segunda parte apresenta os critérios de eficiência econômica (avaliação de bem-estar) disponíveis, bem como examina superficialmente sua adequação para a análise antitruste. A terceira seção propõe definições para preço abusivo e para aumento abusivo de preços, além de apresentar propostas de avaliação e ação antitruste. Finalmente, na última parte são apresentadas algumas considerações, à guisa de conclusão.

I - O OBJETIVO DA POLÍTICA ANTITRUSTE

O objeto da política antitruste é o bem-estar econômico, que é reduzido pelo abuso do poder de mercado. Não é o monopólio, o lucro de monopólio, o poder de monopólio, nem o poder de mercado. Poder de monopólio ou poder

vez que a cadeia produtiva tende a rearranjar as margens de lucro no seu interior. Se assim for, o caso antitruste ficaria limitado ao exercício do poder de mercado nos bens finais.

de mercado é definido pelo economista como a diferença entre o custo marginal e o preço do produto. Pelos investigadores antitruste é, na maior parte das vezes, definido como a capacidade da firma de elevar seus preços acima dos custos. Assim, quanto maior o poder de mercado, maior a possibilidade de aumento de preço (supondo sempre custos constantes).

Nesse sentido, o abuso do poder de mercado seria caracterizado fundamentalmente pelo aumento de preços. Ou seja, o objeto antitruste, num raciocínio direto e reto, seria o preço/aumento abusivo. Não é por outra razão que a ação antitruste se dá de duas maneiras: impedindo o aumento do poder de mercado obtido através de alterações nas estruturas dos mercados, prevenindo o aumento de preços (o abuso do poder de mercado); ou de forma repressiva, agindo diretamente contra as práticas que permitem ou facilitam o aumento de preços (o abuso do poder de mercado). É preciso, aqui, repetir a questão central deste texto: faz parte da ação antitruste reprimir diretamente o preço/aumento abusivo, ou apenas indiretamente através das práticas que, como a formação de cartel, viabilizam o preço/aumento abusivo?

O monopólio (poder de mercado) não pode ser objeto da política antitruste porque é freqüentemente alcançado através de uma maior eficiência da firma no mercado. De fato, o objetivo de todo empresário é ganhar mercado e aumentar seus lucros. Para tanto, o empresário competente lança novos produtos, inova os já existentes, reduz seus custos, reduz seus preços, etc. Como consequência de uma atuação mais eficiente, ganha mercado, aumenta seus lucros, ganha poder de mercado. O monopólio, portanto, é o prêmio da eficiência no mercado. Ou o prêmio do empresário pioneiro, que por ser o primeiro a produzir, é necessariamente um monopolista.

A política antitruste supõe que através do processo concorrencial a sociedade é beneficiada com reduções de preços e aumento da qualidade e variedade dos produtos. Dessa maneira, combater o monopólio, por si só, significaria combater o processo de obtenção do poder de mercado, isto é, significaria privar a sociedade dos benefícios decorrentes da concorrência. A questão que se coloca, tanto para o economista quanto para o investigador antitruste, então, é como lidar com a firma que alcançou o monopólio de maneira eficiente. Isso porque a conquista do monopólio pode reduzir o entusiasmo da firma pela inovação e pela redução de custos e preços. Pior ainda, o monopolista pode ser tentado pelas condições de entrada no mercado ou pela inclinação da sua curva de demanda, por exemplo, à extrair compulsoriamente parcelas da renda do consumidor através do aumento de preços. Assim, se por um lado tanto o investigador antitruste quanto o economista assistem com satisfação a luta nos mercados pela obtenção do poder de mercado, assustam-se quando da luta surge um vencedor - mesmo que temporário, dependendo do tempo e da dificuldade relacionada ao aparecimento de um novo competidor.

Porém, se o objeto antitruste é o bem-estar econômico, é preciso, antes de avançar, identificar os critérios de eficiência econômica e de avaliação de bem-estar econômico disponíveis, o que é feito na próxima seção do texto.

II - BEM-ESTAR E EFICIÊNCIA

A questão dos objetivos da política antitruste passa inevitavelmente pela discussão dos critérios de bem-estar e eficiência econômica. Embora de corte fundamentalmente teórico, a matéria não pode ser conhecida superficialmente pelos investigadores antitruste, advogados, economistas e demais militantes ou interessados. Afinal, só é possível entender a execução da política uma vez entendidos seus objetivos. Toda ação normativa supõe uma relação de causa e efeito entre variáveis. O efeito que se procura com a intervenção antitruste está relacionado ao bem-estar e à eficiência econômica. Dessa forma, sem o domínio desse conceito não é possível opinar consistentemente sobre as formas de intervenção.

Por outro lado, bem-estar e eficiência econômica não são passíveis de interpretação pessoal e uso de *feeling*, o que redundaria numa intervenção sem regras, imprevisível e instável no tempo. Essa é uma observação lógica. Não é (apenas) a tentativa de um economista de trazer a discussão para áreas de seu domínio. Sendo assim, a discussão apresentada a seguir não pretende ser didática nem acessível, muito embora também não possa ser acusada de hermética por aqueles que já se dedicaram minimamente ao tema.

Desde os anos 30 a ortodoxia da Organização Industrial vem concentrando seus esforços na pesquisa teórica e empírica, buscando avaliar o poder de mercado e identificar seus principais condicionantes. Dentro dessa linha de pesquisa, que redundou no modelo estrutura-conduta desempenho, a questão dos custos sociais do monopólio receberam atenção especial, enquanto que as eficiências que ele poderia gerar, embora eventualmente reconhecidas (como economias de escala, inovações, etc.), foram minimizadas. Nos anos 50, entretanto, “membros da nova escola de Chicago afirmavam que o domínio de mercado é fraco, tem vida curta e é freqüentemente benéfico. Mais recentemente tais afirmativas resultaram na visão axiomática da “escola da eficiência”: a de que o monopólio não existe e não pode existir ou ter efeitos importantes, dentro da lógica econômica (a menos que ‘o Estado’ o crie)” (Shepherd, 1988, p.396). Ainda segundo este autor, enquanto o pensamento ortodoxo estruturalista teria uma interpretação ampla dos objetivos da intervenção antitruste, que englobaria a busca de eficiência alocativa, a distribuição de renda (eficiência distributiva) e até mesmo a desconcentração do poder econômico visto como uma finalidade em si mesma, para a escola de Chicago a eficiência alocativa seria o único objetivo. Desse modo, a política antitruste

está relacionada a um tipo de eficiência econômica, que busca preservar e incentivar.

A noção de eficiência econômica e a discussão dos objetivos da intervenção são fundamentais para a política antitruste, uma vez que esta visa alterar uma dada situação para outra “melhor”, em termos de bem-estar. O conceito de eficiência econômica equivale a um critério de estimativa do desempenho das firmas, dos mercados e da economia como um todo (em termos de geração de bem-estar econômico), necessário para a avaliação dos custos e dos benefícios da aplicação antitruste.

O mais conhecido critério de eficiência econômica - eficiência alocativa - está teoricamente ligado à concorrência perfeita. A eficiência alocativa é maximizada na situação Pareto-ótima onde não existe a possibilidade de um agente econômico obter ganhos de bem-estar sem uma conseqüente redução de bem-estar de outro agente econômico. Critério estático, só faz sentido num contexto teórico em que a concepção e os atributos da concorrência são aqueles do equilíbrio geral competitivo: concorrência perfeita em todos os mercados. Na situação de equilíbrio geral, com máximo de bem-estar, os preços igualam os custos marginais em todos os mercados. Sendo assim, mover os mercados na direção da máxima eficiência (elevando o bem-estar econômico) significa aproximar os preços dos custos marginais, o que em geral se obtém quando aumenta o número de ofertantes. Por outro lado, quanto mais distantes os preços dos custos marginais, pior o desempenho dos mercados em termos de bem-estar. Os preços distanciam-se dos custos marginais, por sua vez, quando alguns dos supostos do modelo de concorrência perfeita não são observados. Assim, se as firmas são capazes de fixar seus preços, se as informações não são perfeitas, etc., a eficiência econômica se reduz abrindo espaço para a intervenção antitruste.

A intervenção, porém, se dá sobre os mercados individuais, fazendo com que o bem-estar econômico passe a ser tratado no contexto dos mercados individuais, ignorando-se as interações com os outros mercados. Dessa forma, a contradição envolvendo a imposição teórica de trabalhar com todos os mercados, de um lado, e o caráter da intervenção restrita aos mercados individuais, de outro, torna o critério alocativo paretiano de eficiência econômica, apesar de ser o único assentado sobre uma base teórica consistente, inadequado para uma avaliação dos efeitos da intervenção. Além disso, o critério simplesmente não permite a comparação entre uma situação onde se observa perda de bem-estar de um agente econômico em relação à outra situação. Como as políticas econômicas e antitruste, de um modo geral, intervêm nos mercados elevando o bem-estar de uns, em detrimento do bem-estar de outros, não se pode rigorosamente afirmar que apresentam efeitos positivos em termos da eficiência econômica definida por Pareto.

Diante disso, a alternativa apresentada pelos economistas implica o abandono do modelo de equilíbrio geral e a aceitação de que as políticas que aumentam o excedente econômico aumentam o bem-estar econômico (ou a eficiência econômica) - alternativa necessariamente apoiada a um princípio de compensação que considera boa a política que apresenta ganhos de bem-estar superiores às perdas de bem-estar por ela provocados.

É possível, então, através da conhecida apresentação das curvas de custos e de demanda, e da análise dos triângulos e retângulos obtidos a partir da situação de equilíbrio parcial, demonstrar-se que maximizar o excedente econômico (isto é, a eficiência e o bem-estar econômicos) significa maximizar a soma dos excedentes do consumidor e do produtor, o que é alcançado no nível de produto onde o preço iguala o custo marginal. Nesse nível de produto o “peso-morto” (ou “custo social do monopólio”) seria nulo. Como sob monopólio ou cartel os preços são superiores aos custos marginais e a quantidade ofertada é menor do que sob concorrência perfeita, uma política que garanta um aumento da oferta na direção do equilíbrio competitivo eleva o bem-estar ao aumentar o excedente econômico. Dessa forma, a política antitruste teria como um dos seus objetivos o aumento da eficiência alocativa, o que seria alcançado através da atomização da oferta. Além de buscar a atomização dos mercados, uma aplicação alternativa de política seria o impedimento da concentração com a finalidade de evitar a redução da eficiência alocativa estática.

O aumento da oferta e a redução dos preços também provoca, além de um aumento no total do excedente econômico, um aumento no excedente do consumidor e uma conseqüente redução no excedente do produtor, o que caracteriza um efeito distributivo. Nesse sentido, a política antitruste teria por objetivo, além da eficiência alocativa, a eficiência distributiva.

A noção de eficiência distributiva - sobre a qual se apoia a abordagem antitruste ortodoxa, de corte estruturalista - considera ineficiente a existência de lucros de monopólio. Possas et alli (1995, p.285) resumem a função dos mercados nesse caso: “Consagrada na análise microeconômica ortodoxa desde Marshall, a noção de que uma operação eficiente dos mercados supõe tendência a eliminar lucros extraordinários (positivos ou negativos) requer não apenas uma concorrência interna capaz de aplinar as assimetrias entre competidores e nivelar preços e custos, mas uma concorrência potencial igualmente eficaz, o que supõe livre entrada e saída dos mercados (ausência de “sunk costs” e de ativos específicos)”. A política antitruste apoiada nesse critério de eficiência fica, então, fortemente calcada no combate à concentração de mercado e à criação de barreiras à entrada. Ressalte-se a identidade deste conceito de eficiência com o de eficiência alocativa, assentados sobre a mesma matriz teórica.

A questão, entretanto, é que o aumento da eficiência alocativa decorre do aumento do excedente econômico, mas não necessariamente do aumento

da quantidade ofertada e da redução dos preços. O excedente econômico também pode ser aumentado através da redução de custos, o que pode ocorrer até mesmo com restrição da oferta. Nesse ponto reside a principal divergência entre as escolas estruturalista e de Chicago. Enquanto para os primeiros o monopólio é um mal em si mesmo, porque concentra renda, para os últimos seria preciso analisar os efeitos do monopólio sobre o excedente econômico em termos da redução de custos por ele proporcionados - o que representa uma ênfase na eficiência alocativa.

É nesse sentido que uma outra noção de eficiência vem sendo utilizada na política antitruste desde meados da década de 80 como justificativa para atos de concentração econômica que incrementem a eficiência produtiva. Denominada eficiência dinâmica, o critério valoriza a elevação da produtividade, no tempo, em detrimento do combate imediato ao poder de mercado. Baumol e Ordover (1992, p.83), afirmam: “Podemos definir eficiência dinâmica como a alocação Pareto-ótima de recursos entre o presente e o futuro”. Essa definição de eficiência apresenta o mesmo enquadramento teórico das anteriores, apresentando como novidade apenas a possibilidade de que o aumento do excedente econômico obtido através da redução de custos de produção se dê no tempo, e não de imediato. Porém, apesar de incorporar a variável tempo, ainda é um conceito fundamentalmente estático.

O conceito de eficiência dinâmica (que é, como já foi comentado, na verdade, estático) enquadra-se na proposta da escola de Chicago de relaxamento da política antitruste no controle das estruturas de mercado e no combate de algumas condutas empresariais. Baumol e Ordover (ibid. p.83), por exemplo, argumentam: “...enquanto o monopólio é normalmente reconhecido como um inimigo da eficiência estática, há um número de razões para suspeitar que seu efeito sobre a eficiência intertemporal é positivo. Uma vez que o tamanho grande da firma e a posse de poder de mercado podem, nessa visão, ser úteis para a inovação e crescimento da produtividade, algumas vezes é sugerido que a atividade antitruste, como inimiga do poder de mercado e mesmo da grande firma, pode servir como um impedimento do crescimento e, ao elevar os custos, como uma fonte de ineficiência intertemporal”.

É importante ressaltar a diferença entre o aumento da eficiência alocativa proporcionado pela redução de custos e o conceito de eficiência produtiva desenvolvido por Leibenstein (1966). Este último seria um conceito essencialmente técnico, vinculando-se ao fato das firmas operarem frequentemente abaixo das suas curvas de transformação. Leibenstein, (ibid., p.413), identifica dois tipos de movimento possíveis na direção de maior eficiência: um ao longo da superfície de produção em direção à eficiência alocativa, e outro de uma superfície mais baixa para uma mais alta - que envolveriam ganhos do que ele chamou de “eficiência-X” - na direção de uma maior eficiência produtiva. A política antitruste também deveria atuar sobre esse tipo de eficiência produti-

va, uma vez assumido que no monopólio não existiriam mecanismos de pressão que garantam, como no mercado perfeitamente competitivo, que os produtores combinem seus recursos de maneira eficiente. Assim, custos mais elevados reduziram o excedente econômico introduzindo ineficiência e redução de bem-estar. Nesse caso, porém, o monopolista estaria sendo relapso reduzindo seu próprio lucro, e a redução do excedente econômico não seria consequência do aumento de preços (dos lucros) decorrente do monopólio.

O desenvolvimento do tipo de análise até aqui apresentado assume como irrelevantes as economias de escala sob monopólio. Isto é, ignora a questão que surge quando a curva de custo médio de longo prazo atinge seu mínimo num nível relativamente grande do mercado. A introdução das economias de escala na análise permite concluir que o monopólio pode ser a forma de organização de um mercado que maximiza o excedente econômico, ao reduzir o custo unitário de produção. Diante de economias de escala moderadas relativamente ao tamanho do mercado, o oligopólio pode ser a forma mais eficiente no sentido da geração do maior excedente econômico. Sendo assim, o caso antitruste ficaria restrito aos mercados onde as economias de escala não são suficientes para explicar o grau de concentração. Isso evidentemente conduz a discussão para a definição do tamanho do mercado, cada vez mais complexo diante do acirramento do processo de internacionalização do capital - o que, entretanto, não parece ter sido suficiente para provocar definições mais abrangentes do mercado geográfico pelas autoridades antitruste do Brasil.

Outro elemento freqüentemente considerado na análise dos mercados oligopolistas, e que interfere na definição da eficiência a ser perseguida pela política antitruste, diz respeito à possibilidade de diferenciação do produto. Se o consumidor está disposto a pagar mais por uma apresentação diferenciada, ou mesmo por uma marca, a firma detém algum poder de monopólio e os preços são superiores ao custo marginal (embora igual ao custo médio) - isto é, o excedente econômico não é máximo. Diante dessa constatação, Chamberlin (1950) argumenta: “O fato de que o equilíbrio da firma quando seus produtos são heterogêneos normalmente ocorre quando a curva de custo médio de produção está caindo (ainda está acima do custo mínimo) tem sido geralmente considerado um afastamento das condições ideais... . Contudo, se a heterogeneidade é parte do ideal de bem-estar, não existe um caso para a intervenção”. O autor, dessa maneira, propõe uma mudança no critério de eficiência, descolado da análise do “custo social do monopólio”, com todas as evidentes dificuldades teóricas e de execução normativa. O que fica claro nessa proposta é a insatisfação do autor com o critério alocativo/distributivo tradicional. Porém, não basta apenas a insatisfação, é preciso criar um critério de eficiência (de avaliação do bem-estar) compatível com o tipo de análise proposta, o que o autor não faz. A identificação de objetivos diferentes daqueles tradicionais da política antitruste exige a definição prévia de critérios de eficiência, bem co-

mo novas concepções acerca do tipo de concorrência necessária para que se alcance os fins desejados.

Garantir a eficiência econômica na produção dos bens com uma dada tecnologia significa garantir o maior excedente econômico possível, ou seja, a melhor alocação de recursos possível. Para alguns economistas, entretanto, uma indústria eficiente caracteriza-se por gerar novos conhecimentos que permitam economizar recursos na produção dos bens já conhecidos, bem como melhorar estes bens ou criar outros novos. Uma indústria seria eficiente, então, quando apresenta estímulos às inovações tecnológicas. Nesse sentido, Possas et alli (1995, p.286) apresentam a noção de eficiência seletiva, onde “Uma operação eficiente dos mercados... dispensa equilíbrio e otimização alocativa estática e implica um ambiente suficientemente competitivo... para que as inovações encontrem oportunidade adequada para serem não só defendidas, como geradas e incorporadas num ritmo intenso...”. O processo de inovação seria, dessa maneira, fundamental para o desenvolvimento econômico e o bem-estar social, e a política antitruste deveria permitir todas as formas de cooperação que resultem de esforços inovativos, restringindo apenas as condutas que sejam inibidoras da inovação, considerada o aspecto fundamental da concorrência.

O que chama a atenção nos conceitos de eficiência econômica apresentados diz respeito ao caráter fundamentalmente microeconômico que os cerca. Uma vez que o único critério de eficiência disponível capaz de avaliar o nível de bem-estar econômico dentro de um ponto de vista macro (paretiano) é inadequado para avaliar as conseqüências da intervenção no conjunto dos mercados, a política antitruste buscou identificar seus objetivos dentro de cada mercado individual. Em outras palavras, é possível definir critérios estáticos no interior de cada mercado (nível micro) e atuar no sentido de preservar ou aumentar a eficiência (previamente definida) dentro deles. Mas não é possível estimar o efeito da intervenção sobre o conjunto dos mercados (nível macro).

Também chama a atenção as dificuldades teóricas e normativas dos critérios alternativos - fora da matriz ortodoxa alocativa/distributiva - dos tipos propostos por Chamberlin ou por Possas et alli. No primeiro caso fica evidente a insatisfação do autor com o critério ortodoxo, o que não elimina a dificuldade em se estabelecer critérios objetivos e mensuráveis de eficiência. Seria preciso estimar, por exemplo, quanto a sociedade estaria disposta a sacrificar de oferta de um dado bem para ter a alternativa de adquirí-lo diferenciado. No segundo caso, a própria concepção dinâmica do conceito dificulta a aplicação de políticas preventivas de controle das estruturas de mercado, que só fazem sentido dentro de um contexto estático de tendência à equalização das taxas de lucro.

De fato, não basta afirmar que uma maior variedade da oferta de produtos ou que um produto tecnologicamente superior sejam objetivos da política

antitruste. É preciso criar os critérios de avaliação desse tipo de eficiência e identificar teórica e empiricamente o tipo de concorrência que garante os resultados definidos nesses termos. Nesse sentido, critérios de eficiência econômica consistentes só existem dois disponíveis: eficiência alocativa e eficiência distributiva.

Ressalte-se que do ponto de vista do economista esses dois critérios têm a mesma matriz teórica, ligada ao equilíbrio racional maximizador, que impõe uma análise estática a um processo que é fundamentalmente dinâmico. Dessa maneira, para o reduzido grupo de economistas que trabalham fora da ortodoxia racional maximizadora, a teoria vigente não permitiria entender o processo concorrencial e a eficiência alocativa/distributiva não seria um critério aceitável de avaliação de desempenho dos mercados (de eficiência econômica). É importante ressaltar, porém, que esses economistas, chamados heterodoxos, não têm um critério alternativo de eficiência e bem-estar consistente e útil para a intervenção.

Assim, os critérios de eficiência econômica disponíveis - alocativa e distributiva - estão atrelados ao preço, ou mais exatamente à diferença entre preços e custos. Portanto, aumentar o bem-estar econômico significa, em geral, reduzir preços até o limite dos custos marginais. E evitar a redução do bem-estar econômico implica impedir elevações de preços acima dos custos marginais. O que significa dizer que a política antitruste não pode abdicar da ação contra o aumento arbitrário de lucros, porque isso significa perda de eficiência tanto alocativa como distributiva, isto é, perda de bem-estar econômico.

III - AVALIAÇÃO DE UM PREÇO/AUMENTO ABUSIVO

É fato que parte dos especialistas em antitruste no Brasil considera que preço “abusivo” e aumento “abusivo” de preços não são objeto da intervenção antitruste. Um argumento muito utilizado para justificar esse desinteresse identifica o fenômeno como um sintoma da falta de concorrência. Baseado no modelo estrutura-conduta-desempenho, o argumento considera que a ação preventiva seria suficiente para garantir competição nos mercados e, conseqüentemente, resultados desejáveis em termos de bem-estar. Ou, uma vez que a estrutura garante o desempenho, o preço elevado (rentabilidade elevada) seria uma conseqüência inevitável de uma estrutura deficiente. Combater o preço elevado seria, nesse sentido, combater o sintoma, e não a doença. Caberia ao investigador antitruste, dessa maneira, intervir na estrutura preventivamente, impedindo a obtenção do poder de mercado.

O problema desse tipo de argumentação é que o poder de mercado e o abuso do poder de mercado podem ser, e frequentemente são, a conseqüência de uma processo de competição que teve um vencedor. Dessa maneira, mes-

mo admitindo-se que a ação preventiva teria como efeito a garantia do preço adequado e do bem-estar, também é preciso admitir que o poder de mercado é obtido, em grande parte das vezes, através de ações lícitas e desejáveis de mercado. Nesses casos, o abuso do poder de mercado não pode ser prevenido.

Um segundo argumento utilizado para descaracterizar o preço/aumento abusivo como objeto da ação antitruste sugere que não há abuso do poder de mercado sem prática anticompetitiva - por exemplo, cartel. Sendo assim, a ação se daria sobre a prática, com resultados idênticos sobre seus efeitos. O problema é que o cartel e outras práticas são, na maior parte das vezes, apenas meios de se obter condições para o abuso - definido na literatura como o preço/aumento abusivo. Porém, o preço/aumento abusivo pode ser obtido através da ação unilateral e direta de uma firma com poder para tanto, dispensando o que esses analistas chamam de práticas anticompetitivas. Nesse caso, a imposição do preço/aumento abusivo seria a prática a ser combatida.

Dessa forma, no caso de preços/aumentos abusivos por parte de firmas com poder de mercado conquistado, não é possível a prevenção do abuso nem a repressão sobre práticas que criam as condições para o abuso. É possível e necessária apenas a intervenção. Se não for assim, a política antitruste cai numa armadilha esquizofrênica. Combate preventivamente a criação ou o reforço do poder de mercado para que ele não seja usado de forma abusiva (preços) no futuro; combate as condutas que criam ou reforçam poder de mercado e permitem seu uso abusivo (preços); mas não combate o abuso do poder de mercado (preços) quando este é efetivamente praticado. Esquizofrenia intratável.

Como toda e qualquer infração à ordem econômica, o preço/aumento abusivo por parte de uma firma só ocorreria diante da existência de poder de mercado. Sem essa condição não ocorreria transferência compulsória de renda do consumidor para o produtor, uma vez que o primeiro teria outras alternativas no mercado. Diante da constatação da capacidade da firma de impor unilateralmente seus preços, o que significa, inclusive, uma curva de demanda inelástica a variações nos preços, uma pista para se identificar um preço/aumento abusivo se encontra na comparação da rentabilidade nas vendas do produto em questão, com uma rentabilidade média a ser definida. Essa metodologia encontra respaldo no próprio modelo estrutura-conduta-desempenho, base teórica da moderna intervenção antitruste.

Como já foi notado por vários autores, o modelo não apenas mantém a suposição clássica de que existe uma tendência à equalização das taxas de lucro num sistema econômico em que as forças de mercado atuam livremente, como transforma essa tendência no critério de virtude dos sistemas econômicos/mercados. Assim, mercados viciados seriam aqueles em que diante, principalmente, de barreiras à entrada e concentração da oferta, essa tendência não se verifica - o que permite o lucro econômico ou de monopólio. Mercados virtuosos, por sua vez, se caracterizariam pelo nivelamento de preços e custos

das firmas, e pela obtenção de uma rentabilidade média próxima ao do sistema econômico como um todo.

Reduzida concorrência efetiva (número de ofertantes) e potencial (nível das barreiras à entrada) propiciariam lucros de monopólio, sem tendência à equalização, isto é, sem pressão para que se observe uma convergência na direção da média. Esse seria o tipo de mercado que requer intervenção, aquele no qual se observa rentabilidade acima da média. Ou seja, a ação antitruste é dirigida aos mercados que apresentam rentabilidade acima da média, sinônimo de ineficiência e de redução de bem-estar econômico.

Nesse sentido, o preço/aumento abusivo não seria caracterizado por um preço de monopólio, não competitivo, acima dos custos, mas por aquele preço que permite uma rentabilidade superior a uma média a ser definida. O preço de monopólio, portanto, não seria objeto de intervenção, e sim o preço de monopólio que permite rentabilidade acima da média. É válido observar que a variável relevante da análise é a rentabilidade da firma, e não sua lucratividade (margem de lucro), uma vez que esta última varia muito entre os diferentes mercados em razão do giro das vendas e de outras condições. Assim, mercados distintos podem apresentar lucratividade diferentes e rentabilidade semelhantes. O retorno do capital investido, porém, está associado à rentabilidade da firma, que se torna a variável relevante da análise.

Cabe aqui, desde logo, uma observação. Mercados de produtos protegidos por patentes ou tecnologicamente diferenciados não seriam, em princípio, passíveis de intervenção por preços abusivos. Isso porque, em primeiro lugar, é quase impossível, mesmo para a firma, apropriar adequadamente aos seus custos as despesas de pesquisa e desenvolvimento do produto em questão, bem como as despesas daquelas pesquisas fracassadas, mas que fazem parte do mesmo esforço que propiciou a inovação. E, em segundo lugar, o produto novo, de um modo geral, apresenta rendimento diferenciado (atributo da formação de preços), custos mais baixos (que eleva rentabilidade mas proporciona eficiência alocativa), procura intensa (pressão das forças de mercado), etc., que descaracterizariam o preço abusivo. Finalmente, não faria sentido a ação normativa no caso da venda de produtos com essas características inclusive como forma de incentivar uma das maiores manifestações positivas da concorrência, que é a pesquisa científica e a inovação. Se o objetivo antitruste é a preservação e elevação do bem-estar econômico, não pode inibir um dos efeitos mais desejáveis da concorrência - o desenvolvimento tecnológico. É importante notar que o empresário ao inovar busca justamente o sobrelucro, mas a busca dessa rentabilidade diferenciada promove o desenvolvimento econômico e a elevação do bem-estar. Do ponto de vista dos critérios de eficiência disponíveis, esse benefício está ligado à redução de custos e à eficiência alocativa que proporciona.

O primeiro ponto a ser superado numa investigação de preço/aumento abusivo diz respeito à identificação da rentabilidade média que, por comparação, demonstraria a necessidade da intervenção. No caso de aumento abusivo de preços, uma primeira aproximação poderia considerar como referência a rentabilidade média histórica da própria firma e/ou do setor, nas vendas do produto em questão. Assim, aumentos sistemáticos de preços, por parte de firmas detentoras de poder de mercado, desacompanhados de pressões de custos ou de mercado, seriam entendidos como aumentos arbitrários de lucros. Arbitrários porque drenam compulsoriamente renda do consumidor. E passíveis de intervenção porque reduzem o bem-estar e a eficiência econômica.

A intervenção se daria na forma de fixação de multas, obrigando a firma a reduzir seus preços. É importante ressaltar que não caberia à autoridade antitruste determinar o nível de preços que consideraria adequado em termos de bem-estar, do contrário estaria agindo como controlador de preços e não como órgão encarregado de estabelecer as regras de atuação de mercado. Caberia, apenas e sempre, como em qualquer outro tipo de intervenção, dar transparência à sua ação e à sua metodologia de análise, ficando com o empresário a responsabilidade da formação de seus preços. Conhecedor das regras, resta ao empresário a elas se adequar. Se errar deve ser punido, e não regulado ou tutelado nas suas ações.

Já a avaliação de preços abusivos (e não de aumentos abusivos de preços) parece ainda mais complexa. Sem a referência de uma média histórica de preços praticados pela firma nas vendas do produto (rentabilidade), o investigador seria obrigado a buscar em mercados de outros países, com características semelhantes, a referência desejada. Também poderia buscá-la em mercados domésticos semelhantes em termos dos atributos da estrutura - tipo da demanda, número e tamanho dos ofertantes e dos demandantes, nível das barreiras à entrada, grau de diferenciação do produto, grau de exposição ao concorrente importado, formas de distribuição, padrões tecnológicos, etc.

Entretanto, o critério da rentabilidade média na avaliação do preço abusivo traz uma dificuldade. Firms mais eficientes (com menores custos de produção), apresentam maior rentabilidade, enquanto firms ineficientes (com elevados custos) jogam a rentabilidade média para baixo. Nesse caso, uma rentabilidade acima da média seria sinônimo de eficiência produtiva. Assim, o investigador precisaria analisar a estrutura de custos das demais firms do mercado para avaliar a existência ou não de abuso do poder de mercado. De qualquer forma, o caso de preços abusivos aparentemente forneceria um número muito menor de casos do que o de aumentos abusivos de preços.

Evidentemente as proposições relativas à definição de preços abusivos e aumentos abusivos de preços, bem como a metodologia de avaliação apresentadas necessitam de melhor e maior desenvolvimento. A finalidade das proposições aqui apresentadas é de apenas desmistificar o tema, considerado

quase um tabu por aqueles que consideram que preço não é objeto antitruste, iniciando o debate sobre a necessidade e as formas de intervenção possíveis nos casos de preços/aumentos abusivos.

IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ação antitruste está eminentemente vinculada à questão dos preços (leia-se lucro/rentabilidade). Através do controle preventivo da estrutura dos mercados, busca evitar criação ou elevação de poder de mercado, na suposição de que ele será inevitavelmente usado abusivamente no futuro, na forma da elevação de preços. Isto é, o controle das estruturas dos mercados previne o aumento abusivo de preços. A ação antitruste também se dá através do combate às condutas consideradas anticoncorrenciais - definidas como aquelas que reduzem o bem-estar econômico. Reprime, por exemplo, o cartel, porque esta é uma forma das firmas alcançarem aumentos de preços que não conseguiriam sem a coordenação. Reprime a venda casada porque é um tipo de aumento de preços, na medida em que obriga o consumidor a pagar pelo que deseja e também pelo que não deseja - elevando o preço do que deseja. Assim, a repressão antitruste combate as condutas que propiciam ou facilitam elevações de preços (como o cartel), ou mascaram uma elevação de preços (caso da venda casada). Porém, a política antitruste no Brasil, esquizofrenicamente, encontra imensa dificuldade em reprimir exatamente o objeto da sua preocupação: o abuso do poder de mercado, definido como a prática do preço/aumento abusivo⁴.

Diante dessa constatação, é possível estabelecer uma analogia entre a questão do preço/aumento abusivo e da cabeça de bacalhau: se a lógica indica sua existência, resta ao investigador encontrar a melhor forma de lidar com o problema. E, nesse caso, ao contrário da demanda sobre o reconhecimento da cabeça de bacalhau, onde o investigador antitruste não é o mais apropriado para apresentar soluções, na questão do preço/aumento abusivo ele é especialista. Certamente a complexidade e dificuldade desse tipo de ação não podem ser escamoteadas através da afirmativa de que não existe preço/aumento abusivo. Negar a propriedade da ação antitruste sobre preço/aumento abusivo requer a demonstração da inexistência lógica do problema.

O texto, entretanto, procurou demonstrar justamente o contrário. Tentou demonstrar que a lógica antitruste é a mesma quer na ação preventiva, quer na repressiva. Na primeira linha de ação o investigador atua preventivamente na estrutura, visando garantir o funcionamento dos mecanismos de equalização

⁴ Já a agência antitruste alemã, por exemplo, acabou de perder na justiça, após anos de luta, um processo de preço abusivo movido contra a companhia aérea Lufthansa. O emblemático, nesse caso, não é a derrota judicial, mas o combate ao preço abusivo em si.

das taxas de lucro (rentabilidade), prevenindo o exercício de taxas acima da média (preços elevados). Na sua segunda linha de ação, o investigador atua repressivamente sobre as condutas empurrando para a média as taxas de lucro/rentabilidade mais elevadas (impedindo vendas casadas, quebrando cartéis, etc.). Nesse sentido, numa primeira proposta para discussão, este trabalho supôs que a taxa de lucro/rentabilidade média, mesmo com preço de monopólio (preço acima do custo marginal), é aceitável do ponto de vista antitruste, sendo inaceitáveis as superiores à média. Considera, portanto, preços abusivos aqueles que proporcionam taxas de lucro acima da média, e aumentos abusivos de preços aqueles que jogam a taxa de lucro da firma para cima da média.

Parece evidente, também, que a intervenção antitruste é mais simples (ou menos complexa) quando se trata de combater o aumento abusivo de preços, uma vez que é possível estabelecer comparações com taxas de lucro/rentabilidade anteriores da própria empresa investigada, além de se comparar a atual taxa considerada abusiva com a de outras firmas ou de outros mercados que guardem algum tipo de semelhança. O que o investigador antitruste não pode fazer, porém, segundo a proposta do texto, é simplesmente evitar a questão do preço/aumento abusivo sem aprofundar a discussão.

Nesse sentido, é preciso deixar claro que o presente texto é apenas uma tentativa de trazer o tema à tona. Não tem a menor pretensão de se contituir desde logo numa proposta boa e factível. Pretende provocar, contudo, dois tipos de manifestações. Um melhor e maior desenvolvimento lógico e teórico dos argumentos daqueles que consideram que a questão do preço/aumento abusivo não é objeto de intervenção - justificando o encerramento da discussão. Um melhor e maior desenvolvimento da definição, identificação e intervenção sobre preço/aumento abusivo por parte daqueles que consideram ser esta questão objeto da ação antitruste.

V - BIBLIOGRAFIA

- Bain, J. (1956) - **Barriers to New Competition**, Harvard University Press;
- Baumol, W.J. e Ordover, J.A. (1992) - **Antitrust Source of Dynamic and Static Inefficiencies?**, in *Antitrust, Innovation, and Competitiveness*, Jorde e Teece (Editores), Oxford University Press, N.Y.;
- Brodley, J. (1991) - **The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress**, in First, H.; Fox, E.; Pitofsky, R. (editores), *Revitalizing Antitrust in Its Second Century - Essays on Legal, Economic, and Political Policy*, Quorum Books;
- Chamberlin, E.H. (1950) - **Product Heterogeneity and Public Policy**, *The American Economic Review*, Volume 40;
- Harberger, H. (1954) - **Monopoly and Resource Allocation**, *The American Economic Review*, Volume 44;

- Jorde, T.M. e Teece, D.J. (1992) - **Innovation, Cooperation and Antitrust**, in Antitrust, Innovation, and Competitiveness, Jorde e Teece (Editores), Oxford University Press, N.Y.;
- Lande, R.H. (1982) - **Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged**, Hasting Law Journal, N° 34;
- Leibenstein, H. (1966) - **Allocative Efficiency vs. “X-Efficiency”**, The American Economic Review, Volume 56;
- (1978) - **X-Inefficiency Xists - Reply to an Xorcist**, The American Economic Review, Volume 68;
- Posner, R. (1979) - **The Chicago School of Antitrust Analysis**, University of Pennsylvania Law Review, 127;
- Possas, M.L., Fagundes, J. e Pondé, J.L. (1995) - **Política Antitruste: Um Enfoque Schumpeteriano**, Anais da Anpec;
- Santana, C.A.C. (1993) - **O Abuso da Posição Dominante no Direito da Concorrência**, Edições Cosmos, Lisboa;
- Shepherd, W.G. (1988) - **Three “Efficiency School” Hypotheses About Market Power**, The Antitrust Bulletin, Summer.

JURISPRUDÊNCIA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 02/94

Requerentes: ULTRAFÉRTIL S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES e
FERTILIZANTES FOSFATADOS S.A. - FOSFÉRTIL

Relator: CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA

Data de realização da operação (leilão): 24/6/93 (f. 2)

Data de apresentação do requerimento: 01/7/94 (f. 2)

RELATÓRIO

1. O presente feito, um dos mais antigos, tramitou pela SDE/MJ de 1º de julho de 1994 a 4 de junho de 1996, data em que foi recebido no CADE (f. 1737), instruído com os pareceres daquele órgão (fls. 1665-1731), da SEA-E/MF (fls. 35-67) e da Procuradoria do CADE (fls. 2.218-2340).

2. Cumpre observar que o requerimento foi apresentado para exame, à luz do art. 54 da Lei 8.884, com um ano e oito dias após a operação, realizada sob a vigência da Lei nº 8.158/91. O atraso na apresentação foi sanado pelo art. 90⁵ da Lei 8.884. O efeito desse dispositivo foi “interromper” a contagem do prazo previsto no art. 13 da Lei 8.158, o qual passou a contar a partir da própria Lei 8.884 (11 de junho de 1994) para os atos em situação irregular pela não apresentação no prazo citado ou pendentes de exame à data da Lei 8.884.

3. As requerentes, individualmente, apropriam-se de parcela superior a 20% do mercado de fertilizantes básicos. Coletivamente e por meio das suas controladas, as requerentes detêm o controle de parcela do mercado de fertilizantes compostos também superior àquele patamar. Soma-se a isso a previsão inscrita no art. 48 do Regulamento da Lei de Desestatização, que manda submeter a operação da espécie ao crivo do CADE.

⁵ “Ficam interrompidos os prazos relativos aos processos de consulta formulados com base no art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, com a redação dada pelo art. 13 da Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, aplicando-se aos mesmos o disposto no Título VII, Capítulo I, desta lei.”

4. No CADE, a tramitação completa hoje 357 dias. O prazo de 60 dias previsto no § 8º do art. 54 da Lei 8.884 foi suspenso por diversos interstícios, muitos dos quais subseqüentes, por força de diligências necessárias à análise da operação.⁶ Dados constantes dos pareceres da SEAE/MF e SDE/MJ tiveram que ser atualizados. No curso da apreciação, uma adequada análise da política comercial das requerentes tornou-se necessária. As fontes consultadas nem sempre respondiam as requisições ou solicitações com igual presteza. Em várias ocasiões foi necessário cruzar informações para eliminar ou reduzir imprecisão ou contradições.

5. No despontar da potencialidade de dano oferecido pela operação, a análise concentrou-se nas possíveis medidas reparadoras, justificando diligências adicionais. O trabalho, que desafiou a inteligência do Relator, contou com o esforço e a aplicação de colaboradores incansáveis.⁷ O período relativamente longo de análise permitiu, todavia, que o CADE pudesse acompanhar a política das requerentes.

6. Os representantes das requerentes sempre se mostraram solícitos às diligências requisitadas. Diversas reuniões com eles e representantes de empresas rivais, separadamente, ajudaram a esclarecer pormenores que permitiram estabelecer a evolução do quadro concorrencial e aferir a realização dos objetivos da privatização.

7. A grosso modo, os motivos preponderantes da economia nacional que envolvem a privatização⁸ se confundem com alguns requisitos de eficiências compensatórias genericamente inscritos no direito de concorrência.⁹ Assim, o fato de a operação em apreço decorrer de processo de privatização não alterou o roteiro nem a metodologia adotados na análise da generalidade dos atos de concentração.

8. Os resultados da análise técnico-econômica realizada no CADE estão consolidados no Relatório Preliminar (RP)¹⁰ ao qual o julgamento se reporta, adequadamente, como fundamento de decidir. Destacam-se do trabalho a caracterização dos mercados relevantes e os padrões de concorrência, incluídas as barreiras à entrada. Além de enfrentar aspectos jurídicos sobre a competência do CADE em face da privatização, o voto responde a questões fundamen-

⁶ Anexo A

⁷ RP, nota 1.

⁸ Lei nº 8.031/90, art. 1º.

⁹ Lei nº 8.884/94, art. 54, §§ 1º e 2º.

¹⁰ Cópia desse material foi entregue em mãos e sob sigilo ao Diretor da Ultrafértil/Fosfértil, Sr. Luiz Antonio Bonagura que, salvo sugestões formais, não opôs nenhuma objeção essencial. Considerando os comentários formais apresentados pelas requerentes, o Relator promoveu as retificações adequadas, esclarecendo passagens e evitando interpretação duvidosa dos fatos relevantes registrados no texto.

tais da análise, identifica o potencial da operação e variantes compensatórias. A conclusão dispõe sobre as condições impostas para aprovação do ato.

É o relatório.

ANEXO A

Quadro de controle de prazos

Requerentes		Data	Diligências		Resposta		Prazo
		Entrada	Data	fls.	Data	fls.	Restante
02/94	Ultrafertil/ Fosfertil	4/06/96	10/06/96	1.194	24/06/96	-	55
			27/06/96	1.947	12/07/96	1.956	51
			22/07/96	2.133	6/08/96	2.151	41
			7/08/96	2.169	15/08/96	2.170	41
			29/08/96	2.177	2/09/96	2.181	28
			2/09/96	2.183	1/10/96	2.188	28
			1/10/96	2.272	18/10/96	2.291	28
			22/10/96	2.290	18/11/96	2.307	28
			18/11/96	2.274	9/12/96	2.275	28
			9/12/96	2.284	recesso		28
			31/01/97	2.316	26/03/97	2.345	28
			11/03/97	2.342	3/04/97	2373	28
			1/04/97	2.362/72	(*)		28

Obs: Em 01/04/97 foram remetidas diligências (questionários) para 8 empresas misturadoras de fertilizantes. No dia 28/05/97 apenas duas empresas (Ipiranga Serrana e Adusolo) não tinham encaminhado suas respostas.

RELATÓRIO PRELIMINAR¹¹**Índice**

	<u>Assunto</u>
I - Da transação	
II - Etapas do negócio	
III - Justificativa da operação	
IV - Das requerentes e sua controladora	
V - Mercados relevantes	
V.1 - Mercado de produto relevante	
V.2 - Processo produtivo	
V.3 - Mercado geográfico relevante	
VI - Estrutura de mercado	
VI.1 - Padrão de Competitividade e Grau de Concentração	
VI.2 - Produção e capacidade instalada	
VI.3 - Faturamento	
VI.4 - Principais fornecedores	
VI.5 - Comercialização	
VI.6 - Preços	
VII - Barreiras à entrada	
VIII - Dos pareceres	
Parecer da SEAE	
Parecer da SDE	
Parecer da Procuradoria do CADE	
IX - Eficiências	
XX - Notas conclusivas	
Anexo I - Sugestões de Informações para composição de Compromisso	
Anexo II - Avaliação Econométrica	

¹¹ Relatório desenvolvido por Roberto T. Alves, economista do CADE (CRE/RJ nº 20.783-7). Agradecimentos a Marcelo Soares e César Mattos pela leitura da primeira versão e comentários.

I - Da Transação

1. A empresa Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes (doravante designada **Ultrafertil**) encaminhou, em 23 de junho de 1994, para apreciação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, documentação relativa à sua aquisição pela Fosfertil- Fertilizantes Fosfatados S/A (doravante designada **Fosfertil**), para os fins do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (fls. 2/3) e do art. 48 do Decreto 1.204, de 29.7.94. A aquisição foi efetuada mediante leilão público de privatização, realizado em 24.06.93, pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico - BNDES, como parte do Programa Nacional de Desestatização.

II - Das Etapas do Negócio

2. O edital de alienação das ações da Ultrafertil foi publicado em 02/10/92, com o preço mínimo de venda fixado em US\$ 202.300.000,00 (fl. 07). Inicialmente marcado para o dia 18/11/92, o leilão somente foi realizado 7 meses depois, sendo suspenso neste período por determinação da Presidência da República.

3. As razões para a suspensão estariam relacionadas a informações, veiculadas na imprensa, de que haveria divergências nos laudos de avaliação efetuados pelas duas empresas contratadas para este fim. No edital eram admitidos como meios de pagamento, além da utilização da moeda corrente no país, a liquidação através de diversos títulos e créditos (inclusive títulos públicos com pouca aceitação no mercado, chamados “moedas podres”). Essa possibilidade atraiu o interesse de 28 participantes, todos pré-identificados para o leilão.

4. A alteração do edital, publicada em 02/06/93 (fl. 11), estabeleceu o percentual mínimo de 20% para pagamento à vista em moeda corrente. O preço mínimo de aquisição, baseado em novo laudo de avaliação, foi elevado para US\$ 207.000.000,00; o adquirente deveria efetuar o pagamento à vista de cerca de US\$ 40.000.000,00, o que reduziu o número de interessados.

5. Sob novas regras, o leilão foi realizado no dia 24/06/93, para o qual foram qualificados apenas 6 participantes.¹² Dos grupos qualificados apenas o consórcio Fertiultra era composto de empresas com experiência no setor de fertilizantes, e somente 3 participantes ofereceram lances. O consórcio Fertiultra representava a Fertilizantes Fosfatados S.A. - Fosfertil e mais 11 empresas

¹² Banco Graphus S.A, Banco Omega S.A., Banco Primus S.A., Consórcio Fertiultra, Companhia de Seguros Previdência do Sul e SASSE - Companhia Nacional de Seguros Gerais.

do setor de fertilizantes finais, participantes do consórcio Fertifós. O processo de privatização resultou na compra, pela Fosfértil, que efetuou a liquidação financeira de 89,99% do capital da empresa.

6. A operação foi intermediada por um consórcio de seis Bancos, representados pela Corretora Primus - Corretora de Valores e Câmbio S.A. As empresas Fertibrás, IAP, Manah, Fertiza, Solorrigo e Takenaka participaram como fiadoras e a Fertifós tomou parte como fiadora solidária.

7. O valor de aquisição negociado foi da ordem de US\$ 199.420.252,10; US\$ 39.884.049,29 através de recursos próprios e US\$ 159.536.202,81 financiados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social - BNDES. As condições de pagamento da operação (fl. 10, anexo IIA) foram as seguintes:

- atualização do Preço pelo IGP-M e juros de 6,5% ao ano;
- prazo de carência para amortização: 02 anos (primeira parcela prevista para 28.12.95);
- 02 parcelas de 1,5% cada uma, no 1º ano de amortização;
- 02 parcelas de 2,0% cada uma, no 2º ano de amortização;
- 02 parcelas de 2,5% cada uma, no 3º ano de amortização;
- 02 parcelas de 4,0% cada uma, no 4º ano de amortização;
- 02 parcelas de 5,0% cada uma, nos 5º e 6º anos de amortização;
- 02 parcelas de 7,5% cada uma, nos 7º, 8º, 9º e 10º anos de amortização.

III - Justificativa Econômica da Operação

8. A Ultrafértil, nos documentos encaminhados à SDE, aponta como justificativa da operação, a possibilidade de implantação de um programa de investimentos, visando a melhoria da produtividade e do produto, além da expansão da capacidade produtiva, revertendo o quadro deficitário da empresa. Esses argumentos são compatíveis com os objetivos do Programa de privatização do governo. Através da transferência de empresas e atividades à iniciativa privada, o Programa busca o reordenamento das atividades do Estado e o seu saneamento financeiro. Em termos gerais, a privatização de empresas estatais permitirá a retomada dos investimentos, de forma a modernizar e atualizar tecnologicamente o parque industrial, reforçando a competitividade e capacidade empresarial dos diversos setores da economia.

9. Do ponto de vista do grupo Fertifós - controlador das requerentes e constituído de empresas fabricantes de fertilizantes finais - a compra da Ultrafértil (fertilizantes nitrogenados) implica completar o processo de verticalização da produção, iniciada com a aquisição da Fosfértil e da Goiasfértil (fertilizantes fosfatados).

10. A operação justifica-se plenamente como estratégia empresarial. Há que se enfatizar as sinergias prováveis a serem obtidas através da coordenação das estratégias comerciais e industriais nos dois mercados em que as empresas atuam: o dos fertilizantes básicos fosfatados e nitrogenados.

11. Para o grupo adquirente, a operação significou obter o controle da etapa produtiva predominante da indústria dos fertilizantes. As empresas misturadoras dos fertilizantes finais são dependentes do fornecimento dos fertilizantes básicos, por um lado, e da disponibilidade financeira colocada à disposição do setor agrícola (crédito agrícola), por outro, elementos que determinam a capacidade de oferta do setor e da intensidade da demanda por fertilizantes. A transformação industrial realizada na elaboração dos fertilizantes compostos (misturas NPK) agrega pouco valor ao produto devido ao seu reduzido conteúdo tecnológico. O setor é pulverizado e opera com escalas e margens de rentabilidade reduzidas.

12. O segmento fertilizantes básicos, ao contrário, incorre em elevados custos de implantação e operação que pressupõe elevados limites mínimos de escala e produção. É, portanto, um segmento concentrado que agrega maior valor na transformação industrial.

IV - Das Requerentes e sua controladora

13. Em 13 de agosto de 1992, o consórcio Fertifós, integrado por empresas do segmento de fertilizantes compostos, adquiriu 68,88% das ações da Fosfértil em leilão de privatização realizado naquela data pelo BNDES. Dois meses depois, em 08/10/92, a Fosfértil comprou a Goiasfértil em novo leilão de privatização. Finalmente, em 24/06/93, a mesma Fosfértil comprou 89,999% das ações da Ultrafértil, operação ora em exame.

14. O grupo Fertifós, controlador das requerentes, ao adquirir Ultrafértil passou a controlar toda a cadeia produtiva de fertilizantes, através da compra de 3 empresas estatais produtoras de matéria-primas para fertilizantes e fertilizantes básicos. Fosfértil atua na produção de matéria-prima básica (rocha fosfática) e intermediárias fosfatadas (ácido sulfúrico e ácido fosfórico), além de fertilizantes básicos fosfatados (MAP, DAP, SFS e SFT). Ultrafértil produz matéria prima básica nitrogenada (amônia) e matérias primas intermediárias (ácido sulfúrico e ácido nítrico) e fertilizantes básicos (uréia, nitrato de amônio, nitrocálcio e MAP/DAP). Goiasfértil (atualmente incorporada à Ultrafértil) dedica-se à extração e processamento da rocha fosfática, matéria-prima utilizada na fabricação dos fertilizantes fosfatados. O diagrama a seguir ilustra as participações acionárias do grupo Fertifós logo após a operação.

Fertifós Administração e Participação Ltda.

15. O consórcio Fertifós foi inicialmente criado visando reunir capital para participar do primeiro leilão de privatização do grupo Petrofértil, cujo objeto era a venda da Fosfértil. O estatuto, de 29/09/92, foi assinado por 11 empresas do segmento de fertilizantes compostos (misturas NPK), que compram fertilizantes básicos nitrogenados (N) e fosfatados (F), além dos potássicos (esses praticamente não são ofertados no mercado interno) e formulam os fertilizantes finais destinados à aplicação agrícola. A Cooperativa Cotia, que possuía 18,7% das ações, retirou-se posteriormente da sociedade, negociando a reabsorção da sua participação pelas demais acionistas. Segue abaixo a composição acionária do Grupo Fertifós.

Quadro I
Participação acionária do grupo Fertifós

Acionistas	Percentual (%)
IAP	23,07
Manah	23,07
Solorrico	23,07
Fertibrás	12,76
Fertiza	10,00
Takenaka	6,17
Fertipar	1,37
Campos Gerais	0,37
Heringer	0,08
Aubos Triângulo	0,07
TOTAL	100,00

Fonte: Fosfertil fl. 60, anexo IIA.

16. Segundo o quadro acima, os principais acionistas da Fertifós, IAP, Manah e Solorrico controlam 69,21% das ações ordinárias. As 10 empresas acionistas do grupo pertencem ao segmento de fertilizantes compostos, sendo que três delas atuam também na produção de fertilizantes básicos: IAP (sulfato de amônio e superfosfato simples), Solorrico, Manah e Fertibrás (superfosfato simples). As 6 principais acionistas detêm 98,14% das ações da empresa.

Fosfertil

17. Fosfertil foi criada em 14 de fevereiro de 1977 por proposta do então Conselho de Desenvolvimento Econômico - CDE, objetivando a exploração e beneficiamento da rocha fosfática da jazida de Patos de Minas-MG, cujo projeto já vinha sendo desenvolvido, desde 1974, pela Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM).

18. Petrofertil, constituída em 1976, agrupou sob seu comando as atividades da Petrobrás relativas ao setor de fertilizantes. Nesta época duas empresas já estarem integradas ao grupo Petrobrás: a Ultrafertil, que desde 1970 produzia pioneiramente matérias-primas intermediárias nitrogenadas (amônia e ácido nítrico) e pequena quantidade dos fertilizantes básicos nitrato de amônio e fosfato de diamônio (DAP), e a Nitrofertil, também produtora de matérias-primas nitrogenadas. A Fosfertil foi incorporada ao grupo Petrofertil, dedicando-se à produção de matérias-primas fosfatadas.

19. A partir de 31/12/80, a Fosfertil passou por uma profunda reestruturação, devido à incorporação pela Petrofertil das empresas Valep e Valefertil, empreendimentos iniciados pela Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) na área de extração rocha fosfática. Foi firmado acordo de acionistas entre a Fos-

fértil e as empresas incorporadas, resultando na sua verticalização, passando a operar não só na lavra e concentração de rocha fosfática, mas também na produção de fosfato como fertilizante e no comércio, incluindo transporte, exportação e importação destes produtos.

20. Com sede em Uberaba-MG, a empresa possui unidades industriais em Uberaba-MG e Tapira-MG, além de uma usina em Patos de Minas-MG. Fosfertil detém ainda direitos de exploração de reservas expressivas de fosfato, localizadas também no estado de Minas Gerais, nas cidades de Tapira (jazida de Tapira), Patrocínio (jazida de Salitre) e Patos de Minas (jazida de Rocinha). As duas primeiras de origem ígnea, e a última de origem sedimentar, cujos custos de exploração são mais reduzidos.

21. Os complexos industriais da Fosfertil tinham, à época da privatização, as seguintes capacidades:

- complexo de mineração de Tapira (CMT) - área mineralizada de 34,5 quilômetros quadrados, tem capacidade de extração e beneficiamento de 650 mil toneladas/ano de rocha fosfática (concentrado fosfático). Possui também um mineroduto de 120 Km interligando a jazida ao terminal de Uberaba-MG;
- complexo industrial de Uberaba-MG (CIU) - unidade projetada para operar com o concentrado fosfático recebido do complexo de Tapira. Possui quatro unidades industriais com a seguinte capacidade:

Quadro II

Complexo de Uberaba - Plantas Industriais

Plantas Industriais	Capacidade (ton/ano)
Ácido fosfórico	375.000
Ácido sulfúrico	995.000
Superfosfato triplo	360.000
MAP/DAP	450.000

Fonte: Edital de Privatização da Fosfertil, fls. 278/280.

- usina de Patos de Minas/MG - Produz fosfato natural pulverizado com capacidade de 190.000 ton/ano, e fosfato natural acidulado (120.000 ton/ano).

22. Após a conclusão do processo de transferência à iniciativa privada, ao preço mínimo de US\$ 160.000.000,00, a empresa apresentava a seguinte configuração acionária:

Quadro III
Fosfertil - Composição Acionária

Empresa	Participação (%)
<i>Fertifós</i>	68,88
Cia Vale do Rio Doce	10,96
Cinnabar	7,23
Fertibrás	2,86
Benzenex	2,86
Diversos	6,21
TOTAL	100,00

Fonte: Fosfertil f. 744, vol. 3

23. Em leilão de privatização realizado no dia 08/10/92, a Fosfertil adquiriu o controle acionário da Goiásfertil, que detinha os direitos de extração de uma jazida de fosfato localizada em Catalão-GO, possuindo instalações industriais com capacidade de produção de 1.000.000 de toneladas anuais de concentrado fosfático. Quando privatizada, Goiásfertil dedicava-se à extração e beneficiamento da rocha fosfática. Sua composição acionária após a privatização é apresentada abaixo.

Quadro IV
Goiásfertil - Composição Acionária

Empresa	Participação (%)
<i>Fosfertil</i>	99,99%
Metais de Goiás S/A	0,01%
TOTAL	100,00%

Fonte: BNDES, fl. 164

24. Em 01 de dezembro de 1995, a Goiásfertil alterou sua razão social para Ultrafertil S.A, após a incorporação da Ultrafertil S.A Indústria e Comércio de Fertilizantes. Ou seja, a Ultrafertil e a Goiásfertil, empresas privatizadas, transformaram-se numa única organização, sob a denominação Ultrafertil S.A, controlada pela Fosfertil (Gazeta Mercantil, fls. 2.124).

Ultrafertil

25. Ultrafertil, criada em 1965, tinha originalmente como acionistas o grupo Ultra, com 56,5% do capital votante e Phillips Petroleum, com 43,5%. A empresa inaugurou, em 1970, o primeiro complexo industrial de fertilizantes no Brasil (complexo de Piaçaguiera-SP), com produção integrada de matérias-primas básicas e intermediárias para fertilizantes nitrogenados.

26. Até o início da década de 60, a demanda doméstica de matérias-primas para fertilizantes era atendida por importações. As empresas pioneiras no setor - Trevo (1930), Quimbrasil (1945), IAP (1945), Copas (1945), Manah (1947), Ipiranga-Fertisul (1948), Elekeiroz (1949), Benzenex (1951) e Solorríco - somente elaboravam as misturas finais (fertilizantes compostos).

27. Na década de 70, existiam alguns poucos empreendimentos na produção de matérias-primas básicas e intermediárias (exploração de fosfato pela Serrana/Quimbrasil e unidades de ácido nítrico e amônia pela Petrobrás) e fertilizantes básicos (nitrato de amônio e nitrocálcio também pela Petrobrás), com pouca capacidade de atendimento da demanda.

28. Em 1974, foi lançado o Plano Nacional de Fertilizantes e Calcário (PNFC) que, juntamente com o Plano Nacional de Defensivos Agrícolas (PNDA) e o Programa de Crédito Rural (iniciado em 1969), propiciou uma transformação acelerada dos setores agrícola e agroindustrial brasileiros, modernizando as técnicas de produção aplicadas na produção agrícola e desenvolvendo culturas destinadas ao atendimento do mercado externo (soja, laranja, café e cacau). Ambos os planos buscavam a substituição das importações dos insumos agrícolas através da ampliação da oferta interna. Neste mesmo ano a Petroquisa, subsidiária da Petrobrás, adquiriu o controle acionário da Ultrafertil.

29. Em 1977, a fábrica de fertilizantes de Cubatão-SP foi incorporada ao patrimônio da Ultrafertil ocorrendo, no mesmo ano, a passagem do controle acionário, da Petroquisa para a recém-criada Petrofertil. Em 1981, ocorreu a incorporação à empresa do complexo industrial de Araucária -PR.

30. Atualmente, Ultrafertil dispõe de três complexos industriais, dois deles localizados no Estado de São Paulo, e um no Estado do Paraná (Araucária), além de um terminal marítimo. As capacidades das instalações industriais e portuárias da empresa, à época da privatização, são apresentadas a seguir:

-Complexo Industrial de Cubatão/SP - O insumo principal utilizado no complexo de Cubatão é proveniente do complexo de Piaçagüera-SP por tubulação. O complexo possui oito unidades industriais cujas capacidades, em 1993, eram as seguintes:

Quadro V
Complexo de Cubatão - Plantas Industriais

Plantas Industriais	Capacidade (ton/ano)
Ácido nítrico diluído (I)	72.600
Ácido nítrico diluído (II)	82.500
Recuperação de enxofre	15.800
Concentração de ác. nítrico (I)	39.600
Concentração de ác. nítrico (II)	39.600
Nitrato de amônio (solução)	330.000
Nitrocálcio	161.000
Unidade de Fertilizantes	198.000

Fonte: Edital de Privatização da Ultrafertil, fls. 08.

-Complexo Industrial de Piaçaguera/SP - É composto de sete unidades industriais, cujas capacidades são especificadas abaixo:

Quadro VI
Complexo de Piaçaguera/SP - Plantas Industriais

Plantas Industriais	Capacidade (ton/ano)
Amônia	149.420
Ácido nítrico diluído	186.780
Ácido nítrico concentrado	72.600
Ácido sulfúrico	297.000
Ácido fosfórico	79.860
Nitrato de amônio	396.000
DAP	280.500

Fonte: Edital de Privatização da Ultrafertil, fl. 08.

-Complexo Industrial de Araucária/PR - Localizado próximo à refinaria Presidente Getúlio Vargas (REPAR) da Petrobrás, utiliza o resíduo asfáltico excedente da REPAR na produção da amônia, matéria-prima básica empregada nas unidades industriais. O enxofre é produzido a partir de gases residuais ácidos e o metanol utiliza como insumo gases residuais resultantes da fabricação da amônia. Encontram-se implantadas neste complexo as seguintes plantas industriais:

Quadro VII
Complexo de Araucária/PR - Plantas Industriais

Plantas Industriais	Capacidade (ton/ano)
Amônia	396.000
Uréia	495.000
Enxofre	19.140
Metanol	7.920

Fonte: Edital de Privatização da Ultrafertil, fl. 08.

-Terminal Marítimo da Ultrafertil (TMU) - Localizado a 7 Km do complexo de Piaçaguera, está enquadrado como a área alfandegária sob a jurisdição do porto de Santos. O terminal tem capacidade de ancoragem de um navio, com até 200 metros de comprimento e restrição de calado de 10,5 metros. A capacidade de recebimento de amônia por navio é de 9.600 ton/dia, e de estocagem (à -33 graus C°) de 20.000 ton/dia. Possui 2 bombas de transferência de amônia líquida (a -33 graus C°), para o complexo de Piaçaguera, com capacidade de 80 ton/horas. Pode ainda receber de 4.000 a 6.000 ton/dia de granel sólido e dispõe de um armazém com capacidade de 18.000 toneladas, divididas em três compartimentos para granéis sólidos. Segundo o edital de privatização, o terminal recebia - além dos produtos uréia e enxofre para empresas do grupo Petrofertil - carga de terceiros, com importação de produtos como sulfato de amônio, coque, barrilha e fertilizantes em geral.

31. O quadro abaixo mostra a composição do capital social da Ultrafertil resultante da operação.

Quadro VIII
Composição Acionária da Ultrafertil

Acionista	Participação (%)
Fosfertil	99,995%
Outros	0,005%
Total	100,00%

Fonte: BNDES fls. 164

32. Em 1° de dezembro de 1995, Ultrafertil foi incorporada pela Goiasfertil Fertilizantes S.A, empresa também controlada pela Fosfertil, sendo que logo a seguir a incorporadora alterou sua razão social para Ultrafertil S.A., conforme consta no relatório do balanço anual da Ultrafertil publicado em 13/03/97 na Gazeta Mercantil (fl.2.348).

V - Dos Mercados Relevantes

33. A indústria de fertilizantes possui 3 grandes linhas de produtos, segmentadas segundo seu estágio de elaboração:

- Na primeira linha estão as matéria-primas básicas (amônia, rocha fosfática e enxofre) e intermediárias (ácido sulfúrico, ácido fosfórico e ácido nítrico).
- A segunda linha é composta dos fertilizantes básicos fosfatados - superfosfato simples (SFS), superfosfato triplo (SFT), fosfato de diamônio (DAP) e fosfato de monoamônio (MAP) - e fertilizantes básicos nitrogenados - uréia, nitrocálcio, nitrato de amônio e sulfato de amônio - além dos fertilizantes potássicos (cloreto de potássio). Os fertilizantes potássicos são quase inteiramente importados em função da quase inexistência do potássio em solo nacional.
- Na terceira linha estão os fertilizantes compostos, que são combinações dos fertilizantes básicos nitrogenados, fosfatados e potássicos. Os fertilizantes compostos são preparados segundo a especificação técnica adequada para cada tipo de cultura agrícola, em termos da dosagem de nutrientes necessária (fórmulas NPK), apresentando grande variedade.

34. Fosfértil extrai e beneficia a rocha fosfática e produz toda linha de fertilizantes fosfatados (exceto o superfosfato simples), respondendo por cerca de 42% da produção interna dos macronutrientes fosfatados no país. Ultrafértil atua na fabricação da amônia, assim como em toda a linha dos fertilizantes nitrogenados (exceto o sulfato de amônio), participando com cerca de 55% dos macronutrientes nitrogenados ofertados internamente. Produz também pequena quantidade de MAP e DAP, considerados fosfatados.

35. Os fertilizantes nitrogenados e fosfatados não são produtos substitutos, pois contém nutrientes distintos, atendendo a recomendações agronômicas específicas. De fato, são produtos complementares que entram conjuntamente na fabricação dos fertilizantes compostos.

36. Considerando que as fórmulas agronômicas (proporções em que o nitrogênio e o fósforo integram as fórmulas NPK) estabelecem relações estáveis entre eles na composição do produto final, uma elevação no preço de um dos produtos, um nitrogenado por exemplo, deve provocar uma redução na quantidade demandada de ambos os produtos¹³.

¹³A função de produção dos fertilizantes compostos apresenta proporções fixas dos insumos nitrogenados e fosfatados, o que configura complementaridade e, portanto, elasticidade-preço cruzada da demanda negativa.

V.1 - Mercado de produto relevante

37. A delimitação correta do(s) produto(s) relevante(s) é fundamental para verificação do incremento do poder de mercado resultante da operação. No presente caso, os mercados de fertilizantes nitrogenados e de fertilizantes fosfatados foram afetados diretamente, enquanto o de fertilizantes compostos poderá ser alterado, a qualquer momento, dependendo do impacto causado pelas mudanças empreendidas nas políticas industriais e comerciais da Ultra-fértil e Fosfértil.

38. A definição dos produtos relevantes no mercado de fertilizante exige uma discussão mais pormenorizada quanto às diferenciações existentes entre os fertilizantes nitrogenados e entre os fertilizantes fosfatados. A questão a ser equacionada é se cada um dos produtos nitrogenados e cada um dos produtos fosfatados são suficientemente substitutos entre si.. Se a resposta for negativa, é forçoso concluir que existem mercados específicos para cada um dos produtos nitrogenados e fosfatados.

39. Os argumentos expostos no parecer da SDE (fls. 1.665/1.731) encaminham a discussão no sentido de negar a substitutibilidade dos produtos nitrogenados e dos fosfatados. A tese central é a de que a tradição e os hábitos do agricultor brasileiro excluem essa possibilidade. O parecer da SEAE (fls. 36/37) sustenta a opinião contrária, de que há uma forte intercambialidade entre nitrogenados e entre os fosfatados.

40. Para elucidar a questão da substitutibilidade foi enviado à EMBRAPA um questionário com perguntas específicas sobre a possibilidade técnica de troca de um produto nitrogenado por outro nitrogenado e o mesmo para os fosfatados. A resposta da EMBRAPA, às fls. 2.180/2.183, foi bastante clara no sentido de que é possível a substituição, na medida em que os teores de nitrogênio (ou de fosfato) sejam mantidos na nova mistura. No entanto, a resposta enfatiza também que “não é possível indicar a freqüência da substituição. A economia dependerá dos preços do mercado local de cada um” dos produtos.

41. Ponto de vista similar ao da EMBRAPA é expresso no parecer do Prof. Dr. E. Malavolta, elaborado a pedido da SDE em diligência do processo administrativo da Votufértil/Fosfértil. O prof. Malavolta ressalta que ... “ a raiz não “sabe”, não distingue, de onde vieram o N, o P e o K que absorvem: qualquer que seja a forma do nitrogênio no adubo, isto é, amídico da uréia, amoniacal do sulfato de amônio, e do nitrato de amônio ou nitrocálcio, a maior proporção será absorvida de forma nítrica” e conclui, de forma pontual, que: “(1) não há um mercado específico e cativo para todos os dos fosfatados de amônio, supertriplo e nitrato de amônio ou nitrocálcio;(2) o mercado existe para nitrogenados e fosfatados - de modo geral em razão da sua substitutibilidade” (parecer do prof. Malavolta, fl. 30)

42. Portanto, considerando a opinião eminentemente técnica da EMBRAPA e do Prof. Malavolta, a substituição dos nitrogenados e dos fosfatados dependem tão somente da avaliação dos preços e da disponibilidade do produto no mercado local, mantidos é claro, os mesmos teores dos macronutrientes na nova fórmula (mistura NPK). Cabe, no entanto, um exame mais detido destes mercados ao nível dos produtos, para verificar a existência de diferenciações ou características específicas importantes para a aferição do impacto concorrencial da operação.

Fertilizantes básicos: substitutibilidade e diferenciação

Nitrogenados

43. Num primeiro plano, a característica comum que define a homogeneidade dos fertilizantes básicos é o teor do macronutriente primário, se nitrogênio, fósforo ou potássio. No caso dos fertilizantes nitrogenados, o fator comum é a presença do nitrogênio como elemento químico preponderante.

44. No entanto, cada produto nitrogenado (ou fosfatado) contém diferentes concentrações do nutriente básico. Ou seja, num segundo plano, a diferenciação se dá via graduação do conteúdo químico. O quadro IX a seguir mostra o grau de concentração¹⁴ do nutriente em cada produto nitrogenado. A uréia é o principal fertilizante nitrogenado, apresentando a mais alta concentração, cerca de 45 a 46% por Kg. O sulfato de amônio é o nitrogenado com mais baixa concentração (20-21%). A uréia e o nitrato de amônio são considerados fertilizantes de alta concentração, dentre os nitrogenados, enquanto o nitrocálcio e o sulfato de amônio são considerados de baixa concentração.

45. Estes últimos se diferenciam dos fertilizantes de alta concentração por possuírem em sua fórmula, além da pequena proporção do nutriente primário, pelo menos um dos macronutrientes secundários. Assim o sulfato de amônio possui em sua composição química 27% de enxofre, enquanto o nitrocálcio tem proporções pequenas de magnésio (2%) e cálcio (4%)¹⁵.

Quadro IX

¹⁴ Há no processo 3 informações sobre o grau de concentração dos nutrientes: Ultrafertil (fls. 2.190), KPMG, (anexo III, fls. 55) e EMBRAPA (fls. 2.180). Além disso, há o parecer do Prof. Malavolta, realizado no curso do processo administrativo nº 08000-016384/94-11 da Votufertil/Fosfertil, que apresenta também dados sobre substitutibilidade (fls. 12). A despeito das divergências encontradas entre os coeficientes informados, todos eles situam-se num determinado intervalo, cujo ponto médio foi aplicado na confecção do quadro IX.

¹⁵ Os macronutrientes secundários mais aplicados são efetivamente o enxofre, o cálcio e o magnésio.

Fertilizantes Nitrogenados - Grau de Concentração do Macronutriente

Fator técnico de substituição			
Produto	Concentração (%)	Uréia	Preços médios/ 1995 (US\$/ton.)
Uréia	45-46	1,00	200,30
Nitrato de amônio	33-34	1,33	167,46
Nitrocálcio	22-27	1,86	110,88
Sulfato de amônio	20-21	2,22	91,00

Obs: os preços acima são FOB, exceto o para o sulfato de amônio, que é o preço FOB mais 30%, custo estimado de internação.

Fonte: Ultrafertil (fl. 2.190) EMBRAPA (fls.2.180), KPMG (Anexo, fl. 55) e Parecer do Prof. Malavolta (fl. 12) e Ultrafertil, fl. 2148 (preços). Elaboração CADE

46. O quadro IX indica também o coeficiente técnico a ser aplicado na substituição da uréia por outros fertilizantes nitrogenados, de forma a manter a mesma concentração de nutriente. Ou seja, no caso da substituição de uma tonelada de uréia, por outro nitrogenado, a manutenção da mesma proporção do nutriente exigiria 1,33 ton. de nitrato de amônio, ou 1,86 ton. de nitrocálcio, ou 2,22 ton. de sulfato de amônio. Com estas relações é possível calcular o custo ou benefício decorrente de uma eventual substituição (aos preços médios de 1995), conforme demonstra o quadro X abaixo.

Quadro X

Custo de substituição da Uréia, aos preços médios de 1995

Produto	Quantidade (ton.)	Dispêndio (US\$)	Diferença (US\$)
Uréia	1,00	220,30	-
Nitrato de amônio	1,33	222,72	-2,42
Nitrocálcio	1,86	206,74	14,06
Sulfato de amônio	2,22	202,02	18,28

Elaboração CADE

47. Segundo o quadro X, a substituição da uréia pelo nitrocálcio resultaria numa economia de US\$ 14,02 por tonelada. A substituição pelo nitrato de amônio também seria aceitável, pois incorreria num custo adicional de somente US\$ 2,42 (aproximadamente de 1%). A aplicação do sulfato de amônio em substituição à uréia geraria uma economia de US\$ 18,28 por tonelada substituída.

48. O nitrocálcio, segundo os resultados acima, possui vantagens em termos de preço sobre os outros nitrogenados. No entanto, nos últimos 5 anos a

sua produção tem mantido uma tendência decrescente, indicando a inexistência de uma demanda expressiva.

49. O quadro XI, a seguir, mostra que o nitrocálcio é o nitrogenado com mais baixo consumo aparente, Em 1995, a produção atingiu 140.322 toneladas, enquanto, em 1993, sua produção tinha atingido o patamar de 171.595 toneladas. Há que se observar também que o produto é fabricado unicamente pela Ultrafertil (100% da oferta interna) e possui baixo nível de importações.

Quadro XI

Fertilizantes Nitrogenados - Consumo Aparente - 1995

(em toneladas)

Fertilizantes Nitrogenados	Produção	Importação	Exportação	Consumo Aparente
Sulf. de Amônio	166.750	913.001	2.259	1.077.492
Uréia	1.115.138	312.955	136.798	1.291.295
Nitrocálcio	140.322	20.414	728	160.008
Nitr. de Amônio	295.559	40.460	9.072	326.947

Fonte: Siacesp, fl. 2162.

50. A substituição da uréia pelo nitrato de amônio é limitada também pelo fato de ser produzido internamente apenas pela Ultrafertil. Por outro lado, há uma incompatibilidade entre a uréia e o nitrato de amônio que dificulta a substituição: se misturados provocam o empedramento e perda da mistura, ou seja, é necessária a utilização de equipamentos fabris distintos para fabricar misturas contendo uréia e nitrato de amônio. Por ser um produto utilizado na fabricação de explosivos, sua importação é sujeita a prévia autorização do Ministério do Exército. Apesar disso, as importações de nitrato de amônio tem apresentado evolução favorável, chegando em 1996 a representar 18% do consumo aparente (Quadro IX), quando em 1994 essa participação era de apenas 4%.

51. Quanto ao sulfato de amônio, o produto é amplamente importado e com produção interna bastante reduzida (Nitrocarbono, Metacril e IAP). Isto porque é subproduto da produção do caprolactama, insumo petroquímico pouco produzido no país. É, depois da uréia, o produto nitrogenado de maior aplicação. Seu consumo aparente, 1,7 milhões de tonelada em 1995, tem aumentado nos últimos anos, atendido basicamente pelas importações (84% em 1995). A presença do enxofre em sua fórmula, ingrediente geralmente escasso em solo nacional, além do preço atrativo, pode explicar a forte demanda interna.

52. O nitrato de amônio e o nitrocálcio, por outro lado, apesar de possuírem relação de preços favorável, não são comumente substitutos da uréia, conforme demonstra o reduzido consumo aparente destes produtos. Esta situação

pode estar sinalizando uma diferenciação destes produtos, que poderiam atender a necessidades específicas dos agricultores. Um exemplo disso é o fato dos nitrados (nitrato do amônio e nitrocálcio) serem produtos recomendados principalmente para aplicação após o plantio. Isto porque em algumas culturas consideradas secas, como fumo e algodão, faz-se necessária uma absorção mais rápida do nitrogênio (por nitração, através da planta). A uréia proporciona uma absorção mais lenta do nitrogênio (via protéica, através do solo) e sua aplicação é recomendada para antes e depois do plantio.

53. Essas informações levam à dedução de que, do ponto de vista do custo de aquisição, mantendo as proporções adequadas dos nutrientes, não há restrições à substituição entre os fertilizantes básicos nitrogenados.

Fosfatados

54. Os fertilizantes fosfatados possuem entre si um grau de diferenciação mais reduzido em relação aos nitrogenados. O fosfatado com maior teor é o MAP, com 50 a 54% de concentração, enquanto o menos eficiente é o SFS com 18 a 20%. O quadro XII, a seguir, mostra o grau de concentração do nutriente de cada produto fosfatado, indicando a seguir o fator de substituição a ser aplicado no caso de troca do MAP por um outro fosfatado, mantendo a mesma concentração.

Quadro XII

Fertilizantes fosfatados - Grau de concentração do macronutriente

Fator técnico de substituição			
Produto	Concentração (%)	MAP	Preços médios/1995 (US\$/ton.)
MAP gran.	50-54	1,00	265,96
DAP gran.	45-46	1,19	270,70
SFT	44-46	1,19	202,62
SFS	18-20	2,82	101,00

Obs.1.: Preços FOB fábrica. Obs.2.: Não foi considerado o conteúdo de nitrogênio do MAP (10%) e do DAP (18%). Fonte: Ultrafertil (fl. 2.190) EMBRAPA (fls.2.180), KPMG, (Anexo III, fl. 55) e Parecer do Prof. Malavolta (fl. 12) e Fosfertil, fl. 2138 (preços), Fertilul, fl.2384.

55. De acordo com os fatores de substituição, uma tonelada de MAP corresponde a 1,19 ton. de DAP, 1,19 ton. de SFT e 2,82 ton. de SFS. O quadro XIII, abaixo mostra o custo decorrente da substituição do MAP, em relação a cada um dos fertilizantes fosfatados, considerando os preços médios de 1995.

Quadro XIII

Custo de substituição do MAP, aos preços médios de 1995

Produto	Quantidade (ton.)	Dispêndio (US\$)	Diferença (US\$)
MAP gran.	1,00	265,96	-
DAP gran.	1,19	322,13	-56,17
SFT	1,19	241,12	24,84
SFS	2,82	284,82	-18,86

Elaboração CADE

56. O quadro XIII mostra que haveria vantagens somente na substituição do MAP pelo SFT (uma economia de US\$ 24,84 por tonelada). A aplicação do DAP seria bastante desvantajosa (custo adicional de US\$ 56,17 por tonelada). O custo adicional da substituição do MAP pelo SFS seria de somente US\$ 18,86, por tonelada. O DAP é muito pouco demandado internamente. Seu consumo aparente correspondeu, em 1995, a menos 6% do consumo aparente do MAP (ver quadro XIV, abaixo). Embora sejam produtos bastante similares (ambos contém alta concentração de fósforo e 18 e 10% de nitrogênio) com praticamente o mesmo custo de produção (usam o mesmo equipamento fabril e as mesmas matérias-primas), apresentam comportamento da demanda diverso. É interessante notar que nos EUA o fosfatado mais consumido é precisamente o DAP, enquanto o MAP é pouco demandado. Tais preferências observadas no mercado de fosfato de amônio (MAP/DAP), não podem ser explicadas somente pela reduzida diferenciação entre os produtos. Trata-se provavelmente da interação de fatores tais como a tradição e hábitos dos agricultores, características do solo e clima, etc.

57. Em relação à substituição do MAP pelo SFS, a custo adicional decorrente poderia ser explicado pelo fato da MAP, pelo fato de ser um produto binário, com 10% de nitrogênio, enquanto os superfosfatos não tem nitrogênio em sua composição. No entanto, outros fatores poderiam compensar este custo adicional. Por exemplo, a aplicação de um produto concentrado implica maiores cuidados (custos) na aplicação, devido às pequenas quantidades que devem ser repartidas por metro linear, em algumas culturas. O SFS, cujo custo de transporte impede as importações, é produzido por dezenas de empresas misturadoras semi-integradas. Seu consumo aparente atingiu em 1995, cerca de 2,5 milhões de toneladas, conforme mostra a tabela II. A Fosfértil praticamente não produz o SFS (pelo menos até 1995)¹⁶, porque prefere produzir o SFT que é fabricado nas mesmas instalações industriais e propicia maior retorno.

¹⁶ A Fosfértil informou, às fls. 1.956, que em fev/96 entrou em operação uma nova unidade de produção de SFS, com capacidade de 150.000 ton/ano. Segundo os dados enviados, a produção da empresa de SFS até 1995 era inexpressiva. A Arafértil, empresa semi-

58. Por ter maior conteúdo de fósforo, o agricultor necessita de menor quantidade de SFT por metro linear do que de SFS para a adubação do terra. Isto possibilita o transporte do SFT a longas distâncias, sem que o valor do frete inviabilize a operação, que é precisamente o que ocorre com o SFS. Ou seja, as empresas produtoras de SFS ocupam uma faixa do mercado limitada às proximidades da unidade industrial, enquanto a Fosfertil, com 74% da produção interna de SFT, atende a clientes em todo o território nacional.

Tabela XIV

Fertilizantes Fosfatados - Consumo Aparente - 1995

(em toneladas)

Fertilizantes Fosfatados	Produção	Importação	Exportação	Consumo Aparente
SFS	2.572.503	66.478	5.182	2.633.799
SFT	508.363	170.357	25.542	653.178
MAP	631.193	421.216	322	1.052.087
DAP	38.380	58.490	35.922	60.948

Fonte: Siacesp, fl.2162.

Os produtos relevantes: conclusão

59. Além das dificuldades existentes para a substituição entre os nitrogenados e entre os fosfatados, há ainda incompatibilidade técnica na mistura da uréia (nitrogenado) com superfosfato (simples ou triplo), que levaria a um excesso de umidade do produto final. Isto é, uma fórmula contendo uréia e MAP não pode ser modificada com a substituição do MAP pelo SFT (hipótese que implicaria uma elevada economia de recursos), a não ser que a uréia seja também substituída por outro nitrogenado.

60. Cabe esclarecer que cerca de 90% dos fertilizantes consumidos no país o são sob a forma de misturas NPK (fertilizantes compostos). A aplicação direta do fertilizante básico ou da matéria-prima (rocha fosfática, por exemplo) é cada vez mais rara, em função do maior dispêndio de recursos (inclusive transporte) e do baixo rendimento agrícola resultante.

61. São as empresas misturadoras, portanto, que realizam as substituições necessárias na ocorrência de crise de fornecimento de algum fertilizante básico ou mudanças drásticas nas relações de preço. Cada empresa misturadora registra, quando do início da sua operação, junto ao órgão competente do Ministério da Agricultura, dezenas de fórmulas NPK, com diferentes composições de produtos e teores. Dentro das especificações técnicas aprovadas pelo

integrada localizada na região do triângulo mineiro, deve disputar o mercado regional de SFS com a Fosfertil.

Minagri, e seguindo a recomendação agronômica adequada, a empresa oferece opções ao agricultor, que realiza a escolha da mistura de sua preferência.

62. A substituição não parece ser uma prática comum no mercado, especialmente no curto e médio prazo. O produtor agrícola sabe quais as misturas adequadas às suas terras e às culturas que explora. Ele busca a compatibilização da redução de custos com a ampliação da produtividade agrícola. Observado um bom resultado com uma determinada adubação será conservador na mudança dos insumos aplicados. É razoável supor que as preferências observadas surgem a partir da experiência exitosa do agricultor com o produto, aliado à existência de condições adequadas de fornecimento, preço, transporte e armazenamento.

63. Os elementos levantados sugerem, entretanto, que a substitutibilidade entre os fertilizantes fosfatados e nitrogenados deve ser considerada como factível. A substituição de um fertilizante básico (nitrogenado ou fosfatado) é econômica e agronomicamente viável, embora existam algumas restrições técnicas e riscos econômicos envolvidos. Ou seja, a existência de nichos de mercado não exclui a possibilidade da substitutibilidade em situações excepcionais de mercado, como mudança nas relações de preço e dificuldade na obtenção de um determinado produto. O poder de mercado somente poderá ser exercido até um limiar em que o fornecedor de misturas, e, particularmente, o agricultor decidam adotar uma fórmula alterada, arcando com os riscos (custos adicionais de produção e de transação) decorrentes desta decisão.

64. A hipótese mais aceitável é a de que a substituição, no curto e médio prazos, apresenta dificuldades, embora possa haver tendências de substituição que se consolidam num prazo mais dilatado. Este é o caso da crescente demanda pelo sulfato de amônio, cujos reduzidos preços externos motivaram a ocupação de faixas de mercado que seriam destinadas a outros nitrogenados.

65. O estudo das variações na quantidade demandada de cada produto, resultante de uma mudança relativa no preço de um dos produtos (elasticidade-preço cruzada da demanda) ofereceria informações mais precisas sobre a substitutibilidade entre eles. Entretanto, há dificuldades na obtenção e preparo das informações necessárias, principalmente relativas aos preços inflacionados anteriores a junho de 1994. Em vista da impossibilidade de determinar com adequada precisão técnica, o grau de substituição, a análise dos será efetuada tanto ao nível dos produtos quanto para nitrogenados e fosfatados. A análise da estrutura dos mercados, revela que a opção mais ampla ou restrita dos mercados relevantes não alteram os resultados do ponto de vista do impacto horizontal. Ademais, mesmo adotando a delimitação tradicional dos mercados (com jurisprudência do CADE no caso do PA Votufértil/Ultrafértil) em 3 linhas: fertilizantes básicos nitrogenados, fertilizantes básicos fosfatados e fertilizantes compostos, a referência aos mercados específicos dos produtos

será necessária para elucidar a origem das mudanças observadas nos mercados relevantes.

V.2 - Processo Produtivo

Nitrogenados

66. A amônia é a matéria-prima básica para a fabricação dos fertilizantes nitrogenados: uréia, nitrato de amônio, nitrocálcio e sulfato de amônio. A sua aplicação também se dá na fabricação do MAP e do DAP. Seu processo de produção consiste, basicamente, na reação do nitrogênio e hidrogênio, sob elevada temperatura e pressão, na presença de catalisadores. O nitrogênio utilizado na síntese da amônia é retirado do ar, enquanto o hidrogênio é obtido a partir do gás natural ou de derivados de petróleo, cujo fornecedor único no mercado nacional é a Petrobrás.

67. O nitrato de amônio é um sal, de cor branca, solúvel em água, resultante da reação do ácido nítrico com a amônia. A maior parte da sua produção destina-se ao uso como fertilizante, mas é usado também como explosivo de ampla aplicação militar e civil.

68. O nitrocálcio é constituído por uma mistura de 80% de Nitrato de amônio e 20% de calcário dolomítico pulverizado. É apresentado em forma granulada e é protegido com anti-aglomerante especial para evitar o empedramento.

69. O sulfato de amônio é um subproduto da fabricação do caprolactama, insumo petroquímico produzido internamente pela Nitrocarbono e pela Metacril. A IAP produz reduzida quantidade de sulfato de amônio através de tecnologia diferenciada. Seu produto, embora seja considerado de excelente qualidade, não consegue competir em preços com os fornecedores da indústria petroquímica.

Fosfatados

70. A rocha fosfática e o enxofre são as matérias-primas básicas na fabricação dos fertilizantes fosfatados. Extraída de depósitos naturais a rocha fosfática é beneficiada para atingir concentração na faixa de 32 a 38 % de P₂O₅. É utilizada na produção do ácido fosfórico (matéria-prima intermediária) e do SFS, em reação com o ácido sulfúrico. O enxofre é matéria prima básica para a produção do ácido sulfúrico, o qual é utilizado para a produção do ácido fosfórico, que é usado na fabricação do SFT. O DAP e o MAP resultam da reação do ácido fosfórico com a amônia. Devido ao maior teor de fósforo (P₂O₅) em relação ao nitrogênio na sua fórmula, são considerados produtos fosfatados.

V.3 - Mercado geográfico relevante

71. As barreiras tarifárias, tanto das matérias-primas básicas e intermediárias quanto dos fertilizantes básicos, foram reduzidas paulatinamente desde 1988 (quadro XV), sendo que somente a partir de jan/92, quando foi iniciada a privatização do setor, as tarifas foram substancialmente reduzidas. Em agosto de 1996, a tarifa máxima do setor foi fixada em 2%.

Quadro XV

Produtos Nitrogenados e Fosfatados - Alíquotas de Importação

Produtos Nitrogenados	até 1988	dez/88	jan/92	ago/96
Amônia	45%	10%	0%	1%
Uréia	15%	15%	10%	2%
Nitrato de Amônio Perolado	0%	0%	0%	0%
Nitrocálcio	0%	0%	0%	0%
Sulfato de Amônio	10%	1%	0%	1%

Fonte: Ultrafertil, fl. 2157.

Produtos Fosfatados	até 1988	dez/88	jan/92	ago/96
Rocha Fosfática	30%	15%	0%	0%
Ácido Sulfúrico	30%	5%	1%	1%
Ácido Fosfórico	45%	15%	1%	1%
DAP	50%	25%	10%	2%
MAP	50%	25%	10%	2%
Superfosfato Triplo	40%	25%	10%	2%
Superfosfato Simples	5%	2%	5%	2%
Enxofre	0%	0%	0%	0%

Fonte: Ultrafertil, fl. 2157.

72. Os produtos fertilizantes são “commodities” com larga comercialização no mercado internacional. A indústria brasileira de fertilizantes representa menos de 3% da produção mundial. O quadro XVI, a seguir, mostra os percentuais de participação das importações no consumo aparente (produção interna mais importações menos exportações) dos fertilizantes nitrogenados e fosfatados. Conforme se observa o grau de penetração do produto importado é elevado em praticamente todos os produtos. Apenas nos casos em que há grande e pulverizada produção interna, como ácido sulfúrico e SFS, as importações foram praticamente inexistentes.

73. Deve-se atentar para o fato de que a participação das importações é mais significativa nos fertilizantes básicos mais importantes. No caso dos nitrogenados a uréia e o sulfato de amônio tiveram, em 1996, percentuais de participação sobre o consumo aparente bastante elevados de 27% e 84%, respectivamente .

Quadro XVI

Produtos Nitrogenados e Fosfatados

Participação das Importações no Consumo Aparente - Brasil 1994/1996

(em toneladas)

Nitrogenados	1994 (%)	1995 (%)	1996 (%)
Uréia	33	24	27
Amônia	19	16	23
Nitrocálcio	7	13	19
Nitrato de Amônio	4	12	18
Sulfato de Amônio	82	85	84

Fosfatados	1994 (%)	1995 (%)	1996 (%)
Ácido Sulfúrico	7	5	3
Ácido Fosfórico	25	21	20
SFS	3	3	2
SFT	36	26	35
MAP	49	40	46
DAP	81	96	49
Enxofre	100	100	100
Rocha Fosfática	14	15	18

Fonte: Siacesp, fl., 2161.

74. Os fertilizantes básicos fosfatados mais importantes, o MAP e o SFT são também amplamente importados, com percentuais de 35% e 46%, respectivamente em 1996. É importante notar também que são expressivas as importações das matérias-primas básicas amônia, com 23%, e rocha fosfática, com 18%, ambos em 1996.

75. Estas informações mostram que mercado interno de matérias-primas e de fertilizantes básicos é fortemente contestado pelas importações. O elevado grau de penetração do produto importado parece indicar que o mercado relevante dos fertilizantes básicos é o mundial. No entanto, esta definição pode apresentar dificuldades na análise da nova dinâmica concorrencial do setor, introduzida pela operação. A inexpressiva participação do Brasil no mercado global de fertilizantes, cerca de 2,8%, em 1994, leva à suposição óbvia de que o impacto concentracionista seria basicamente inexistente, resultando desnecessário o exame das mudanças verificadas na estrutura de oferta do mercado interno. Considerando que a avaliação destas mudanças é importante para a mensuração dos efeitos concorrenciais, a análise da estrutura de mercado e do grau de concentração será efetuada, nos itens seguintes, com base nas informações relativas somente ao mercado nacional.

76. Por outro lado, é o mercado dos fertilizantes compostos que poderá ser mais afetado pela operação. Apesar do reduzido imposto de importação (6%), este segmento praticamente não realiza importações. Em função das características do produto (elevados custos de frete, especificações contidas nas fórmulas definidas e controladas internamente, atomização da demanda e importância da relação próxima com o cliente) o setor é orientado basicamente por condicionantes internos. Em vista destes fatores, o mercado relevante dos fertilizantes compostos é o nacional.

VI - Estrutura de Mercado

77. Conforme demonstrado nos itens anteriores, o mercado relevante em que atua a Ultrafertil é basicamente o dos fertilizantes nitrogenados. No entanto, a sua privatização afetou também o mercado dos fertilizantes fosfatados (onde a Ultrafertil tem uma discreta participação) e dos fertilizantes compostos, onde atuam os controladores de ambas as empresas.

78. Embora as estratégias e decisões empresariais em cada um destes mercados estejam fortemente interligados, cada um deles possuem características próprias, particularmente quanto à estrutura produtiva e aos padrões de competitividade, ensejando a necessidade de analisá-los separadamente.

VI.1 - Padrão de competitividade e grau de concentração

Fertilizantes Fosfatados

79. O quadro XVII, abaixo, mostra a participação da Ultrafertil e da Fosfertil na oferta total (produção interna mais importações) dos principais produtos fosfatados básicos. As duas empresas respondem pela totalidade do MAP/DAP produzidos internamente. A Ultrafertil não produz os superfosfatos (SFS e SFT).

Quadro XVII

Produtos fosfatados - Participação na oferta total dos produtos - 1995

(em toneladas do produto)

Produto	Fosfertil (%)	Ultrafertil (%)	Outros (%)	Importações (%)	Total (%)
MAP	46	14	0	40	100
DAP	0	40	0	60	100
SFT	55	0	26	19	100
SFS	0	0	97	3	100

Fonte: Ultrafertil, fl. 2.211, Fosfertil, fl. 2.193 e SIACESP, fl. 2.161

80. Em relação ao SFT, outras empresas semi-integradas, como a Adubos Trevo e a Ipiranga Serrana, além da Fosfertil, produziram internamente o produto, em 1995, respondendo por 26% da oferta total. É importante notar que o SFT pode ser produzido pelas empresas semi-integradas produtoras de SFS, uma vez que a mesma planta industrial pode ser utilizada na fabricação de ambos os produtos. Em função da pressão da oferta externa e da competitividade da Fosfertil, a tendência é a redução da participação das semi-integradas neste produto, principalmente porque a Trevo, a maior produtora depois da Fosfertil, tem ultimamente reduzido sua participação no mercado. Quanto ao SFS, mais de uma dezena de empresas misturadoras semi-integradas são responsáveis por 97% da oferta.

81. O quadro XVIII, obtido pela ponderação das quantidades ofertadas (produção interna mais importações) com o teor (grau de concentração do nutriente) de cada produto, mostra a participação de cada um deles na oferta total de fosfato¹⁷. Os produtos mais importantes do ponto de vista da oferta do nutriente (P₂O₅), são o MAP, o SFS e o SFT.

82. O DAP tem participação inexpressiva neste mercado (3%), enquanto os dois produtos mais importantes da Fosfertil, o MAP e o SFT, respondem por 71% da oferta dos fosfatados no país. É importante notar também o peso do SFS na oferta total (34%), o qual constitui-se num fator de desconcentração do mercado de fosfatados uma vez que sua produção interna é bastante pulverizada¹⁸.

¹⁷ Os produtos principais (MAP, DAP, SFT e o SFS) respondem por cerca de 92% da oferta de fosfato (P₂O₅) no país. Outros produtos fosfatados menos importantes são o fosmag e o termofosfato os quais contém baixa concentração e são produzidos em pequena quantidade pela Fosfertil.

¹⁸ As maiores produtoras de SFS são as empresas Arafertil, Copas, Copebrás, Fertibrás, Fospar, Galvani, Serrana/Ipiranga, Manah, Solorríco, Trevo, IAP, entre outras.

Quadro XVIII

Mercado nacional de fosfatados - Participação por Produto

(em toneladas do nutriente)

Produto	Participação(%)
MAP	37
DAP	3
SFT	26
SFS	34
Total	100

Fonte: Siacesp, fl. 2191. Elaboração CADE

83. A participação da Fosfertil e da Ultrafertil no mercado de fosfatados - também obtida pela ponderação das quantidades produzidas com o grau de concentração do nutriente - é apresentada no quadro XIX.

Quadro XIX

Mercado de fosfatados - Participação dos Principais Ofertantes

(em toneladas do nutriente)

Ofertantes	Participação (%)
Fosfertil	32
Ultrafertil	6
Subtotal	38
Outros	39
Importações	23
Total	100

Fonte: Ultrafertil, fls.2.211, Fosfertil, fls.2.193 e SIA-CESP, fls.2.161. Elaboração CADE

84. Conforme mostra o quadro XIX, a aquisição da Ultrafertil representou um aumento de 32% para 38% na participação da Fosfertil no mercado de fosfatados. O percentual de 39% representativo das outras empresas deve-se basicamente à elevada produção de SFS por parte das misturadoras semi-integradas.

Fertilizantes Nitrogenados

85. No mercado dos fertilizantes nitrogenados, apenas duas empresas apresentam atuação significativa: a Ultrafertil e a Nitrofertil. O quadro XX abaixo mostra a participação dessas empresas e das importações na oferta total dos principais produtos nitrogenados.

Quadro XX

Produtos nitrogenados - Participação na oferta total - 1995

(em toneladas do produto)

Produto	Nitrofértil (%)	Ultrafértil (%)	Outros (%)	Importações (%)	Total (%)
Uréia	43	35	-	22	100
Nitrocálcio	-	87	-	13	100
Nitrato de amônio	-	88	-	12	100
Sulfato de amônio	-	-	15	85	100

Fonte: Ultrafértil, fl. 2.211, e SIACESP, fl. 2.161

86. O quadro XX informa que a Ultrafértil responde por 35% da oferta total da uréia, contra 43% da Nitrofértil, enquanto o mercado externo aparece com 22%. A produção interna do nitrocálcio e do nitrato de amônio é empreendida somente pela Ultrafértil. O sulfato de amônio é quase inteiramente importado (85%), sendo que a Nitrocarbano (9%), Metacril (4%) e a IAP (2%), representam 15% da oferta total do produto.

87. Aplicando o coeficiente do teor de nitrogênio de cada produto sobre as quantidades ofertadas obtêm-se a participação de cada produto no mercado dos nitrogenados, conforme mostra o quadro XXI.

Quadro XXI

Mercado de nitrogenados - Participação por produto

(em toneladas do nutriente)

Produtos	Part. (%)
Uréia	63
Nitrato de amônio	11
Nitrocálcio	4
Sulfato de amônio	22
Total	100

Fonte: Siacesp, fl. 2191. Elaboração CADE

88. De acordo com o quadro XXI a uréia responde por 63% da oferta de nitrogenados, enquanto segundo produto mais importante é o sulfato de amônio (22%). O nitrocálcio (4%) é o produto menos importante neste mercado.

89. O quadro XXII mostra a participação de cada empresa no mercado de nitrogenados, na oferta total do nutriente (N).

Quadro XXII

Mercado de nitrogenados - Participação dos Principais Ofertantes

(em toneladas do nutriente)

Ofertantes	Participação (%)
Ultrafertil	36
Nitrofertil	27
Outros	3
Importações	34
Total	100

Fonte: Ultrafertil, fls.2.211 SIACESP, fls.2.161. Relaboração CADE

90. Embora a Nitrofertil produza maior quantidade de uréia do que a Ultrafertil, esta última empresa tem maior participação na oferta total de nitrogenados (36% contra 27%), em razão da sua produção de nitrato de amônio e de nitrocálcio. Os 3% relativos a outras empresas correspondem à produção interna de sulfato de amônio.

91. Os resultados acima indicam que a privatização da Ultrafertil significou uma desconcentração da oferta de nitrogenados, uma vez que a Nitrofertil e a Ultrafertil, ambas de propriedade estatal antes da operação, representavam 63% do mercado, sendo que, após a operação, a Ultrafertil passou a deter somente 36% restando 27% para a Nitrofertil (que continua sob controle estatal).

Herfindahl-Hirshman Index (HHI)

92. As requerentes, às fls. 663/680, apresentaram estudo da concentração, através da elaboração do HHI, para o mercado nacional. Os dados utilizados levaram em conta os mercados dos fertilizantes nitrogenados e dos fosfatados como um todo e também por produtos nitrogenados e fosfatados. Os percentuais de participação de mercado utilizados são bastante próximos daqueles encontrados na análise da estrutura de mercado nas páginas anteriores. Na avaliação do peso das importações o estudo inclui inúmeras empresas fornecedoras externas, aplicando corretamente a metodologia para a elaboração do índice. No mercado fosfatado foram incluídos o fosnap e o termofosfato, produtos pouco significativos e não incluídos na análise anterior. Tal inclusão contribuiu para a elevação do índice de concentração pois tais produtos são fabricados exclusivamente por uma ou duas empresas. Os resultados foram apresentados em vista de 4 diferentes configurações de mercado, as quais são apresentadas abaixo:

- 1) Antes da privatização da Fosfertil (FF) e antes da privatização da Ultrafertil (UF).
- 2) Depois da privatização da Fosfertil (FF) e antes da privatização da Ultrafertil (UF).

3) Depois da privatização da Fosfértil (FF) e da Ultrafértil (UF), considerando as empresas como pertencentes a grupos econômicos distintos.

4) Depois da privatização da Ultrafértil (UF), considerando ambas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Apenas as situações (1), (2) e (4) realmente ocorreram na prática. No entanto, situação (3) apresenta o HHI para a hipótese das empresas terem sido vendidas a grupos econômicos distintos.

Herfindahl-Hirschman Index

0 a 1.000 pontos	- Mercado desconcentrado
1.000 a 1.800 pontos	- Mercado moderadamente concentrado
acima dos 1.800 pontos	- Mercado altamente concentrado

Nitrogenados

Mercado	HHI Antes Priv. FF / UF (1)	HHI Após Priv. FF Antes UF (2)	HHI Após Priv. UF (3)	HHI Após Priv UF (4)	Variação % (4-2)
Uréia	5.040,96	5.040,96	2.810,80	2.810,80	-2.230,16
Sulf.de amônio	1.891,10	1.891,10	1.891,10	1.891,10	0
Nit. de amônio	8.872,00	8.872,00	8.872,00	8.872,00	0
Nitrocálcio	10.000,00	10.000,00	10.000,00	10.000,00	0
DAP	2.166,86	2.116,86	2.166,86	2.166,86	0
MAP	3.079,54	2.492,14	2.492,14	3.079,54	0
Nitrogenados	3.216,56	2.842,88	1.497,20	1.600,79	-1.242,09

Fosfatados

Mercado	HHI Antes Priv. FF / UF (1)	HHI Após Priv. FF Antes UF (2)	HHI Após Priv. UF (3)	HHI Após Priv UF (4)	Variação % (4-2)
DAP	2.166,86	2.116,86	2.166,86	2.166,86	0
MAP	3.021,80	2.451,10	2.451,10	3.021,80	570,70
SFT	2.991,42	2.991,42	2.991,42	2.991,42	0
SFS	1.394,78	1.394,78	1.394,78	1.394,78	0
Termofosfato	9.474,58	9.474,58	9.474,58	9.474,58	0
Fosnap	5.134,48	5.134,48	5.134,48	5.134,48	0
Fosfatados	1.098,27	948,45	948,45	1098,27	149,82

Fonte: Requerentes, fls.666

93. Conforme mostra o quadro do HHI, a privatização da Ultrafertil propiciou uma redução de 1.242 pontos no índice de concentração, passando o mercado de nitrogenados de altamente concentrado para moderadamente concentrado. Esta redução foi provocada pela desconcentração da produção da uréia, cujo índice passou de 5.040 para 2.810. Não houve alterações nos índices dos mercados do nitrocálcio, nitrato de amônio e DAP, onde a Ultrafertil é a única produtora.

94. Caso a Ultrafertil tivesse sido vendida a outro grupo controlador a redução do índice teria sido de 1.345 pontos, contra 1.242 (103 pontos menos concentrada) da operação efetivada.

95. No mercado de fosfatados o impacto da operação foi discretamente concentrador, elevando o HHI de 948 pontos para 1.098 (150 pontos), tornando o mercado - inicialmente desconcentrado - moderadamente concentrado, segundo interpretação da adotada pela Federal Trade Commission (FTC). Esta elevação deve-se à incorporação pela Fosfertil da produção de MAP da Ultrafertil. Na hipótese de venda a outro grupo econômico, o índice teria permanecido em 948 pontos.

96. Cabe ressaltar que embora as misturadoras semi-integradas fabricantes de SFS e SFT, tenham sido incluídas na composição do índice, o somatório da produção de fosfatados das empresas acionistas do grupo Fertifós, algumas delas semi-integradas (Manah, Sollorico, IAP e Fertibrás), não foram consideradas como pertencentes ao mesmo grupo econômico. No entanto, esta inclusão não afetaria substancialmente o índice de concentração, em função da reduzida parcela de mercado destas empresas no mercado de fosfatados.

97. É importante alertar que a despeito das conclusões decorrentes da análise do HHI sinalizarem a existência de reduzidos efeitos concentracionistas resultantes da operação, os impactos anti-concorrenciais previstos estão associados à forte presença das empresas acionistas da Fertifós no controle dos mercados de nitrogenados e fosfatados, indicando a possibilidade de alteração dos padrões de competitividade no mercado de fertilizantes compostos. Cabe notar que o índice de concentração do setor de compostos não sofreu, até o momento, alterações decorrentes da privatização,

Fertilizantes compostos

98. O mercado de fertilizantes compostos foi afetado pela operação no sentido de esta ter modificado substancialmente a relação do setor com os fornecedores de fertilizantes básicos. Como já foi dito anteriormente, o setor de fertilizantes compostos basicamente realiza as misturas dos macronutrientes, os quais são adquiridos de fornecedores internos ou externos.

99. Este mercado atualmente é dividido em 4 grandes grupos de empresas apresentados a seguir:

1 - O “grupo das 6” constituído pelas seis empresas controladoras da Fertifós: Manah, Solorrigo, Fertiza, Fertibrás, IAP e Takenaka. As cinco primeiras são empresas semi-integradas que produzem também o SFS e o sulfato de amônio (IAP). Antes da privatização já eram grandes empresas e se colocavam entre as principais clientes da Fosfértil e da Ultrafértil, fortalecendo esta condição nos últimos anos.

2 - O “grupo das 5” formado pelas empresas Ipiranga/ Serrana, Mitsui, Trevo, Copas e Elekeiróz. As duas primeiras possuem capital externo e realizam vendas em diversos pontos do território nacional. Todas possuem estruturas industriais semi-integradas e permanecem como grandes clientes da empresas do grupo Fertifós.

3 - O grupo da AMA-Brasil, associação das empresas misturadoras do Brasil, representativa de cerca de 70 empresas grandes, pequenas e médias, algumas semi-integradas, situadas em sua maioria nas regiões sul e sudeste. O grupo da AMA- Brasil tem enfrentado dificuldades em negociar a compra dos seus insumos com a Fosfértil e a Ultrafértil. Isto em razão das condições impostas nos contratos de fornecimento das empresas do grupo Fertifós, especialmente quanto ao estabelecimento de descontos de até 5% em função do faturamento (a partir de 1996 o percentual máximo foi fixado em 4%). Uma vez que grande parte das empresas são de pequeno e médio porte, a obtenção da faixa de desconto máximo tornou-se mais difícil. As compras através de *pools* de empresas não foram aceitas pelas controladas da Fertifós, o que motivou a busca do mercado externo que possibilitava, através das *traders*, as compras feitas em *pools* obtendo preços bastante competitivos.

4 - O quarto grupo é constituído pelas demais empresas em atuação no mercado, inclusive produtores de adubos para consumo próprio que comercializam o excedente (algumas fazendas), as quais guardam grande heterogeneidade e operam com reduzida articulação entre si.

100. A evolução da participação destes 4 grupos no mercado de fertilizantes compostos é apresentada abaixo. O percentual de participação foi obtido a partir dos dados de importação do cloreto de potássio, insumo imprescindível para a formulação das misturas e quase inteiramente importado.

Quadro XXIII

Fertilizantes compostos - Evolução na Participação de Mercado
Quatro maiores grupos de empresas - 1994/1996

(em toneladas importadas de cloreto de potássio)

Empresas	1994(%)	1995 (%)	1996(%)
Grupo das 5	30	35	25
Fertifós	36	37	34
AMA- Brasil(*)	12	13	21
Outras	22	15	20
Total	100	100	100

Fonte: Siacesp, fls.2.387/2389 - Elaboração CADE.

101. O quadro XXIII revela que desde 1994 os grupos das “5” e das “6” detêm parcela ponderável do mercado. No entanto, a tendência à concentração, esboçada em 1995 quando os dois maiores grupos chegaram a deter 72% do mercado, sofreu abrupta reversão em 1996. Neste ano, o grupo da AMA-Brasil teria conquistado 8% do mercado, enquanto o “grupo das 5” teria perdido 10% e o “grupo das 6” viu sua fatia reduzir em 3%. Cabe esclarecer que 1996, ao contrário de 1995, foi um ano excepcionalmente bom para o setor de fertilizantes, chegando a alcançar um recorde de entregas de fertilizantes ao consumidor final.

102. Sendo assim, os fatores que podem ter concorrido para o deslocamento dos dois primeiros grupos ligam-se à dificuldades financeiras, herdadas do ano de 1995, que atingiram as grandes empresas. Segundo informações obtidas das duas grandes empresas a Trevo, do grupo das 5, e a Takenaka, do grupo das 6, tiveram dificuldades em 1995 decorrentes de problema de crédito surgidos na comercialização da safra agrícola daquele ano. Tudo indica que estes problemas ainda não foram superados pelas empresas: a Takenaka continua em concordata, enquanto a Trevo reduziu suas entregas de fertilizantes em cerca de 50% em 1996.

103. Assim, a previsão de concentração do mercado de misturas, com a ampliação do poder de mercado das 6 controladoras da Fertifós, ainda não foi confirmada pelos fatos. Ao contrário, este mercado tem reagido com muito dinamismo às alterações da política comercial empreendidas pelas empresas da Fertifós.

104. Na análise da comercialização, no entanto, serão indicadas as cláusulas do contrato de fornecimento estabelecido pela Fertifós que efetivamente podem ser utilizados de forma irregular na luta concorrencial. Estes pontos já, observados no Termo de compromisso de cessação assinado pelas empresas do grupo Fertifós com o CADE, deverão ser reavaliados em função novos indícios de atos lesivos à concorrência efetuados por força deste contrato.

VI.2 - Produção e capacidade instalada

105. Segundo os dados disponíveis, as empresas da Fertifós operam, desde a privatização, com níveis de utilização próximos à plena capacidade. Este comportamento não é típico das estruturas oligopólicas que atuam com graus elevados de ociosidade. A evolução da produção e o grau de utilização da capacidade instalada serão apresentados no item relativo às eficiências, onde caberá cotejar os investimentos em melhorias operacionais realizados com aumento resultante na produção e na capacidade produtiva.

VI.3 - Faturamento

106. O quadro XXIV mostra a evolução do faturamento bruto da Fosfértil e da Ultrafértil no período de 1992 a 1996. Em relação à duas empresas observa-se uma inflexão no ano de 1994, quando o faturamento experimentou um crescimento de 59% no caso da Fosfértil e de 61% da Ultrafértil. Cabe lembrar que este foi o primeiro ano completo de gerenciamento privado das empresas privatizados do setor de fertilizantes.

107. Embora 1995 tenha sido um ano difícil para o setor, o faturamento das empresas permaneceu no mesmo patamar de 1994. Para 1996 prevê-se uma evolução favorável do faturamento em razão do recorde de produção e vendas de fertilizantes neste ano, e também, em se tratando da Ultrafértil, dos efeitos da incorporação da Goiasfértil, ocorrida no final de 1995.

Quadro XXIV

Evolução do Faturamento Bruto - 1992/1995

(em US\$)

Fosfértil	
Ano	Faturamento
1992	133.388.659
1993	149.068.478
1994	252.265.775
1995	266.595.373

Fonte: Fosfértil fls. 09, anexo IIA.

(em US\$)

Ultrafértil	
Ano	Faturamento
1992	220.266.036
1993	208.441.882
1994	339.509.723
1995	339.529.000

Fonte: Ultrafértil fls.12, anexo IA.

108. O quadro XXV mostra a evolução da participação dos principais produtos da Fosfertil no faturamento bruto. O SFT e o MAP representaram, em 1995, 93% do faturamento da empresa. A empresa nos últimos anos tem concentrado sua produção no SFT e MAP granulados, ampliando anualmente a participação destes dois produtos no faturamento.

Quadro XXV

Fosfertil - Composição do Faturamento por Produto - 1993/1995

Produtos	1993 (%)	1994 (%)	1995 (%)
MAP granulado	48	47	52
TSP granulado	27	29	31
MAP pó	8	9	7
TSP ROP	5	5	3
Ácido Fosfórico	6	2	2
Outros (1)	6	9	5
Total	100,00	100,00	100,00

(1) ácido Sulfúrico, ácido fluorsilícico, ortofoscal, ortoforquim gesso, RLT-1, rocha seca, fosnap, fosnat.

Fonte: Fosfertil, Anexo IIA, fls. 08.

109. Os principais produtos da Ultrafertil são a uréia e o nitrato de amônio, que representaram 35% e 18%, respectivamente, do faturamento bruto de 1994, conforme demonstra o quadro XXVI abaixo. O nítrico diluído e concentrado é vendido exclusivamente para o setor químico, enquanto uma pequena percentagem das vendas da amônia (4%), uréia (5%) e nitrato de amônio (3%) resultam também de vendas à indústria química.

Quadro XXVI

Ultrafertil - Composição do Faturamento por Produto - 1993/1995

Produtos	1993 (%)	1994 (%)	1995 (%)
Amônia	13	13	11
Uréia	33	35	38
Acido Nítrico Conc.	9	7	6
Ácido Nítrico Dil.	2	2	1
Nitr.de Amônio	15	18	19
Nitrocálcio	8	7	6
Ácido Sulfúrico	3	3	3
DAP	4	5	3
MAP	8	10	11
Outros	5	2	2
Total	100,00	100,00	100,00

Fonte: Ultrafertil, Anexo IA, fls. 11.

VI.4 - Principais fornecedores

110. A origem das matérias-primas básicas utilizadas pela Ultrafertil e Fosfertil é indicada no quadro XXVII a seguir. A Petrobrás é a principal fornecedora das matérias-primas básicas para os fertilizantes nitrogenados. As necessidades de amônia da Ultrafertil, além da sua produção própria, são atendidas pelas importações e pela Nitrofertil.

Quadro XXVII

Ultrafertil e Fosfertil - Origem das Matérias-Primas Básicas Utilizadas

Matérias-Primas	Origem
Gás de Refinaria	Petrobrás-Cubatão/SP
Resíduo Asfáltico	Petrobrás-Araucária/PR
Amônia	mercado externo e Nitrofertil
Enxofre	mercado externo
Rocha fosfática	jazidas próprias

Fonte: Ultrafertil f. 211, anexo IB - tab. 5

111. A Fosfertil possui estrutura industrial integrada desde a matéria-prima básica (rocha fosfática) não recorrendo outros fornecedores, exceto na importação do enxofre.

VI.5 - Comercialização

112. O controle do segmento de fertilizantes básicos por reduzido número de empresas do segmento de fertilizantes compostos implicou numa mudança substancial na sua forma de atuação, especialmente quanto à ótica comercial.

113. Um exemplo disso foi o acordo de acionistas assinado em 12/08/92 pelas empresas participantes do grupo Fertifós. Buscando garantir margens mínimas de rentabilidade e reduzir os riscos inerentes à transação, foi assegurado neste acordo o fornecimento prioritário dos produtos da Fosfertil às empresas signatárias, assim como o estabelecimento de descontos por quantidade de compras e por fidelidade ao cumprimento do contrato anual (fls. 171/172, anexo II-A).

114. Embora o acordo tenha sido posteriormente substituído formalmente pelos contratos de fornecimento estabelecidos com cada empresa, o exame do percentual de participação das empresas do grupo nas vendas da Ultrafertil e Fosfertil, no período de 1991 a 1995, revela que as acionistas da Fertifós passaram a ser os principais clientes da indústria de fertilizantes básicos.

115. O quadro XXVIII, a seguir, mostra que as empresas acionistas do grupo Fertifós aumentaram substancialmente suas retiradas. ampliaram, dessa forma,

suas margens de rentabilidade no segmento de misturas, ao mesmo tempo em que contribuíram para sustentar o nível de atividade e rentabilidade do segmento de fertilizantes básicos.

Quadro XXVIII

Ultrafertil -Participação dos Principais Clientes nas Quantidades Vendidas - 1991/1995

Uréia

Clientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	21	25	29	56	45
20 Maiores	53	53	54	38	52
Outros	26	22	17	5	3
Total	100	100	100	100	100

Nitrocálcio

Clientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	17	16	19	48	50
20 Maiores	46	51	53	36.	40
Outros	37	33	28	16	10
Total	100	100	100	100	100

Nitrato de Amônio

Clientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	17	30	28	50	54
20 Maiores (*)	46	54	44	40	40
Outros	37	16	28	8	6
Total	100	100	100	100	100

(*) Excluídas as empresas acionistas da Fertifós.

Fonte: Ultrafertil, PA nº 08000-016.384/94-11, fls. e AC nº 02/94, fls. 2015/2049

116. Dentre os produtos nitrogenados, o nitrocálcio e o nitrato de amônio foram os que elevaram de forma mais acentuada a participação das empresas do grupo Fertifós nas vendas. Em 1991, antes da privatização, as empresas do grupo Fertifós eram responsáveis por 17% das vendas físicas dos dois produtos, enquanto, em 1995, esta participação elevou-se para 50% e 54%, respectivamente.

Quadro XXIX

Fosfertil - Participação dos Principais Clientes nas Quantidades Vendidas

1991/1995

MAP Granulado

Clientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	32	30	38	50	46
20 Maiores	47	50	52	41	50
Outros	22	20	10	9	4
Total	100	100	100	100	100

TSP Granulado

Clientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	34	35	47	46	49
20 Maiores (*)	29	51	43	45	39
Outros	37	1	10	9	11
Total	100	100	100	100	100

(*) Excluídas as empresas acionistas da Fertifós.

Fonte: Fosfertil, PA nº 08000-016.384/94-11, fls. e AC nº 02/94, fls. 1984/1990

117. Nos fertilizantes fosfatados houve igualmente concentração das vendas nas empresas do grupo Fertifós, embora as 20 maiores empresas, excluídas as 6 empresas controladoras da Fertifós, também ampliaram sua participação.

118. Deve-se ressaltar que em todos os produtos (nitrogenados e fosfatados) observa-se uma redução das vendas às pequenas e médias empresas, as quais passaram a depender crescentemente da oferta externa.

119. Estas modificações no perfil da clientela decorre, em maior medida, da política comercial empreendida pelas empresas do grupo Fertifós a partir da privatização. Esta política é expressa basicamente nos termos do contrato de fornecimento proposto a cada cliente no início do ano. Passou a ser exigido com rigor o cumprimento das obrigações definidas no contrato, o qual prevê penalidades para a não retirada dos produtos, aos preços determinados pelas fornecedoras com base no preço internacional, no prazo previsto no contrato. Isto implica que as empresas deveriam ser conservadoras na previsão das retiradas durante o ano. Além disso, foram estabelecidas quotas máximas por cliente. Em alguns casos, as quotas foram limitadas às quantidades retiradas do ano anterior à privatização (o que excluiu a possibilidade da conquista de novos clientes e mercados por parte das empresas concorrentes, especialmente as pequenas e médias que encontravam dificuldade em viabilizar importações). A concessão de descontos por faixa de faturamento e por fidelidade (que implica em comunicar antecipadamente a previsão de importações pelo cliente), também favorece as maiores empresas, que conseguem obter os descontos máximos.

120. O Termo de Compromisso de Cessaço de Prtica assinado entre o CADE e as empresas controladas e controladoras do grupo Fertifs, em 1996, no provocou alteraes substanciais na poltica comercial acima descrita. Dificilmente o atual perfil da clientela poder a curto e mdio prazo ser modificado em benefcio das pequenas e mdias empresas. Estas procuraram outras fontes de fornecimento no mercado externo, atravs de *pools* de importadores e *traders*. oportuno, entretanto, a reavaliao dos compromissos firmados perante o CADE de forma a possibilitar o acompanhamento mais efetivo dos resultados da poltica de comercializao da Ultrafrtil e da Fosfrtil. Cabe verificar se a tendncia concentrar vendas nas empresas acionistas foi apenas uma adaptao necessria no perodo inicial ps-privatizao, ou se h uma manipulao da oferta interna dos fertilizantes bsicos no sentido de aambarcar o mercado das suas concorrentes.

VI. 6 - Preos

121. Os dados e informaes disponveis permitem concluir que a Ultrafrtil e a Fosfrtil so “price-takers” no mercado internacional. O quadro XXX, abaixo, informa que os preos da Uria experimentaram substancial reduo, em relao aos preos externos, no perodo de 1992 a 1995. Especialmente nos casos da uria e do nitrato de amnio, os preos internos (FOB fbrica) tm situado-se em patamares inferiores aos internacionais internados (custo de internao estimado de 33%).

Quadro XXX

Fertilizantes Bsicos

Relao Preos Mdios Internos (*)/ Internacionais Internados - 1992/1995

Produto	FOB em US\$			
	1992	1993	1994	1995
Uréia	0,95	0,84	0,77	0,71
Nit.deAm�nio	0,55	0,58	0,62	0,63
MAP gran.	1,05	1,11	0,89	0,86
DAP	1,14	1,11	0,98	0,97
SFT gran.	1,08	1,01	1,00	0,86

(*) preos mdios da Ultrafrtil e Fosfrtil

Fonte: Ultrafrtil, fls. 2.214/2.215, Fosfrtil, fls. 1.471/1.474.

Elaborao CADE

122. Os produtos fosfatados (MAP, SFT e DAP) apresentam preos internos compatveis com o preo internacional, mais o custo de internao, ou seja, neste mercado a Fosfrtil efetivamente “price-taker” no mercado internacional. Quanto ao mercado dos fertilizantes nitrogenados outros fatores devem atuar na formao do preo interno, alm do preo externo.

123. A hipótese de que a concentração das vendas da Ultrafertil para as empresas acionistas da Fertifós, com a concessão de descontos, teria deprimido seus preços, não parece aceitável. Dois fatores excluem a possibilidade desta relação de preços ser um indício de prática lesiva à concorrência (discriminação de preços em favor das empresas acionistas da Fertifós). Em primeiro lugar, consultas informais à AMA- Brasil e a outros agentes do mercado confirmam que empresas produtoras dos fertilizantes básicos equalizam os preços internos aos externos com base no preço CIF. Isto é, um cliente localizado a 10 Km do porto somente comprará internamente a um preço CIF menor do que preço internacional internado mais frete até a sua fábrica. Assim, a Fosfertil, por exemplo, que tem sua fábrica localizada a cerca de 1.100 Km do litoral, deve fixar o preço CIF, para um cliente situado na região de Uberaba-MG, com base no preço internacional internado mais o frete interno do porto até a fábrica deste cliente. Portanto, as relações estabelecidas com base no preço FOB não captam as reais relações de preços observadas no mercado.

124. Este tipo de discriminação de preços não tem efeitos anti-concorrenciais, pois deriva das próprias condições de funcionamento do mercado, a não ser que haja imposição nas vendas CIF. Empresas clientes da Fosfertil informam que, na região de Paranaguá-PR, o preço CIF é praticamente irrecusável, em razão fixação de preço FOB pouco atrativo (diferencial de US\$ 2,00 por tonelada, segundo a própria Fosfertil).

125. O segundo fator diz respeito ao grau de competitividade existente no mercado de uréia. A forte presença da Nitrofertil, aliado ao elevado nível das importações, coloca limites à fixação concertada de preços entre as empresas do grupo das 6. Cabe ressaltar que a contestabilidade do mercado interno pelas importações é acentuada pelo fato do período de safra agrícola no hemisfério norte situar-se nos meses de março a junho, enquanto nos países do hemisfério sul (o caso do Brasil) o período de safra concentrar-se nos meses de agosto a novembro. Desse modo, no segundo semestre, período de maior demanda de fertilizantes no Brasil, os maiores produtores mundiais, com capacidade ociosa e estoques elevados, tem melhores chances de escoarem sua produção a preços cadentes para os países do hemisfério sul.

126. Por outro lado, 70% da produção de uréia da Nitrofertil (fls. 2.307/2308) é vendida nos Estados das regiões Sudeste e Centro-Oeste do país, figurando entre seus principais clientes as empresas Manah, Fertiza, Fertibrás e Takenaka, acionistas da Fertifós. Há informações ainda de que a AMA- Brasil tem contrato de compra em *pool* firmado com a Nitrofertil para fornecimento da uréia. Apesar da distância entre a fábrica da Nitrofertil (SE) e os centros consumidores (basicamente situados na região sul e sudeste) o preço CIF da Nitrofertil é competitivo com o preço internacional internado. E certamente o preço FOB da Nitrofertil é menor do que o preço FOB da Ultrafertil em razão do custo do frete.

VII - Barreiras à Entrada

127. As principais barreiras à entradas de novos competidores no mercado de fertilizantes são: a) pouca presença de reservas naturais de fosfato em solo nacional, e dificuldade de acesso às jazidas de rocha fosfática existentes ; b) montantes mínimos de recursos elevados exigidos na implantação de unidades fabris integradas. c) fornecimento de resíduo asfáltico, matéria-prima para fabricação de amônia, produzido unicamente pela Petrobrás A base tecnológica utilizada nesta indústria é madura e amplamente difundida.

128. A Goiásfertil e a Fosfertil detém os direitos de exploração das maiores jazidas de rocha fosfática. A Fosfertil explora três jazidas em municípios de Minas Gerais (Tapira, Patrocínio e Patos de Minas). Segundo o quadro XXXI, a capacidade produtiva de fosfato natural em 1994 era de cerca de 5 milhões de toneladas, enquanto a produção interna, no mesmo ano, atingiu 3.188.454 toneladas, ou seja 62% da capacidade instalada.

Quadro XXXI

Rocha Fosfática - Capacidade Instalada de Produção - 1994

Empresa	Capacidade 1.000 ton/ano	Participação (%)
Goiásfertil	1.080	21
Fosfertil	1.724	34
subtotal	2.804	55
Copebrás	684	13
Arafertil	1.844	23
Serrana	479	9
Total	5.152	100

Fonte: Anuário Estatístico da ANDA, 1994, fls. 96

129. As empresas produtora de rocha fosfática, exceto a Goiásfertil, utilizam o produto basicamente para consumo próprio. A Fosfertil, a maior produtora nacional, utiliza a totalidade da sua produção para a produção de ácido fosfórico. Segundo o quadro XXXII, a Goiásfertil tem 50% do mercado desta matéria-prima, vendendo a maior parte da sua produção nas regiões da grande São Paulo, baixada santista e principalmente Uberaba-MG, onde situa-se a fábrica da Fosfertil. A Serrana, Copebrás e Arafertil, são empresas também semi-integradas que utilizam parte da rocha Fosfática produzida na fabricação de ácido fosfórico.

Quadro XXXII

Rocha Fosfática - Participação no Mercado - 1994

Empresas	Participação (%)
Goiásfértil	50
Arafértil	31
Copebrás	1
Serrana	4
Importações	14
Total	100

Fonte: Serrana, fls. 97/98, vol.1. Elaboração CADE

130. As importações de rocha fosfática, que atenderam 14% do consumo aparente em 1994, ampliaram esta participação para 18% em 1996. O acesso às importações no entanto é limitado pelo elevado custo de transporte, além das restrições impostas pelos países exportadores de rocha fosfática, que preferem exportar o produto transformado com maior valor agregado.

131. Quanto à limitação de escala a ser enfrentada pelos potenciais concorrentes, o quadro XXXIII apresenta os montantes mínimos de investimentos necessários para a implantação de unidades fabris de fertilizantes. As informações fornecidas baseiam-se nos custos de implantação das fábricas já instaladas pertencentes ao grupo Fertifós.

132. Existem ainda plantas menos onerosas destinadas à produção de SFS. Mais de uma dezena de empresas misturadoras fabricam o produto. Embora as unidades de SFS possam ser revertidas para a produção de SFT, as empresas produtoras de SFS não o fazem devido à forte concorrência da Fosfértil, que possui estrutura produtiva com maior integração e escala, permitindo à empresa escolher fabricar o rol de produtos de maior retorno.

Quadro XXXIII

Investimentos para Implantação de Fábricas de Fertilizantes

(em milhões de US\$)

Produto	Investimento	Matéria-Primas Necessárias
Amônia	70	gás de refinaria, nafta
Ac. Nítrico	25	amônia
Ac. Sulfúrico	25	enxofre
Ac. Fosfórico	35	rocha fosfática, enxofre
Uréia	300 (*)	amônia
DAP/MAP(Ultrafértil)	20	ácido sulfúrico e fosfórico
Nitrato de Amônio	20	amônia, ácido nítrico
Nitrocálcio	20	nitrato de amônio, Calcário
SFT	30	ácido sulfúrico e fosfórico
MAP(Fosfértil)	25	ácido sulfúrico e fosfórico

(*) Planta integrada amônia/uréia das Ultrafértil- Araucária/PR. Fonte: Ultrafértil, fls.2200.

133. Embora os valores apresentados não pareçam muito elevados, exceto para a implantação da unidade de uréia, deve-se atentar para o fato de as empresas do grupo Fertifós serem verticalmente integradas. Ou seja, a Fosfértil produz desde a rocha fosfática passando pelo ácido fosfórico até o fertilizante básico (SFT e MAP). A Ultrafértil produz desde amônia e ácido nítrico à uréia e os nitratos (nitrocálcio e nitrato de amônio).

134. Em síntese, nos dois mercados as barreiras à entrada referem-se principalmente ao elevado grau de integração das plantas, que determina a estrutura concentrada da oferta. No caso dos fertilizantes nitrogenados, o investimento para a implantação de plantas integradas, em condições de competir com as unidades da Ultrafértil e da Nitrofértil eleva-se a US\$ 340.milhões. A dificuldade em obter fornecimento de resíduo asfáltico ou gás residual pela Petrobrás, constitui-se também numa formidável barreira para novos concorrentes no mercado de nitrogenados. No caso dos fertilizantes fosfatados, as plantas integradas (SFT e MAP) pressupõem investimentos de US\$ 120.milhões, sem incluir os recursos necessários para a exploração da jazida de rocha fosfática.

VIII - Dos Pareceres

Parecer da SEAE (fls. 36/67)

135. Na análise do mercado relevante, a SEAE considera que se deveria levar em conta três principais aspectos:1) a forte intercambiabilidade no uso dos fertilizantes nitrogenados (apenas entre si) e fosfatados (também entre si); 2) a presença efetiva ou potencial do produto importado; 3) a regionalização das áreas de atuação da Ultrafértil e Nitrofértil - empresa da Petrobrás - na comercialização dos fertilizantes nitrogenados. Segundo o parecer, a Nitrofértil, localizada no Nordeste (BA e SE) não teria competitividade em preços além da região de Campinas.

136. Indica também a existência de uma divisão nas entregas de fertilizantes nitrogenados e fosfatados em função do tipo de cultura, exemplificando com a soja, que demandaria mais fosfatados e a cana-de-açúcar, que exige a aplicação dos nitrogenados.

137. Na avaliação dos impactos concorrenciais da concentração horizontal, conclui que não houve alteração importante, uma vez que a Ultrafértil e a Fosfértil atuam em mercados distintos. Acentua o fato de que a privatização representou uma desconcentração da produção dos nitrogenados, pois antes da privatização os fertilizantes nitrogenados eram produzidos exclusivamente pela Petrofértil.

138. Quando ao mercado de fosfatados, assinala que houve uma pequena concentração, devido à capacidade de produção de MAP pela Ultrafértil (cer-

ca de 10% do mercado), que juntamente com a da Fosfértil representa 100% da oferta interna deste produto.

139. Do ponto de vista da concentração vertical, o parecer enfatiza que a operação “abre a possibilidade de que políticas comerciais discricionárias alterem radicalmente o padrão de concorrência no mercado de formulações NPK”

140. O parecer enfoca ainda os efeitos da privatização, relatando em maior detalhe as melhorias administrativas e ganhos operacionais alcançados no período pós-privatização. Destaca os êxitos obtidos na racionalização dos custos, especialmente da Fosfértil, cujos ganhos em produtividade foram bastante elevados.

141. Avalia também os impactos da operação sobre o emprego e salários. Na Fosfértil as demissões representaram 33% do efetivo de trabalhadores, enquanto na Ultrafértil foram dispensados cerca de 18% dos empregados. Os salários médios caíram em 23% na Fosfértil, no período de março/92 a junho/94, enquanto na Ultrafértil, no período de junho/93 a janeiro/94, experimentaram um aumento de 7%.

142. A política comercial das empresas do grupo Fertifós é objeto de análise detalhada. É destacada a importância dos contratos de fornecimento anuais como mecanismo de coordenação entre a demanda (misturadores) e oferta (indústria de fertilizantes básicos). No contrato de fornecimento é ressaltada a existência de dois tipos de descontos: por faturamento e prêmio-fidelidade. O desconto por faturamento é admitido como prática regular de mercado, enquanto o prêmio-fidelidade é considerado como um instrumento de controle do produtores domésticos sobre a oferta externa. Conclui que o uso pernicioso do prêmio-fidelidade poderia inviabilizar os efeitos desejados pela reforma tributária do governo, que seria de conferir competitividade ao setor.

143. Por fim são ressaltados cinco pontos, tidos como fundamentais:

1) A operação não provocou eliminação da concorrência no mercado de fertilizantes nitrogenados, ao contrário, ocorreu uma desconcentração, considerando a presença da Nitrofértil no segmento. Com relação ao segmento de fosfatados, observa-se que não houve alteração no grau de concentração da oferta.

2) O processo de privatização provocou ganhos de eficiência na Ultrafértil e, por conseqüência, em todo o setor.

3) As possíveis conseqüências da integração vertical sobre a comercialização no mercado de misturas NPK são atenuados pelo livre acesso às importações e pela própria legislação de defesa da concorrência.

4) A cláusula VI do contrato de fornecimento, que trata do prêmio-fidelidade, deveria ser extinta, ainda que não venha sendo utilizada como mecanismo inibidor de importações.

5) Por situar-se no contexto da reorganização do Estado, através do Programa Nacional de Desestatização, a operação causa impacto em outras políticas de governo, tais como a de Estabilização e da Retomada do Crescimento Econômico.

144. O parecer conclui finalmente que, em face dos benefícios trazidos à sociedade como um todo, a operação seria passível de aprovação.

Parecer da SDE (fls. 1665/1731)

145. A SDE descreve inicialmente a evolução histórica do setor de fertilizantes no país desde a sua constituição, passando a seguir à análise detalhada dos produtos fabricados pela Ultrafertil e Fosfertil, indicando as matérias-primas utilizadas e a forma de aplicação final de cada produto.

146. Na delimitação do mercado relevante o parecer sustenta que análise do mercado de fertilizantes deve avaliar “características do solo e cultura agrícola brasileira, bem como a tradição dos agricultores e seus agrônomos, e finalmente, a localização geográfica da empresa misturadora”. Salienta que o estudo do mercado relevante “deverá se limitar aos produtos intermediários produzidos no território nacional e suas respectivas importações”

147. Assevera ainda que dada a interdependência existente entre os produtos intermediários nitrogenados, fosfatados e potássicos, na formulação das misturas finais, a concentração da produção dos fertilizantes intermediários coloca em risco o equilíbrio do mercado de fertilizantes finais.

148. Sustenta também que de acordo com a tradição do agricultor brasileiro, o consumidor final das misturas, os produtos intermediários (uréia, nitrocálcio, nitrato de amônio, superfosfato triplo, MAP, MAP e o cloreto de potássio) “não guardam entre si qualquer substitutibilidade”.

149. Quanto à concentração vertical considera que o mercado de fertilizantes finais é composto de apenas grandes três empresas (Trevo, Ipiranga/Serrana e Copas) além das seis acionistas controladoras da Fertifós. As demais empresas seriam de porte médio com atuação limitada às suas áreas de localização geográfica. Com a privatização, seis empresas misturadoras passariam a controlar as empresas fornecedoras (Ultrafertil e Fosfertil) desequilibrando as condições de concorrência nos mercados locais, onde atuam as médias e pequenas empresas.

150. Enfatiza ainda a desproporcionalidade existente entre a reduzida margem operacional do segmento das misturadoras e o percentual de desconto por faturamento, que poderia chegar a 5%. Em relação ao prêmio-fidelidade, considera que sua utilização pode inibir a espontaneidade do agente econômico.

151. Avalia ainda o estabelecimento de uma cota mínima anual é prejudicial às pequenas empresas misturadoras de âmbito regional, principalmente devido à não aceitação, pelas empresa da Fertifós, da venda dos seus produtos a “pools” de compradores formados pelas empresas menores.

152. Por fim, enumera três recomendações à apreciação do CADE:

1) Condicionar a aprovação do ato ao Termo do Compromisso de Cessação assinado entre o grupo Fertifós e o CADE em 07/03/96.

2) Gestionar junto ao BNDES, quando da privatização da Cia Vale do Rio Doce, que detém ações ordinárias da Fosfértil, para que suas ações são sejam vendidas para qualquer uma das controladoras da Fertifós.

3) No caso da Nitrofértil ser incluída novamente no Programa de Desestatização, tomar providências no sentido das empresas do grupo Fertifós só possam participar do leilão na eventualidade de não surgirem outras empresas qualificadas.

Parecer da Procuradoria do CADE

153. O parecer procura inicialmente fundamentar a participação do CADE no exame dos atos de concentração decorrentes do processo de privatização. Sustenta que esta intervenção “está prevista expressamente no artigo nº 48 no Decreto 1.204/94” e considera que o ato poderá “ser desconstituído quando não forem atendidos os princípios relativos à ordem econômica.”

154. Quando à possibilidade de aprovação do ato, assevera que são “suficientes as eficiências e investimentos apresentados pela empresa, que mereceram atenção do parecer da SEAE em seu item V”. Em razão do tempo transcorrido desde a privatização, já seria possível aferir se as metas fixadas naquela época foram alcançadas, sendo dispensável a adoção do Compromisso de Desempenho, desde que seja constatado seu cumprimento. Caso as metas não tenham ainda sido atingidas, poderia o relator examinar as razões e estabelecer outras condições mediante o Compromisso de Desempenho.

155. São também tecidos comentários relativos à sugestão contida no parecer da SDE no sentido de impedir os controladores da Ultrafértil de participar do leilão de privatização da Nitrofértil e das ações da Fosfértil (10,96%) pertencentes à Cia Vale do Rio Doce. Entende a Procuradoria do CADE que não existe respaldo legal para a proibição sugerida. Concorda, no entanto, que seja expedida uma recomendação à Comissão Diretora do PND para que sejam introduzidas regras relativas à defesa da concorrência nos editais de privatização.

156. Opina ainda pela manutenção das condições estabelecidas no Compromisso de Cessação e sugere que “todo e qualquer ato de deliberação dos acionistas, quando possa influir no regular funcionamento do mercado, nas atividades do requerente ou em sua localização, bem como atos que impliquem em

mudanças acionárias, devem ser comunicadas ao CADE”. Esta condição seria proposta no sentido de assegurar o fornecimento de produtos intermediários às pequenas misturadoras.

157. Alerta o parecer que as aquisições da Goiásfertil e Fosfertil não foram notificadas ao CADE e sustenta que aprovação da presente operação implicará na legitimação dos atos anteriores.

158. Conclui enfim que o ato em exame poderá ser aprovado, sem Compromisso de Desempenho, “caso seja comprovado o cumprimento das eficiências e investimentos apresentados pela empresa, conforme item V do parecer da SEAE”.

XIX - Eficiências

159. As eficiências previstas em decorrência da operação, realizada em junho de 1993, já podem ser avaliadas, do ponto de vista da sua implementação, nos três primeiros anos de gestão privada. O parecer da SEAE, às fls. 60/65 (item V), elaborado em dezembro de 1994, considerou que, sob a ótica do Programa Nacional de Desestatização, a privatização da Ultrafertil já teria produzido efeitos positivos tanto em relação à economia de recursos públicos - uma vez que a empresa acumulava prejuízos nos anos de 1990 a 1991 e passou a ter resultados financeiros positivos a partir de 1993 - quanto ao incremento da eficiência produtiva, em vista da substancial redução de custos administrativos e operacionais obtidos.

160. Para efeito da análise dos investimentos implementados pela Ultrafertil, e também pela Fosfertil, no período pós- privatização, pode-se dividi-los em três diferentes tipo de eficiências. O primeiro tipo diz respeito à reestruturação operacional e administrativa realizada logo após a privatização. O parecer da SEAE analisou em detalhes os efeitos desta reestruturação identificando formidáveis ganhos de eficiência, em termos de redução de custo de produção por tonelada de produto, em comparação com os custos médios de produção e administrativos verificados antes da privatização. Os resultados financeiros positivos obtidos em 1993 e 1994 atestam o acerto da reestruturação empreendida no primeiro ano após a privatização. Os custos sociais decorrentes destas medidas podem ser mensurados através do número de demissões que provocaram. Enquanto a Fosfertil demitiu cerca de 33% dos seus empregados (360 trabalhadores) a Ultrafertil reduziu em 18% o seu quadro de pessoal (330 empregados).

161. O segundo tipo de eficiências liga-se aos investimentos em modernização das plantas e melhoria da qualidade dos produtos. Nas informações encaminhadas pela Ultrafertil, às fls. 1.650/1.658, são relacionadas diversos projetos implantados e em andamento relativos à melhoria de qualidade dos bens e serviços produzidos e incremento de produtividade, realizados até maio de

1996. Destaca-se nesta linha de investimentos a certificação ISO 9002 das unidades industriais de uréia, amônia, e ácido nítrico, avaliadas pela empresa “ABS Quality Evaluation Inc.”. Para dezembro de 1996 estava prevista a certificação da unidade de ácido sulfúrico.

162. Outra melhoria efetivada foi a mudança do processo de produção do nitrato de amônio, obtendo um produto de melhor qualidade, impedindo o trincamento e mantendo uma melhor impermeabilização. São relacionados também o estabelecimento de contratos de consultoria (Jeatech Estudos e Consultoria S/C Ltda), convênios e programas de cooperação e pesquisa junto a fornecedores (Akso Nobel, Hoeschst, Henkel), empresas e centros de pesquisa (Universidade de Brasília, Escola Politécnica - USP, Centro de Tecnologia Mineral - CNPq e Centro de Desenvolvimento de Tecnologia Nuclear - CNEN), visando redução de custos e otimização do uso de reagentes. Foram ainda adquiridos e implantados novos equipamentos nas unidades de ácido fosfórico, DAP/MAP, ácido nítrico e ácido sulfúrico do complexo de Piaçaguera/SP. As unidades de uréia e amônia de Araucária/PR receberam também novos equipamentos visando a melhoria da qualidade e aumento da produtividade.

163. Os efeitos destes investimentos podem ser visualizados no quadro XX-XIV, que mostra o índice de evolução da produção dos principais produtos da Ultrafertil. A produção da Ultrafertil experimentou forte elevação a partir de 1994, obtendo recordes de produção em toda a linha de produtos neste ano, exceto DAP/MAP e nitrocálcio. Em 1995, apesar da crise por que passou o setor de fertilizantes, a produção manteve-se no mesmo patamar de 1994. Os melhores resultados foram obtidos na produção de uréia, nitrato de amônio e ácido fosfórico.

Quadro XXXIV

Ultrafertil - Índice da Evolução da Produção

Produto	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Uréia	100	104	96	91	105	94	125	122
Amônia	100	108	96	81	95	82	105	103
Nit.de Amônio	100	112	103	106	107	108	142	150
Nitrocálcio	100	130	112	110	114	134	108	109
DAP/MAP	100	93	72	73	47	62	86	103
Ác.Sulfúrico	100	123	100	107	52	95	131	138
Ác.Fosfórico	100	115	87	90	60	81	127	141

Fonte : Ultrafertil, fl.1245. Elaboração CADE.

164. A Fosfertil, às fls. 1.506/1.5012, apresenta também uma extensa lista de investimentos em melhoria de qualidade e aumento de produtividade das plantas. Destaca-se a compra de equipamentos para o complexo de Tapira visando

umentar a produtividade do concentrado fosfático e os novos equipamentos para as plantas de MAP granulado e SFT granulado (unidade de Uberaba/MG). O quadro XXXV mostra índice de evolução da produção no período de 1992 a 1995. A produção de Fosnap apresentou forte inflexão a partir de 1993. As produções de MAP gran. e SFT gran. também apresentaram grande evolução.

Quadro XXXV

Fosfertil - Índice da Evolução da Produção

Produto	1992	1993	1994	1995
Ác.Sulfúrico	100	134	146	139
Ác.Fosfórico	100	144	157	156
SFT rop	100	126	153	146
SFT gran.	100	125	163	164
MAP pó	100	163	168	143
MAP gran.	100	142	155	166
Fosnap	100	206	401	401

Fonte: Fosfertil, fl. 1998.

165. Outro tipo de eficiência são os investimentos em expansão de capacidade, os quais demandam maior prazo de maturação e envolvem montantes vultosos de recursos. Os dados de capacidade instalada apresentados pelas requerentes mostram a sua evolução até 1994, conforme mostram os quadros XXXVI e XXXVII.

Quadro XXXVI

Ultrafertil - Utilização da Capacidade Produtiva - 1995

Produtos	em toneladas					
	Cap.Inst. 1992	Produção 1992	Cap. Utiliz. (%)	Cap.Inst. 1994	Produção 1994	Cap. Utiliz. (%)
Amônia	546.688	475.320	87	567.600	526.992	93
Nitr.de Amônio	396.000	234.137	59	396.000	310.325	78
Ác.Sulfúrico	297.000	132.727	45	297.000	334.708	100
Ác. Fosfórico	79.860	41.219	52	92.400	86.766	94
DAP/MAP	193.994	83.233	43	193.994	164.981	85
Nitrocálcio	160.380	146.884	92	160.380	139.189	87
Uréia	495.000	430.996	87	495.000	512.272	100

Fonte: Ultrafertil, fl. 910. e Edital de Privatização, fl. 08. Elaboração CADE

166. Conforme verifica-se no quadro XXXVI, não houve até 1994 aumentos relevantes de capacidade produtiva. Os dados referentes a 1995 e 1996 não devem apresentar acréscimos substanciais em vista da necessidade de maior lapso temporal para a efetivação de ampliações de capacidade. Ressalta-se que os ganhos de produtividade obtidos propiciaram à Ultrafertil operar em pata-

mares próximos à capacidade produtiva máxima em praticamente todos os produtos.

167. Em razão do maior tempo de maturação dos investimentos a Fوسفétil obteve, já em 1994, incrementos de capacidade produtiva, particularmente nos produtos ácido fosfórico e SFT gran.. A utilização da capacidade instalada foi máxima em quase todos os produtos, evidenciando êxito nos investimentos em melhoria operacional (quadro XXVII).

Quadro XXXVII

Fوسفétil - Utilização da Capacidade Produtiva - 1992 e 1994

em toneladas

Produtos	Cap.Inst.	Produção	Cap. Utiliz.	Cap.Inst.	Produção	Cap. Utiliz.
	1992	1992	(%)	1994	1994	(%)
Ác.Sulfúrico	1.005.000	734.299	73	1.070.000	1.072.838	100
Ác.Fosfórico	375.000	259.132	69	406.000	406.521	100
SFT rop	392.000	254.852	65	392.000	391.017	100
SFT gran.	323.000	199.498	62	512.000	325.885	64
MAP pó	220.000	42.855	19	73.000	71.860	98
MAP gran.	372.000	257.170.	69	393.000	399.783	100
Fosnap	120.000	24.812	21	120.000	102.060	100

Fonte: Fوسفétil, fl. 1.432. e SEAE, fl.53. Elaboração CADE

168. O quadro XXXVIII mostra os investimentos realizados pela Ultrafétil. Nota-se que o investimento anual médio elevou-se significativamente após a privatização. Os dois itens que mais consumiram recursos foram reposição de equipamentos e modernização das instalações, conforme descrito anteriormente.

Quadro XXXVIII

Ultrafétil - Investimentos Realizados - 1990 a 1995

em US\$ 1.000

Setor	1990	1991	1992	1993	1993	1994	1995
				(jan/jun)	(jul/dez)		
Capacitação Tecnológica	1.141	386	568	130	774	2.229	699
Expansão e Modernização das Instalações	1.988	246	115	357	3.371	3.388	6.997
Aquisição de Máquinas e Equipamentos	0	108	310	29	140	127.	778
Outros (reposição de equipamentos, obras, etc.)	2.778	8.023	7.752	1.033	4.768	5.870	9.078
Total	5.907	8.763	8.745	1.549	9.053	11.614	17.552

Fonte: Ultrafétil, fls. 2.146

169. O quadro XXXIX mostra os investimentos feitos pela Fوسفétil, que apresentam, em relação à Ultrafétil, o fato de constar um investimento em

uma nova planta de superfosfato simples (SFS), no valor de US\$ 13,5 milhões, em 1994. Este montante refere-se à compra de um terreno próximo à planta de Uberaba/MG. Em dezembro de 1995, após a compra de uma unidade de granulação, entrou em operação a planta de SFS com capacidade de 150.000 ton/ano.

Quadro XXXIX

Fosfertil - Investimentos Realizados - 1993 a 1995

em US\$ 1000

Setor	1993	1994	1995
Capacitação Tecnológica	1.090	3.034	663
Expansão e Modernização das Instalações	355	15.880	2.523
Aquisição de Máquinas e Equipamentos	-	-	1.291
Outros(reposição de equipamentos, obras, etc.)	209	1.032	
Total	1.300	16.709	7.592

Fonte: Fosfertil, fls. 2.137 e 1.505

170. A Fosfertil informa no relatório ao Balanço Anual de 1996 (fl. 2.124) que está previsto, para 1997, o início do projeto de expansão das unidades de ácido sulfúrico e de ácido fosfórico, com investimentos programados de US\$ 57 milhões, aumentando em 23% a capacidade produção de fertilizantes fosfatados.

171. A Ultrafertil possui também um projeto de expansão da produção de uréia de Araucária/PR em 17%, com investimentos de US\$ 6,4 milhões de dólares. Em 1996, a empresa aplicou US\$ 7 milhões de dólares na MRS logística, empresa que detém a concessão da Malha Ferroviária Sudeste da RFF S/A. O objetivo desta aquisição é o de ampliar a infra-estrutura de transporte, complementando as atividades do Terminal Marítimo com o uso de ferrovias.

Terminal Marítimo

172. Cabe uma rápida avaliação do uso feito pela Ultrafertil do Terminal Marítimo, o qual tornou-se o primeiro terminal privativo a operar com carga de terceiros, a partir a assinatura, em 28/12/93, do novo Termo de Adesão.

173. Em 1994, o Terminal recebeu 627.500 ton. superando em 78,7% a quantidade movimentada em 1993 (relatório da administração - Ultrafertil/1994, fl. 859). Em 1995, foram recebidas 840.000 toneladas de produtos (34% superior a 1994), atingindo, em 1996, 1.100.000 ton., superando em 31% o movimento de 1995. (relatório da administração-Ultrafertil/1995 e 1996, fls. 2.124 e 2.347). Este vertiginoso crescimento seria decorrente, segundo a Ultrafertil, da construção, com recursos próprios, de um viaduto sobre a rodovia Piaçaguera-Guarujá, reduzindo em 40Km o percurso entre o terminal e o pólo industrial de Cubatão. Para 1997 estão programadas obras de expansão envolvendo recursos da ordem de US\$ 25 milhões, visando o aumento da capacidade de movimentação em 700.000 toneladas.

174. Em 1996, o terminal foi utilizado basicamente para a importação de enxofre e amônia. Foram também importadas pequenas quantidades de MAP e uréia, exclusivamente para o cumprimento de contrato de fornecimento com clientes, cujo atendimento não possível com a produção interna.

175. Através do ato declaratório nº 18 de 26/06/96, da Secretaria da Receita Federal, o terminal foi credenciado como área alfandegária, sob a jurisdição da alfândega do Porto de Santos, com validade até o ano 2012.

XX - Notas Conclusivas

176. Com base nas informações e análises desenvolvidas acima conclui-se que:

A) A operação não produziu efeitos concentracionistas horizontais significativos nos mercados de fertilizantes básicos (nitrogenados e fosfatados). A rigor houve desconcentração no mercado de nitrogenados, em razão da manutenção da produção da Nitrofértil, ainda sob controle Estatal. No mercado de fertilizantes fosfatados observou-se uma pequena concentração decorrente da incorporação pela Fosfértil da produção de DAP da Ultrafértil. Este produto, no entanto, possui reduzida demanda interna.

B) Em decorrência da operação, uma nova dinâmica competitiva foi introduzida no mercado de nitrogenados, uma vez que a Nitrofértil passou efetivamente a disputar os mercados do Sudeste e Centro-Oeste com a Ultrafértil. Assume, assim, importância a sugestão da SDE, aperfeiçoada pela Procuradoria do CADE, de recomendar à Comissão Diretora da Desestatização que estabeleça nos editais de privatização, especialmente no caso da Nitrofértil ser reinserida no programa, critérios que garantam a preservação da competitividade nos mercados atingidos pelo programa de desestatização.

C) A operação permitiu a verticalização da produção de fertilizantes compostos das empresas acionistas de grupo Fertifós (Fertiza, Fertibrás, Solorrigo, Manah, IAP e Takenaka), produzindo assim impactos decorrentes desta integração. O perfil da clientela da Ultrafértil e Fosfértil, nos últimos 3 anos, sofreu modificações no sentido de ampliar a participação dos grandes clientes, especialmente das próprias empresas detentoras do controle acionário de grupo Fertifós, nas vendas globais. As pequenas empresas misturadoras passaram a buscar fornecedores no mercado externo, em decorrência dos novos critérios e exigências introduzidas pela Ultrafértil e pela Fosfértil nas suas políticas comerciais. O livre acesso ao mercado internacional permitiu que a competitividade fosse mantida no mercado de fertilizantes compostos. Entretanto, as dificuldades associadas às importações, tais como, prazo de 60 a 90 dias para a chegada da mercadoria, espera de outros compradores para a constituição de lotes econômicos para completar a carga dos navios e obtenção de financiamento bancário, introduzem riscos à posição de mercado destas empresas.

D) Depreende-se da análise das eficiências, implementadas nos primeiros três anos após a privatização, pela Ultrafertil e pela Fosfertil, que foram efetivados aumentos de produtividade em praticamente em todas as linhas de produção, incrementos na qualidade dos produtos e realizados investimento em desenvolvimento tecnológico. Os reduzidos aumentos da capacidade instalada decorrem da prioridade conferida aos investimentos em melhoria operacional e aumento da qualidade dos produtos. Além disso, as expansões de capacidade instalada, por serem investimentos de maior vulto e complexidade, exigem um prazo maior para a sua implantação.

E) Em vista das novas condições criadas pela operação no mercado de fertilizantes compostos, as quais podem ocasionar, a qualquer momento, exclusão de empresas e movimentos de concentração, é recomendável que se inclua nas providências saneadoras o monitoramento das práticas gerenciais da Ultrafertil e da Fosfertil, realizando análises periódicas do perfil da sua clientela, da implementação de expansões de capacidade produtiva, das alterações contratuais importantes (fusões, aquisições, etc) e dos critérios estabelecidos para comercialização da produção, inclusive das vendas não previstas nos contratos anuais de fornecimentos. Tal acompanhamento foi o objetivo pretendido pelos Termos de Compromisso de Cessação, assinados pelas empresa do grupo Fertifós com o CADE em 07/03/96. Entretanto, em vista dos novos fatos e informações possibilitadas no curso do exame das repercussões da aquisição sobre o mercado de fertilizantes compostos, poderia ser definido uma nova forma de acompanhamento, de um Termo de Compromisso de Desempenho que reavalie e incorpore as condições definidas nos Termos de Compromisso de Cessação. Para viabilizar um monitoramento mais efetivo é sugeridas, no Anexo I, uma relação de informações, assim como as justificativas para a sua solicitação, que poderiam ser enviadas trimestralmente ao CADE pela Ultrafertil e pela Fosfertil.

ANEXO I

Informações Sugeridas para Composição de Compromisso de Desempenho

1- Informar, no início de cada ano, os critérios adotados para a fixação da quota anual máxima de suprimento, estabelecida para cada cliente.

Justificativa:

As empresas do grupo Fertifós definem anualmente parâmetros para a fixação das quotas anuais máximas de cada cliente. Nos contratos de fornecimento de 1997, segundo informações de misturadoras clientes, não foi permitido elevar as quotas anuais acima das quantidades estipuladas nos contratos de fornecimento de 1996. Teria sido ainda comunicado às clientes que não haveria, neste ano, fornecimento de produtos além da quota definida contratualmente. É necessário que estes critérios estejam claramente explicitados e justificados, de forma a que estes sejam entendidos como instrumentos de redução de incertezas e aumento de eficiência gerencial, e não como mecanismos de restrição às retiradas de empresas concorrentes.

2- Informar a demanda adicional de produtos, solicitados além das quotas definidas contratualmente, detalhando o percentual de atendimento desta demanda extra por cliente.

Justificativa:

A existência de uma demanda adicional, não prevista nos contratos de fornecimento, depende basicamente do comportamento do setor agrícola, o qual determina a evolução das quantidades demandadas de fertilizantes compostos. Devido à não previsibilidade destes fatores, nos anos em que a safra agrícola apresenta desempenho acima das estimativas das misturadoras, estas vêm ampliar sua dependência em relação às empresas fornecedoras para manter ou ampliar sua participação no mercado de misturas. O recurso ao mercado externo, neste caso, é limitado em virtude de diversos fatores, tais como, maior demora no desembarque dos produtos importados, em relação às compras no mercado interno, dificuldade em formar lotes econômicos para completar a carga dos navios, etc. Portanto, nos períodos de expansão de mercado as empresas acionistas da Fertifós, devido à maior proximidade com administração das empresas fornecedoras, poderiam dispor de maiores facilidades nas retiradas extra-quotas, aproveitando melhor as oportunidades para o atendimento desta demanda adicional. Devem estar claros portanto os critérios observados no atendimento da demanda extra-quota, eliminando quaisquer discricionariedade em favor das acionistas do grupo em detrimento das concorrentes. Se-

gundo informações obtidas junto a misturadoras, as retiradas extra-quotas em 1996 foram bastante expressivas, em razão do bom desempenho do setor agrícola naquele ano.

3- Informar o percentual de participação de cada uma das seis empresas maiores acionistas da Fertifós nas vendas totais do trimestre.

Justificativa:

O exame da evolução da participação das seis maiores acionistas, somadas e individualmente, nas vendas totais pode revelar se a política de comercialização tem concentrado vendas para as acionistas em detrimento de outras empresas. Se esta tendência for constatada será necessária a apresentação pela Ultrafértil/Fosfértil de uma justificativa econômica para este fato.

4- Informar a implantação de aumentos de capacidade produtiva, seja através da modernização ou reversão (utilização das plantas reversíveis para fabricação de outro produto) das plantas existentes ou do início de operação de novas unidades industriais.

Justificativa:

A expansão da capacidade produtiva das empresas do grupo Fertifós terá evidentes conseqüências sobre a dinâmica competitiva no setor de Misturas. Desde a privatização a Ultrafértil e a Fosfértil obtiveram expressivos ganhos de produção e produtividade. No entanto estes resultados decorreram basicamente de reestruturação administrativa e de investimentos em manutenção e modernização das unidades industriais. No que toca à expansão da capacidade instalada não foram ainda detectadas alterações importantes. Talvez o elevado endividamento das empresas, decorrente dos recursos aportados e dos compromissos financeiros assumidos no processo de privatização, explique a tímida política de investimentos em expansão de capacidade, aplicada neste período. De qualquer forma, é de se esperar que, em função dos bons resultados financeiros observados nos últimos anos, aliado à conclusão do exame do ato de concentração pelo CADE, investimentos mais ousados na ampliação da capacidade instalada por parte do grupo Fertifós. Na ocorrência de aumentos significativos de produção, deve-se atentar para o reflexo desta nova oferta sobre as quantidades máximas permitidas por cliente por ocasião da assinatura dos contratos anuais de fornecimento.

5- Informar todas as alterações contratuais importantes tais como, incorporações, fusões, aquisições e alterações de participação acionária da controladora e das controladas.

Justificativa.

Mudanças contratuais importantes podem introduzir elementos novos na estrutura produtiva do setor. Cabe lembrar que, em dezembro de 1995, a Goiásfertil incorporou a Ultrafertil e logo a seguir mudou sua razão social para Ultrafertil S.A. Estas mudanças não foram informadas ao CADE, embora à primeira vista não tenham provocado efeitos anti-concorrenciais.

6- Informar as solicitações de contratos de fornecimentos feitos por *pools* de empresas, detalhando quais foram assinados e quais não o foram, indicando as razões que impediram a assinatura do contrato.

Justificativa:

A assinatura dos contratos de fornecimento através de *pools* de empresas constitui-se num mecanismo de redução de custo para as pequenas e médias misturadoras que, em razão da reduzida quantidade demandada, não conseguem obter o desconto máximo por faixa de faturamento (4%). As dificuldades encontradas para assinatura destes contratos estão ligadas à exigência da Fertifós de que as empresas consorciadas garantam solidariamente o montante contratado. Segundo informações obtidas junto à AMA-Brasil, a Nitrofertil fechou contrato de fornecimento a um *pool* de empresas associadas superando as dificuldades encontradas no oferecimento de garantias. Em 1996 a Ultrafertil/ Fosfertil firmou somente um contrato de fornecimento a um *pool*, representativo de 3 empresas. Considerando o precedente introduzido pela Nitrofertil e a primeira experiência bem sucedida de contrato em *pool*, firmado em 1996, é de se esperar o amadurecimento de soluções que contornem o problema da insuficiência de garantias, o que será positivo para a competitividade das pequenas e médias empresas do setor.

7- Quaisquer alterações introduzidas nos contratos de fornecimentos devem ser informados, juntamente com as razões que as motivaram.

Justificativa:

O contrato de fornecimento é o instrumento que regula as relações entre as fornecedoras e as clientes e cujas modificações são, em geral, impostas pelas fornecedoras em razão do seu poder de mercado. Cabe, portanto, examinar os possíveis efeitos concorrenciais que tais alterações podem provocar.

ANEXO II

Avaliação Econométrica: preço interno x preço externo da uréia¹⁹

¹⁹ Análise realizada por Cesar Mattos e Pedro Calhman de Miranda.

Visando aprofundar a análise do setor, procurou-se incorporar instrumental econométrico que apoiasse a presunção de mercado geográfico relevante internacional. Nesse contexto, foram rodadas algumas regressões a partir dos seguintes dados: Preço doméstico da Ultrafertil de Uréia, Preço internacional da Uréia²⁰, PIB agrícola²¹, o quociente do IPA-OG agrícola com o IPA-OG da economia e Preço do combustível²². Foram avaliadas as possíveis relações entre o preço doméstico da Ultrafertil e todas as outras variáveis, seja em conjunto, de forma isolada ou incorporando defasagens (lags) das mesmas. O que se desejava avaliar era a importância relativa dos preços internacionais na definição dos preços nacionais da Uréia.

Tanto o PIB agrícola como o quociente do IPA agrícola no IPA geral seriam variáveis importantes na determinação da demanda agrícola de fertilizantes. Quanto maior o PIB agrícola, maior a renda disponível dos agricultores para despende em fertilizantes. Além disso, quanto maior o preço relativo do setor agrícola vis a vis o resto, melhores as perspectivas do setor e, por conseguinte, maior a demanda de fertilizantes. Essas duas variáveis também foram introduzidas com defasagens, tendo em vista que o setor agrícola, normalmente, reage em prazos mais longos que o resto da economia.

No que diz respeito à introdução da variável preços de combustível, a “rationale” deriva do elevado peso desse item no custo de fertilizante.

O resultado de três das regressões estão esboçados abaixo.

Primeiramente, é importante observar que em nenhuma das regressões, a variável independente combustível apresentou coeficiente significativamente diferente de zero. Isso implica que a variável combustível não é importante para explicar o preço e, portanto, retiramos a mesma das apresentações.

Não se fez nenhuma regressão introduzindo IPA agrícola e PIB agrícola juntos, tendo em vista a alta correlação entre as duas variáveis, o que poderia gerar problemas de multicolineariedade no modelo.

As duas primeiras regressões são esboçadas abaixo. A primeira roda o preço doméstico da uréia (PURéia) com o preço internacional (Pint) e os quocientes do IPA agrícola sobre IPA geral corrente (PAGRO) e com uma defasagem (PAGRO(-1))²³.

Ordinary Least Squares Estimation

Dependent variable is PURéia

15 observations used for estimation from 1992Q2 to 1995Q4

²⁰ Informações das requerentes.

²¹ Fonte: *Indicadores do IBGE, Produto Interno Bruto*, março/97.

²² Fonte: Revista *Conjuntura Econômica*, vários números.

²³ Nas três regressões apresentadas, todas as variáveis estão em logaritmos, o que foi resultado da aplicação do critério de Sargan, demonstrando a superioridade dessa forma funcional.

```

*****
Regressor      Coefficient      Standard Error      T-Ratio[Prob]
INT            .82203           .97708              .84132[.418]
Pint          .90496           .21710              4.1683[.002]
PAGRO         -.35641          .28150              -1.2661[.232]
PAGRO(-1)    -.25415          .42684              -.59542[.564]
*****
R-Squared      .79823           F-statistic F (3, 11)  14.5056[.000]
R-Bar-Squared .74320           S.E. of Regression    .074082
Residual Sum of Squares .060369      Mean of Dependent Variable  5.1141
S.D. of Dependent Variable .14619      Maximum of Log-likelihood  20.0809
DW-statistic  1.3676
*****

```

Como se pode observar, tanto a variável PAGRO quanto PAGRO(-1) não são significantes. Além disso, os sinais dos seus coeficientes são inversos ao esperado. Isso nos leva a concluir que essas variáveis não são apropriadas para explicar a variação dos preços domésticos da uréia. Já nessa regressão, observa-se a elevada significância da variável preço internacional na definição do preço doméstico. Conforme os dados acima, pode-se rejeitar a hipótese de que não há correlação entre as duas variáveis com 99,8% de confiança.

Na regressão abaixo, os preços agrícolas são substituídos pelo PIB agrícola dessazonalizado, tanto corrente (RAGRO) como com uma defasagem (RAGRO(-1)).

Ordinary Least Squares Estimation

```

*****
Dependent variable is PUreia
15 observations used for estimation from 1992Q2 to 1995Q4
*****
Regressor      Coefficient      Standard Error      T-Ratio[Prob]
INT            3.1613           3.3640              .93973[.368]
Pint          .59399           .21428              2.7721[.018]
PIBAGRO       -.76470          1.0654              -.71775[.488]
PIBAGRO(-1)  .55567           1.1178              .49709[.629]
*****
R-Squared      .69897           F-statistic F (3, 11)  8.5139[.003]
R-Bar-Squared .61688           S.E. of Regression    .090486
Residual Sum of Squares .090065      Mean of Dependent Variable  5.1141
S.D. of Dependent Variable .14619      Maximum of Log-likelihood  17.0805
DW-statistic  .77709
*****

```

O quadro acima é similar ao anterior. Nem o PIB agrícola corrente e nem o defasado apresentam coeficientes significativamente diferentes de zero. Isto é, não influenciam na variação dos preços domésticos da uréia. O preço internacional continua altamente significante.

Enfim, a última regressão abaixo apresenta os resultados para apenas o preço internacional da uréia como variável explicativa do preço doméstico. Nesse caso, tanto o coeficiente individual quanto o teste F (da regressão como um todo) são altamente significativos com mais de 99,99% de confiança. O coeficiente de determinação (R2) normal e o ajustado do modelo atingem 59,3% e 56,4%, o que não é uma estatística particularmente alta. Porém, autores importantes como Goldberger, citado por Gujarati, não acredita ser tão fundamental a existência de um R2 alto. Segundo o autor:

“From our perspective, R2 has a very modest role in regression analysis, being a measure of the goodness of fit of a sample LS(Least-Squares) linear regression in a body of data”. Nothing in the CR [CLR-M] model requires that R2 be high. Hence a high R2 is not evidence in favor of the model and a low R2 is not evidence against it”.

Observa-se ainda que quase todos os testes diagnóstico confirmam que o modelo confirma as hipóteses clássicas principais de mínimos quadrados: homocedasticidade, forma funcional adequada e normalidade dos resíduos. Apenas no que se refere à hipótese de auto-correlação dos resíduos, obtivemos resultados ambíguos. Enquanto a estatística Durbin-Watson aponta uma correlação positiva dos resíduos, o teste do multiplicador de Lagrange e o teste F indicam o contrário a 95% de confiança.

Ordinary Least Squares Estimation

Dependent variable is PURéia

16 observations used for estimation from 1992Q1 to 1995Q4

Regressor	Coefficient	Standard Error	T-Ratio[Prob]
INT	2.5628	.56689	4.5209[.000]
Pint	.50770	.11235	4.5189[.000]

R-Squared	.59326	F-statistic F (1, 14)	20.4204[.000]
R-Bar-Squared	.56421	S.E. of Regression	.095701
Residual Sum of Squares	.12822	Mean of Dependent Variable	5.1222
S.D. of Dependent Variable	.14497	Maximum of Log-likelihood	15.9097
DW-statistic	.54479		

Diagnostic Tests

```

*****
* Test Statistics * LM Version * F Version *
*****
* * * *
* A:Serial Correlation*CHI-SQ (4) = 6.5345[.163] * F (4, 10) = 1.7259[.220]*
* * * *
* B:Functional Form *CHI-SQ (1) = .13339[.715] * F (1, 13) = .10929[.746]*
* * * *
* C:Normality *CHI-SQ (2) = .43164[.806]* Not applicable *
* * * *
* D:Heteroscedasticity*CHI-SQ (1) = 2.3489[.125] * F (1, 14) = 2.4089[.143]*
*****
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

```

Portanto, conclui-se que a principal variável explicativa das variações dos preços doméstico da Ultrafértil são os preços internacionais. Isto indica que o mercado relevante geográfico é o internacional. Deve ser feita a ressalva que, em uma tentativa de definição de mercado relevante, outras análises podem ser efetuadas. Por exemplo, pode-se medir a diferença entre o preço doméstico e o preço internado do produto importado.

EMENTA

ATO DE CONCENTRAÇÃO. Lei nº 8.884/94, art. 54. Aquisição da Ultrafértil pela Fosfértil via leilão de privatização. Lei nº 8.031/90, art. 1º - Decreto 1.204/94, art. 48. Motivos Preponderantes da Economia. Mercado Interno como categoria de patrimônio nacional. CF, artigos 170, 173, 219 c.c. 23-I. Competência do CADE. 1 - A competência do CADE em face da privatização - Desestatização e concorrência: caráter complementar - Competência do CADE. 2 - Padrões concorrenciais nos mercados relevantes - Aporte jurídico - Mercado relevante de produto - Mercado relevante geográfico - Barreiras à entrada - Defesa econômica das requerentes. 3 - Potencial da operação e variantes compensatórias - Impacto de mercado - Eficiências - Avaliação de corretivos de ordem estrutural. 4 - Condições ou encargos da aprovação. 5 - Conclusão: aprovação sob compromissos.

VOTO

O Senhor Conselheiro Antonio Fonseca: Realizado o requisito do *market share* nacional previsto no § 3º do art. 54 da Lei 8.884, conheço do requerimento.

A competência do CADE em face da privatização

Desestatização e concorrência: caráter complementar

2. Embora não haja conexão lógica entre empresa pública e ausência de eficiência, a prática tem apontado que as duas coisas sempre andam juntas. Daí, tem se tornado uma parêmia cada vez mais verdadeira a superioridade da gerência privada sobre a gerência pública. Sensíveis a essa realidade, os constituintes de 1988 estabeleceram que, fora das hipóteses especificadas na Constituição²⁴, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado representa uma exceção do modelo constitucional-econômico. Excepcionalmente, essa exploração direta somente será permitida na presença de imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo definidos em lei.²⁵

²⁴ Confirmam-se, por exemplo, as especificações inscritas no § 3º do art. 2º da Lei nº 8.031/90, bem assim os artigos 8º e 9º da mesma Lei.

²⁵ CF, art. 173, *caput*.

3. Desdobrando-se o princípio em apreço, a Constituição, em disposição bastante em si, equipara as entidades para-estatais que explorem atividade econômica às empresas privadas, aplicando a todas o mesmo regime jurídico, sem afetar os objetivos institucionais dos dois modelos gerenciais. A sociedade para-estatal persegue a maximização do bem-estar social. A empresa privada tem por escopo egoísta a maximização do lucro.

4. Dando conseqüências aos cânones constitucionais, o programa de desestatização representa uma reordenação estratégica da participação do Estado na economia. A exploração direta em certas atividades, por razões históricas ou contextuais, deixa de atender a exigências de segurança nacional e interesse coletivo relevante. O modelo preponderante, então, é de liberalização.

5. A ornar a ordem econômica, são essenciais a *livre iniciativa* e a *livre concorrência*²⁶, dois princípios fundamentais. O primeiro qualifica relações entre a iniciativa privada e o Estado e o segundo qualifica as relações entre agentes econômicos. À luz do princípio da livre iniciativa, a desestatização caminha no sentido de liberalizar o planejamento da produção, ressalvadas as exceções previstas no próprio texto constitucional e em lei.²⁷ Sob o pálio da livre concorrência, a desestatização sinaliza a liberalização das condições de entrada e de maximização da eficiência.

6. A alocação da propriedade, por meio da desestatização, afeta a estrutura de incentivos e o comportamento gerencial, proporcionando uma expectativa de eficiência e inovação.²⁸ A desestatização, desse modo, fortalece o mercado enquanto categoria jurídico-econômica e expressiva de valor patrimonial sob a tutela do Estado.²⁹ A legislação reflete essa expectativa que, todavia, não se realiza automaticamente, como se verá mais adiante.

7. A desestatização interessa ao cidadão enquanto contribuinte e consumidor. Como contribuinte, o cidadão espera melhor retorno da parte do seu pa-

²⁶ CF, art. 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único.

²⁷ Parágrafo único do art. 170 da CF.

²⁸ Corolário dessa expectativa é que o programa de desestatização não pode negligenciar ou ignorar a relevância das forças competitivas. O mesmo programa, todavia, não garante por si a realização dessa expectativa.

²⁹ Cabe ao Estado zelar pelo mercado interno que integra o patrimônio nacional, categoria de patrimônio público (CF., art. 218 c.c. art. 23-I). A leitura econômica desse princípio indica que o livre jogo das forças competitivas é um valor fundamental que deve ser protegido, como mecanismo contributivo para realização material da cidadania (Curso de Direitos Humanos promovido pela **Fundação Friedrich Naumann Stiftung** sob os auspícios do Partido Liberal Alemão, setembro de 1996). Isso convola a defesa da concorrência ao status de direitos humanos de terceira geração, realçando-se a função social do mercado e respeito ao direito do cidadão a opções. Em simetria com esse princípio, vale lembrar que o Congresso americano, no passado, chegou a proclamar a propriedade intelectual elemento do patrimônio nacional.

trimônio reservada aos encargos do Estado. Para o consumidor, a desestatização cria uma possibilidade de maximização dos benefícios líquidos proporcionados por preços mais competitivos e melhoramento da qualidade dos bens ou serviços produzidos pela sociedade privatizada. Não adianta transferir ativos só para melhorar o perfil da dívida pública sem nenhuma contribuição para a eficiência econômica. Daí, somente sob essa dupla ótica, do contribuinte e do consumidor, a desestatização pode realizar o desiderato da ordem econômica.³⁰

8. A justificativa para desestatização repousa nos seguintes objetivos gerais:

- transferência à iniciativa privada de atividades indevidamente exploradas pelo setor público;
- saneamento do setor público, mediante redução e melhoria do estoque da dívida pública;
- redirecionamento dos esforços do Estado para prioridades nacionais;
- fortalecimento do mercado de capitais, mediante aumento da oferta de valores mobiliários e da democratização do capital;
- incentivo ao investimento privado em setores estratégicos;
- competitividade e capacidade empresarial mediante modernização do parque industrial.³¹

9. Fundada nos motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, acima especificados, uma operação de desestatização somente adquire sua cabal legitimação se atender, no mínimo, a três das condições legais abaixo:

- aumento de produtividade;
- melhoramento da qualidade de bens ou serviços;
- geração de eficiências e desenvolvimento tecnológico ou econômico
- distribuição equitativa de benefícios;
- não eliminação da concorrência de parte substancial de mercados relevantes;
- observância de limites necessários à realização de objetivos predeterminados.³²

³⁰ Nesse desiderato inclui-se a função social da propriedade (CF, art. 173, inciso III), melhor compreendida pela busca do bem-estar social através da aplicação eficiente do capital.

³¹ Lei nº 8.031, art. 1º.

³² Art. 54, § 2º da Lei nº 8.884/94.

10. Como se disse, a desestatização é apenas um passo inicial na busca de realização de eficiência, que não se dá automaticamente. É certo que a desestatização em si traz uma expectativa de eficiência alocativa, somente pelo fato de que a gerência privada, para quem uma porção de ativos públicos é transferida, é melhor preparada para identificar ineficiências e explorar novas oportunidades.³³ A desestatização, todavia, não garante por si a realização de eficiência no interior da empresa. A experiência britânica, uma das mais conspícuas,³⁴ confirma a assertiva.

11. Profundo conhecedor da experiência britânica em privatização, Prof. Beesley afirma que o objetivo frisante da privatização é desenvolver o desempenho industrial mediante crescimento do papel das forças de mercado. Isto não será possível se não forem adotadas medidas para promover a concorrência.³⁵

12. Dois estudiosos americanos³⁶ daquela experiência confirmam a teoria. A tônica da sua obra é a necessidade de rigoroso controle do comportamento de maximização do lucro pelas empresas privatizadas com domínio de mercado.³⁷

13. A análise teórica desenvolvida por Vickers e Yarrow sustentam que, em termos de eficiência, a preferência pela propriedade privada sobre a propriedade pública mais se justifica em mercados onde a concorrência prevalece.³⁸ Os benefícios da concorrência se faz sentir pela atitude no tratamento de custos e preços, aquela provocada pelo ambiente concorrencial.

14. No capítulo conclusivo da sua obra, os mesmos autores escrevem que “the economics of privatization cannot be separated from the economics of competition and regulation.” Eles concluem, em caráter mandatório, que a privatização seja acompanhada de medidas adequadas para reduzir custos e conter o poder de mercado. Em outras palavras, os autores sentenciam: “unless effective competition and/or regulation are introduced, the privatization

³³ M. E. Beesley, *Privatization, Regulation and Deregulation*, p. 33, Routledge, 1993. Um ponto de vista mais radical sustenta que a privatização é por si só desejável, ao argumento de que “liberdade política depende da propriedade privada, ou que a intervenção do governo deve ser minimizada, porque quanto maior essa intervenção, maior a ameaça a essa liberdade.” Beesley, *ob. cit.*, p. 24.

³⁴ Tony Prosser and Michael Moran, **Privatization and Regulatory Change: The Case of Great Britain**, in *Privatization and Regulatory Change in Europe*, p. 36, Open University Press, 1994.

³⁵ *Ob. cit.*, p. 37.

³⁶ John Vickers and George Yarrow, *Privatization, and Economic Analysis*, MIT Press, 1988.

³⁷ *Idem*, p. 8.

³⁸ *Ob. cit.*, p. 426.

of firms with market power brings about private ownership in precisely the circumstances where it has least to offer.”³⁹

15. A leitura econômica dos efeitos ou impactos sobre a ordem econômica de uma concentração de mercado, decorrente de uma operação de desestatização, não traz nenhuma diferença ontológica se comparada a uma aquisição privada. A análise da operação deve seguir os mesmos critérios aplicados a qualquer outra operação. O papel do CADE, neste particular, não é menos significativo.

A competência do CADE

16. Esta é a primeira vez que o Plenário enfrenta a questão da sua competência para apreciar atos de concentração decorrentes de processo de desestatização. Esta oportunidade permite responder a argumentos destilados alhures contrários a essa competência, tais como, retardamento do PND, configuração estrutural, legitimidade do leilão e exclusão da Lei de Concorrência pela Lei de Desestatização.

17. O risco de retardamento do programa de desestatização pela participação do CADE é meramente especulativo. Para realização de estudo especializado sobre a concorrência, o CADE poderá exercer destacado papel, se convidado a participar do processo. Vale frisar que essa participação não é condição *sine qua non* para boa elaboração do estudo de cenário de mercado. Inequivocamente, essa participação não é reivindicada pelo CADE.

18. Dir-se-ia que nada muda se a sociedade privatizada já detinha poder de mercado. Não é bem assim. Posição dominante nas mãos do Estado tem o propósito de maximizar bem-estar social, definida por imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme especificado na Constituição e em lei.⁴⁰ Posição dominante nas mãos do particular tem o propósito de maximizar o lucro. Ainda que se possa falar de função social da empresa ou da propriedade, certo é que os dois propósitos encerram compromissos antagônicos subsumidos a padrões altruístas em contraposição a padrões egoístas, respectivamente. Daí o equívoco palmar da proposição, feita alhures, de que a transferência de ativos na direção Estado/iniciativa privada, por não mudar a configuração estrutural de mercado, escapa do controle preventivo das concentrações.

19. A legitimidade da aquisição de ativos via leilão de desestatização, em face da Lei 8031, é relativa. O ato precisa também ser legitimado em face da lei da concorrência. Conclusão diversa, isto é, que exclua a operação do crivo do art. 54 da Lei 8.884, ofende o princípio do tratamento igualitário;⁴¹ mais do

³⁹ Ibidem, pp. 426/427.

⁴⁰ CF, art. 173.

⁴¹ CF, art. 173 § 1º.

que isso, nega os postulados básicos da ordem econômica e da teoria que a informa.

20. Resta a exegese ou hermenêutica da lei no tempo e no espaço. Parece um despautério dizer, como se leu alhures, que o Programa Nacional de Desestatização (PND) é um regime especial, por isso exclui as regras gerais de defesa da concorrência. A conclusão é um primor de imprecisão. A regra, secular, é que “a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente.”⁴² O princípio está hoje desdobrado,⁴³ embora conservado o mesmo conteúdo.

21. Em termos claros, uma lei só revoga, total ou parcialmente, outra lei quando expressamente o declare ou estabeleça algum elemento de incompatibilidade. A Lei nº 8.031 não contém dispositivo que expressamente afaste a aplicação da Lei nº 8.884 às operações decorrentes do PND. Como não existe essa exclusão expressa, interessa apenas examinar a cláusula da incompatibilidade implícita. Esta, objetivamente avaliada, somente pode ser considerada em face de um **fato (matéria)**, de uma **relação qualificada** e de um **valor**. A análise da incompatibilidade exige um esquadrinhamento e esforço comparativo da estrutura lógica de cada elemento normativo contido nas centenas de proposições dos dois textos sob comento. Esse trabalho hercúleo pode ser simplificado, concentrando-se apenas no essencial.

22. Para que uma lei ou parte dela seja excludente de outra ou parte da mesma, em razão da matéria, é necessário que ambas tratem do mesmo assunto. A Lei de Desestatização disciplina a alienação de ativos de propriedade do Estado e para esse fim fixa objetivos fundamentais, objeto, modalidades operacionais de execução, condições para alienação e bem assim atribui poder de gerência ou gestão e responsabilidades específicas. A Lei de Defesa da Concorrência disciplina os mecanismos de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e para esse efeito fixa princípios e regras básicas, estabelece competências, procedimentos e punições, bem assim atribui responsabilidades específicas. Examinando o núcleo de cada uma, as leis referidas cuidam de coisas diferentes: compra e venda pública e controle do processo competitivo, respectivamente.

23. As leis são também fontes de relações jurídicas, isto é, estabelecem um regime dentro do qual pessoas se vinculam a outras, em situações concretas de comportamento, num plano de coordenação ou subordinação. As duas Leis em apreço abrem espaço para formação de centenas de relações jurídicas, de

⁴² Redação original do art. 4º das disposições introdutórias ao Código Civil. O dispositivo é reprodução de idênticos princípios inscritos no direito português (Ord., 3, 64, lei de 8 de agosto de 1769).

⁴³ Parágrafos 1º e 2º do art. 2º da LICC (Dec 4.657/42).

diferentes naturezas. No essencial, a Lei de Desestatização qualifica uma relação de coordenação entre comprador privado e vendedor público, enquanto a Lei de Defesa da Concorrência qualifica uma relação de subordinação entre um controlador (agência ou autoridade da concorrência), de um lado, e o agente econômico ou auxiliares, do outro lado. No conceito de auxiliares são incluídas as autoridades públicas, que de alguma forma possam contribuir para a perpetração de uma ofensa, em sentido lato ou estrito, à ordem econômica. Até prova em contrário, não há identidade de relação entre as centenas de situações de vínculos jurídicos que ambos os textos ostentam.

24. Resta o elemento de valor ou axiológico. A incompatibilidade de duas leis ou proposições legais, em face desse elemento, somente pode ser afirmada diante de uma oposição ou choque de vetores finalísticos, identificados no contexto das estruturas lógicas que ornaram os mesmos textos, ou desarmonia ideológica que as respectivas intencionalidades objetivadas inspiram. Ora, nenhum especialista ousaria desafiar o caráter complementar das duas políticas, desestatização e concorrência. Sobre o conteúdo jurídico e econômico dessa subsidiariedade já se tratou, a cuja realidade valorativa a sensibilidade do especialista não pode faltar. Em suma, seja explícita ou implicitamente, a Lei de Desestatização não exclui a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência. Isso é lógico, intuitivo e fora de qualquer dúvida razoável.

25. Seria a privatização um ato de governo ou político e assim imune à aplicação da Lei 8.884? O argumento vem à tona pela lembrança da *state action doctrine* do direito americano,⁴⁴ que tem suscitado grande controvérsia nos Estados Unidos. O problema que se apresenta deve ser resolvido à luz do quadro constitucional e legal brasileiro.

26. Como se estabeleceu, a Constituição manda aplicar às empresas do Estado que explorem atividade econômica o mesmo regime próprio das empresas privadas (art. 173, §1º). A Constituição, todavia, oferece a possibilidade de exclusão: nos parágrafos 3º e 4º do art. 173, quando reserva à lei o regulamento das relações da empresa pública com o Estado e a sociedade, bem assim da defesa da concorrência.

27. A disciplina da defesa da concorrência é objeto da Lei 8.884, que no seu art. 15 dispõe:

“Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

⁴⁴ Cf. Capítulo XI, sob o título Exemptions and regulated markets, de “ABA Antitrust Section, Antitrust Laws Developments (3ª ed. 1992)”, vol. II, p. 963 e seguintes. A lição americana somente poderia oferecer alguma contribuição *de lege ferenda*.

28. O texto dos dispositivos constitucionais que regulamentam a ordem econômica, especificamente no que respeita à livre iniciativa e à livre concorrência, guarda um sentido de regra geral. Diante disso, uma exoneração exigiria lei expressa.

29. A Lei de Desestatização poderia tornar a operação de privatização imune ao controle do CADE, mas não o fez. O legislador poderia determinar que a autoridade gestora da desestatização preparasse a empresa com poder de mercado, de modo a afastar qualquer risco de uma concentração anti-concorrencial, estabelecer a previsão de outras medidas saneadoras ou preventivas antes do leilão ou condicionantes deste e excluir o ato de compra e venda pública da atuação do CADE. Se essa sugestão de *lege ferenda* fosse lei não estaríamos aqui discutindo o presente caso.

30. Ademais, no momento seguinte à privatização a sociedade privatizada é uma pessoa jurídica de direito privado como qualquer outra. O ato de governo ou político, realizado por razões de estado, se exaure na própria venda pública. Não há como se criar uma exceção fora da lei, ainda que se afirme que a concentração, se decorrente da privatização, teria sido gerada por uma vontade complexa: uma do Estado de vender e outra do particular de comprar. A vontade do Estado não tem efeito ou consequência além daquela delineada nos vincos da Constituição ou da lei. Sendo espécie do gênero administrativo, o ato de governo está sujeito a forma e objetiva a concretização do direito mediante a aplicação da lei ao caso concreto.

Padrões concorrenciais nos mercados relevantes

Aporte jurídico

31. Um ato de concentração lato sensu antes de mais nada decorre da vontade de 2 ou mais agentes a qual qualifica um negócio jurídico. A aquisição, fusão ou incorporação, uma vez realizada, gera um efeito econômico que poderá consistir em domínio de mercado e cujas consequências não decorrem necessariamente da vontade humana. Daí, o mercado relevante, do ponto de vista jurídico, qualifica-se como fato jurídico misto, na medida em que encorpa elementos de ordem natural e da vontade humana.

32. A definição do mercado relevante, quanto ao produto e dimensão geográfica, submete-se a uma avaliação da agência de concorrência. Essa valoração⁴⁵ que depende de dados suficientes sobre a atuação dos concorrentes exi-

⁴⁵ A ciência jurídica qualifica fato jurígeno o evento volitivo ou natural sobre cuja importância o homem toma uma posição crítica e valorativa. Realizada essa valoração em face de regras jurídicas o resultado revela em si um fato jurídico. Daí o conceito de mercado relevante participa dessa dupla característica: fato jurígeno e fato jurídico misto.

ge mais do que procurar ou encontrar alguma coisa pronta e acabada do mundo real. Cabe à autoridade sopesar as circunstâncias e fazer uma opção informada que mais se ajuste ao objetivo legal. Não se trata de um exercício ou elaboração sofisticada e teórica, mas de uma abordagem prática e fatural.

33. Ordinariamente, o mercado geográfico tende a se reduzir aos confins da jurisdição da agência.⁴⁶ Não se nega necessariamente o mercado transfronteira enquanto realidade econômica como parte de um modelo de análise. Isso é particularmente útil diante de uma operação transnacional em escopo. Cumpre observar, todavia, que a avaliação da capacidade de abuso de uma posição dominante, para fins de aplicação da lei de concorrência (art. 54 *caput* e § 3º da Lei 8.884) somente tem relevância nos limites do mercado doméstico.

34. Não significa que a questão do “mercado entre nações”⁴⁷ deva ser ignorada. Em algumas circunstâncias, e.g., mercado de *commodities*, o exercício de verificação do mercado mundial, na presença de dados que garantam uma análise segura e de resultados significativos, pode ser um teste adicional (*worldwide-market defense*) com o objetivo de eventualmente se demonstrar a ausência de caráter anti-concorrencial de um ato de concentração. Essa exceção, se bem sucedida, terá a utilidade de dispensar aprofundada investigação sobre o impacto da operação. A definição abaixo do mercado relevante, no caso, está inspirada nessas considerações preliminares.

Mercado relevante de produto

35. A Ultrafertil tem atuação nos mercados de fertilizantes básicos nitrogenados e fosfatados. Em razão da inexistência de substitutibilidade entre os fertilizantes nitrogenados e fosfatados, estes dois grupos de produtos participam de mercados relevantes específicos.

36. Em face da discussão levantada no parecer da SDE (fls. 1.665/1.731), no qual são colocados argumentos que negam a substitutibilidade entre os produtos nitrogenados entre si, e o mesmo para os produtos fosfatados, a definição dos produtos relevantes exigiu um esforço para a identificação das diferenciações existentes, de forma a verificar se cada um dos produtos são suficientemente substitutos entre si (RP, fls. 12/21).

37. Os produtos nitrogenados mais importantes são uréia, nitrato de amônio, nitrocálcio e sulfato de amônio. Somente este último não é produzido pela

⁴⁶ Valentine Korah, “An introductory guide do EC Competition Law and Practice”, p. 72, 5ª ed., 1993. Na jurisprudência americana, uma indicação pode ser encontrada em *United States v. Pabst Brewing Co.* (384 US 549, 1966) e *Marine Bancorporation* (418 US 336), casos citados em “ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments (3d ed. 1992”, p. 293.

⁴⁷ Essa expressão está inserida no texto da seção 1 do *Sherman Act*. Há “Guidelines” específicas aplicadas no exame desse mercado em particular.

Ultrafertil. Quanto aos fertilizantes fosfatados, os mais importantes são monoamônio e diamônio de fosfato (MAP/DAP) e superfosfato simples e triplo (SFS e SFT). A Ultrafertil produz pequena quantidade de MAP/DAP e não atua nos demais produtos fosfatados.

38. Os elementos levantados no Relatório Preliminar sugerem que a substitutibilidade entre os produtos fosfatados e nitrogenados pode ser considerada como factível, embora hajam restrições técnicas e riscos econômicos envolvidos. A determinação mais precisa do grau de substitutibilidade exigiria a mensuração da elasticidade cruzada de demanda dos produtos. Devido a dificuldades na obtenção e preparo das informações necessárias, principalmente relativas aos preços inflacionados anteriores a junho de 1994, não foi possível a aferição do grau de substituição com base no instrumental técnico adequado.⁴⁸

39. Diante da impossibilidade de determinar com precisão técnica o grau de substituição, a análise do impacto da operação foi realizada tanto ao nível dos produtos quanto para os mercados nitrogenados e fosfatados. Segundo conclui o relatório preliminar, “a análise da estrutura dos mercados revela que a opção mais ampla ou restrita dos mercados relevantes não alteram os resultados do ponto de vista do impacto horizontal” (RP fl. 21).

40. Adoto, portanto, a delimitação tradicional dos mercados de fertilizantes básicos (já utilizada anteriormente pelo CADE no caso do PA Votufertil/Ultrafertil) em 2 linhas: fertilizantes básicos nitrogenados, fertilizantes básicos fosfatados. O terceiro produto relevante são os fertilizantes compostos, em cujo mercado atuam as empresas controladoras do grupo Fertifós. As referências aos mercados específicos dos produtos será, entretanto, necessária para elucidar a origem das mudanças observadas nos mercados relevantes.

Mercado relevante geográfico

41. Apesar da forte contestabilidade oferecida pelas importações nos mercados de fertilizantes básicos (23% da oferta total de fertilizantes fosfatados e 34% de nitrogenados), as características dos produtos, os padrões de competitividade e a avaliação dos impactos decorrentes da integração vertical (fertilizantes compostos), conduzem a uma definição mais restrita do mercado geográfico relevante.

42. Quanto às características dos produtos, embora os fertilizantes básicos sejam considerados *commodities* em razão da homogeneidade dos produtos e

⁴⁸ Este estudo exigiria a aplicação de modelos econométricos que exigem, para a eficácia dos seus resultados, a utilização de séries de preços não inflacionados para períodos de, no mínimo, 5 anos.

ampla comercialização internacional, há que ser ressaltados os elevados custos de internação que alcançam cerca de 30% do preço FOB⁴⁹.

43. Outras limitações ao mercado externo são introduzidas pelos elevados custos de transação das importações, determinados por condições, tais como, prazo de 60 a 90 dias para a chegada da mercadoria, necessidade de espera de outros compradores para a constituição de lotes econômicos para completar a carga dos navios, dificuldades de obtenção de financiamento bancário, além dos custos associados ao desembarço aduaneiro e desembarque da carga, onerados pela ineficiente infra-estrutura portuária brasileira.

44. A existência de importações substanciais, a despeito das restrições acima elencadas, explica-se por dois fatores fundamentais: (a) a produção doméstica não é suficiente para suprir a demanda interna, mesmo operando à plena capacidade, como ocorre com as empresas do grupo Fertifós (RP, fls. 50/51); (b) capacidade produtiva ociosa e estoques elevados nos países do hemisfério norte no período de maior demanda no hemisfério sul (jul/nov).

45. Em razão da sazonalidade invertida nos dois hemisférios do planeta é possível importar fertilizantes básicos a preços bastante inferiores aos praticados nos países de origem (EUA em particular), os quais estão em período de entressafra com baixa demanda por fertilizantes. Sob a ótica global, a demanda externa por fertilizantes do Brasil é bastante inexpressiva, uma vez que o mercado nacional representa menos que 3% do mercado mundial.

46. Se o mercado interno fosse integrado ao mundial, componente de um mesmo mercado geográfico, a indústria doméstica de fertilizante não teria preço suficientemente competitivo para fazer frente à abundante oferta externa, cujos preços são fixados abaixo do custo variável no segundo semestre do ano.

47. Não teria também explicação o fato de os preços internos da uréia, produto que responde por 63% da oferta total dos fertilizantes nitrogenados, serem fixados em cerca de 30% abaixo do preço internacional internado (dados referentes aos preços médios dos anos de 1993, 1994 e 1995 - RP, fl. 40). Os preços internacionais explicam a tendência dos preços domésticos, conforme revelou a análise econométrica realizada no Anexo II do Relatório Preliminar. Os resultados deste estudo confirmam as informações obtidas junto ao mercado de que as empresas do grupo Fertifós, e também a Nitrofertil, tem o preço internacional internado como referência para a fixação dos seus preços CIF⁵⁰.

⁴⁹ São os elevados custos de transporte que explicam os reduzidos níveis de importação dos produtos nitrocálcio, nitrato de amônio e superfosfato simples (aliado ao fato de possuírem pouco conteúdo dos nutrientes).

⁵⁰ O parecer da SEAE, às fls. 37/38, sustenta que haveria uma regionalização das áreas de atuação da Nitrofertil e Ultrafertil, uma vez que a Nitrofertil, localizada no Estado de Sergipe, não teria competitividade em preços além da região de Campinas-SP, em função

48. No entanto, em face de uma dinâmica concorrencial ditada pelas condições internas, o preço doméstico pode situar-se abaixo do preço internacional, embora acompanhando sua tendência, já que todos os agentes o tem como referência. O caso do preço da uréia ilustra bem esta situação. Após a privatização, a Nitrofertil passou a concorrer com a Ultrafertil principalmente nos mercados da região Sudeste e Centro-Oeste⁵¹. Assim os preços internos da uréia refletem, portanto, este efeito pró-competitivo, indicando ainda que a extensão geográfica do mercado relevante deve se circunscrever às fronteiras do território nacional. Ademais, é reconhecida a insuficiência de dados seguros e suficientes sobre concorrentes operando transfronteira e seu desempenho, o que inviabiliza o exame da dinâmica internacional do mercado de fertilizantes.

49. Por outro lado, é preciso ter em conta que a nocividade à concorrência advinda da operação está ligada às alterações provocadas no mercado de fertilizantes compostos, cuja dinâmica liga-se a fatores basicamente internos (alto custo de transporte, especificações contidas nas fórmulas definidas e controladas internamente, atomização da demanda e importância da relação próxima com o cliente, etc.).

50. Em face destes argumentos, adoto como relevante o mercado geográfico nacional, relativo às três linhas de produtos já definidos.

Barreiras à entrada

51. Há elevadas barreiras à entrada no mercado de fertilizantes básicos nitrogenados e fosfatados. Nos dois mercados as barreiras à entrada referem-se principalmente ao alto grau de integração das plantas, que pressupõe montantes mínimos de investimentos elevados e determina a estrutura concentrada da oferta. No caso dos fertilizantes nitrogenados, o investimento para a implantação de plantas integradas, em condições de competir com as unidades da Ultrafertil e da Nitrofertil eleva-se a US\$ 340.milhões. A dificuldade em obter fornecimento de resíduo asfáltico ou gás residual pela Petrobrás, único fornecedor nacional, constitui-se também numa formidável barreira para novos concorrentes no mercado de nitrogenados.

do alto custo de frete. Se fosse confirmada esta assertiva, o mercado relevante geográfico deveria ser definido como as regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste do país. As informações mais recentes remetidas pela Nitrofertil não confirmam esta hipótese.

⁵¹ Os principais clientes da Nitrofertil, relacionados à fl. 2.313, são Heringer, Manah, Ipiranga /Serrana, Trevo, Profertil, Cooperfertil, Copas, Agrofertil, Multifertil, Usifertil, Bafertil, JL, Barreto, Fertigran, Mitsui, Patureba, Fertiza, Fertibrás, Araguaia, Takenaka, AFC, Patos. A maioria destas empresas opera nos Estados de SP, MG, ES, PR, MT, GO e RJ, para onde escoam cerca de 70% da produção de uréia da Nitrofertil (fl. 2.307).

52. As plantas integradas para fertilizantes fosfatados (SFT e MAP) exigem investimentos da ordem de US\$ 120 milhões, sem incluir os recursos necessários para a exploração da jazida de rocha fosfática. Além disso, existem poucas reservas naturais de fosfato em solo nacional e dificuldade de acesso às jazidas de rocha fosfática existentes.

Defesa econômica apresentada pelas requerentes

53. Merece destaque as conclusões apresentadas pelas requerentes em parecer técnico juntado às fls. 2416 a 2452. O estudo é instrutivo ao estabelecer um panorama sobre a indústria de fertilizantes no mundo e no país, substitutibilidade e grau de concentração. Várias das considerações lá inscritas foram igualmente apresentadas no parecer técnico da KPMG (Anexo III). Em obséquio à estatura técnica do parecerista⁵², seguem abaixo alguns comentários sobre os tópicos essenciais (notas conclusivas) do parecer.

54. Segundo o parecer, a indústria de fertilizantes no plano internacional compõe-se de diversas empresas altamente diversificadas e integradas no segmento de insumos, as quais convivem com elevado número de empresas menores, com atuação na área de fertilizantes compostos, característica comum à estrutura industrial de fertilizantes no Brasil. Um elemento distintivo, apontado pelo estudo, em relação ao caso brasileiro é o fato de os grandes grupos internacionais em atuação no setor serem também “fabricantes de *commodities* químicas, que têm vantagens competitivas com a redução de custos via ocupação da capacidade e escala” (fl. 2442).

55. O estudo elenca características gerais da indústria nacional de fertilizantes (fl. 2.443) cujo conteúdo em nada difere substancialmente do exame da estrutura de mercado nacional realizado no Relatório Preliminar (RP, itens 77 a 126).

56. Como possíveis justificativas da verticalização são apresentadas: (a) redução de custos de transação; (b) garantia de abastecimento de insumos estratégicos e (c) criação de “poder de mercado monopolizando os setores *downstream* ou discriminando preços.” (fls. 2.443). Considerando que os dois primeiros itens são geradores de eficiência, o parecerista dedica maior atenção aos possíveis danos à concorrência possibilitados pelo presumível aumento do poder de mercado trazido pela verticalização.

57. São relacionados então fatores que “**não possibilitam** significativo aumento de poder de mercado dos produtores de insumos” em decorrência da verticalização (fl. 2.444). Dos 7 itens relacionados 4 merecem destaque em face da discordância deste relator que não os considera persuasivos da inexistência de dano potencial.

⁵² Parecer da autoria do Prof. Arthur Barrionuevo Filho que hoje, como Conselheiro, integra e ilustra o plenário do CADE, impedido de participar do julgamento.

58. O primeiro trata da limitação do poder de mercado do grupo Fertifós pelas importações, cuja insuficiência, em razão dos elevados custos de inter-nação e de transação, são destacados no Relatório Preliminar e nos itens 43 acima e 72 abaixo. O segundo item diz respeito à “estabilização” da proporção das vendas da Fosfértil/Ultrafértil às acionistas da Fertifós, “em 1996 em um valor próximo de 40%”. Esta hipótese é pouco tranquilizadora uma vez que: (a) 40-50% é um patamar expressivo em relação à situação anterior à privatização (ver item 68 e 69 abaixo); e (b) a crise financeira experimentada por duas empresas acionistas (IAP e Takenaka), neste mesmo ano, indica que esta proporção deve aumentar nos próximos anos (nota de rodapé nº 35).

59. O terceiro item trata da existência de grupos poderosos em atuação no segmento de misturas (Mitsui, Ipiranga Serrana, Bunge y Born e Trevo). Cabe notar que nenhum destes grupos atua na fabricação de fertilizantes básicos nitrogenados, cuja produção é empreendida somente pela Ultrafértil e Nitrofértil, situação que acentua o poder de mercado das misturadoras acionistas do grupo Fertifós.

60. Por fim, “o fato dos preços dos insumos produzidos internamente - entre eles os da Fosfértil/ Ultrafértil - encontrarem-se abaixo dos produtos importados (com custo de internação) em 1994/95”, é explicado “pela redução de demanda interna dada pela crise de endividamento da agricultura” naquela safra. Entretanto, no item 122 do Relatório Preliminar (quadro XXX), os preços dos produtos fosfatados (SFT e MAP/DAP) apresentam-se compatíveis com o preço internacional internado. Somente os produtos nitrogenados (nitrato de amônio e, principalmente, uréia) têm preços menores do que o preço internacional internado, e isso para o período de 3 safras agrícolas (1993 a 1995), o que invalida o fator explicativo apontado.

Potencial da operação e variantes compensatórias

Impacto de Mercado.

61. A operação não produziu efeitos concentracionistas horizontais significativos nos mercados de fertilizantes básicos (nitrogenados e fosfatados). Houve desconcentração no mercado de nitrogenados, em razão da manutenção da produção da Nitrofértil, ainda sob controle estatal, resultando na redução do HHI deste mercado de 5.041 para 2.230 pontos (RP fl.30). Em termos percentuais, antes da operação o grupo Petrofértil detinha 63% do mercado de nitrogenados, sendo que, com a aquisição da Ultrafértil o grupo Fertifós passou a deter o controle de apenas 36% do mercado, restando à Nitrofértil os 27% restantes.

62. No mercado de fosfatados houve concentração decorrente da incorporação pela Fosfértil da produção de DAP/MAP da Ultrafértil, ocasionando uma elevação de 150 pontos no HHI, passando de 948 para 1.098 pontos (RP fl.31). A participação do grupo Fertifós neste mercado elevou-se de 32% para 38%.

63. Como efeito pró-competitivo da privatização, uma nova dinâmica foi introduzida no mercado nacional de fertilizantes nitrogenados. Em razão da transferência de controle da Ultrafertil para o setor privado, a Nitrofertil passou efetivamente a disputar os mercados de uréia, principal produto nitrogenado, nas regiões Sudeste e Centro-Oeste (RP fl. 41 e fls. 2.307/2.308). É importante ressaltar que a Nitrofertil, a partir de 1996, passou a vender uréia, através do sistema de *pool*, para um grupo de empresas associadas à AMA-Brasil (Associação dos Misturadoras de Adubos do Brasil), que reúne cerca de 70 pequenas e médias empresas, localizadas em sua maior parte nas regiões Sul e Sudeste. Com isso, estas empresas conseguem obter o desconto máximo por faturamento (4%), o que não seria possível caso comprassem individualmente da Ultrafertil.

64. As empresas do grupo Fertifós, particularmente a Ultrafertil, até 1996 não realizaram vendas pelo sistema de *pool* em razão de dificuldades de negociação das condições ou garantias. O único contrato de venda a *pool* firmado pelas empresas do grupo Fertifós, assinado em 1996 com Fertipar e outras 2 empresas menores, exige garantias solidárias. Esta exigência teria sido rejeitada pelas empresas do Grupo AMA-Brasil. Independentemente de considerações sobre as motivações e limitações das condições de venda em *pool* oferecidas pelo grupo Fertifós, o certo é que a opção de negócio com a Nitrofertil atribui a esta unidade da Petrobrás um significativo papel no quadro concorrencial.

65. Daí, no caso de a Nitrofertil ser reinserida no programa de desestatização,⁵³ as empresas do grupo Fertifós deverão se abster de concorrer ao leilão. A razão da exclusão é que, mantidos os padrões concorrenciais hoje presentes, uma eventual aquisição pelo grupo Fertifós ou qualquer uma das suas controladas gerará uma séria ameaça à dinâmica competitiva atual em detrimento das empresas misturadoras fora do grupo Fertifós. Isso se verificará sobretudo no mercado de nitrogenados, onde a atual estrutura duopólica poderia ser revertida para monopólio privado com séria previsão de dano.

66. A operação permitiu a verticalização da produção de fertilizantes compostos das empresas acionistas de grupo Fertifós (Fertiza, Fertibrás, Solorrigo, Manah, IAP e Takenaka), produzindo assim impactos decorrentes desta integração. Estas empresas passaram a controlar cerca de 50% da oferta interna de fertilizantes básicos nitrogenados e fosfatados, insumos para a fabricação dos fertilizantes compostos.

⁵³ A julgar pelas privatizações já realizadas no setor de fertilizantes (e.g., Fosfertil, Ultrafertil), a exploração desse setor pelo Governo não é necessária aos imperativos da segurança nacional ou da coletividade (CF, art. 173). Esse fato permite supor que mais cedo ou mais tarde a unidade Nitrofertil (antes incluída no plano de desestatização) será privatizada.

67. As seis empresas controladoras, “grupo das 6”, dominam conjuntamente cerca de 30% do mercado nacional de fertilizantes compostos. O perfil da clientela da Ultrafertil e Fosfertil, nos últimos 3 anos, sofreu modificações no sentido de ampliar a participação dos grandes clientes, especialmente das próprias empresas detentoras do controle acionário do grupo Fertifós, nas vendas globais. Especialmente nos produtos nitrogenados, houve uma forte mudança na participação das vendas.

68. Os quadros abaixo mostram a evolução do perfil da clientela da Ultrafertil no período de 1991 a 1995. Em relação à uréia, as seis acionistas foram responsáveis por 56% das vendas em 1994, enquanto que em 1991 essa participação tinha sido de apenas 21%. Em 1995/1996 a participação das retiradas das acionistas situou-se em torno de 40-50%.

Ultrafertil - Participação dos Principais Clientes nas Quantidades Vendidas
1991/1995

Uréia

Cientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	21	25	29	56	45
20 Maiores	53	53	54	38	52
Outros	26	22	17	5	3
Total	100	100	100	100	100

Nitrocálcio

Cientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	17	16	19	48	50
20 Maiores	46	51	53	36	40
Outros	37	33	28	16	10
Total	100	100	100	100	100

Nitrato de Amônio

Cientes	1991	1992	1993	1994	1995
Fertifós	17	30	28	50	54
20 Maiores (*)	46	54	44	40	40
Outros	37	16	28	8	6
Total	100	100	100	100	100

(*) Excluídas as empresas acionistas da Fertifós.

Fonte: Ultrafertil, PA nº 08000-016.384/94-11, fls. e AC nº 02/94, fls. 2015/2049

69. No caso dos produtos nitrocálcio e nitrato de amônio, cuja produção interna é feita unicamente pela Ultrafertil, a participação das seis controladoras evoluiu de 17%, em 1991, para cerca de 50% das vendas, em 1994/5. A participação das pequenas empresas (excluídas as 26 maiores clientes), nas

vendas de nitrocálcio e nitrato de amônio, caiu de 37%, em 1991, para 6 e 10%, em 1995 (RP fl. 38).

70. Em 1996, duas empresas do grupo das 6, Takenaka - que entrou em concordata - e IAP - que incapaz de atender seus compromissos financeiros procura parceria acionária (ver Gazeta Mercantil, 20/05/97) - enfrentaram adversidade financeira, daí reduzindo seus pedidos⁵⁴. Este fato indica que o delineamento do perfil da clientela, atendida pelas empresas do grupo Fertifós, não está ainda estabilizado, havendo perspectivas de mudanças a médio prazo.

71. As pequenas e médias empresas misturadoras tiveram que buscar fornecedores no mercado externo, em decorrência dos novos critérios e exigências introduzidas pela Ultrafertil e pela Fosfertil nas suas políticas comerciais. O livre acesso ao mercado internacional e sobretudo a participação efetiva da Nitrofertil no mercado de uréia, permitiu que a competitividade fosse mantida no mercado de fertilizantes compostos.

72. Entretanto, as dificuldades associadas às importações já citadas (elevados custos de transporte e portuários, prazo de 60 a 90 dias para a chegada da mercadoria, espera de outros compradores para a constituição de lotes econômicos para completar a carga dos navios e obtenção de financiamento bancário) introduzem riscos concretos à posição de mercado destas empresas.

Eficiências

73. A análise das eficiências implementadas nos primeiros três anos após a privatização conclui que foram efetivados aumentos de produtividade em, praticamente, todas as linhas de produção, melhorias na qualidade dos produtos e realizados investimentos em desenvolvimento tecnológico. Consideram-se, assim, atendidos os requisitos de aumento de produtividade, melhoria da qualidade dos bens ofertados e viabilização do aumento da eficiência econômica e desenvolvimento tecnológico (RP fls. 48/53). Isto sugere que do lado da iniciativa privada os objetivos da privatização foram alcançados,⁵⁵ o que confirma a caracterização da privatização como ato necessário por motivos preponderantes da economia nacional (art. 54, § 2º da Lei 8.884/94).

Avaliação de corretivos de ordem estrutural

⁵⁴ Segundo informações da Ultrafertil e Fosfertil, às fls. 2.378/2379, as vendas à IAP e Takenaka, representaram, em 1994, 11,25% e 8,88% (Ultrafertil) e 19,70% e 9,42% (Fosfertil), das vendas totais de cada empresa, respectivamente; enquanto, em 1996, esses percentuais foram de 4,41% e 4,65% (Ultrafertil) 3,01% e 3,88% (Fosfertil), respectivamente.

⁵⁵ Esses objetivos, no caso, incluem-se retomada de investimento privado, modernização do parque industrial e reforço da capacidade empresarial (art. 1º da Lei 8.031/91).

74. O impacto da operação indica a existência de dano que, todavia, não são totalmente compensados pelas eficiências acima identificadas. Isso abriu oportunidade para cogitação de corretivos adequados de mercado.

75. A adoção de medida de caráter estrutural como a divisão da Ultrafertil em unidades administrativas e econômicas distintas, não teria efeitos concorrenciais importantes, no sentido de reduzir o grau de concentração da indústria de fertilizantes básicos. Os produtos nos quais a Ultrafertil tem o monopólio da produção interna, o nitrato de amônio e o nitrocálcio são fabricados, cada um, numa única planta industrial (nitrocálcio no complexo de Cubatão-SP e o nitrato de amônio perolado, no complexo de Piaçaguera-SP). A aquisição destes complexos industriais por outros grupos econômicos apenas transferiria o monopólio da produção destes dois produtos para os novos proprietários. Ademais a participação desses dois produtos na oferta total de fertilizantes nitrogenados é de apenas 4% (nitrocálcio) e 11% (nitrato de amônio).⁵⁶

76. A possibilidade de abertura forçada do Terminal Privativo da Ultrafertil para a importação de fertilizantes básicos pelos concorrentes das empresas acionistas do grupo Fertifós foi outra medida cogitada no curso do exame dos efeitos da operação. O segmento de misturas NPK ressenete-se dos altos custos portuários, os quais dificultam a competitividade do produto importado em relação ao nacional. A despeito dos prováveis ganhos decorrentes do uso de um terminal portuário privativo, o exame do fluxo do Terminal da Ultrafertil e do diferencial de custo em relação a outros portos revelou a insuficiência desta medida.⁵⁷

77. Embora a Ultrafertil obtenha realmente custos portuários mais reduzidos, os diferenciais constatados, além de variáveis (dependem do tempo e das condições de descarga), não são suficientemente significativos para justificar a abertura forçada do Terminal. A Ultrafertil utiliza o terminal quase exclusivamente para importação de amônia e enxofre, matérias-primas básicas. As importações de fertilizantes básicos são reduzidas e eventuais. Segue-se que abrir o terminal para importação de fertilizantes básicos dificultará o acesso ou onerará o fluxo das matérias-primas básicas da necessidades da Ultrafertil e provavelmente não gerará resultados compensatórios. Vale lembrar, de resto, que a Trevo, empresa semi-integrada concorrente da Fosfertil em SFT e das acionistas do grupo Fertifós, possui também terminal marítimo próprio, importando tanto matérias-primas quanto fertilizantes básicos.

Condições ou encargos da aprovação

⁵⁶ RP, item 87 - Quadro XXI.

⁵⁷ Eventual arrendamento de outros terminais de fertilizantes pelo grupo Fertifós gerará preocupação à defesa da concorrência.

78. Dizer que a privatização está cercada de motivos preponderantes da economia nacional é por si só explicável. Esse predicado é por diversas vezes ressaltado e reconhecido nesta decisão. A sede legal dessa assertiva é o art. 1º da Lei 8.031. Se, por um lado, isso facilita a aprovação da operação, o CADE não está impedido de estabelecer condições ou limitações administrativas necessárias à manutenção de uma concorrência praticável. As requerentes quando participaram do leilão sabiam, antecipadamente, que deveriam submeter a operação à apreciação do CADE. Desse modo, pode-se afirmar que a privatização se consuma plenamente com a aprovação do CADE.

79. A base das limitações ou encargos é o quadro fático hoje presente. A esse propósito, vale destacar duas situações: (a) dependência econômica das misturadores concorrentes das seis empresas acionistas majoritárias do grupo Fertifós e (b) a posição da Nitrofertil (unidade da Petrobrás) cuja participação no mercado de uréia tem garantido alguma dinâmica concorrencial no setor.

80. Conforme assinalado no Relatório Preliminar, “as empresas acionistas do grupo Fertifós aumentaram substancialmente suas retiradas e, dessa forma, ampliaram suas margens de rentabilidade no segmento de misturas, ao mesmo tempo que contribuíram para sustentar o nível de atividade e rentabilidade do segmento de fertilizantes básicos.” (item 115). Esse fato insofismável, somado ao controle de 50% da oferta interna dos fertilizantes básicos por Ultrafertil e Fosfertil, exige a adoção de medida para garantir a manutenção do suprimento das demais empresas do universo de misturadoras em condições razoáveis de mercado.

81. Quanto à situação da Nitrofertil, há aspectos econômicos e jurídicos a considerar. A questão que se coloca é se a privatização daquela unidade da Petrobrás fosse hoje, haveria razões para impedir sua aquisição por qualquer empresa do grupo Fertifós? A resposta é sim. Os dados que acompanham o item 68 acima falam por si. Está-se aqui elaborando em cima de fatos certos, indiscutíveis.

82. A cogitada aquisição, nos presentes padrões competitivos, eliminaria substancialmente a concorrência. A concentração não seria capaz de gerar virtude alguma, pelo contrário, empurraria a retirada do mercado de empresas concorrentes misturadoras. O CADE tem, agora, a oportunidade de prevenir um mal futuro, impedindo o seu acontecimento.

83. É certo que alterações poderão ocorrer na estrutura do grupo Fertifós, de modo a esvaziar o impedimento de participação do leilão. Isso é possível, desde que, por exemplo, o grupo Fertifós esteja preparado a abandonar o mercado de fertilizantes compostos, através das suas seis maiores acionistas, e se retirando da exploração de rocha fosfática. Essa previsão é tão radical quanto impensável, mas não se pode descartar.

84. Determinar que qualquer empresa do grupo Fertifós se abstenha de participar de eventual leilão da Nitrofertil se revela pró-investimento. O aviso

ao mercado servirá para que empresas interessadas com condições de adquirir a referida unidade possam já endereçar os seus investimentos nessa direção. Na lógica do mercado, ganha quem madruga.

85. A restrição em apreço aparece como sugestão no parecer da SDE/MJ. Sobre ela, as requerentes, por seu advogado, tomou posição contrária na manifestação de fls. 2.127 a 210 adotada pelo parecer da Procuradoria do CADE.

86. Os argumentos das requerentes, em suma, são:

- frustração antecipada do direito subjetivo de realizar operações de natureza estrutural cujas conseqüências somente seriam mensuráveis à luz dos fatos;
- ausência de dados para se aquilatar os efeitos do evento (aquisição) que poderá ser contrastado com eficiências realizáveis;
- prejuízo dos interesses das empresas do grupo, excluídas as requerentes, as quais não fazem parte do presente procedimento e, portanto, sem oportunidade de defender direito próprio.

87. Vale repetir que a medida, no sentido de que as empresas do grupo Fertifós se abstenham de concorrer a eventual leilão da Nitrofétil, não impede que o grupo proceda a mudanças estruturais. Se isso acontecer, a empresa interessada poderá requerer ao CADE revisão. Isso significa que na ocorrência de fato relevante o CADE, provocado ou de ofício, poderá rever a limitação.

88. Não se trata de estabelecer medida sem dados que a justifiquem. A limitação, como se disse, toma como base fato certo, isto é, a realidade de mercado hoje apurada. Há, portanto, dados suficientes para o CADE tomar agora uma posição com segurança.

89. Por fim, quanto aos interesses das empresas do grupo ausentes no presente procedimento, essa realidade processual não é suficientemente séria a ofender o devido processo legal.

90. É de mister reconhecer como inerente à natureza das coisas da política da concorrência que o titular do domínio de mercados, no caso, é o bloco econômico identificado como grupo Fertifós. Negligenciar esse fato significa esvaziar a capacidade da agência de desenvolver uma atuação útil. Isso é, intuitivo, fora de qualquer dúvida razoável. Daí, a controladora do grupo, Fertifós Administração e Participação Ltda., haverá de tomar parte nos compromissos a serem assumidos como responsável solidária. Isso é apenas um detalhe na formatação do Termo.

91. Vale lembrar que a defesa da concorrência corresponde à proteção de um conjunto de valores jurídicos dos quais a coletividade é titular (Lei 8.884, art. 1º, § 1º). As decisões envolvendo direitos coletivos ou difusos encorpam, de ordinário, um certo grau de generalidade subjetiva, sem, contudo, dispensar o requisito da certeza quanto aos fatos. Essa exceção é contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC). Como um instrumento moderno, aqui subsidiariamente invocado⁵⁸, o CDC reconhece os interesses “transindividuais”, para usar a expressão do legislador (art. 81, I) de sentenças com efeitos *erga omnes* (art. 103).

92. No caso, a limitação administrativa de abstenção aproveita a qualquer agente econômico numa situação concreta, que lhe permita buscar uma pretensão que exclua a participação do grupo Fertifós. Nisso reside a transindividualidade do efeito subjetivo. Quando à subjetividade passiva, vale lembrar que a solidariedade de empresas ou entidades integrantes de grupo econômico é reconhecida pelo art. 17⁵⁹ da Lei 8.884, pelo menos na hipótese de infração da ordem econômica. Esse dispositivo criou uma responsabilidade objetiva, i.e., que independe de culpa. Há uma razão superior para se estender a mesma regra àquelas situações em que não existe culpa, como no caso do controle das concentrações.

93. O que importa, vale repetir, é que a restrição se funda em fato certo, suficiente e pertinente, i.e., guarda uma relação lógica com o resultado pretendido. A execução da limitação, obviamente, dependerá de elementos de realização futura, como o leilão de privatização, por isso a situação fática, como já se esclareceu, poderá mudar, ensejando uma oportunidade de revisão da decisão do CADE. Tudo isso aponta para uma relação jurídica condicional. Não há vê nisso desdouro algum. O próprio CPC admite que a sentença, embora deva ser certa, pode decidir relação jurídica condicional.⁶⁰

94. Uma última consideração contempla a sugestão da douta Procuradoria para que seja expedida “recomendação” à Comissão Diretora do PND, a fim de que esta tome as devidas medidas oportunamente, inserindo no edital de privatização providências necessárias à defesa da concorrência no setor de fertilizantes (f. 2.338).

⁵⁸ LICC, art. 4º. *Ubi eadem est ratio, eadem est jus dispositio* (Onde existe a mesma razão deve reger a mesma disposição legal.)

⁵⁹ “Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.”

⁶⁰ Código de Processo Civil, art. 460, parágrafo único.

95. O relacionamento ou articulação do Plenário do CADE com a administração pública poderá tomar dois matizes: colaboração e recomendação. A colaboração poderá se realizar mediante fornecimento de informação. Esta terá a valia que a autoridade reconhecer. Na recomendação, é preciso que o CADE reconheça a existência de uma irregularidade e a capacidade ou dever legal da autoridade de repará-la. Aí o CADE requisita ou solicita a adoção de medidas necessárias ao cumprimento da Lei 8.884 (art. 7º, X).

96. No presente caso, não há, agora, irregularidade que mereça reparação da autoridade, daí a recomendação é imprópria. Quanto à atuação colaborativa, é conveniente que o Plenário encaminhe à CND e ao BNDES cópia desta decisão. Isso, todavia, não realiza o objetivo desejado.

97. Como se vê, a recomendação é imprópria e a mera ciência é insuficiente. Adotar uma das propostas significaria malbaratar a função do CADE, que perderia a oportunidade de oferecer o melhor sinal, firme e claro para o mercado, em ordem a propiciar o planejamento privado da produção, armando os agentes interessados do devido instrumento, capaz de ser acionado a tempo e modo.

Conclusão

98. Do exposto, considero que:

- a operação, ocorrida há mais de três anos, realizou as eficiências que a privatização buscou, não sendo necessário, a esse respeito, firmar compromisso de metas (item 73);
- a operação oferece dano potencial à concorrência, capaz de ser remediado mediante compromissos adequados;
- a necessidade de se estabelecerem restrições administrativas se impõe a fim de se permitir o monitoramento pelo CADE da política comercial e concentracionista da Ultrafertil e Fosfertil e garantir a manutenção de regras que não excluam a concorrência no que toca ao fornecimento de insumos básicos (itens 67, 68, 69, 71, 72, 80);
- a Nitrofertil (unidade da Petrobrás), fornecedora de fertilizante básico nitrogenado (uréia), é hoje responsável pela introdução de uma rivalidade interna nesse mercado e, portanto, não pode ser adquirida por qualquer das empresas do grupo Fertifós em condições *ceteris paribus*, sob pena de causar consequências danosas de difícil reparação decorrente de implantação de um monopólio privado em setor estratégico da economia nacional (itens 47, 48, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 71); e assim aprovo o ato de concentração em apreço sob as condições ou limitações abaixo, com prazo de vigência de cinco anos a contar da assinatura do Termo de Compromisso.

99. As requerentes, com a solidariedade da controladora Fertifós, deverão prestar compromissos, a serem detalhados no prazo de trinta dias após a publicação do acórdão, (a) de manter o atendimento em condições razoáveis, amplamente aceitas como regras usuais do mercado, das encomendas dos clientes (misturadoras); (b) fornecer a cada seis meses informações sobre a política comercial e concentracionista, observadas as recomendações constantes do Relatório Preliminar (item 176, letra “e”) e respectivo Anexo I; (c) submeter à aprovação do CADE os contratos-padrão de fornecimento de fertilizantes anualmente firmados com as empresas misturadoras; (d) se absterem, por si e qualquer empresa do grupo Fertifós, de concorrer a futuro leilão da unidade Nitrofértil da Petrobrás em condições *ceteris paribus*. As presentes limitações poderão sofrer revisão, atendidas na conformidade da Lei nº 8.884 e do Termo de Compromisso.

100. Cópia da decisão deverá ser encaminhada à Comissão Nacional de Desestatização, BNDES e Ministério Público Federal.⁶¹

ADENDO

101. O ilustre Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, embora acompanhando o Relator, quer ver incluído o compromisso, se viável (*sic*), de patrocinar programa de treinamento de pessoal visando sua re-inserção no mercado de trabalho. Esse acréscimo inspira-se na demissão pela Ultrafértil de 360 empregados, 18% da sua força de trabalho existente antes da privatização (RP, item 160). O fato talvez merecesse a aplicação do Convênio CADE-SEFOR/MTb firmado em 19 de fevereiro de 1997.⁶²

102. A operação acha-se distante no tempo, pois a privatização ocorreu há quase 4 anos atrás. Se essa situação por si só não desencorajasse a adoção do proposto compromisso, há algumas questões de fato e de direito a serem consideradas.

103. A análise da operação não levou em conta a possibilidade de aplicação do aludido convênio CADE/SEFOR que exigiria não somente um levantamento da evolução da força de trabalho no período posterior à privatização como também uma discussão da justificativa da dispensa e da dimensão do ônus à empresa privatizada. Após a devida discussão é que se poderia avaliar a conveniência e adequação da medida. O sucesso da sua adoção, em tese,

⁶¹ Consta dos autos que o Ministério Público Federal abriu investigação para apurar denúncias de ilícito à concorrência envolvendo as requerentes.

⁶² CADE Relatório Anual 1996, pp. 28 a 30. DOU-3, 31/3/97, pág. 5363.

parece exigir um trabalho de persuasão sobre as requerentes, tendo em vista o quadro jurídico presente.

104. O Decreto 1.204,⁶³ de 29 de julho de 1994, que regulamenta a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, prevê a obrigação da sociedade privatizada de nos seis meses subseqüentes à privatização patrocinar “programa de treinamento da mão de obra, com vistas a sua absorção pelo mercado de trabalho.” Curiosamente a Lei regulamentada não contém nenhuma norma a respeito.

105. Em dois dispositivos a Constituição Federal contrasta a proteção do trabalho com a concorrência: no inciso XXVII do art. 7º, ao estabelecer a proteção em face da automação, e no inciso VIII do art. 170, ao alçar a busca do pleno emprego a princípio geral da ordem econômica. Não se pode negligenciar o caráter programático desses dispositivos, cuja concretização depende de lei ordinária.

106. A alteração no nível de emprego é uma preocupação do legislador inscrita no § 1º do art. 58 da Lei 8.884 cuja leitura deve ser feita *cum grano salis* de modo a compatibilizar a norma com os objetivos da concorrência. Em duas situações o dispositivo em apreço pode ser contemplado. Numa primeira hipótese, o CADE deverá evitar impor condição que gere desemprego. Numa segunda hipótese, sempre que houver redução do quadro de pessoal após a operação, a empresa deverá justificar adequadamente o ganho de eficiência decorrente da dispensa. Ler o referido § 1º para além dessas previsões pode gerar resultados de duvidosa legalidade.

107. É pouco provável que o patrocínio de um programa de treinamento de pessoal possa corrigir eventual externalidade negativa decorrente do processo de reestruturação industrial. A dispensa pode ser gerada simplesmente pelo enxugamento de um quadro de pessoal inchado, sem nenhuma alteração no processo produtivo ou na quantidade de bens produzidos. Isso geralmente é o caso de empresas do governo que passam ao controle privado.

108. Não se pode admitir que o patrocínio de programa de treinamento seja uma condição por si só capaz de remediar uma concentração anti-concorrencial. Isso também se aplica às operações de privatização. A imposição em apreço poderá ser um encargo subsidiário a uma condição estabelecida pelo CADE que, pela natureza da qual, gere desemprego. A obrigação de patrocinar treinamento ainda pode ser imposta quando as eficiências compensatórias perseguidas, necessárias à aprovação do ato, gere por si só desemprego. Nenhuma dessas hipóteses se aplica ao presente ato de concentração. Para sua aprovação o Relator se satisfaz com as condições estabelecidas nos itens 98 e 99 acima.

⁶³ Art. 50. O respectivo parágrafo único estende a obrigação na hipótese de redução do quadro de pessoal.

109. O que se desponta nos autos é que a redução do número de empregados foi resultado de mero enxugamento do quadro de pessoal da Ultrafértil. A “viabilidade” da proposta, nobre sob todos os títulos, feita pelo Conselheiro Xausa somente pode ser interpretada no caso de aceitação pelas requerentes. Uma condição graciosa, todavia, toma o feito de auto-limitação. Não custa ao Relator, no momento da elaboração do termo de compromisso de desempenho, consultar as requerentes se aceitam o acréscimo sob exame, nada mais, nada menos.

É o voto.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 62/95

Requerentes: ELETROLUX LTDA. e OBERDORFER S.A.
Relatora: CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

I - Da Operação

Eletrolux Ltda, doravante denominada simplesmente Eletrolux, sociedade com sede em Guarulhos/ SP, e Oberdorfer S.A., doravante denominada simplesmente Oberdorfer, sociedade localizada em Curitiba/PR, submetem à apreciação do CADE operação de controle acionário da Oberdorfer pela Eletrolux.

O negócio diz respeito à compra de ações, com transferência do controle da Oberdorfer. A aquisição foi efetuada mediante o aporte de recurso por parte da Eletrolux AB (matriz), com sede na Suécia, a ela sucedendo-se um aumento de capital realizado pela subsidiária brasileira (Eletrolux), a qual passou a ter a maioria do capital votante.

Para tanto, houve um aumento de capital de R\$ 14.020.000,00 (catorze milhões e vinte mil reais), sendo R\$ 13.800.000,00 (treze milhões e oitocentos mil reais) aportados pela Eletrolux e R\$ 220.000,00 (duzentos e vinte mil reais) pela acionista minoritária, Umuarama Administração de Bens e Participações S.A (fl. 05). Desta forma, o grupo Eletrolux deterá 76% do capital social e o grupo Umuarama 24%.

O valor da operação está sendo custeado com recursos da Eletrolux AB, sendo que o pagamento ficou condicionado ao cumprimento de todas as cláusulas, dentre elas a que prevê a aprovação pelo CADE.

As interessadas deram entrada do requerimento na SDE em 14/12/95, previamente à realização da transação, tendo em 10/06/96 informado que: “A Eletrolux AB foi compelida a adquirir as ações de controle da Oberdorfer, sem esperar a definição do CADE, pois o prazo de condição suspensiva contratualmente estabelecido para aquele fim esgotou-se, o que resultaria em novas e difíceis negociações ou o rompimento das tratativas, em qualquer das hipóteses de efeitos extremamente ruins para a empresa” (fl.///).

Alegam as Requerentes que a motivação da operação deve-se ao fato dos antigos proprietários da Oberdorfer na Alemanha, doravante casal Oberdorfer, terem se afastado das atividades produtivas da empresa alemã WAP

Reinigungssysteme GmbH & Co. ao alienar o seu controle em janeiro de 1994. Em 14 de setembro de 1995 deu-se a retirada integral do negócio, com a alienação das ações remanescentes, que conferiam participação minoritária. A partir de então, a Oberdorfer perdeu o suporte tecnológico no Brasil para o desenvolvimento e a atualização de seus produtos.

Diante de tal situação, a acionista minoritária da Oberdorfer, a Umuarama Administração de Bens e Participações S.A, entrou em entendimentos com a Eletrolux AB buscando preservar a manutenção das atividades industriais daquela empresa no Brasil. Em consequência, a Eletrolux AB adquiriu a totalidade das ações de que era titular o casal Oberdorfer, com a consequente transferência do controle da empresa. A Umuarama manteve-se como acionista minoritária.

Cumpra registrar que, em 16.01.96, a Eletrolux e a Umuarama Administração de Bens e Participações S.A. firmaram compromisso de compra e venda de ações, pelo qual a primeira receberá da segunda ações ordinárias representativas de 41% do capital votante da Refrigeração Paraná S.A. (Refripar), da qual já é titular de 10% das ações. Com isto a Eletrolux passará a deter 51% das ações ordinárias da Refripar.

Segundo as Requerentes, tal operação não se caracteriza como ato de concentração, posto que não alterará a estrutura concorrencial do mercado, já que a Refripar não fabrica os bens produzidos pela Eletrolux e vice-versa.

A par desse entendimento, as Requerentes submeteram a operação à aprovação do CADE, visto o faturamento da Refripar em 1995 ter ultrapassado os quatrocentos milhões de reais estipulados pela lei (foi de R\$ 600 milhões até o terceiro trimestre de 1995). O A.C nº 71/96 foi distribuído a esta Conselheira em 16/05/96.

II - Da Adquirente

O Grupo Eletrolux, de origem sueca é importante produtor de aparelhos eletrodomésticos (refrigeradores, congeladores, fogões, aparelhos de ar condicionado, máquinas de costura, etc) dentre os quais equipamentos para manutenção e limpeza de assoalhos (aspiradores de pó e enceradeiras) e também de produtos de jardim e floresta (aparadores de grama, serras e mini tratores).

O faturamento mundial do Grupo Eletrolux foi, em 1994, de US\$ 16 bilhões. Examinado o faturamento por linha de produto, os eletrodomésticos alcançaram US\$ 10,6 bilhões, os produtos de jardim US\$ 2,2 bilhões, os comerciais foram responsáveis por US\$ 1,6 bilhão e os produtos industriais totalizaram US\$ 1,9 bilhão.

No MERCOSUL o faturamento do Grupo alcançou US\$ 81 milhões, tendo os eletrodomésticos contribuído com US\$ 59 milhões e os produtos de jardim com US\$ 20 milhões.

No Brasil, o Grupo Eletrolux atua desde 1926, através de sua subsidiária Eletrolux, fabricando aspiradores de pó e enceradeiras em Guarulhos/SP, comercializando equipamentos de limpeza de chão, produtos de jardim e pequenos aparelhos eletrodomésticos.

Foi a seguinte a composição do faturamento de R\$ 42.3 milhões em 1994 da Eletrolux no Brasil:

Quadro I
Composição do Faturamento, em 1995

Linhas de Produto	Participação
Aspirador de Pó Portátil	11,60
Aspirador Doméstico	10,60
Aspirador Pó/Água	6,97
Aspirador Industrial	0,95
Enceradeira Doméstica	10,96
Enceradeira Industrial	0,69
Lava Carpete	3,37
Motoserras	18,31
Cortadores de Grama	3,13
Acessórios para Motoserras	2,31
Peças para Motoserras e Roçadeiras	4,60
Peças para Eletrodomésticos	3,64
Outros	22,87
Total	100,00

Fonte: Eletrolux (fl.07). Elaboração CADE.

Note-se que, em termos de faturamento, o principal produto da Eletrolux é a linha de aspiradores de pó, composta basicamente por aspiradores para uso não-industrial, representa cerca de 22%, seguida pela linha de motoserras.

Como já se observou, a Eletrolux adquiriu recentemente, por R\$ 11,4 milhões, participação acionária na Refripar, que comercializa a marca “Prodócimo”, passando a produzir e a comercializar os chamados produtos da linha branca (refrigeradores, freezers horizontais, verticais e aparelhos de ar condicionado). Há indicações, portanto, que a empresa empreende uma estratégia para ampliar sua participação no mercado brasileiro de eletrodomésticos, o qual tem demonstrado forte dinamismo após a estabilização econômica. A diversificação em direção a novos segmentos de mercado, como o de linha branca, é parte dessa estratégia.

Alega a Eletrolux que a operação, além de complementar sua linha de produtos de limpeza, proporcionará um conjunto de sinergias no processo de manufatura, será decisiva para a criação no Brasil de um centro de produção

com elevados padrões de competitividade e fornecerá produtos de alto desempenho, tanto para o mercado doméstico quanto para o exterior.

A capacidade instalada da empresa na linha de aspiradores, de acordo com o Quadro II, tem representado uma capacidade ociosa da ordem de 45%. A ampliação da capacidade instalada, que naturalmente implica elevada capacidade ociosa no momento imediatamente posterior, sinaliza a expectativa da empresa com relação à expansão desse mercado.

Quadro II Produção e Capacidade Instalada

Em 1.000 unidades

ELETROLUX	1993	1994	1995
Capacidade Instalada	280	370	500
Produção	146	168	276
Grau de ocupação	47,86%	54,59%	44,80%

Fonte: Eletrolux (fl.171) e Oberdorfer (fl.282). Elaboração CADE. Notas: (1) Janeiro a Setembro/95

O sistema de distribuição de aparelhos eletrodomésticos adotado pela Eletrolux Ltda é composto por lojas comerciais, em particular magazines especializados na comercialização de eletrodomésticos. Os principais clientes e respectivas participações estão descritos no Quadro III. Os equipamentos para uso industrial, por sua vez, são comercializados diretamente com as empresas interessadas.

Quadro III Principais Clientes

ELETROLUX	média % 93/95	% nas vendas (95)
Carrefour	12,20	14,50
Arapuã	6,50	10,90
Mappim	8,89	10,90
Ponto Frio	6,17	7,07
Lojas Cem	2,78	4,80
G. Aronson	4,78	4,30
Telerio	3,29	3,40
Casa Centro	7,23	3,50
Subtotal	51,84	59,37
Outros	48,16	40,63
Total	100,00	100,00

Fonte: Eletrolux (fl.177). Elaboração CADE

O acionista minoritário da Oberdorfer, Grupo Umuarama (família Prodócimo), por sua vez, possui participações nas empresas industriais Refripar, Refripar da Amazônia S.A. e Sanyo da Amazônia S.A. O grupo opera na “li-

nha branca” (geladeiras, freezers, etc) produzidos pela Refripar, na “linha marrom” (televisores, vídeo-cassetes, forno de microondas, aparelhos de som) fabricados pela Sanyo e na de aspiradores de pó/água industriais e máquinas de lavar de alta pressão produzidos pela Oberdorfer.

III - Da Adquirida

A Oberdorfer foi constituída em 1974, quando o casal Oberdorfer detinha 51% da participação acionária, enquanto a Umarama Administração e Participações SA possuía 49%.

À época o casal Oberdorfer controlava a empresa alemã WAP Reinigungssysteme e GmbH & Co, que dispunha de tecnologia atualizada na fabricação de máquinas de lavar chão de alta pressão, aspiradores de pó e água para uso industrial, o que lhe permitia fabricar no Brasil os mesmos produtos manufaturados sob a marca WAP. O contrato para comercializar produtos sob a marca WAP extingue-se no ano 2.000.

Em janeiro de 1994 o casal Oberdorfer vendeu o controle da empresa alemã, permanecendo com posição minoritária, e com isso a Oberdorfer perdeu o suporte tecnológico de que dispunha.

A Oberdorfer apresentava em 1994 boa situação econômico/financeira, tendo faturado R\$ 42,5 milhões, 148,5% superior ao montante obtido em 1993. A linha de aspiradores de pó participou com 52,1%, a de aparelho de alta pressão doméstico com 22,8% e a de aparelho de alta pressão industrial foi responsável por 17,5% de sua receitas (fl.06).

A capacidade instalada da Oberdorfer em 1994 era de 240.000 aspiradores/ano, 53.158 lavadoras domésticas e 6.500 lavadoras profissionais/ano. O nível de utilização nessas linhas alcançou 71%, 73% e 62%, respectivamente. Com relação à produção de aspirador de pó, foram prestadas as seguintes informações:

Quadro IV Produção e Capacidade Instalada

OBERDORFER	1993	1994	1995
Capacidade Instalada	167	240	204 ⁽¹⁾ 272 ⁽²⁾
Produção	142	171	145 ⁽¹⁾ 193 ⁽²⁾
Grau de ocupação	85,03%	71,25%	71,08% ⁽¹⁾ 70,96% ⁽²⁾

Fonte: Oberdorfer (fl.282). Elaboração CADE

Notas: (1) Janeiro a Setembro/95. (2) Estimativa CADE

A Oberdorfer exportou, em 1994, 75.733 unidades de aspiradores, o que representa 31.5% de sua produção. O dado reflete a competitividade alcançada pela empresa no mercado externo.

Os clientes da Oberdorfer estão descritos abaixo:

Quadro V Principais Clientes

OBERDORFER	média % 93/95	% nas vendas 95
Commerce	25,67	24,48
Disapel	11,68	15,99
Lojas Colombo	7,52	8,69
Makro	4,50	8,69
Carrefour	5,59	5,21
G. Aronson	3,47	2,72
Brasimac	2,53	2,62
A. Ludgreen	3,73	2,30
Subtotal	64,69	70,70
Outros	35,31	29,30
Total	100,00	100,00

Fonte: Oberdorfer (fls.289 a 291). Elaboração CADE

IV - Dos Pareceres

A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE - do Ministério da Fazenda emitiu seu parecer em 12/04/96, tendo delimitado o mercado relevante do produto como o de aspirador de pó, já que os demais mercados (lavadoras de alta pressão e enceradeiras) não sofrerão alteração. O mercado

geográfico alcançaria abrangência mundial, dada a crescente participação das importações no consumo aparente, a partir da desgravação tarifária.

No que respeita aos obstáculos à entrada de novas empresas no mercado, a SEAE entendeu não existirem maiores barreiras, notadamente as de cunho tecnológico e de fornecimento de matérias-primas.

De modo a conhecer as repercussões da operação junto aos agentes econômicos que participam do mercado, a SEAE consultou clientes e concorrentes. Os primeiros não identificaram aspectos negativos no negócio; as Lojas Arapuã observaram de especial que, dada a possibilidade de importação, não identificavam problemas na operação.

As concorrentes, por sua vez, não externaram preocupações com a operação. A Philips, a Black & Decker e a Andreas Sthil Moto-Serra informaram não terem restrições de qualquer natureza quanto a operação. A Arno S.A. observou que seus produtos são diferentes daqueles produzidos pelas Requerentes. A Karcher Indústrias e Comércio, a despeito de ter observado que a operação criará uma posição dominante, afirmou nada ter contra a aquisição, tendo criticado a atual alíquota de importação “que não permite uma reação mais determinada contra esses movimentos dos concorrentes”.

A SEAE observou que o investimento requerido para implantar uma unidade industrial com capacidade para produção de 15.000 unidades/mês e três modelos (portátil, chão e água/pó) seria da ordem de R\$ 5 milhões (excluídas as inversões em terrenos e edificações).

Em termos do impacto da operação, considerou a SEAE que evidentemente ocorrerá elevação da participação da Eletrolux no mercado de aspiradores de pó, não havendo alteração em relação aos demais produtos fabricados pelas Requerentes. Observou, no entanto, que a “crescente participação das importações do produto e sua influência sobre os preços internos contribuem para reduzir a ampliação do poder de mercado da Eletrolux”.

Ao finalizar, assinalou a SEAE que a operação não deve ser interpretada como limitadora da concorrência e, sim como uma estratégia empresarial em busca de melhores condições para enfrentar a concorrência externa, sugerindo que seja aprovada pelo CADE.

A Secretaria de Direito Econômico - SDE - do Ministério da Justiça também considerou o mercado relevante do produto o de aspiradores de pó e a sua dimensão geográfica, a mundial.

Observou que o negócio “tornou-se praticamente uma imposição, dado o fato de que a empresa vendida corre o risco de ser desativada, e que a operação insere-se em um contexto de busca de competitividade para enfrentar a concorrência externa resultante da abertura econômica”.

Em termos de barreiras à entrada de novas empresas, assinalou que um dos obstáculos é o fato de o mercado brasileiro ser considerado de baixo preço

em decorrência do reduzido poder aquisitivo da população, não identificando barreiras tecnológicas e de suprimento de matérias-primas.

A SDE relacionou o conjunto de eficiências alegadas pelas Requerentes e concluiu que o aumento de concentração no mercado de aspiradores de pó “será contestado pelos produtos estrangeiros, via importações” e que “não implicará em eliminação da concorrência ou dará grande poder de mercado à compradora, apenas conferirá a esta última (referindo-se à Eletrolux) maior capacidade em competir”. A SDE, no parecer concluído em 09/07/96, entendeu terem sido atendidos os requisitos legais e que a operação é passível de aprovação pelo CADE.

A Procuradoria-Geral do CADE, a par de reconhecer que a operação resultará em elevado grau de concentração, pronunciou-se favoravelmente a sua aprovação, em razão da mesma, face as peculiaridades do produto e do mercado, não representar potencialidade anticoncorrencial, ressaltando, no entanto, que determinadas informações apresentavam-se frágeis e inconsistentes.

O entendimento externado pela Procuradora-Geral de que os dados apresentados pelas Requerentes, por vezes, apresentaram-se de forma frágil e/ou inconsistente foi por mim ratificado. De modo a tornar as informações mais consistentes, formulei algumas diligências à Eletrolux.

Este é o Relatório.

VOTO

V - O Mercado Relevante De Produto

Neste como na maior parte dos casos sujeitos à análise antitruste a definição do mercado relevante é o ponto mais complexo e ao mesmo tempo crucial para orientar o entendimento do problema. Vimos que, no entender da SEAE e da SDE, corroborado pela Requerente, o mercado de produto em questão é o dos aspiradores de pó.

Intuitivamente, definição tão restrita não me pareceu adequada, de modo que procurei tratar um pouco mais detidamente o ponto. Como se sabe, uma definição precisa das fronteiras de um mercado relevante requer o cálculo, ou ao menos indicações, da elasticidade-cruzada entre o bem em questão e seus substitutos próximos. Em busca de substitutos, verifica-se que há outros bens, como a vassoura, de piaçava, pelo ou específica para tapete e carpete, assim como o rodo e o escovão que cumprem, como o aspirador de pó e de água, a função de limpeza de assoalhos, embora apresentem desempenho e conveniência de uso distintos. A questão a fazer é se outros substitutos são

suficientemente próximos para configurarem em conjunto um mesmo mercado relevante⁶⁴.

Uma das dificuldades de se considerar instrumentos de limpeza tradicionais, como a vassoura, parte do mercado relevante composto pelo aspirador de pó é o diferencial de preço observado no caso brasileiro. A vassoura de pelo e piaçava tem preço em torno de R\$ 5,00; a específica para carpete tem preço de R\$ 15,00, enquanto o aspirador de pó tem preço final em torno de R\$ 150,00. O teste norte-americano para a inclusão de substitutos em um mercado relevante consiste na possibilidade de migração de consumidores para produtos próximos se houver aumento de 5 a 10% no preço do produto em questão. Como a distância em termos de preços entre aspirador e vassoura é muito grande, um aumento de preços da ordem de 5 ou 10% não provocaria um efeito substituição em direção às vassouras. Se fosse necessário que o preço do aspirador de pó triplicasse para que os consumidores preferissem recorrer à velha vassoura, então a relação de substituíbilidade entre os bens seria muito fraca. Entretanto, parece ser alta a elasticidade renda do produto. No caso analisado e como será detalhado mais adiante, a demanda por aspiradores de pó é no Brasil pequena e estagnada, não apenas por razões de hábito⁶⁵ mas, principalmente, de renda. É um bem de elevada elasticidade renda, como indicam as informações de aumento espetacular da demanda após o plano Real, que significou aumento da renda principalmente nos extratos mais baixos. É de se presumir que esses consumidores que passaram a adquirir aspiradores de pó, com exceção das novas famílias formadas, já realizavam serviço de limpeza doméstica, de modo que houve efetivamente um efeito substituição de vassouras para aspiradores de pó provocado pelo aumento de renda real dos consumidores.

Mencione-se ainda que existe uma segmentação a ser considerada na definição de mercado relevante, entre produto para uso doméstico e industrial. A Eletrolux fabrica 5 modelos de aspiradores, sendo um deles de dupla função (pó e água) enquanto a Oberdorfer S.A fabrica apenas um modelo, de acordo com as informações aduzidas pelas Requerentes, que aspira igualmente pó e água e é voltado para o uso doméstico e industrial. Como já se observou no

⁶⁴ Um problema análogo na definição de mercado relevante foi revelado no recente caso **US vs. Gillette Company, Civil Action n. 93-0573**, 5 de maio de 1993.

⁶⁵ Cabe lembrar que nos Estados Unidos, onde poucos lares não dispõem de aspiradores de pó, a contratação de empregados domésticos, em bases permanente ou temporária, configura uma exceção, o que significa que as próprias famílias realizam o serviço doméstico de limpeza. Isto em parte explica o expressivo uso do equipamento nas residências, em contraste com o que ocorre no Brasil. De outra lado, há diferenças regionais, associadas tanto ao clima - e portanto tipo de assoalho usado - quanto à renda, que explicariam em parte o baixo consumo nos estados do norte e nordeste brasileiros.

relatório, a parcela de faturamento obtida pela Eletrolux por meio da fabricação e comercialização de aspiradores para uso industrial é diminuta, o que levaria a se considerar o mercado como restrito ao de limpeza doméstica. Entretanto, como o aspirador de pó comercializado sob a marca dupla Prosdócimo/Wap é voltado igualmente para o serviço doméstico e industrial, não se considerou adequado separá-los para o fito de delimitação do mercado relevante. Os mercados não são discrimináveis, no sentido em que o fabricante pode estabelecer preços diferentes, de acordo com a elasticidade identificada em cada um. Não obstante, nada impede que se saliente ser o serviço de limpeza doméstica o mais afetado pela operação.

Outra distinção é o tipo de serviço, ou mais precisamente, o tipo de piso no qual é realizada a limpeza. O aspirador é apropriado para piso acarpetado - o que em grande parte explica porque a demanda é muito maior nos EUA que no Brasil - forrações e estofados e inadequado para o piso frio, como o piso tipicamente brasileiro, de cerâmica ou de ardósia. Não obstante o diferencial de desempenho, o aspirador é utilizado, pelos consumidores que o possuem, em todo tipo de assoalho. No primeiro caso, da perspectiva do serviço, a vassoura para carpete e as novas máquinas de limpeza a vapor, disponíveis no mercado brasileiro por meio de importação, são substitutos próximos, enquanto a vassoura de piaçava e sintética é mais distante, por não realizar com tanta eficácia o mesmo serviço. A vassoura de pelo não faria parte do mercado por ser ineficaz para esse serviço. Assim, mesmo que não se considere uma versão mais extensa do mercado relevante, a parcela do mercado de limpeza de assoalho coberta pela vassoura e correlatos representa, sem dúvida, o mercado potencial do aspirador de pó. Aduz importante informação à análise considerar que apenas 25% dos domicílios brasileiros possuem aspirador de pó. Neste como em outros casos que envolvem eletrodomésticos, o aumento de renda é acompanhado por um aumento do consumo e, nos termos aqui utilizados, pela substituição da vassoura pelo bem em questão (Quadros V e VI).

A delimitação mais apropriada para o mercado, da perspectiva da demanda ou do serviço a ser realizado com o uso do bem compreenderia, pois, os aspiradores de pó, as vassouras próprias para carpete e máquinas de limpeza a vapor portáteis para uso doméstico. Para os aspiradores de pó e água haveria ainda que se considerar a parcela do mercado ocupada pelos instrumentos tradicionais, o rodo e o escovão. Considerando, contudo, os diferenciais de preço identificados no caso brasileiro entre vassoura para carpete, aspirador de pó e máquina de limpeza a vapor (em patamares a grosso modo, respectivamente, de R\$ 15,00, R\$ 150,00 e R\$ 500,00), o mercado relevante não pode ser tecnicamente estendido para incorporar os produtos que realizam funções de limpeza com desempenho similar. Nada impede, porém, que a parcela do serviço de limpeza realizada por meio de instrumentos tradicionais seja considerada como o espaço potencial de crescimento desse mercado, ou o

mercado potencial. É claro que a pressão competitiva exercida pelos produtores instalados nesse mercado potencial, assim como aquela advinda de produtores que incorporam novas tecnologias, como a limpeza a vapor, depende da evolução da relação preço/renda real dos consumidores⁶⁶.

Cabe mencionar que, com a intenção de delimitar mais precisamente o mercado relevante, realizei diligências junto aos fabricantes de vassouras para carpete e de máquina de lavar a vapor de modo a colher, dentre outras informações, a opinião desses agentes quanto à existência de substituíbilidade entre os respectivos produtos. Todos consideram-se, de alguma forma, competidores dos fabricantes de aspirador de pó. Merece destaque o fato de que o importador da máquina de limpar a vapor Vaporetto posicionou-se de forma contrária à aquisição da Oberdorfer pela Eletrolux, o que revela o fato de que disputa o mesmo mercado.

Conforme visto anteriormente, a Eletrolux fabricava, dentre os produtos de floor care, aspirador de pó e água, aspirador de pó seco, enceradeira-lavadora e enceradeira com uma escova. A Oberdorfer, por sua vez, produzia máquina de lavar de alta pressão profissional, máquina de lavar de alta pressão doméstica e aspirador de pó e água. Note-se que os produtos aspirador de pó e de água e aspirador de pó são, a par da diferenciação criada como estratégia de ocupação de mercado, substitutos próximos.

Assim, excetuando-se o mercado de aspiradores que é comum às duas empresas, os demais mercados não sofreram repercussões decorrentes da transação em exame, visto que as enceradeiras produzidas pela Eletrolux não eram fabricadas pela Oberdorfer, o mesmo ocorrendo em relação às máquinas de lavar de alta pressão produzidas pela Oberdorfer.

Diante dessas considerações, defino o mercado relevante para a presente análise como o de aspiradores de pó e/ou de água domésticos tendo como mercado potencial o universo de serviços de limpeza domésticos realizado por meio de vassouras de todos os tipos e correlatos e, tendo como principais concorrentes potenciais, os fabricantes e importadores de máquinas de limpeza a vapor, que apresentam tecnologia mais moderna e eficaz que a tecnologia madura de limpeza a vácuo. O potencial de expansão do mercado de aspiradores de pó, assim como a pressão oriunda dos fabricantes de máquinas de limpeza a vapor, depende da evolução da renda dos consumidores vis a vis os preços internos dos produtos em questão.

⁶⁶ É interessante mencionar que o recente advento da importação de máquinas de limpeza a vapor, em função de um lado da aceitação por parte dos consumidores e de outro do alto preço do equipamento tem dado origem a um novo negócio, o de aluguel dessas máquinas de limpeza. Essa alternativa transacional contorna a dificuldade imposta pela relação preço do bem/renda dos consumidores e expressa o potencial dinâmico desse mercado.

Quadro I
 Vendas Realizadas No Mercado Interno
 Por tipo de categoria de vassouras de uso geral

CATEGORIA	1994	1995
Total Vendido ⁽¹⁾	39.192,8	47.933,0
Vassouras de Pelo ⁽²⁾	16,5	18,1
Vassouras de Piaçaba Vegetal ⁽²⁾	34,5	30,2
Vassouras de Piaçaba Sintética ⁽²⁾	38,7	41,6
Vassouras de Giesta (Palha) ⁽²⁾	10,3	10,1

Fonte: Nielsen (fl. 652). Notas: (1) Em 1000 unidades/a. (2) Em %

Quadro II
 Vendas Realizadas No Mercado Interno
 De vassouras próprias para limpeza de pisos acarpetados e tapetes

Em 1000 unidades/a

Fabricantes⁽¹⁾ e Marcas	1993	1994	1995
Novo Elo Marca Mágica	95,0	110,0	130,0
Promesul Marcas Feiticeira, Compact e Container	169,4	158,1	173,2
Total Vendido	264,4	268,1	303,2

Fonte: Metalúrgica Novo Elo (fl.649) e Metalúrgica Promesul Ltda. (fl.653)

Nota: (1) De acordo com essas empresas são elas as únicas fabricantes deste tipo de vassouras.

Tal é a descrição do produto relevante, de acordo com as Requerentes: o produto é composto por um cabeçote, com um motor universal que gera vácuo para sucção de resíduos, sendo o resto do cabeçote composto de partes plásticas. O tambor, composto de material plástico, armazena os resíduos. Os acessórios, de plástico, facilitam a remoção dos resíduos, que podem ser sólidos ou líquidos.

VI - O Mercado Geográfico e a Estrutura do Mercado

A delimitação geográfica do mercado nesse caso corresponde às fronteiras nacionais. O fato das importações comporem a oferta não autoriza a caracterizar o mercado relevante como mundial. Para que assim fosse, seria necessário que os fluxos de comércio externo fossem de magnitude ao menos equivalente ao consumo doméstico. A operação afetaria, portanto, não apenas o mercado doméstico, mas o comércio mundial. Seria necessário ainda que o produto apresentasse homogeneidade tal que não fosse possível distinguir entre o bem comercializado internamente e aquele comercializado em escala mundial. Tais elementos, que caracterizam mercados de commodities, não estão presentes no caso em questão.

Com respeito à organização da indústria, o padrão de concorrência vigente é a diferenciação com escala, ou seja, trata-se de um oligopólio diferenciado e concentrado. A diferenciação nessa indústria é fruto da introdução de inovações tecnológicas, bem como da fixação de marca, corroborada pela experiência, junto ao público consumidor. Os bens em questão não são passíveis de aquisição frequente e o consumidor leva em consideração aspectos de qualidade - com base na experiência, propaganda e introdução de inovações - preço, design - associado à comodidade de uso e manuseio - e disponibilidade. São tipicamente bens de busca (searching goods).⁶⁷

Outro aspecto relevante a ser observado diz respeito à estrutura de produção dos bens denominados floor care, constituído por aspiradores, máquinas de lavar de alta pressão doméstica e industriais e encerradeiras. Uma empresa multiprodutora, embora nem sempre venha a obter ganhos em termos fabris/operacionais, certamente realizará economias de escopo em propaganda/publicidade e comercialização e terá ampliado seu poder de contratação junto aos clientes por fornecer em conjunto seus produtos.

Quanto à estrutura da oferta, atualmente existem 3 (três) fabricantes de aspiradores instalados no país, a saber: a Eletrolux, a Black & Decker e a Arno que respondem por cerca de 83% da oferta. Note-se que a Arno fabrica aspiradores de pó portáteis apenas, ao preço de R\$95,00 segundo as Requerentes (fl. 12). Já a Black & Decker, empresa multinacional, é o maior fabricante no Brasil de ferros de passar roupa e fabrica aparelhos de pequeno porte. Nenhuma das empresas têm seu foco estratégico no mercado relevante de aspiradores. Não obstante o fato de nenhum dos dois fabricantes instalados no Brasil fabricar um modelo de aspirador de pó e de água, como as Requerentes, o diferencial entre os modelos fabricados, incluindo tecnologia de fabricação, preço, destinação e canais de distribuição, não é suficiente para afastar esses

⁶⁷ Para uma definição de bens de busca, em oposição a bens de experiência e bens de reputação, ver o voto desta Conselheira no A.C. 27/95.

concorrentes como parte integrantes da oferta. Parcela restante é suprida por importações realizadas por diversas empresas (Walita, Mallory, Nardeli, Sanyo, D'longhi, Hitachi, Moulinex e Karcher), que, individualmente, possuem reduzida participação no mercado. A participação da Eletrolux no mercado mundial de 35 milhões de unidades é, de acordo com as Requerentes, irrelevante.

A estrutura de oferta do mercado brasileiro, nos três últimos anos, pode ser visualizada no quadro a seguir:

Quadro III

Oferta do Mercado Doméstico de Aspiradores de Pó

EMPRESAS	1993	1994	1995
Total Ofertado	393.000	524.000	743.000 ⁽¹⁾
Produto Nacional (%)	82	75	83
Eletrolux	28	29	35
WAP/Pródocimo/Oberdorfer	22	20	26
Arno	18	14	12 ⁽¹⁾
Black & Decker	14	12	10 ⁽¹⁾
Produto Importado (%)	18	25	17
Walita	06	05	03 ⁽¹⁾
Mallory	03	05	03 ⁽¹⁾
Nardeli	00	02	02 ⁽¹⁾
Sanyo	00	01	01 ⁽¹⁾
D'longhi	00	02	02 ⁽¹⁾
Hitachi	01	02	02 ⁽¹⁾
Moulinex	05	05	02 ⁽¹⁾
Karcher	03	03	02 ⁽¹⁾
Total	100	100	100

Fonte: Eletrolux (fl.382). Elaboração do CADE.

Nota: (1) Estimativas realizadas pela Requerente

As Requerentes informam que a entrada dos produtos importados referidos deu-se nos últimos 5 anos. Presume que com a ampliação do mercado, empresas com participação destacada no mercado mundial poderão, nos próximos três anos a contar de 1996, passar a introduzir seus produtos no Brasil. São elas: Panasonic, Hoover, Goldstar, Samsung, Sharp e Miele.

Quadro IV
Evolução do Mercado de Portáteis Aspiradores de Pó

Anos	Vendas (1000 unidades)	Crescimento (%)
1980	307	
1981	256	-16,6
1982	303	18,4
1983	275	-9,2
1984	285	3,6
1985	342	20,0
1986	314	-8,2
1987	315	0,3
1988	295	-6,3
1989	344	16,6
1990	348	1,2
1991	304	-12,6
1992	304	0,0

Fonte: ABINEE. 1994

Ao longo da última década, antes da abertura comercial, a demanda por aspiradores de pó apresentou um comportamento errático e é notável que, no espaço de uma década - entre 1982 e 1992 - o crescimento da demanda tenha sido nulo. Lembre-se que, no mesmo período, o crescimento da renda per capita foi também próximo de zero, o que é um indicador da elasticidade renda da demanda pelo bem⁶⁸. A Requerente alega que a letargia desse mercado deve-se a que o produto “não tem charme ou apelo” se comparado aos produtos eletrônicos de consumo, sobretudo. Entendo de outro modo que a inércia desse mercado deve-se, além do fator renda, à ausência de competição, que desestimula a busca de eficiência produtiva - com a queda de custos - e tecnológica - com a incorporação de inovações para o aprimoramento do produto. Note-se que após a abertura comercial e com a estabilização da economia - que fez crescer de forma generalizada o consumo de bens duráveis - o crescimento da demanda por aspiradores de pó também foi significativo⁶⁹. O mercado de aspiradores apresentou crescimento excepcional nos três últimos anos (89%), tendo passado de 393.000 unidades, em 1993, para 743.000 unidades

⁶⁸ A taxa média de crescimento da renda per capita no período 1982/92 foi de - 0,1%.

⁶⁹ A estabilização econômica levou também a um significativo aumento do endividamento das famílias, que passaram a consumir não apenas com base em sua renda presente, mas também na futura. O aumento da demanda por aspiradores de pó, assim como por eletrodomésticos de maneira geral, reflete um “efeito crédito”, além do “efeito renda”.

em 1995 (fl. 503). Há um imenso potencial de crescimento do mercado não explorado, posto que apenas 25% das famílias brasileiras dispõe de aspirador de pó, contra 97% das famílias norte-americanas (de acordo com a Requerente). Esse mercado, no entender desta Conselheira, não será necessariamente ocupado pelas empresas hoje instaladas. Conforme pode-se verificar pelo Quadro abaixo, a capacidade ociosa dessa indústria reflete a estagnação da demanda pelo produto, função, em grande medida, da distância entre as necessidades do consumidor - que incluem comodidade no uso do produto e preço - e as características do produto ofertado. Novos produtores que ofertem produtos de qualidade superior, utilizando novas tecnologias e apresentando novas soluções para o problema da limpeza doméstica são candidatos naturais a ocupar espaço nesse mercado, hoje em expansão.

Quadro V

Produção e Capacidade Instalada das Concorrentes, em 1995

Fabricantes	Capacidade Instalada⁽¹⁾	Produção⁽¹⁾	Grau de Ocupação⁽²⁾
BLACK & DECKER	100	55	45,00%
ARNO ⁽³⁾	250	86	34,40%
ELETROLUX/ OBERDORFER	772 ⁽⁴⁾	469	60,75%

Fontes: Requerentes (fls.171 e 282) BLACK & DECKER (fl.444), ARNO (fl.447). Elaboração CADE

Notas: (1) Em 1000 unidades/a. (2) Em %. (3) A Arno apenas produz aspiradores de pó portáteis para uso domésticos. (4) Estimativa CADE.

É fato que o mercado possui expressiva capacidade excedente, o que se configura em barreira à entrada de novos competidores. Isto se dá na medida em que, diante da ameaça de nova entrada, as empresas instaladas podem aumentar sua capacidade e baixar seus preços, que como se verá, encontram-se 50% acima do nível internacional.

No corrente ano, a Eletrolux disporá de capacidade produtiva entre 750.000 a 800.000 unidades/ano (o total exato somente será definido após a transferência das máquinas e equipamentos para a planta de Curitiba) e estima uma produção da ordem de 570.000 unidades, sendo 520.000 aparelhos destinados ao mercado interno e 50.000 para exportação (fl. 579). Esse volume a ser produzido, considerando a capacidade adicional da adquirida, é coerente para uma empresa que sinaliza um reposicionamento comercial, adotando estratégia vigorosa e agressiva.

Informações fornecidas pela Associação dos Fabricantes de Produtos Eletro-eletrônicos - ELETROS - de 1995, dão conta de que Eletrolux e Oberdorfer possuíam participações de 44,8% e 32,8%, respectivamente, o que tota-

lizaria um nível de concentração da ordem de 77,6% do mercado de aspiradores de pó (fl.417).

Segundo as Requerentes, no entanto, a Eletrolux detinha 35% do mercado doméstico de aspiradores e a Oberdorfer 26%, totalizando 61% (fl.500).

Tal diferença pode ser creditada ao fato de a ELETROS somente considerar o volume de vendas realizado pelas suas associadas, enquanto os dados das Requerentes englobam todas as empresas, associadas ou não, embora fazendo uso de estimativas e não de dados concretos no que respeita aos importadores. Conceitualmente considero mais acurada a informação fornecida pelas Requerentes.

Ao se adotar o IHH (Índice de Herfindal-Hirschman) para verificar o nível de concentração do mercado de aspiradores de pó, constata-se que, antes da operação a concentração nesse mercado alcançava 2.145 pontos, o que caracteriza um mercado altamente concentrado; após o negócio, a concentração acentou-se para 3.965 pontos. O C3 alcançou 83%. É, sem sombra de dúvida, um mercado altamente concentrado, já no momento anterior à operação. Lembre-se que tal fato reflete a estrutura própria à indústria - um oligopólio diferenciado e concentrado - o que é agravado, nas circunstâncias brasileiras, por um mercado consumidor de dimensões muito restritas. A recente expansão da demanda, contudo, assim como a abertura comercial, são fatores que implicarão mudanças estruturais nesse mercado, a par da operação analisada.

É importante considerar a informação prestada pelos concorrentes das Requerentes, de que não têm interesse maior nesse mercado, na medida em que não pretendem realizar investimentos, de natureza tecnológica e outras. Há que se considerar ainda, a competição oriunda das importações.

VII - A Pressão Competitiva Das Importações

A indústria de bens duráveis de forma geral inaugurou a década de 90 sob novo regime, o da abertura comercial, que trouxe consigo a pressão competitiva dos produtos importados. As importações de aspiradores de pó ampliaram-se, antes da drástica inversão do cronograma de desgravação tarifária, ponto que será comentado mais adiante. A despeito do aumento das tarifas de importação determinado em 1994, os importados podem constituir-se em ameaça para as empresas estabelecidas, sobretudo se considerado o conjunto de características do produto, que inclui eficácia, conveniência de uso, além do preço. Acentua o significado das importações nesse mercado a pressão competitiva exercida por novas soluções tecnológicas, como a máquina de limpeza a vapor. Como observaram recentemente três autores, na indústria de bens

duráveis: “A concorrência com as importações é o verdadeiro fato novo na determinação das estratégias empresariais...”⁷⁰.

Em termos absolutos, as importações apresentaram crescimento: em 1993 foram importadas 74.670 unidades e, em 1995, 143.000 aparelhos. Em termos relativos, tendo em vista a significativa expansão do mercado doméstico, houve manutenção da participação das importações na oferta global (19% em 1995). No corrente ano as importações apresentaram queda em virtude da elevação tarifária (20% para 35%, tendo passado por 70 e 62% nos dois últimos anos), devendo alcançar 106.550 unidades.

No mercado em questão as importações representam cerca de 17% da oferta; estruturalmente poderiam ter peso mais significativo, não fosse a brutal elevação tarifária em 1994 que rompeu a consistência interna da estrutura de tarifas própria a uma economia em processo de liberalização, estrutura cuidadosamente elaborada anos antes. A Eletrolux observa que “a oscilação das tarifas do imposto de importação ... tem prejudicado o fluxo regular de importações, distorcendo a análise que se pretende fazer da oferta do produto.” (fl. 616). De fato, as importações, que vinham crescendo com a queda das tarifas, caíram após o brutal aumento da alíquota. A pressão competitiva exercida pelas importações foi interrompida, o que se reflete na manutenção e mesmo elevação dos preços internos do produto ao longo de 1995 e primeiros meses de 1996, assim como na ausência de lançamentos de novos produtos com plus de conveniência e qualidade. A análise do presente caso oferece uma rica ilustração dos efeitos da estrutura tarifária sobre a dinâmica competitiva do mercado e ressalta a natureza complementar da política de abertura comercial com respeito à defesa da concorrência.

As perspectivas para o retorno da alíquota de importação ao nível normal são bastante desanimadoras, tomando-se por base o cronograma definido pelo Decreto Presidencial nº 1.848/96, de 29/03/96, que altera a lista de execução da TEC constante do Anexo II ao Decreto nº 767/95, de 28/02/95⁷¹:

Quadro VI

Cronograma de Variação das Alíquotas de Importação do Produto Aspirador de Pó Período 1993/2001

Jan/93	Jul/93	Dez/94	Jan/96	Abr/96	Jan/97	Jan/98	Jan/2000	Jan/2001
35	20	70	62	35	32	29	23	20

Fonte: SECEX

⁷⁰ Made in Brazil - Desafios Competitivos para a Indústria - J. C. Ferraz et al., Campus, 1996.

⁷¹ O Decreto 767/95 introduziu a Tarifa Externa Comum (TEC) do Mercosul.

Do ponto de vista da política de concorrência, que procura elevar o nível de bem-estar por meio da eficiência econômica estimulada pela competição, é prejudicial que um produto como o aspirador de pó, um bem de consumo durável de tecnologia madura, produzido no Brasil por três grandes empresas, com controle ou grande participação de capital estrangeiro, seja protegido, por mais cinco anos, da concorrência das importações. Conforme já mencionado, a pressão competitiva exercida pelas importações - assim como pela ameaça de entrada de novos fabricantes - é, para esse segmento de eletrodomésticos como para o restante dessa indústria, fator determinante na busca de eficiência alocativa, produtiva e tecnológica, o que se traduz em produtos de melhor relação qualidade/preço e maior adequação às necessidades dos consumidores. A proteção com relação às importações, nesse caso em particular, é fator redutor de bem-estar, na medida em que sustenta preços elevados, produção escassa, pouca diversidade e baixa qualidade de produtos.

É importante perceber que, como um dos efeitos da política de proteção tarifária, a Eletrolux, no corrente ano e nas projeções para os próximos, reviu sua posição quanto ao incremento das exportações. As exportações projetadas para o biênio 1996/97 não ultrapassam 10% da produção e, em 1998/99, não chegam a alcançar 13%, contrariando as projeções iniciais que sinalizavam uma participação maior das exportações. A mudança de projeções sinaliza um direcionamento mais agressivo da produção da Eletrolux para o mercado doméstico. Tal reposicionamento, segundo a empresa, deve-se ao aumento da demanda interna e à obtenção de margens de lucro mais elevadas nas vendas efetuadas para o mercado interno. Essa alteração na estratégia comercial permite inferir que os preços internos continuam elevados e altamente remuneradores, para o que contribuiu o aumento das tarifas de importação, reduzindo o vigor concorrencial do mercado doméstico.

Em termos de produção e sua destinação, a Eletrolux forneceu as informações abaixo relacionadas.

Quadro VII
Estimativa de Produção da Eletrolux

ANOS	PRODUÇÃO	Em 1000 unidades	
		INTERNO	EXTERNO
1996	570	520	50
1997	600	540	60
1998	630	560	70
1999	660	580	80

Fonte: Eletrolux (fl. 579). Elaboração CADE

É importante ressaltar que a atual capacidade produtiva da Eletrolux (800.000 unidades/ano) é superior à estimativa da demanda do mercado doméstico para o corrente ano, conforme pode ser visto no quadro acima, A empresa deverá utilizar 71% de sua capacidade instalada no corrente ano e não serão necessários novos investimentos para fazer frente à demanda nos próximos anos.

Quadro VIII

Estimativa da Demanda Doméstica de Aspiradores de Pó/Água

ANOS	Em 1000 unidades		
	DEMANDA TOTAL	PRODUÇÃO INTERNA	IMPORTAÇÕES
1996	725	617	106
1997	760	646	114
1998	800	680	120
1999	840	714	126

Fonte: Eletrolux (fl.580). Elaboração CADE.

De acordo com o parecer da SEAE, os preços dos aspiradores de pó, a partir de 1991 (quando teve início a abertura econômica) vêm apresentando tendência de queda. Não obstante os preços ainda situaram-se em patamares elevados (50% acima daqueles praticados no mercado externo). Ressalte-se que a empresa Polti/Vaporetto afirmou que o custo de internação representa 50% do valor FOB do produto, o que justifica o diferencial de preços interno/externo (fl. 585).

O fato de o mercado doméstico de floor care ter sofrido elevada expansão nos últimos três anos, aliado às perspectivas favoráveis que se apresentam, está atraindo novos investidores. A título ilustrativo, cabe registrar que a Vaporetto, com sede na Itália, associou-se a empresário brasileiro e está construindo uma fábrica na cidade de Araras/SP com término previsto para setembro do corrente ano com investimentos realizados da ordem de US\$ 7 milhões. Segundo seus dirigentes, com as importações de máquinas de lavar de alta pressão, a empresa estima faturar, no corrente ano, R\$ 90 milhões. Para 1997, está previsto um faturamento da ordem de R\$ 150 milhões, resultante da produção realizada no País e das importações de determinados tipos de equipamentos⁷².

De modo a confirmar tais informações assim como outros aspectos julgados relevantes com respeito aos entrantes potenciais, formulei diligências à Polti, fabricante do Vaporetto, tendo a empresa informado que, em um pri-

⁷² Entrevista concedida por João Zangrande Neto à João Doria Filho no Programa Business, Rede Manchete, dia 08/08/96.

meiro momento, irá operar as linhas de lavadoras de alta pressão, não produzindo nem importando aspiradores. Observou, no entanto, que, caso esse mercado se mostre atrativo e promissor, poderá vir a produzi-los. Para tanto, serão necessários investimentos complementares da ordem de US\$ 5 milhões, o que significa dizer que não há barreiras à entrada nesse mercado relacionadas ao volume de capital necessário à montagem do negócio (fl. 585).

A propósito, cabe ressaltar que o chamado mercado de “floor care” encontra-se em franca expansão, e que a demanda do mercado interno de lavadoras domésticas, por exemplo, apresentou crescimento exponencial, evoluindo de 6.000 aparelhos em 1992, para 58.800 unidades em 1994, alcançando 206.500 em 1995.

Tais informações ratificam o entendimento de que o mercado brasileiro de “floor care”, pelo seu tamanho e perspectivas de expansão, conduzirá a um afluxo de empresas, particularmente daquelas que já possuem investimentos e rede de distribuição no País, como por exemplo, Bosh (sócia da Arno), Philips (Walita), Sansung, Gold Star e Darwood, empresas estas que fabricam aspiradores em outros países. Lembre-se que é fato incontestado que as importações representam a primeira iniciativa das empresas transnacionais que desejam testar um mercado doméstico para oportunamente instalar uma subsidiária.

VIII - A Presença De Barreiras À Entrada

No que respeita aos obstáculos à entrada no mercado doméstico de aspiradores, conforme devidamente examinado pela SEAE e SDE, não há impedimento de ordem tecnológica ou de fornecimento de matérias-primas. Há que se considerar, também, que o investimento em uma planta industrial, embora significativo (mais de US\$ 5 milhões), não se apresenta como obstáculo maior. Tal assertiva pode ser corroborada pelo recente ingresso da Polti.

Ainda no que se refere às barreiras ao ingresso de novas empresas, deve-se considerar que, em se tratando de um oligopólio diferenciado, a dinâmica competitiva revela-se aí, primordialmente, por meio do esforço dos fabricantes de cativar a preferência dos consumidores, aprimorando a qualidade e conveniência do produto de modo a diferenciá-lo positivamente dos ofertados pelos seus concorrentes. A adoção de tais estratégias pelas empresas já instaladas ou pioneiras sem dúvida resulta em custos adicionais para aquelas que pretendem ingressar no mercado, fixar sua marca e nele permanecer. Trata-se pois aqui da existência de barreiras por diferenciação. Entretanto, é de se considerar que a introdução de inovações técnicas, por vezes radicais, como no caso da nova técnica de limpeza a vapor, o produto importado ou ofertado por nova produtora no mercado pode apresentar diferencial positivo em termos de qualidade, preço e conveniência, erodindo a posição do mercado das empresas instaladas. Com isto quero dizer que, por força da diferenciação de produto

calçada na introdução de inovações e melhorias técnicas e considerando o impacto das importações, o poder de mercado nesse contexto só é sustentável se baseado na excelência do produto e na sua adequação às exigências do consumidor, inclusive no que respeita a preços. A única barreira significativa identificada é a capacidade instalada das empresas produtoras de aspiradores, bastante superior à demanda corrente. Entretanto, conforme já mencionado, a ocupação do mercado em expansão dependerá não apenas de capacidade instalada, mas de capacidade das empresas em apresentarem produtos com adequada relação qualidade/preço aos consumidores. Também disso depende o próprio potencial de expansão do mercado, dado não se tratar de bem essencial.

A ausência da característica de essencialidade do produto - refletida no fato de que apenas um quarto das residências brasileiras dispõe do equipamento, não obstante a limpeza doméstica ser um fato cotidiano na vida da população - impede que a participação significativa no mercado traduza-se em poder de elevar preços. Se a empresa resultante da operação procurar elevar seus preços, mesmo sendo seguida pelos demais fabricantes, a resposta dos consumidores muito provavelmente será a de deixar de adquirir o bem. Em outras palavras, a demanda do bem é bastante elástica no que respeita a preços.

Os principais clientes dos aspiradores de pó fabricados pela Eletrolux e pela Oberdorfer, conforme já mencionado, são grandes lojas de departamento e redes de supermercados (Lojas Arapuã, Carrefour, Mappin, Ponto Frio, G. Aronson, Casas Bahia, Tele-Rio e Casas Rio), que possuem elevado poder de contratação e importam diretamente o produto. Assim, é reduzida a possibilidade de que o aumento da concentração no mercado venha a se traduzir em abuso de posição dominante com relação aos distribuidores.

IX - Geração De Eficiências

Alegam as Requerentes que a operação promoverá um conjunto de eficiências para compensar a restrição à concorrência (fls. 08 a 13), tal como descrito abaixo:

- 1) A operação promoverá a reestruturação da produção a partir do remanejamento das máquinas e equipamentos de Guarulhos/SP para Curitiba/PR, resultando em ganhos de produtividade de 24%;
- 2) Desenvolvimento de um modelo único de motor para os aspiradores, racionalizando os fatores produtivos;
- 3) Obtenção de ganhos decorrentes do alcance de economias de escala;
- 4) Redução de custos de produção da ordem de US\$ 90 a US\$ 100 por unidade para os aparelhos de alta pressão;
- 5) Redução dos preços dos produtos, em média, em 20%;

- 6) Oferta de produtos com melhor desempenho, sem acréscimo de preços para o consumidor;
- 7) Ampliação das exportações;
- 8) Programa de investimentos para o período 1996/2000.

Embora não tenham merecido o devido destaque pelas Requerentes, dois aspectos, a meu ver foram determinantes para a concretização da operação. O primeiro, devidamente observado pela SEAE à folha 393, é que o sócio minoritário brasileiro - UMUARAMA - não possuía “qualquer conhecimento tecnológico na fabricação de produtos de alta pressão”. Os produtos da Oberdorfer, por sua vez, possuíam elevado conteúdo tecnológico, notadamente as máquinas de alta pressão domésticas e industriais, que possuem preços unitários 3 a 8 vezes superiores aos dos aspiradores, e onde a participação da empresa nesses mercados alcançava, respectivamente, 37% e 55%.

O segundo diz respeito à excelência do produto fabricado pela Oberdorfer e à notoriedade da marca WAP no mercado brasileiro, o que assegura uma clientela já constituída. Lembre-se que os aspiradores de pó são bens de consumo durável de elevado valor, o que torna impraticável - além de desnecessária - a experimentação (ou compras repetidas). A fidelidade do consumidor à marca é pois elemento de considerável importância na definição dos espaços de mercado de cada fabricante. Ao adquirir a Oberdorfer S.A. a Eletrolux adquiriu a marca WAP e a linha de produtos comercializada sob essa marca e terá cinco anos para utilizar a marca e incorporar a tecnologia produzida pela matriz alemã (posto que o contrato com a WAP alemã encerra-se no ano 2000, como já mencionado). Foi, sem dúvida, uma excelente oportunidade de negócio, para uma empresa que, consciente do potencial de expansão do mercado brasileiro, procura crescer através da diversificação.

Desta forma, ao efetuar a operação, a Eletrolux, além de dispor de produtos com elevado conteúdo tecnológico (lavadoras domésticas, industriais e aspiradores), assenhorou-se de uma marca - WAP - de grande aceitação pelo mercado doméstico de “floor care”, mercado este que se apresenta em franca expansão.

Por oportuno, cabe mencionar que, em memorial recentemente apresentado a esta Conselheira, Eletrolux afirma que a operação “não foi motivada pela possibilidade de ampliação da participação de mercado de aspiradores de pó”... “ seu interesse na aquisição de Oberdorfer reside exatamente nos demais produtos por ela não fabricados no Brasil, sobretudo as máquinas de lavar de alta pressão. Finaliza assinalando que, se o interesse estivesse focalizado, apenas nos aspiradores de pó, a Eletrolux poderia tão somente ampliar sua produção já que dispunha de sobrecapacidade instalada. Tais considerações robustecem as observações feitas anteriormente por esta Conselheira sobre as razões que motivaram a realização da operação.

X - Conclusão

Preliminarmente há que se ter em conta que o mercado em exame caracteriza-se como um oligopólio diferenciado e concentrado do qual não está afastado o vigor concorrencial, particularmente após a abertura da economia. Tal vigor, de natureza estrutural, está sendo comprometido, contudo, pela mudança a que foi submetida a estrutura tarifária em 1995, com a elevação da tarifa incidente sobre eletrodomésticos, dentre outros produtos, para 70%. Um novo cronograma de queda da tarifa foi estabelecido a partir de então, de modo que o retorno da tarifa ao nível técnico de 20% só se dará após a virada do milênio (mais precisamente, no ano de 2001). Tal alteração na estrutura tarifária tem gerado efeitos danosos, da perspectiva da concorrência, posto que a queda de preços e o crescimento da oferta de importados, verificados no início dos anos 90, logo após a abertura comercial, foram estancados, tão logo deu-se a elevação das tarifas para o estratosférico nível de 70%. A pressão competitiva exercida pela entrada das importações, nesse como em outros mercado de produtos eletroeletrônicos, foi consideravelmente atenuada por conta do diferencial de preços interno/externo e pela redução da quantidade importada, ou seja, pela parcela da demanda atendida por produtos importados, o que funciona como pressão em direção a maior eficiência produtiva e tecnológica.

Não obstante, constata-se nos autos que o expressivo aumento da demanda por aspiradores nos dois últimos anos foi prontamente atendido pela oferta sem que tenha havido elevação representativa nos preços dos produtos. Não chega a causar espanto a constatação, posto que, conforme observado, é considerável a capacidade ociosa dos atuais fabricantes. Na realidade, houve pequena redução de preços nos primeiros anos 90, conforme observado pela SEAE em seu parecer, fato que pode ser creditado ao processo de desgravação tarifária e ao fim da proibição de importações naquele momento.

Como perspectiva favorável, a Requerente acena com a possibilidade de que a redução de custos a ser obtida com a reorganização da produção e a unificação das linhas de produção, associada ao resultado das sinergias decorrentes da operação levará, em média, à queda de 20% dos preços atualmente praticados no mercado doméstico de floor care. Posteriormente, a Eletrolux assegurou que, com a reorganização e especialização da produção de aspiradores, haverá “consequente barateamento do preço no mercado interno em cerca de até 10% (dez por cento)” (fl. 625).

Embora seja evidente que a operação eliminou do mercado uma empresa concorrente, julgo que para avaliar se a operação criou uma posição dominante no mercado de aspiradores de pó, tenho que considerar aspectos adicionais.

O primeiro deles seria se a posição obtida no mercado reduzirá o estímulo para o aprimoramento dos produtos. Nas condições normais de concor-

rência desse mercado, em que os fatores qualidade e desempenho dos produtos são requisitos essenciais, a empresa que não ofertar produtos tecnologicamente atualizados certamente perderá mercado. No atual contexto, o diferencial de preços interno/externo atenua a pressão competitiva mas não a elimina, no sentido de que o consumidor continuará tendo à disposição produtos de qualidade e desempenho elevado, com os quais comparar os de produção doméstica. De outra parte, a operação poderá, conforme alegam as Requerentes, aduzir condições para que a Eletrolux enfrente a concorrência mais acirrada no mercado doméstico e mundial de floor care. Note-se que a participação da empresa nesse mercado mundial é, segundo as Requerentes, desprezível.

Em segundo lugar, terá a Eletrolux capacidade de exercer controle sobre oferta e preços? A reconhecida existência de capacidade ociosa das concorrentes, que são empresas de grande porte (Black & Decker e Arno) associada à presença do produto importado, de certa forma limitaria a adoção de tais procedimentos pela Eletrolux. Há que se reconhecer, no entanto, que a empresa, dados os preços praticados no mercado interno, deva estar obtendo elevada remuneração, aferindo margens superiores àquelas que certamente seriam alcançadas em um mercado mais competitivo. O reduzido número de fabricantes no mercado doméstico, somado à estrutura relativamente concentrada da distribuição, são fatores que facilitam a coordenação de comportamentos, com o que o aumento de preços de um dos fabricantes poderia ser acompanhado pelas demais sem maiores riscos de perda de mercado. Há que se acrescentar, embora já insistentemente mencionado, que o diferencial de preços interno/externo é da ordem de 50%, por força dos custos de internação.

Isto posto, entendo que embora a Eletrolux tenha com a realização da operação alcançado elevada participação no mercado, tal condição embora aparentemente lhe dê capacidade para praticar preços mais elevados do que aqueles que seriam formados em um mercado altamente competitivo, não lhe permite exercer controle ilimitado sobre a oferta e os preços. Há que se ter presente, no entanto, que a hipótese de práticas anticoncorrenciais não pode ser desconsiderada, posto que o produto substituto mais próximo e de tecnologia moderna tem preço bastante superior ao aspirador de pó, o que dá aos fabricantes de aspiradores de pó um razoável espaço de manobra para elevação de preços. Acrescente-se que o aumento de renda da população após o plano Real tem sido acompanhado por expansão considerável da demanda por aspiradores de pó, dentre outros eletrodomésticos, o que dá sustentação à manutenção e mesmo aumento dos referidos preços, mesmo diante de ganhos de eficiência. Em suma, não há garantias a prima facie, dada a estrutura de oferta, de que os benefícios gerados com o aumento da eficiência econômica serão compartilhados com os consumidores.

Aspecto igualmente relevante e que merece devida consideração, relativamente à estrutura da oferta, diz respeito à concorrência potencial e mais

particularmente à extensão de produto, ou seja, quanto tempo demoraria e quanto custaria para que os fabricantes de outros produtos, como por exemplo, os fabricantes de enceradeiras e máquinas de lavar de alta pressão (doméstica e industrial) alterassem suas unidades fabris e passassem também a produzir aspiradores de pó? É certo que as fabricantes de tais produtos poderiam, com investimento relativamente pequeno - da ordem de R\$ 5 milhões - passar a produzir aspiradores, de acordo com informações aduzidas pela Polti/Vaporetto em sua resposta ao CADE.

Ainda com relação à extensão do produto, deve igualmente ser considerado o aspecto referente à obtenção de economias de escopo resultantes das vendas de dois, três ou mais produtos diferentes (máquinas de lavar de alta pressão doméstica e aspiradores), a custo mais reduzido do que se fossem comercializados individualmente, visto que haveria ganhos expressivos principalmente na propaganda e promoção e na comercialização dos produtos.

Por fim, cabe examinar se a estrutura oligopolista do mercado tem estimulado ou constituído obstáculo ao ingresso de novas empresas. É certo que a sobre-capacidade de produção das empresas estabelecidas constitui-se em restrição ao ingresso de outras concorrentes. Obstáculos existem também no que respeita à estruturação de rede de distribuição e à fixação da marca do produto, exigindo dos novos empreendedores investimentos mais expressivos. Ressalte-se que tais obstáculos não se apresentam limitativos à entrada de novos concorrentes, conforme se constata com o ingresso da Polti/Vaporetto em um primeiro momento importando a máquina de limpeza a vapor e com planos para instalação de uma unidade industrial. Por outro lado, conforme visto anteriormente, não há maiores barreiras à entrada de concorrentes em termos de acesso a matérias-primas e às tecnologias de processo e de produto, sendo estas de domínio comum. Acrescente-se que novas tecnologias, que não a de limpeza a vácuo podem representar ganhos em termos de redução de custo e melhoria do desempenho do produto.

O exame das peculiaridades do mercado e da natureza do produto permitem-me inferir que a operação poderá promover sinergias tanto no que respeita aos aspectos produtivos quanto aos de distribuição. Consequentemente, poderá elevar os padrões de desempenho e de produtividade da Eletrolux para fazer frente à concorrência externa. Acrescente-se ainda como motivo para a operação a oportunidade do negócio para a Eletrolux, representada pela diversificação em direção às máquinas de lavar de alta pressão, de uso doméstico e industrial que, no primeiro caso, tem apresentado fantástico crescimento de demanda.

A operação é potencialmente geradora de eficiências alocativas, produtivas e tecnológicas. Dentre essas sinergias, cabe ressaltar a reestruturação da produção, com a conseqüente especialização de linhas de produção, através da transferência dos equipamentos de Guarulhos/SP para Curitiba/PR; a utiliza-

ção de uma única versão de motores para os aspiradores de pó doméstico; a maior escala de produção e a racionalização de custos (operacionais e administrativos). Tais sinergias deverão conduzir a Eletrolux à obtenção de ganhos expressivos, como por exemplo, à redução de US\$ 90 a US\$ 100 no custo de produção dos aparelhos de alta pressão doméstica e à redução nos preços de venda dos produtos da ordem de 20%, em média. No requerimento inicial os Requerentes afirmam que a unificação das atividades das duas empresas reduzirá custos de produção e distribuição, racionalização da administração e desenvolvimento tecnológico. O aumento da produtividade esperado é da ordem de 24% em aspiradores de pó e 35% em máquinas de alta pressão somente no ano de 1996. Serão geradas eficiências também na prestação de serviços pós-venda.

Acrescente-se que a operação gera um plus de bem-estar ao contribuir para a desconcentração espacial da indústria, com a transferência da fábrica da Eletrolux localizada em Guarulhos, São Paulo, para a unidade fabril originalmente da Oberdorfer em Curitiba, Paraná.

Assegura também a Eletrolux a expansão da produção no período 1996/2000 mediante a realização de programa de investimentos voltado para reforma e aquisição de máquinas e equipamentos e a modernização das linhas de motores, tendo discriminado, ano a ano, em quais atividades serão aplicados os recursos. Para tanto, a Eletrolux propõe-se a realizar aporte de capital da ordem de US\$ 14 milhões, sendo US\$ 8,3 milhões em recursos financeiros

Claro está que a operação apresentou-se tanto como oportunidade para a empresa elevar seus padrões de competitividade quanto para auferir melhores resultados comerciais. No entanto, os ganhos que serão obtidos pela Eletrolux - ganhos de natureza privada - não correspondem necessariamente às “eficiências sociais”, visto que a empresa poderia se apropriar integralmente desses ganhos não atendendo, assim, o disposto no item II do § 1º do Art. 54 “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores finais, de outro”.

Quanto ao alcance de benefícios de natureza social, a Eletrolux propõe-se a promover o aprimoramento e/ou desenvolvimento tecnológico dos produtos, elevando os padrões de qualidade e o desempenho dos mesmos em consonância com os níveis internacionais, sem que o consumidor tenha que incorrer em gastos adicionais.

De igual modo, em termos de serviços pós-vendas (assistência técnica) propõe-se a criar um departamento e unidade de fornecimento de peças de reposição, tornando mais ágil e eficaz o atendimento aos clientes.

Tendo em vista que produtos de padrões mais elevados de qualidade e desempenho serão ofertados aos consumidores e podendo haver ganhos para o consumidor final em termos de redução de preços, considero que, uma vez

realizada a intenção, o item legal mencionado acima será devidamente atendido.

Aspecto que merece ser devidamente considerado é o que diz respeito à essencialidade do produto. Há que se ter presente que o aspirador de pó não se constituiu em um bem essencial, podendo o consumidor deixar de adquiri-lo ou comprar um produto substituto - a vassoura ou correlato - para desempenhar a mesma função dos aspiradores. Associado a esse fato, cabe considerar que o consumidor conta com alternativas oferecidas pelos fabricantes locais e importadores, o que dificulta o exercício do poder de mercado por parte da Eletrolux.

Outro fator a ser considerado como favorável à operação é o fato da estrutura de distribuição ser constituída, basicamente, por lojas de departamento e grandes redes de supermercados que, além de possuírem grande poder de contratação junto aos fabricantes, podem realizar importações diretamente.

No entanto, a Eletrolux poderia ter obtido determinadas eficiências utilizando-se de outros meios que não a eliminação de parte da concorrência, como por exemplo, a maior utilização de sua capacidade produtiva, que se apresentava com elevado nível de ociosidade à época. Certamente essa opção de crescimento da Eletrolux pelos seus próprios meios seria conveniente no que respeita à expansão da produção de aspiradores mas não atenderia à complementação das demais linhas de produtos, que eram, na verdade, os que mais interessavam a adquirente.

Acrescente-se que a aquisição permitiu à Eletrolux dispor rapidamente das máquinas e equipamentos produtores de lavadoras domésticas e industriais; apropriar-se, embora temporariamente, da marca WAP, assim como da tecnologia de produção das máquinas fabricadas sob essa denominação; apropriar-se da parcela de mercado e da rede de assistência técnica que pertenciam à Oberdorfer. Enfim, era excelente oportunidade de negócio, em um momento que o mercado se apresentava em franca expansão.

Assim, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei 8.884/94, considero que a operação visa a realização de sinergias e potencialmente pode gerar benefícios a serem compartilhados com os consumidores. Tais pontos correspondem aos incisos I e II do referido parágrafo legal, condicionantes da aprovação de uma operação de concentração. A efetiva realização dessas potencialidades pode ser garantida mediante a celebração de compromisso de desempenho, nos termos do artigo 58 da mesma lei. Acrescento ainda que a operação, a par do aumento da concentração causada pela incorporação de um dos concorrentes, não elimina a concorrência de parte substancial do mercado porque este está estruturalmente sujeito à pressão competitiva das importações e da ameaça de entrada de novos fabricantes, sobretudo daqueles capazes de oferecer novas soluções, em termos de tecnologia, design e conveniência, para

o problema da limpeza doméstica. A despeito da elevada alíquota de importação hoje incidente sobre os bens em questão, que onera os custos de internacionalização, a abertura da economia é irreversível e é com base nela que, instaladas e potenciais entrantes, tomam decisões estratégicas nesse mercado. Finalmente, a operação respeita o inciso IV do parágrafo primeiro do artigo 54, dado que o escopo da operação - com suas inescapáveis indivisibilidades - não ultrapassou desnecessariamente os objetivos de diversificação e crescimento evidenciados na decisão da empresa adquirente.

Isto posto, aprovo a operação, condicionada à assinatura pela Eletrolux de compromisso de desempenho que vise a garantir a realização do conjunto de eficiências a serem geradas e compartilhadas com os consumidores, conjunto este que virá a compensar a restrição à concorrência causada pela operação. Tais eficiências referem-se à implementação do programa de investimentos, à expansão da produção, à incorporação de novas tecnologias, à reestruturação da produção, ao desenvolvimento de novos produtos; à racionalização de custos e à redução de preços, nos termos discutidos nesse voto. O compromisso de desempenho, a ser firmado em trinta dias a contar da publicação desta decisão, implica a entrega por parte da Eletrolux de relatórios semestrais que demonstrem no período 1996/2001:

- a) descrição e quantificação das sinergias geradas com a operação no que se refere ao mercado relevante de aspiradores de pó e/ou água; tais sinergias devem ser discriminadas por tipo de custos (produção, administração, distribuição, promoção e propaganda, serviços pós-venda, etc.);
- b) a efetiva transferência aos consumidores de parcela dos ganhos auferidos no item anterior;
- c) descrição e quantificação dos ganhos auferidos pelos consumidores com o desenvolvimento de produtos e com o aprimoramento da prestação dos serviços pós-venda;
- d) investimentos realizados, discriminados por atividade: reorganização produtiva, aquisição de máquinas e equipamentos; capacitação tecnológica e publicidade/propaganda;

Completados doze meses da assinatura do compromisso de desempenho, o CADE avaliará, com base inclusive em parecer de auditoria independente indicada e contratada pelo CADE às custas da Requerente, a realização das eficiências e a partição dos benefícios entre a empresa e os consumidores. Caso não sejam alcançados os benefícios visados pela operação, o CADE reverá esta decisão, nos termos do artigo 55 da Lei 8.884/94.

Lembro que, nos termos do parágrafo terceiro do artigo 58 da Lei 8.884/94, que remete ao artigo 55 da mesma lei, o não cumprimento do referido compromisso, a qualquer tempo durante o prazo estipulado nessa decisão, implicará a revogação da aprovação pelo CADE da operação de aquisição, com a consequente ordem de alienação dos ativos então adquiridos.

Este é o Meu Voto

Brasília, 9 de outubro de 1996

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 08000.019.862/96-89

Representante: ABRADIF
Representada: FORD BRASIL LTDA.
Relator: CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA
Advogado: OSCAR SANT'ANA DE FREITAS E CASTRO

EMENTA

1) Representação de associação de revendedores contra montadora de veículos: fixação arbitrária de números e modelos; imposição de preços abusivos de peças e componentes; prática de “venda casada” condicionando a entrega de veículos à compra de ferramentas; operação triangular com banco controlado pela montadora;. Violação de normas ao promover vendas diretas a terceiros. 2) Cognição ampla e de ofício por parte do CADE. Inexistência da figura da decisão “extra” ou “*ultrapetita*”. 3) A instauração de processo administrativo independe de averiguações preliminares quando claros desde logo indícios suficientes de lesão à ordem econômica. 4) Aplicabilidade da Lei 8.884/94 mesmo: a) Na incidência de legislação especial, b) Na presença de convenções de marca ou contratos, 5) Cláusulas nulas, anuláveis ou considerados não existentes. 6) Ausência de investigação adequada e não ausência de prova. 7) Conhecimento do recurso de ofício e provimento para devolução à SDE e prosseguimento da investigação.

RELATÓRIO

1. O processo administrativo em epígrafe teve como origem denúncia promovida pela **ABRADIF- Associação Brasileira de Distribuidores Ford**, contra a **Ford Brasil Ltda.**, por abuso de poder econômico, em 31 de julho de 1996. A requerente se legitima ativamente no processo sob a proteção do art. 5º, inciso XXI da Constituição Federal.
2. A **Abradif** requer, desde logo, instauração de processo administrativo à vista dos indícios que apresenta e considera suficientes.

3. Mostra-se ainda, que a representação foi precedida de intensa e infrutífera tentativa de negociação. Previamente a Associação já promovera notificação judicial com alguns dos fundamentos aqui presentes.

4. Recebi e mandei juntar em apartado a título de informação correspondência e matéria jornalística, apresentadas por recém fundada Associação, que ilustra as consequências da conduta da Ford Ltda. , conduzindo à inadimplência e a suspensão dos contratos de cerca de quase uma centena de revendedores no Brasil.

5. A Representante acusa a denunciada pela prática das seguintes condutas, para efeitos de defesa assim fixadas na promoção do Sr Coordenador Jurídico do DPDE, e expressamente acolhidas por seu Diretor (fls. 168):

- a) *fixação arbitrária do número e modelos dos veículos que impõe a seus revendedores comprar, e antecipadamente creditando-se do preço de venda dos veículos, por força de um esquema bancário ao qual os distribuidores só tem acesso como pagadores;*
- b) *pática de venda “casada” , por obrigar seus distribuidores a comprarem peças e componentes em número e especificações por ela arbitrado, sob pena de não serem entregues os veículos;*
- c) *imposição de preços abusivos de peças e componentes de reposição;*
- d) *prática de venda casada, porquanto obriga seus distribuidores a comprarem ferramentas sob pena de não lhes entregar os veículos F-1000 e F-4000;*
- e) *abuso de poder econômico quando promove vendas diretas a terceiros, violando as normas aplicáveis. (fls. 167).*

6. Em suma *“a conduta da Ford Brasil Ltda e suas formas tem um objetivo: auferir lucros arbitrários à conta dos distribuidores de seus veículos”* (fls. 51).

7. A *“dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros”* se estaria a demonstrar - através dos tipos legais adiante referidos, não restando dúvida sobre o *“absoluto poder econômico, com relação que mantém com os distribuidores de veiculos, e dele vem abusando reiteradamente. Como repetidamente exposto, os distribuidores só podem comercializar produtos da marca Ford - não tem eles outro mercado à lhes suprir produtos para buscar vender ao consumidor final”* (fls. 55)

8. Em enérgico despacho de 21 de agosto (fls 132/133), cogitando inclusive de Medida Preventiva *inaudita altera pars*, o Sr. Inspetor Chefe propõe imediata abertura de processo administrativo, proposta na mesma data acolhida pelo Sr. Secretário de Direito Econômico que determinou a instauração respectiva.

9. Liminar intercorrente concedida pela Justiça Federal à Ford não teve o condão de cessar os efeitos da instauração, que é reformulada e reforçada

através de novo **despacho do Sr. Secretário (fls. 169 e seguintes) (DOU 4/10/96), ordenando a apuração das práticas retro enumeradas. Fundamentação: incisos V, XI a XIII, XX e XIV do art.21 da lei 8.884/94.** Contrariamente ao pedido da Ford Ltda., que alegava impossibilidade de supressão da fase de averiguações preliminares, o juízo não vislumbrou qualquer ilegalidade no ato, apenas determinando fundamentação e especificação dos fatos. Mais: a própria Ford **desiste** do Mandado de Segurança que na mesma petição é homologada pela MM julgadora.

10. A **defesa da Ford** (fls. 188 a 380) é resumida no próprio memorial, reduzindo-se essencialmente na obediência à Lei 6729/79, à Convenção da Marca e às disposições contratuais:

- a) A atividade de distribuição de veículos é disciplinada pela Lei nº 6729/79, sendo que os contratos e convenções representam a sua própria regulamentação;
- b) Em relação ao item “a” ,objeto do despacho do Sr. Secretário da SDE, tanto a fixação de quotas, quanto o pagamento o pagamento à vista estão previstos na lei 6729/79.
- c) Quanto ao item “b”, a prática tem relação com a necessidade de realização de reparos, em garantia, dos veículos.
- d) No tocante ao item “c”, os preços das peças e componentes de reposição são absolutamente competitivos com os praticados pelo mercado.
- e) No que tange ao item “d”, a Lei nº 6729/79 impõe obrigação da prestação de assistência técnica, que abrange o atendimento em garantia ou revisão.
- f) Por fim, a respeito do item “e”, trata-se de um caso isolado e que contou com a prévia concordância de sua rede de distribuição.

11. Solicitada pela Sr. Secretária a Bel. Adriana S. F. Carvalho produz alentado parecer (fls. 776/804) onde toda a controvérsia é resumida. E considerando o procedimento em fase “**instrucional**”, sugere desde logo, inúmeras providências.

12. É colhido, entretanto pelo despacho do Sr. Diretor do DPDE (fls. 807 a 815), origem dos argumentos que conduzem à decisão de arquivamento da Sra. Secretária Substituta em 13.05.97 (fls. 816/817), que determina o arquivamento do processo sob o fundamento de que “*as acusações de abuso do poder econômico atribuídos pela Ford, afiguram-se em questões meramente contratuais*”.

13. Nesta Casa, solicitei à SEAE pronunciamento sobre a proposta que, em parecer técnico de 12 de setembro, opinou pela deficiência da prova. Em despacho à parte o Sr. Secretário impugna a fundamentação do arquivamento.

14. Por economia processual, adoto relatório da Procuradoria do CADE, naquilo em que este foi omissis (fls. 869/873).

15. A Procuradoria, em resumo, concluiu pela necessidade do retorno dos autos à SDE, para que esta proceda eficaz instrução processual dos autos, e assim possibilite o adequado posicionamento quanto às condutas denunciadas.

16. Neste Conselho, já após o parecer da Procuradoria, a Representada impugnou-lhe a parte final, tida por “matéria nova” a saber: indícios de “venda casada” na triangulação com o **Banco Ford**. Aida, sustenta a ilegitimidade ativa da Abradif para representar perante a SDE.

É o relatório.

VOTO

Às razões da douda Procuradoria caberia aduzir ou enfatizar que:

1. A preliminar de ilegitimidade ativa da Representante, sob fundamento de falta de autorização da Assembléia da **Abradif**, não prospera. A própria defesa da **Ford** é expressa em reconhecer autorização para adoção de “medidas administrativas e judiciais, se necessárias, após esgotadas as negociações visando a defesa dos interesses da Rede”. Só que sustenta não constitui “medida administrativa” a Representação à SDE, o que é, à toda evidência, descaído.

2. Quanto à imputação de “matéria nova” pela douda Procuradoria reitera-se aqui *ex-abundantia* a tese de que os limites de cognição do CADE (ou da SDE) não se exaurem nos contornos e termos da representação ou da peça inicial do processo. A cognição é ampla e de ofício. Não existe a figura da decisão *ultra petita* na apreciação de ilícitos contra a ordem econômica.

2.1. Todavia, concedendo para argumentar assistisse razão ao investigado, é de ver que no despacho do Sr. Secretário (fls. 169/172) instaurando o processo, não se tipificam artigos de lei, mas se descrevem condutas a apurar.

E, à letra “a” está clara a referência à imposição “*a seus revendedores compras e, antecipadamente creditando-se o preço de venda dos veículos, por força de um esquema bancário ao qual as distribuidoras só tem acesso como pagadoras*”.

Ora, a discussão aqui é jurídica e não semântica. O “esquema bancário” descrito é precisamente aquela objeto da conduta à qual a doutora Procuradora atribui suspeita de “venda casada”. Não há, pois, “matéria nova”.

2.2. Mais. Mesmo suposta como “matéria nova”, mais razão assistiria à douda Procuradoria para postular seu aprofundamento.

2.3. De resto, a matéria foi objeto de discussão no Processo por parte da própria representada. Qualquer lesão ao direito de defesa, de consequência ou

ao devido processo legal, constitui alegação impertinente. De modo especial porque não deixa de aspirar a um caráter de prejudicial.

2.4. Por último, a existência de recentes Averiguações Preliminares na SAE, especificamente sobre o tema, não prejudica, mas reforça a necessidade da investigação. A forma processual singela é a da anexação do processo - impensável qualquer odor de uma “*litis pendência*” inexistente no procedimento.

3. Todavia, o **cerne da decisão do arquivamento** se endereça a “que as acusações de abuso do poder econômico atribuídos à **Ford**, afiguram-se em questões meramente contratuais, distantes dos princípios que regem a Lei 8.884/94. Sendo a matéria de “cunho jurídico e não econômico” entendeu o Sra. Secretária Substituta de encerrar desde logo o processo, aplicado subsidiariamente o CPC.

4. Aí reside, *data venia*, a fragilidade da decisão.

4.1. Em primeiro lugar, porque o julgamento antecipado do que seria a “lide”, castrando por antecipação o exame dos fatos, é que precisamente frustrou a produção da prova de que tanto se ressentia, por exemplo, o parecer da SEAE.

Não se cuida, pois, de ausência de prova, mas de ausência de investigação, ou seu prematuro encerramento.

A mesma SEAE, por exemplo, ao tangenciar o indigitado “esquema bancário”, desabafa que este “*carecia de investigação*”. E ainda que “*seria preciso examinar se, em dado caso hipotético, as condições de financiamento seriam desfavoráveis, do ponto de vista da concessionária, vis-à-vis outras alternativas de mercado*”.

Todo o pronunciamento da SEAE, em verdade, é dominado por incertezas e condicionalidades probatórias. O que não traz espanto, assim, a dificuldade de concluir pela existência de violação à lei.

4.2. Do ponto de vista substantivo, ainda, como reitera o parecer da douta Procuradoria, é entendimento assente neste Colegiado que **a incidência de legislação outra, não arreda aquela do abuso do poder econômico sobre ato ou fato jurídico.**

E com mais fortaleza, ainda, tem prevalecido aqui a certeza de que relações contratuais não expulsam a infringência às regras da Lei 8.884/94.

Tal abrangência é reconhecida pelo Ilustre Sr. Inspetor Chefe da SDE na manifestação preambular da Secretária, ao propor a imediata abertura de Processo Administrativo, “*por entender que o legislador brasileiro ao confeccionar a norma de proteção da concorrência quis dispor todo o aparato deste Órgão (...) à proteção, prevenção e repressão cometidas em defesa do Mercado Econômico, leia-se a Ordem Econômica*”. Isto é, como um todo, para mais além das meras relações comutativas. E elegendo a “coletividade” como titular dos bens jurídicos titulados pela Lei.

4.3. Finalmente, o despacho final (fls. 851) do Sr. Secretário da SEAE é devastadoramente explícito ao gizar o “caráter condicional” das opiniões de seus subordinados. E, definitivo, no desate da questão, em linha que antecede o presente voto, ao “*discordar da opinião, que permeia a decisão da SDE com relação a alguns aspectos da questão, de que estão em jogo relacionamentos contratuais, regidos por legislação específica, e como tais não passíveis de apreciação do ponto de vista concorrencial. Somos da opinião que a análise genérica empreendida na consecução da defesa da concorrência não deve encontrar barreiras na existência de legislações específicas - no caso, a Lei 6729/79. Nem tampouco compartilhamos da opinião de que ajustes formais entre partes, que hajam culminado na celebração de contratos, escapam à tutela das autoridades de defesa da concorrência. Aqui também, pelo contrário, somos de opinião que o espírito e a lei de defesa da concorrência podem por vezes justificar, e mais que isso, requerer a intervenção das autoridades para alterar determinados aspectos de relacionamentos contratuais que se afiguram contrários à lei (grifo nosso)*”.

5. Que constitua esta a sã doutrina, - nas implicações recíprocas econômicas e jurídicas da espécie “*sub-júdice*” - já se prevê no primeiro capítulo⁷³ da única monografia doutrinária e interpretativa da lei 6729/79, e constante da Nota Técnica do assessor Alexandre Gheventer, em anexo, que incorporo ao voto.

6. Mas já há quase dois séculos a crítica ao Código Napoleão desmitificava a idolatria ultra-liberal da rigidez dos contratos.

Quando **René Savatier** luminosamente desvela a crescente publicização dos direitos privados e seus abusos (“*Du Droit Privée au Droit Publique*”), não mais que sumariza toda a construção jurídica elaborada ao longo do século 19, e criadora de doutrinas limitadoras ao absolutismo dos contratos, tais como: **Teoria do Risco, Teoria da Imprevisão, Teoria do Abuso do Direito, dos Contratos de Adesão, das cláusulas leoninas**, e da cláusula “**rebus sic stantibus**”.

⁷³ Coelho, José Washington. *A Concessão Comercial de Veículos Automotores*; Ed. Resenha Universitária; São Paulo; 1981.

Não por acaso, os mais ferozes adeptos do absolutismo contratual através do brocardo “**Pacta sunt servanda**”, convenientemente olvidam que a frase completa é, precisamente **Pacta sunt servanda, rebus sic stantibus**, ou, livremente, “os contratos devem ser cumpridos, mas desde que mantidas as condições originais”.

Tão vetusta doutrina já fazia **Royer Collard**, há mais de 100 anos, alcinhar a legislação civil como a dos “Códigos do Patrão, do Credor e dos Proprietário”, a saber, sempre em defesa dos mais fortes.

7. À obviedade, contratos desta natureza, entre partes com desigual força, são especialmente vulneráveis à **vícios de vontade**.

E, não infreqüentemente, contém **cláusulas nulas, anuláveis ou consideradas não escritas**.

Tais os valores jurídicos-filosóficos que iluminam nossa ótica na análise do procedimento.

8. Em síntese, **a representação não teve sua fase probatória concluída**- que se impunha, à nosso juízo, por toda a fundamentação precedente. **Há evidentes indícios de infração à ordem econômica**.

A doutora Procuradora (fls. 874), desde logo, considera “*evidenciados nos autos os seguintes fatos que poderiam caracterizar infrações à ordem econômica conforme denunciado, dos quais podemos destacar, entre outros:*

- Imposição pela Representada às distribuidoras de aquisição de ferramentas como condição para o fornecimento de veículos, conforme documentos de fls. 518, 520 e 522;
- Aumento arbitrário de preços em relação ao valor de mercado conforma documento de fls. 524;
- Venda direta a terceiros com preços inferiores menores que os preços praticados para os distribuidores, conforme se infere do documento de fls. 526/540.

E mais. Como visto, o final de seu despacho (fls. 875) suscita a hipótese de “venda casada” envolvendo serviços bancários, a demandar escrutínio rigoroso.

9. Há, pois, mais do que indícios firmes contra a representada que, de resto, não caminha isolada nas práticas discutidas e discutíveis. Há um padrão análogo às demais montadoras.

A investigação firme deste caso, portanto, envolve de alguma forma levantar o véu de todo o esquema de distribuição e comercialização de veículos no país. O que não é pequena coisa.

10. Pelo que conheço do recurso de ofício para provê-lo, modificar a decisão de arquivamento e determinar o prosseguimento da instrução - que tomará como ponto de partida as condutas enumeradas no despacho do Sr. Secretário que instaurou o processo (fls. 172), devendo ser adotadas, explicitamente as seguintes diligências sem prejuízo de outras como parte da investigação da SDE:

- apresentar cópias dos contratos de concessão;
- trazer aos autos relação das peças e componentes de reposição e ferramentas;
- trazer aos autos relação dos preços em vigor da Ford e das concorrentes para os itens acima;
- consultar a ANFAVEA e o INMETRO sobre a certificação do padrão de qualidade das peças e componentes de reposição e ferramentas, devendo a análise abranger pelo menos 25% do universo das peças;
- consultar o Banco Central sobre a regularidade do serviço bancário acima cogitado;
- investigar a influência da montadora na formação dos preços acima mencionados e o seu poder no mercado relevante;
- informar à SEAE/MF, em tempo, sobre a realização das diligências para fins do disposto no art. 38 da Lei nº 8.884/94;
- se o processo administrativo não for ultimado no prazo de 90 dias, solicite-se informar ao CADE a cada 60 dias sobre as providências em curso, permitindo-se ao Relator e/ou a Procuradoria do CADE observar a instrução.

Ainda, envie-se cópia do acórdão completo ao Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Distrito Federal) para acompanhar a instrução, querendo.

É o voto.

Bsb, 2 de dezembro de 1997

Leônidas Xausa
Conselheiro Relator

LEGISLAÇÃO

LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DA VENEZUELA

Ley Para Promover Y Proteger El Ejercicio De La Libre Competencia, De 13 De Diciembre De 1991.

Decretada por el Congreso de la Republica de Venezuela.
(publicada en la Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela N°4.353
Extraordinario de fecha del 30 de Diciembre de 1991, y posteriormente el 13
de Enero de 1992. G.O.34880)

Título I. - DISPOSICIONES GENERALES; art. 1° a 3°.

Título II. - ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Capítulo I - Sujetos de aplicación; art.4°.

Capítulo II. - Actividades reguladas

Sección Primera: Prohibición General; art.5°.

Sección Segunda: Prohibiciones particulares; art.6° a 16°.

Sección Tercera: De la Competencia Desleal; art.17°.

Sección Cuarta: Del Régimen de Excepciones; art.18°.

Título III. - **DE LA SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y
PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Capítulo I. - De su Régimen Interior; art. 19° a 28°.

Capítulo II. - De sus atribuciones; art.29°.

Capítulo III. -Del Registro de la Superintendencia para la Promoción y Protección
de la Libre Competencia; art.30°.

Capítulo IV.- Del Deber de Informar; art. 31°.

Título IV. - **DEL PROCEDIMIENTO**

Capítulo I. - Del Procedimiento en caso de Practicas Prohibidas; art.32° a 41°.

Capítulo II. - Procedimiento para las Autoridades; art.42°.

Título V. - **DE LAS SANCIONES**

Capítulo I. - Disposiciones Generales; art. 43° a 48°.

Capítulo II. - De las Sanciones en Particular; art.49 a 52.

Título VI. - **DE LOS RECURSOS; art.. 53° y 54°.**

Título VII. - **DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE ESTA LEY; art.55° y
56°.**

Título VIII. - **DISPOSICIONES FINALES; art.57°.**

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DECRETA
la siguiente,

LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

TÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°- Esta Ley tiene por objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

Artículo 2°- Se aplicará el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena cuando se produzcan efectos restrictivos sobre la libre competencia en el mercado Subregional Andino.

Artículo 3°- A los efectos de esta Ley se entiende por libertad económica, el derecho que tienen todas las personas a dedicarse a la actividad económica de su preferencia sin más limitaciones que las derivadas de los derechos de los demás y las que establezcan la Constitución y leyes de la República. Se entiende por actividad económica, toda manifestación de producción o comercialización de bienes y de prestación de servicios dirigida a la obtención de beneficios económicos.

Se entiende por libre competencia, aquella actividad en la cual existan las condiciones para que cualquier sujeto económico, sea oferente o demandante, tenga completa libertad de entrar o salir del mercado, y quienes están dentro de él, no tengan posibilidad, tanto individualmente como en colusión con otros, de imponer alguna condición en las relaciones de intercambio.

TÍTULO II ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Capítulo I Sujetos de aplicación

Artículo 4°- Quedan sometidas a esta Ley todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, con o sin fines de lucro, realicen actividades económicas en el territorio nacional o agrupen a quienes realicen dichas actividades.

Capítulo II

Actividades reguladas

Sección Primera

Prohibición General

Artículo 5º- Se prohíben las actuaciones o conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia.

Sección Segunda

Prohibiciones particulares

Artículo 6º- Se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado.

Artículo 7º- Se prohíben las acciones que se realicen con intención de restringir la libre competencia, a incitar a terceros sujetos de esta Ley a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su adquisición o prestación; a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros.

Artículo 8º- Se prohíbe toda conducta tendiente a manipular los factores de producción, distribución, desarrollo tecnológico o inversiones, en perjuicio de la libre competencia.

Artículo 9º- Se prohíben los acuerdos o convenios, que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de esta Ley, que restrinjan o impidan la libre competencia entre sus miembros.

Se prohíben los acuerdos o decisiones tomados en asambleas de sociedades mercantiles y civiles contrarios a los fines anteriormente señalados.

Artículo 10.- Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para:

- 1º Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio,
- 2º Limitar la producción, la distribución y el desarrollo técnico o tecnológico de las inversiones;
- 3º Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores.
- 4º Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros; y

5° Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Artículo 11.- Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado.

Artículo 12.- Se prohíben los contratos entre los sujetos de esta Ley, referidos a bienes y servicios, en la medida en que establezcan precios y condiciones de contratación para la venta de bienes o prestación de servicios a terceros, y que tengan la intención o produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear, limitar o impedir la libre competencia en todo o parte del mercado.

Artículo 13.- Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de esta Ley de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes conductas:

- 1° imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios;
- 2° la limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores;
- 3° la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;
- 4° la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros;
- 5° la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y
- 6° otras de efecto equivalente.

Artículo 14.- A los efectos de esta Ley, existe posición de dominio:

- 1° Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos; y
- 2° Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva.

Artículo 15.- Se tendrá como personas vinculadas entre sí a las siguientes:

- 1° Personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre ella;
- 2° Las personas cuyo capital sea poseído en un cincuenta por ciento (50%) o más por las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas; y
- 3° Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los ordinales anteriores.

PARÁGRAFO ÚNICO: Se entiende por control a la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de uno de los sujetos de aplicación de esta Ley, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o parte de los activos de éste, o mediante el ejercicio de derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o sobre sus actividades.

Artículo 16.- A los efectos de establecer si existe competencia efectiva en una determinada actividad económica, deberán tomarse en consideración los siguientes aspectos: El número de competidores que participen en la respectiva actividad, la cuota de participación de ellos en el respectivo mercado, la capacidad instalada de los mismos, la demanda del respectivo producto o servicio, la innovación tecnológica que afecte el mercado de la respectiva actividad, la posibilidad legal y fáctica de competencia potencial en el futuro y el acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a las redes de distribución.

PARÁGRAFO ÚNICO: Cuando la posición de dominio se derive de la Ley, las personas que se encuentren en esa situación, se ajustarán a las disposiciones de esta Ley, en cuanto no se hayan estipulado condiciones distintas en los cuerpos normativos que la regulen, conforme a lo dispuesto en el Artículo 97 de la Constitución.

Sección Tercera
De la Competencia Desleal

Artículo 17.- Se prohíbe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y, en especial, las siguientes:

- 1° La publicidad engañosa o falsa dirigida a impedir o limitar la libre competencia;
- 2° La promoción de productos y servicios con base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro producto o servicio de los competidores; y
- 3° El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos.

Sección Cuarta
Del Régimen de Excepciones

Artículo 18.- El Presidente de la República, en Consejo de Ministros y oída la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, fijará las normas dentro de las cuales podrá permitirse la realización de las siguientes actividades:

- 1° La fijación directa o indirecta, individual o concertada de precios de compra o venta de bienes o servicios
- 2° La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones diferentes para prestaciones similares o equivalentes que ocasionen desigualdades en la situación competitiva, especialmente si son distintas de aquellas condiciones que se exigirían si hubiera una competencia efectiva en el mercado, salvo los casos de descuentos por pronto pago, descuentos por volúmenes, menor costo del dinero por ofrecer menor riesgo y otras ventajas usuales en el comercio, y
- 3° Representaciones territoriales exclusivas y las franquicias con prohibiciones de comerciar otros productos.

PARÁGRAFO ÚNICO: Al fijar las normas dentro de las cuales podrá permitirse la realización de las actividades señaladas en los ordinales anteriores, el Ejecutivo Nacional de manera concurrente, cumplirá con lo siguiente:

- 1° La autorización de dichas actividades deberá tener por objeto, contribuir a mejorar la producción, la comercialización y la distribución de bienes y la prestación de servicios o a promover el progreso técnico o económico;
- 2° Las actividades que se autoricen deberán aportar ventajas para los consumidores o usuarios,

- 3° La autorización previa de las actividades que se permitan, así como el control de su ejecución, por la Superintendencia; y
- 4° La autorización sólo contendrá lo indispensable para lograr el objeto que se persigue.

TÍTULO III

DE LA SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBRE COMPETENCIA

Capítulo I

De su Régimen Interior

Artículo 19.- Se crea la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia con autonomía funcional en las materias de su competencia, adscrita administrativamente al Ministerio de Fomento.

Artículo 20.- La Superintendencia tendrá su sede en la ciudad de Caracas; pero, podrá establecer dependencias en otras ciudades del país, si así lo considerase necesario.

Artículo 21.- La Superintendencia estará a cargo de un Superintendente designado por el Presidente de la República.

Artículo 22.- El Superintendente tendrá un Adjunto designado por el Presidente de la República. Ambos durarán cuatro (4) años en el ejercicio de sus cargos y podrán ser designados para ejercer nuevos períodos.

Las faltas temporales del Superintendente serán suplidas por el Adjunto.

Las faltas absolutas del Superintendente y del Adjunto serán suplidas por quienes designe el Presidente de la República para el resto del período.

Artículo 23.- El Superintendente y el Adjunto deberán ser mayores de treinta (30) años, de reconocida probidad y experiencia en asuntos financieros, económicos y mercantiles, vinculados a las materias propias de esta Ley.

PARÁGRAFO ÚNICO: No podrán ser designados Superintendente y Superintendente Adjunto:

- 1° Los declarados en quiebra, culpable o fraudulenta, y los condenados por delitos o faltas contra la propiedad, contra la fe pública o contra el patrimonio público.
- 2° Quienes tengan con el Presidente de la República, con el Ministro de Fomento, o con algún miembro de la Superintendencia, parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o sean cónyuges de alguno de ellos;
- 3° Los deudores de obligaciones morosas, bancarias o fiscales;

- 4° Los miembros de las direcciones de los partidos políticos, mientras estén en el ejercicio de sus cargos;
- 5° Los funcionarios, directores o empleados de las personas naturales o jurídicas a que se refiere esta Ley; y
- 6° Quienes estén desempeñando funciones públicas remuneradas.

Artículo 24.- El Superintendente y el Adjunto no podrán ser removidos de sus cargos sino por los siguientes supuestos:

- 1) En caso de condena penal;
- 2) Por incompatibilidad sobrevenida; y
- 3) Por incumplimiento de los deberes del cargo y por ineptitud plenamente comprobada.

Artículo 25.- La Superintendencia contará con una Sala de Sustanciación, la cual tendrá las atribuciones que le señalan esta Ley, su Reglamento y el Reglamento Interno de la Superintendencia.

La Sala de Sustanciación estará a cargo del Superintendente Adjunto y contará con funcionarios instructores en número suficiente que permitan garantizar la celeridad en la decisión de las materias de competencia de la Superintendencia.

Artículo 26.- El Superintendente no podrá desempeñar ninguna otra función, pública o privada, salvo las académicas y docentes que no menoscaben el cumplimiento de sus deberes y funciones.

Artículo 27.- Los funcionarios de la Superintendencia, serán de libre nombramiento y remoción por el Superintendente.

Artículo 28.- Los funcionarios de la Superintendencia que hayan investigado una empresa, no podrán trabajar para ésta ni para ninguna otra que tenga vinculación directa o indirecta, con dicha empresa, dentro del año siguiente a la investigación. Igual prohibición recaerá sobre su cónyuge y sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El funcionario se inhibirá ante el Superintendente si se le comisiona para efectuar investigaciones relativas a empresas o personas, si ello compromete en cualquier forma su interés o si en ellas prestan servicios su cónyuge o alguno de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Igualmente se le aplicará el régimen de incompatibilidades previsto en el Capítulo II de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Capítulo II
De sus atribuciones

Artículo 29.- La Superintendencia tendrá su cargo la vigilancia y el control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia. Entre otras, tendrá las siguientes atribuciones:

- 1) Resolver las materias que tiene atribuidas por esta Ley;
- 2) Realizar las investigaciones necesarias para verificar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia e instruir los expedientes relativos a dichas prácticas,
- 3) Determinar la existencia o no de prácticas o conductas prohibidas, tomar las medidas para que cesen e imponer las sanciones previstas en esta Ley.
- 4) Dictar las medidas preventivas, de oficio o a solicitud de interesados, para evitar los efectos perjudiciales de las prácticas prohibidas;
- 5) Otorgar las autorizaciones correspondientes en aquellos casos de excepción a que se refiere el Artículo 18 de esta Ley, siempre dentro de los límites de las normas que se dicten al efecto,
- 6) Proponer al Ejecutivo Nacional las reglamentaciones que sean necesarias para la aplicación de esta Ley.
- 7) Dictar su reglamento interno y las normas necesarias para su funcionamiento;
- 8) Emitir dictamen sobre los asuntos de su competencia cuando así lo requieran las autoridades judiciales o administrativas,
- 9) Crear y mantener el Registro de la Superintendencia; y
- 10) Cualesquiera otras que le señalen las leyes y reglamentos.

Capítulo III
Del Registro de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

Artículo 30.- La Superintendencia deberá llevar un Registro en el cual se inscribirán los siguientes actos:

- 1° Las investigaciones que se hubieren iniciado y los resultados obtenidos. En libro aparte, que será de uso reservado de la Superintendencia, se incorporarán los documentos aportados por los particulares que, por su contenido, deban permanecer bajo reserva;
- 2° Las medidas que se hubieren tomado en cada caso y las disposiciones previstas para asegurar su cumplimiento;
- 3° Cualquier otra resolución o decisión que afecte a terceros o a funcionarios de la Superintendencia, y
- 4° Las sanciones impuestas.

Capítulo IV
Del Deber de Informar

Artículo 31.- Todas las personas y empresas que realicen actividades económicas en el país, públicas o privadas, nacionales o extranjeras, deberán suministrar la información y documentación que les requiera la Superintendencia.

Los datos e informaciones suministrados, tendrán carácter confidencial, salvo si la Ley establece su registro o publicidad.

TÍTULO IV
DEL PROCEDIMIENTO

Capítulo I
Del Procedimiento en caso de Prácticas Prohibidas

Artículo 32.- El procedimiento se iniciará a solicitud de parte interesada o de oficio.

La iniciación de oficio sólo podrá ser ordenada por el Superintendente.

Cuando se presuma la comisión de hechos violatorios de las normas previstas en esta Ley, el Superintendente ordenará la apertura del correspondiente procedimiento e iniciará, por medio de la Sala de Sustanciación, la investigación o sustanciación del caso si éste fuere procedente.

Artículo 33.- Con excepción de las infracciones a las disposiciones de la Sección Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley, las cuales prescriben a los seis (6) meses, las demás infracciones prescriben al término de un (1) año.

La prescripción comenzará a contarse desde la fecha de la infracción; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que haya cesado la continuación o permanencia del hecho.

Artículo 34.- La Sala de Sustanciación practicará los actos de sustanciación requeridos para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades.

En ejercicio de sus facultades, la Sala de Sustanciación tendrá los más amplios poderes de investigación y fiscalización y, en especial, los siguientes:

- 1° Citar a declarar a cualquier persona en relación a la presunta infracción;
- 2° Requerir de cualquier persona la presentación de documentos o información que puedan tener relación con la presunta infracción,
- 3° Examinar, en el curso de las averiguaciones, libros y documentos de carácter contable; y
- 4° Emplazar, por la prensa nacional, a cualquier persona que pueda suministrar información en relación con la presunta infracción.

Artículo 35.- Durante la sustanciación del expediente y antes de que se produzca decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas siguientes:

- 1° La cesación de la presunta práctica prohibida, y
- 2° Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida.

PARÁGRAFO PRIMERO: Si las medidas preventivas pudieran haber sido solicitadas por parte interesada, el Superintendente podrá exigirle la constitución de una caución para garantizar los eventuales daños y perjuicios que se causáren.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En caso que las mencionadas medidas preventivas pudieran causar grave perjuicio al presunto infractor, éste podrá solicitar al Superintendente la suspensión de sus efectos. En este caso, el Superintendente deberá exigir la constitución previa de caución suficiente para garantizar la medida.

Artículo 36.- Cuando en el curso de las averiguaciones aparezcan hechos que puedan ser constitutivos de infracción de esta Ley, la Sala de Sustanciación notificará a los presuntos infractores de la apertura del respectivo expediente administrativo, con indicación de los hechos que se investigan, concediéndoles un plazo de quince (15) días para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones. En aquellos casos en que la Sala de Sustanciación lo estime necesario, podrá conceder una prórroga de quince (15) días. Cuando sean varios los presuntos infractores, el plazo señalado comenzará a contarse desde la fecha en que haya ocurrido la última de las notificaciones a que se refiere este Artículo.

Artículo 37.- Una vez transcurrido el plazo o la prórroga establecidos en el Artículo anterior, la Superintendencia deberá resolver dentro de un término de treinta (30) días.

Artículo 38.- En la resolución que ponga fin al procedimiento, la Superintendencia deberá decidir sobre la existencia o no de prácticas prohibidas por esta Ley.

PARÁGRAFO PRIMERO: En caso de que se determina la existencia de prácticas prohibidas, la Superintendencia podrá:

- 1° Ordenar la cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado,
- 2° Imponer condiciones u obligaciones determinadas al infractor
- 3° Ordenar la supresión de los efectos de las prácticas prohibidas; y
- 4° Imponer las sanciones que prevé esta Ley.

PARÁGRAFO SECUNDO: En la resolución que dicte la Superintendencia, debe determinarse el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el Artículo 54.

PARÁGRAFO TERCERO: La falta de pago de la multa o el pago efectuado después de vencido el plazo establecido para ello, causa la obligación de pagar intereses de mora hasta la extinción de la deuda, calculados éstos a la tasa del seis por ciento (6%) por encima de la tasa promedio de redescuento fijada por el Banco Central de Venezuela durante el lapso de la mora.

Artículo 39.- La decisión del Superintendente con respecto al artículo anterior, será notificada a los interesados.

Artículo 40.- Durante la sustanciación del procedimiento, los interesados tendrán acceso al expediente hasta dos (2) días antes de que se produzca la decisión definitiva y podrán exponer sus alegatos, los cuales serán analizados en la decisión.

Artículo 41.- En todo lo no previsto en este Capítulo, el procedimiento se regirá conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Capítulo II

Procedimiento para las Autorizaciones

Artículo 42.- En el otorgamiento de las autorizaciones que se prevén en esta Ley y para la decisión de los demás asuntos que no tengan establecido un procedimiento especial, se seguirá el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

TÍTULO V

DE LAS SANCIONES

Capítulo I

Disposiciones Generales

Artículo 43.- Las sanciones administrativas a que se refiere este Título, serán impuestas por la Superintendencia en la decisión definitiva que ponga fin al procedimiento.

Cuando se efectúe la notificación de la resolución contentiva de la decisión a los infractores, será entregada la correspondiente planilla de liquidación de la multa impuesta a fin de que cancelen el monto en la oficina recaudadora correspondiente en el plazo de cinco (5) días después de vencido el término previsto en el Artículo 53.

Artículo 44.- Las sanciones previstas en este Título se aplicarán sin perjuicio de las establecidas en otras leyes.

Artículo 45.- Los autores, coautores, cómplices, encubridores e instigadores de hechos violatorios previstos en esta Ley, responderán solidariamente por las infracciones en que incurrieren.

Artículo 46.- Las sanciones que se apliquen, de conformidad con esta Ley, prescriben por el transcurso de cuatro (4) años, contados desde la hecha en que haya quedado definitivamente firme la resolución respectiva.

La acción para reclamar la restitución de lo pagado indebidamente por concepto de sanciones pecuniarias prescribe después de transcurrido el lapso de cuatro (4) años.

Artículo 47.- Cuando el sancionado no pague la multa dentro del plazo señalado en el único aparte del Artículo 43, se procederá de conformidad con el procedimiento para la ejecución de créditos fiscales previsto en el Código de Procedimiento Civil.

A tal efecto, constituirán título ejecutivo las planillas de liquidación de multas que se expidan de conformidad con el presente Título.

Artículo 48.- A falta de disposiciones especiales, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la legislación penal compatibles con las materias reguladas por esta Ley.

Capítulo II

De las Sanciones en Particular

Artículo 49.- Quienes incurran en las prácticas y conductas prohibidas señaladas en las Secciones Primera, Segunda y Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley, podrán ser sancionados por la Superintendencia con multa hasta del diez por ciento (10%) del valor de las ventas del infractor,

cuantía que podrá ser incrementada hasta al veinte por ciento (20%), de reincidencia, la multa se aumentará a cuarenta por ciento (40%). El cálculo del monto de las ventas a las que se refiere este artículo, será correspondiente al ejercicio económico anterior a la Resolución de la multa.

Artículo 50.- La cuantía de la sanción a que se refiere el Artículo anterior, se fijará atendiendo a la gravedad de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- 1° La modalidad y alcance de la restricción de la libre competencia;
- 2° La dimensión del mercado afectado,
- 3° La cuota de mercado del sujeto correspondiente;
- 4° El efecto de la restricción de la libre competencia, sobre otros competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes del proceso económico y sobre los consumidores y usuarios;
- 5° La duración de la restricción de la libre competencia; y
- 6° La reincidencia en la realización de las conductas prohibidas.

Artículo 51.- La Superintendencia podrá imponer, independientemente de las multas a que se refiere el Artículo 49, multas de hasta un millón de bolívares (Bs. 1.000.000,00), a aquellas personas que no cumplan las órdenes contenidas en las resoluciones dictadas por ella, todo de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 35 y 38. Estas multas podrán ser aumentadas sucesivamente en un cincuenta por ciento (50%) del monto original cada vez si en el lapso previsto no hubieren sido canceladas por el infractor.

Artículo 52.- Toda infracción a esta Ley y a sus reglamentos, no castigada expresamente, será sancionada con multa de hasta tres millones de bolívares (Bs. 3.000.000,00), según la gravedad de la falta, a juicio de la Superintendencia.

TÍTULO VI DE LOS RECURSOS

Artículo 53.- Las resoluciones de la Superintendencia, agotan la vía administrativa y contra ellas sólo podrá interponerse, dentro del término de cuarenta y cinco (45) días continuos, el recurso contencioso-administrativo, de conformidad con la Ley de la materia.

Artículo 54.- Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinen la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el párrafo segundo del Artículo 38.

TÍTULO VII DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE ESTA LEY

Artículo 55.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo único de este Artículo, los afectados por las prácticas prohibidas, podrán acudir a los tribunales competentes para demandar las indemnizaciones por daños y perjuicios a que hubiere lugar, una vez que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme.

PARÁGRAFO ÚNICO: En caso de infracción de las disposiciones de la Sección Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley, los afectados podrán acudir directamente ante los tribunales competentes, sin necesidad de agotar la vía administrativa. Sin embargo, si los afectados decidieren iniciar el respectivo procedimiento administrativo, de conformidad con las disposiciones del Capítulo I del Título IV de esta Ley, no podrán demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieren podido sufrir como consecuencia de prácticas prohibidas, sino después que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme.

Artículo 56.- Las acciones por daños y perjuicios derivados de prácticas prohibidas por esta Ley, prescribirán:

- 1° A los seis (6) meses contados desde la fecha en que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme; o
- 2° A los seis (6) meses para las infracciones a las disposiciones de la Sección Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley, en el caso de que no se iniciare el procedimiento administrativo del Capítulo I del Título IV de esta Ley. La prescripción comenzará a contarse desde la fecha en que se consumó la infracción; y para las infracciones continuadas o permanentes, desde el día en que cesó la continuación o permanencia del hecho.

TÍTULO VIII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 57.- Son nulos de nulidad absoluta, los actos o negocios jurídicos que tengan por causa u objeto las prácticas y conductas prohibidas en las Secciones Primera y Segunda del Capítulo II del Título II de esta Ley, siempre que no estén amparadas por las excepciones previstas en ellas.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, en Caracas, a los trece días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Años 181° de la Independencia y 132° de la Federación.

EL PRESIDENTE,
PEDRO PARIS MONTESINOS

EL VICEPRESIDENTE,
LUIS ENRIQUE OBERTO G.

LOS SECRETARIOS,
JOSE RAFAEL QUIROZ SERRANO
JOSE RAFAEL GARCIA-GARCIA

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los treinta días del mes de diciembre de mil novecientos noventa y uno. Año 181° de la Independencia y 132° de la Federación.

Cúmplase,
(L.S.)
CARLOS ANDRES PEREZ

Refrendado
La Ministra de Fomento,
(L.S.)
IMELDA CISNEROS

**Reglamento N° 1 De La Ley Para Proteger El Ejercicio
De La Libre Competencia**

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° - Objetivos

Artículo 2° - Mercado relevante de un determinado servicio.

Artículo 3° - Evaluación complementaria.

CAPÍTULO II: DE LAS CONDUCTAS Y PRACTICAS PERMITIDAS

Artículo 4° y 5°

CAPÍTULO III: DE LAS CONDUCTAS Y PRACTICAS PROHIBIDAS

Artículo 6° - Prohibiciones particulares.

Artículo 7° - Prácticas o conductas que no se puede autorizar.

CAPÍTULO IV: RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS CONDUCTAS Y PRACTICAS PROHIBIDAS

Artículo 8° -

CAPÍTULO V: DE LAS AUTORIZACIONES

Artículo 9° - Autorizaciones Individuales y Excepciones Globales.

Sección Primera: De las Autorizaciones Individuales

Artículo 10 - Evaluación.

Artículo 11 - Indicación de la Autorización Individual.

Artículo 12 - Supervisión de la Superintendencia.

Artículo 13 - Poder de revocar o modificar.

Artículo 14 - Petición de renovación.

Artículo 15 - Extinción de la Autorización Individual.

Sección Segunda: De las Excepciones Globales

Artículo 16 - Excepciones por categorías de prácticas y conductas.

Artículo 17 - Condición de la excepción global a categorías de actividades. d

Artículo 18 - Contenido de la Resolución.

Artículo 19 - Las excepciones podrán ser ampliadas, restringidas o revocadas

Artículo 20 - Solicitud de las partes.

CAPÍTULO VI: DE LAS CONSULTAS, COMUNICADOS, AVISOS PÚBLICOS E INSTRUCTIVOS

Artículo 21 - Emisión de comunicados, avisos públicos, consultas, instructivos

CAPÍTULO VII: DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Artículo 22 -

(Publicado en la Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela N° 35.160, corregido por el Despacho del Ministro Numero 380.-Ministerio de la Secretaria de la Presidencia. Caracas, 30 de abril de 1993. Publicado en la Gaceta Oficial N° 35.202 de 3 de mayo de 1993).

Carlos Andrés Pérez

Presidente de la Republica

En uso de la atribución que le confiere el ordinal 10° del articulo 190 de la Constitución de la Republica, en Consejo de Ministros.

Decreta:

el siguiente

REGLAMENTO N° 1 DE LA LEY PARA PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1° - Son objetivos de este Reglamento:

1. Desarrollar un Régimen de Excepciones de autorizaciones que simplifique el control administrativo de los sujetos sometidos a la aplicación de la Ley y este Reglamento, y que a su vez asegure el cumplimiento de sus disposiciones, mediante la obligación de notificar a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, sus prácticas y conductas.
2. Otorgar excepciones globales que permitan el ejercicio simultáneo de prácticas y conductas similares.
3. Aclarar a los sujetos de la Ley si las actividades económicas que realicen, constituyen infracciones o atentados a la libre competencia.
4. Contribuir a la mejora de la producción, comercialización, distribución de bienes o prestación de servicios; promover la eficiencia económica del aparato productivo mediante el progreso técnico o económico; y aportar ventajas para los consumidores de bienes o usuarios de servicios.

Artículo 2° -A los fines de establecer el mercado relevante de un determinado servicio, la Superintendencia podrá considerar:

1. La posibilidad de sustitución, en términos de tiempo y costos del bien o servicio, por otros bienes o servicios nacionales, originada en razón de la tecnología, de las preferencias de los consumidores o de la competencia entre marcas o patentes;
2. La posibilidad de sustitución del bien o servicio por otros bienes o servicios importados, originada en razón del nivel de importaciones, por los

niveles tarifarios, por la existencia de barreras no arancelarias al comercio o de medidas que establezcan derechos antidumping o compensatorios;

3. La posibilidad de los consumidores, usuarios o proveedores del bien o servicio de disponer de fuentes actuales o potenciales de oferta o de demanda alternativas de bienes o servicios idénticos o sustitutos;

4. Los costos de transporte y otros costos de transacción o de comercialización del bien o servicio, y los costos de seguros;

5. La existencia y efectos de restricciones al comercio nacional originadas en normas jurídicas nacionales o extranjeras que limiten el acceso de los compradores a proveedores alternativos de bienes y servicios sustitutos o el acceso de vendedores a compradores alternativos de bienes y servicios sustitutos.

Artículo 3° -A los fines de establecer la existencia de una competencia efectiva en el mercado relevante la Superintendencia evaluará, además de los elementos indicados en el artículo 16 de la Ley, entre otros:

1. El impacto de la práctica analizada en los precios;

2. La existencia de oferta o demanda actual o potencial de bienes o servicios nacionales o extranjeros durante un período de tiempo determinado;

3. La sustituibilidad y posibilidad de competencia entre marcas o patentes;

y

4. Que la práctica analizada no sea adoptada conjuntamente con acciones dirigidas a elevar los costos de acceso o salida en el mercado relevante de suplidores alternativos, potenciales o actuales, nacionales o extranjeros.

CAPÍTULO II DE LAS CONDUCTAS Y PRACTICAS PERMITIDAS

Artículo 4° - No impiden, restringen, falsean o limiten la libre competencia en el mercado relevante, las siguientes practicas:

1. Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o practicas concertadas, entre no competidores, a que se refieren los artículos 10 y 12 de la Ley, siempre que se permita la realización de una competencia efectiva en el mercado relevante, en los términos del artículo 16 de la Ley.

2. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales par prestaciones similares o equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros, siempre que se trate de ventajas usuales en el comercio, tales como descuentos por pronto pago, descuentos por volúmenes, menor costo del dinero por ofrecer menor riesgo y otras prácticas de efectos equivalentes; y

3. El otorgamiento de representaciones territoriales no exclusivas, incluidos los contratos de compra o de distribución no exclusivos, y las franquicias cuando no contengan prohibiciones de comerciar con otros productos.

Artículo 5° - No impiden, restringen, falsean o limitan la libre competencia en el mercado relevante los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas contempladas en este Reglamento que no afecten significativamente el comportamiento de ese mercado, cuyo objeto esté integrado por bienes o servicios que constituyan una cuota de participación conjunta inferior al porcentaje que determine anualmente la Superintendencia mediante Resolución.

CAPÍTULO III DE LAS CONDUCTAS Y PRACTICAS PROHIBIDAS

Artículo 6° - Para que las conductas y prácticas a que se refieren los artículos 6° al 13 de la Ley, se consideren prohibiciones particulares, deberán impedir, restringir, falsear o limitar la libre competencia. Dichas prácticas y conductas no podrán ser autorizadas, salvo que sean exceptuadas conforme a las previsiones de la Ley y de este Reglamento.

Artículo 7° - La Superintendencia no podrá autorizar la realización de las prácticas o conductas siguientes:

1. Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas entre competidores a que se refieren los artículos 7°, 9° y 10 de la Ley para: Fijar precios o condiciones de comercialización; limitar la producción mediante la fijación de niveles o cuotas; boicotear u obstaculizar el acceso al mercado, mediante la incitación a terceros sujetos de la Ley a no aceptar la entrega de bienes o prestación, a no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros; participar en licitaciones; o repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento;
2. Las conductas o prácticas unilaterales que constituyan un abuso de posición de dominio en el mercado relevante, en los términos previstos en el artículo 13 de la Ley.

CAPÍTULO IV RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN A LAS CONDUCTAS Y PRACTICAS PROHIBIDAS

Artículo 8° - La Superintendencia podrá autorizar prácticas o conductas cuando aporten ventajas a los consumidores o usuarios de los bienes o servicios objeto de las mismas, y concurrentemente contribuyan a incrementar la eficiencia económica de las personas participantes en ellas, y cumplan con

los demás términos y condiciones establecidos en el Parágrafo Único del artículo 18 de la Ley, en particular:

1. Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas, entre competidores, a que se refieren los artículos 9° y 10 de la Ley;
2. Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas, entre no competidores a que se refieren los artículos 10 y 12 de la Ley, que impidan una competencia efectiva y tengan efectos significativos en el mercado relevante; y
3. Las prácticas o conductas unilaterales a que se refieren los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley.

CAPÍTULO V DE LAS AUTORIZACIONES

Artículo 9° -Conforme a las disposiciones de este Capítulo, la Superintendencia podrá otorgar, Autorizaciones Individuales y Excepciones Globales.

Sección Primera

De las Autorizaciones Individuales

Artículo 10 - A los fines de otorgar autorizaciones individuales de prácticas y conductas, la Superintendencia tomará en cuenta:

1. Que su naturaleza y duración no impida el ejercicio de una competencia efectiva en el mercado relevante;
2. Que la exclusión de la competencia derivada de su eventual realización no sea significativa;
3. Que no estimulen las probabilidades de coordinación entre los agentes participantes desvirtuándose el propósito para el cual ha sido requerida la autorización respectiva;
4. Que se limiten a lo imprescindible para alcanzar los efectos beneficiosos a que se refiere el Parágrafo Único del artículo 18 de la Ley;
5. Que los beneficios que se derivan para la colectividad excedan sus efectos restrictivos o limitativos sobre la competencia; y
6. Que la autorización tenga por objeto contribuir en la mejora, perfeccionamiento o desarrollo de la producción, la comercialización, la distribución de los bienes y la prestación de servicios o en la promoción del progreso técnico o económico, así como en el aporte de ventajas para los consumidores o los usuarios de dichos bienes o servicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley.

Artículo 11 - La Autorización Individual, además de los requisitos establecidos en el Artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, indicará:

1. La duración de la autorización;
2. Las condiciones dentro de las cuales se permitirá la realización de las prácticas y conductas objeto de la autorización, si fuera el caso; y
3. La indicación del objeto que se persigue con la autorización.

Artículo 12 - Las prácticas y conductas permitidas estarán sujetas a la supervisión de la Superintendencia, quien además velará por el cumplimiento de los propósitos y objeto de las autorizaciones individuales concedidas.

Artículo 13 - La Superintendencia podrá, en cualquier momento, revocar o modificar la autorización individual, en los siguientes casos:

1. Cuando la situación de hecho cambiara en relación con un elemento esencial de la autorización;
2. Cuando los interesados infringieran una carga o condición impuesta por la autorización;
3. Cuando la autorización se hubiere dictado sobre la base de indicaciones falsas o inexactas o se hubiera obtenido fraudulentamente.

Artículo 14 - La Autorización Individual sólo podrá ser renovada a instancia del interesado.

Artículo 15 - Las Autorizaciones Individuales a que alude esta Sección, se extinguirán una vez cumplido su objeto.

Sección Segunda

De las Excepciones Globales

Artículo 16 - La Superintendencia podrá exceptuar categorías de prácticas y conductas que tengan por objeto, entre otras:

1. La aplicación uniforme de normas y tipos relativos a condiciones generales comerciales, así como de suministro y pago;
2. La investigación y desarrollo conjunto de mejoras técnicas o tecnológicas;
3. La especialización a fin de racionalizar, planificar y fomentar la producción y los acuerdos necesarios para su realización o ejecución;
4. La exportación de bienes o servicios;
5. El compromiso de una parte del acuerdo respecto de la otra en suministrar o comprar en exclusiva determinados productos;
6. La imposición o establecimiento de limitaciones en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial e intelectual, incluidos los conocimientos técnicos; o

7. El otorgamiento de franquicias.

Artículo 17 - La excepción global a categorías de actividades deberá asegurar, entre otros:

1. Que los sujetos amparados por la excepción respectiva no excedan el propósito para el cual ha sido establecida, teniendo en cuenta el tipo y la duración de la práctica o conducta realizada;
2. Que no se excluya una competencia efectiva en un mercado relevante;
3. Que se contribuya en la mejora, perfeccionamiento o desarrollo de la producción la comercialización, la distribución de los bienes y la prestación de servicios o en la promoción del progreso técnico o económico, así como en el aporte de ventajas para los consumidores o los usuarios de dichos bienes o servicios, de conformidad con lo establecido en el Parágrafo Único del artículo 18 de la Ley; y
4. Que se limiten a lo necesario para obtener los efectos beneficiosos a que se refiere el Parágrafo Único del artículo 18 de la Ley y que tales beneficios excedan los efectos restrictivos o limitaciones de la competencia derivados de su eventual realización.

Artículo 18 - La Resolución que dicte la Superintendencia con base en esta Sección contendrá:

1. Una definición de los acuerdos exceptuados;
2. El contenido de las cláusulas que no podrán figurar en los acuerdos;
3. El contenido de las cláusulas que podrán figurar en los acuerdos;
4. Las cláusulas que podrán figurar siempre que se cumplan las condiciones que establezca la excepción.

Artículo 19 - Las excepciones podrán ser ampliadas, restringidas o revocadas cuando las circunstancias de hecho varíen respecto de un elemento que haya sido considerado esencial para adoptarlas en cuyo caso, se podrá fijar un período de transición para los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas mencionados en la Resolución correspondiente.

Artículo 20 - En cualquier caso, cuando por su naturaleza o contenido una práctica o conducta no se ajuste a ninguna de las condiciones establecidas en la excepción respectiva o cuando las partes establezcan otras restricciones a la competencia distintas a las permitidas en ellas, las partes deberán solicitar a la Superintendencia la Autorización Individual correspondiente, según lo establecido en este Reglamento.

CAPÍTULO VI

DE LAS CONSULTAS, COMUNICADOS, AVISOS PÚBLICOS E INSTRUCTIVOS

Artículo 21 - La Superintendencia podrá emitir comunicados, avisos públicos, consultas, instructivos y cualquier otro instrumento dirigido a aclarar y orientar acerca del alcance y aplicación de las normas contenidas en la Ley y sus Reglamentos.

CAPÍTULO VII

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Artículo 22 - Los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas y prácticas concertadas que conforme a este Reglamento requieren de Autorizaciones Individuales, deberán adecuarse a las normas de este Reglamento en un plazo de ciento ochenta (180) días contados a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial.

Dado en Caracas, a los veintiún días del mes de enero de mil novecientos noventa y tres. Año 182° de la Independencia y 133° de la Federación.

(L.S.)

Carlos Andrés Pérez

Refrendado:

El Ministro de Relaciones Interiores, Jesús R. Carmona B.

El Ministro de Relaciones Exteriores, Fernando Ochoa Antich

El Ministro de Hacienda, Pedro Rosas Bravo

El Ministro de la Defensa, Ivan Jimenez Sánchez

El Ministro de Fomento, Frank de Armas Moreno

El Ministro de Educación, Pedro Augusto Beauperthuy

El Ministro de Sanidad y Asistencia Social, Rafael Orihuela

El Ministro de Agricultura y Cría, Jonathan Coles Ward

El Ministro del Trabajo, Jesús Ruben Rodriguez V.

El Ministro de Transporte y Comunicaciones, Fernando Martínez M.

El Ministro de Justicia, José Mendoza Angulo

El Ministro de Energía y Minas, Alirio Parra

El Ministro del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, Enrique Colmenares Finol

El Ministro del Desarrollo Urbano, Diogenes Música

La Ministra de la Familia, Teresa Albanez Barnola

El Ministro de la Secretaría de la Presidencia, Celestino Armas

El Ministro de Estado, Ricardo Hausmann

El Ministro de Estado, Leopoldo Sucre Figarella

Decreto N° 1311, De 2 De Mayo De 1996.
Reglamento N° 2 De La Ley Para Promover Y Proteger El Ejercicio
De La Libre Competencia

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

- Artículo 1 - Objeto del reglamento
- Artículo 2 - Ámbito de aplicación
- Artículo 3 - Cálculo del volumen de negocios
- Artículo 4 - Modalidades de las operaciones de concentración económica
- Artículo 5° - Evaluación de las operaciones restrictivas de la libre competencia

CAPÍTULO II: DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN PREVIA

- Artículo 6 - La solicitud
- Artículo 7 - Requisitos de la solicitud de evaluación previa
- Artículo 8 - Procedimientos de investigación
- Artículo 9 - Solicitantes
- Artículo 10 - Requerimiento de información adicional
- Artículo 11 - Terceros
- Artículo 12 - Decisión del procedimiento de investigación
- Artículo 13 - Efectos de la decisión
- Artículo 14 - Publicación de la decisión

CAPÍTULO III: DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

- Artículo 15 - Procedimiento
- Artículo 16 - Medidas preventivas
- Artículo 17 - Decisión
- Artículo 18 - Operaciones de concentración ya evaluadas
- Artículo 19 - Multas por incumplimiento

DECRETO N° 1311 - DE 02 MAYO DE 1996

RAFAEL CALDERA,
Presidente de la República,

En ejercicio de la atribución que le confiere el ordinal 10° del artículo 190 de la Constitución, en Consejo de Ministros,

Decreta:
el siguiente

REGLAMENTO N° 2 DE LA LEY PARA PROMOVER Y PROTEGER EL EJERCICIO DE LA LIBRE COMPETENCIA

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1 - Objeto del reglamento

Este Reglamento tiene por objeto desarrollar un régimen de evaluación y control de operaciones de concentración económica, en ejecución de la norma contenida en el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Artículo 2 - Ámbito de aplicación

Este Reglamento se aplicará a todas las operaciones de concentración económica cuando el monto del volumen de negocios total de las empresas o divisiones objeto de la operación supere la cuantía que establezca la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República.

Artículo 3 - Cálculo del volumen de negocios

A los efectos del artículo anterior, el cálculo del volumen de negocios total se realizará mediante la sumatoria de los importes resultantes de la venta de productos y de la prestación de servicios realizados por las empresas objeto de la operación de concentración económica, durante su último ejercicio económico, previa deducción realizada de los descuentos sobre ventas, así como del impuesto al valor agregado y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios; en particular, deberán aplicarse las siguientes reglas específicas:

a) Adquisición fraccionada. Cuando la operación consista en la adquisición de partes, fondos de comercio o divisiones de una o más empresas o personas, sólo se tendrá en cuenta, con respecto al cedente o a los cedentes de dichas partes o divisiones, el volumen de negocios correspondiente a las partes, fondos de comercio o divisiones que son objeto de la operación.

b) Empresas vinculadas entre sí. Si alguna de las empresas objeto de la operación de concentración económica pertenece a un grupo de empresas vinculadas, en los términos definidos por el artículo 15 de la Ley, al volumen de negocios de esa empresa se sumarán los volúmenes de negocios, correspondientes a la misma actividad, de:

- 1) Las personas controladas directa o indirectamente por ella.
- 2) Las personas que controlen directa o indirectamente a la empresa.
- 3) Las personas en las que cualquiera de las anteriores dispongan, directa o indirectamente, de los derechos de control.

No obstante, para el cálculo del volumen de negocios no se tendrán en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre las empresas vinculadas.

c) Empresas con filiales comunes. Cuando las empresas participantes en la operación dispongan conjuntamente, en forma directa o indirecta, de los derechos o facultades de control sobre una empresa, en el cálculo del volumen de negocios de las empresas participantes:

- 1) No se tendrá en cuenta el volumen de negocios correspondientes a la venta de productos y a la prestación de servicios realizados entre la empresa común y cada una de las empresas participantes o cualquier otra empresa vinculada a cualquiera de ellas, con arreglo a lo dispuesto en numerales 1) a 3) del literal b) de este artículo.
- 2) Se tendrá en cuenta el volumen de negocios correspondiente a la venta de productos y a la prestación de servicios realizados entre la empresa común y cualquier tercero. Ese volumen de negocios se imputará por partes iguales a las empresas participantes.

d) Bancos e instituciones financieras. En el caso de los bancos y otras instituciones financieras, se considerará que su volumen de negocios es un décimo de su activo calculado en la fecha de la operación.

e) Empresas de seguros. En el caso de las empresas de seguros, se considerará que su volumen de negocios es el valor de las primas brutas emitidas durante el último ejercicio económico, que comprendan todos los importes cobrados y pendientes de cobro por contratos de seguro celebrados por dichas empresas o por cuenta de ellas, incluyendo las primas cedidas a las reaseguradoras, y luego de la deducción de los impuestos o gravámenes pagados sobre la base del importe de las primas.

Artículo 4 - Modalidades de las operaciones de concentración económica
A los efectos de este Reglamento, se entenderá que las siguientes constituyen operaciones de concentración económica:

a) La fusión efectuada en los términos indicados en el Código de Comercio, entre dos o más de las personas a las que se refiere el artículo 4º de la Ley cuando éstas no se encuentren vinculadas entre sí.

- b) La constitución de una empresa común, efectuada por parte de dos o más de las personas, no vinculadas entre sí, a que se refiere el artículo 4° de la Ley, cuando tal operación tenga como efecto una concentración económica y la empresa resultante desempeñe, con carácter permanente, las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto una mera coordinación del comportamiento competitivo de las empresas fundadoras entre sí, ni entre éstas y la empresa común.
- c) La adquisición, directa o indirecta, por una o más de las personas a que se refiere el artículo 4° de la Ley, del control sobre otras empresas, a través de la adquisición de acciones, la toma de participantes en el capital, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control de una empresa en los términos del párrafo único del artículo 15 de la Ley.
- d) La adquisición de activos productivos o fondos de comercio.
- e) Cualquier otro acto, contrato o figura jurídica, incluyendo las adjudicaciones judiciales, los actos de liquidación voluntaria o forzosa y las herencias o legados, por medio de los cuales se concentren empresas, divisiones o partes de empresas, fondos de comercio o activos productivos en general.

Artículo 5° - Evaluación de las operaciones restrictivas de la libre competencia

A los efectos de establecer si una operación de concentración económica genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, o produce o refuerza una posición de dominio, la Superintendencia tomará en cuenta entre otros elementos, lo siguiente:

- a) Si la operación produce un aumento significativo de la concentración en el mercado relevante y, como resultado de la misma, se genere un mercado relevante moderada o altamente concentrado.
- b) Si la operación facilita sustancialmente la realización de conductas, prácticas, acuerdos, convenios o contratos que impidan, restrinjan, falseen o limiten la libre competencia, así como la imposición de barreras a la entrada de nuevos competidores.
- c) Si la operación posibilita que la empresa resultante de la operación pueda elevar precios unilateralmente, sin que sus competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.
- d) Si la entrada en el mercado relevante por parte de un nuevo competidor no es lo suficientemente fácil, oportuna, posible y suficiente, como para evitar que, después de la operación, los participantes en el mercado, en forma individual o colectiva, puedan sostener un aumento de precios por encima del nivel anterior a la operación.
- e) Si la operación no es indispensable para evitar la salida del mercado relevante de los activos productivos de la empresa adquirida.

f) Si la operación tiene o puede tener por objeto desplazar indebidamente del mercado relevante otras empresas, o impedirles el acceso al mismo, especialmente en las operaciones de concentración entre empresas que se encuentran ubicadas en una misma cadena productiva.

Con base en el anterior, la Superintendencia dictará los Lineamientos Generales de Evaluación, las cuales desarrollarán los criterios técnicos de análisis que se aplicarán a las operaciones de concentración económica.

CAPÍTULO II DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EVALUACIÓN PREVIA

Artículo 6 - Evaluación de la solicitud

Las operaciones de concentración económica a que se refiere este Reglamento, podrán ser evaluadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, antes de su realización o ejecución. La solicitud de evaluación previa no obliga a las empresas a suspender la ejecución de la operación, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 13 y 15 de este Reglamento.

Artículo 7 - Requisitos de la solicitud de evaluación previa

La solicitud de evaluación previa deberá estar acompañada de las informaciones y documentos identificados en el "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica" elaborado por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, que se publicará en la Gaceta Oficial de la República.

La solicitud a que se refiere el Instructivo deberá contener:

- 1) Identificación de las empresas solicitantes, y en su caso, de las personas que actúen como sus representantes;
- 2) Identificación de las empresas vinculadas a las solicitantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, así como la identificación de sus accionistas y la composición de sus Directivas o Juntas Administradoras;
- 3) Descripción detallada de la operación de concentración;
- 4) Información relativa a los productos o servicios que han de ser objeto de la operación de concentración;
- 5) Información relativa al ámbito geográfico en el que son producidos y comercializados los productos o servicios que han de ser objeto de la operación de concentración;
- 6) Información relativa al grado de competencia existente en el mercado en el que se ha de verificar la operación de concentración;
- 7) Información relativa a los elementos que determinan la facilidad o dificultad de acceso al mercado en el que se ha de verificar la operación de concentración;

- 8) Descripción detallada de los efectos de la operación sobre el mercado, así como de las eficiencias económicas generadas;
- 9) La petición expresa para que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia evalúe la operación de concentración económica, y declare que la misma no es contraria a la libre competencia, de conformidad con el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia;
- 10) La firma de los solicitantes.

Artículo 8 - Procedimientos de investigación

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, la evaluación de la operación de concentración económica solicitada, se realizará siguiendo el procedimiento ordinario previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Cuando en la solicitud de evaluación previa faltaren o se omitieran los requisitos previstos en el Instructivo, se le comunicará a los solicitantes por escrito para que en el plazo de quince (15) días procedan a subsanar las faltas y omisiones observadas, de conformidad con el artículo 50 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Artículo 9 - Solicitantes

La solicitud de evaluación previa de las operaciones de concentración económica, deberá ser realizada en forma separada por las empresas que participen en la operación de concentración. Deberán asimismo, cada una de ellas individualmente, dar respuesta al "Instructivo sobre Operaciones de Concentración Económica" a que se refiere el artículo 7 de este Reglamento.

Artículo 10 - Requerimiento de información adicional

La Superintendencia podrá solicitar a las empresas participantes en la operación de concentración, la información adicional que considere necesaria para la evaluación administrativa. Asimismo, podrá solicitar a las empresas que operen en el mismo mercado relevante de las que están en proceso de concentración, así como los clientes, a los proveedores y a otras empresas cuya opinión sobre la operación de concentración sea de interés, la información y documentación que considere necesaria para evaluar la operación de concentración económica notificada.

Las personas o empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, están obligadas a suministrar la información prevista en el párrafo anterior, según lo establece el artículo 31 de la Ley. La negativa injustificada a satisfacer los requerimientos que en tal sentido realice la Superintendencia será sancionada de conformidad con los artículos 48 de la ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y 485 del Código Penal.

Artículo 11 - Terceros

Los terceros con interés personal, legítimo y directo podrán intervenir en el procedimiento de notificación, formulando los alegatos y aportando las pruebas necesarias.

Artículo 12 - Decisión del procedimiento de investigación

En la Resolución que ponga fin al procedimiento de investigación, la Superintendencia declarará si la operación de concentración económica es contraria a la libre competencia, de conformidad con el artículo 11 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Dicha Resolución será notificada a los interesados, de conformidad con los artículos 73 y siguientes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Artículo 13 - Efectos de la decisión

Las operaciones de concentración económica que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia haya considerado como no contrarias a la libre competencia en las decisiones que pongan fin al procedimiento de evaluación previa previsto en los artículos 6, 7, 8 y 12 de este Reglamento no serán susceptibles de ser sancionados con posterioridad a su realización, salvo que la decisión tomada por la Superintendencia se haya basado en documentos fraudulentos o en informaciones erróneas, inexactas o incompletas suministradas por alguna de las partes interesadas, o cuando la operación se realice en términos distintos a los expuestos durante el procedimiento de notificación.

Artículo 14 - Publicación de la decisión

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrá acordar la publicación de un extracto de la decisión en un diario de los de mayor circulación de la localidad donde se verifiquen la mayoría de los efectos de la operación, o en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela. Dicho extracto incluirá la mención de las empresas participantes en la operación y el contenido esencial de la decisión, sin divulgar los datos e informaciones suministrados con carácter confidencial.

CAPÍTULO III

DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Artículo 15 - Procedimiento

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrá, de conformidad con los artículos 32 y siguientes de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, efectuar investigaciones preliminares y abrir un procedimiento sancionador cuando presuma que una operación de concentración económica ya celebrada genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, o produce o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante.

Artículo 16 - Medidas preventivas

Durante la sustanciación del procedimiento sancionador abierto según lo previsto en el artículo anterior, y antes de que se produzca la decisión, la Superintendencia podrá dictar las medidas preventivas en el artículo 35 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Artículo 17 - Decisión

En la Resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia decidirá si la operación de concentración económica ya celebrada genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, y si produce o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante.

En tal caso, la Superintendencia, conforme a lo establecido en parágrafo primero del artículo 38 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, podrá ordenar a las personas intervinientes en la operación la desconcentración o separación de las empresas, activos o divisiones concentradas y la cesación del control. Asimismo podrá adoptar cualesquiera otras medidas que permitan restablecer una competencia efectiva e imponer las sanciones previstas en la Ley.

Artículo 18 - Operaciones de concentración ya evaluadas

En los casos en que las partes involucradas completen una operación de concentración que haya sido declarada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia como contraria a la libre competencia en un procedimiento de notificación previa, el procedimiento sancionador a que se refiere el artículo 15 de este Reglamento se limitará a constatar que la operación se realizó en los mismos términos en que fue notificada, y se impondrán sin mayor dilación las sanciones a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 19 - Multas por incumplimiento

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la libre Competencia podrá, de conformidad con el artículo 51 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, imponer multas de hasta Un Millón de Bolívares (Bs. 1.000.000,00) a las personas que no cumplan en el plazo establecido, las órdenes dictadas por la Superintendencia a lo largo del proceso.

Dado en Caracas, a los dos días del mes de mayo de mil novecientos noventa y seis. Año 186° de la Independencia y 137° de la Federación.

RAFAEL CALDERA

(Referendado p.m. lista de Ministros)

Publicado en la Gaceta Oficial n° 35.963, de 21 de mayo de 1996

***Instructivo N° 1 De La Superintendencia Para La Promoción
Y Protección De La Libre Competencia***

12 de Julio de 1993

**FORMULARIO PARA LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE PRACTICAS
RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

- I. La información relativa a los solicitantes de la autorización:
- II. Información relativa al contenido del acuerdo cuya autorización se solicita.
- III. Descripción del Mercado Relevante.
- IV. Objetivos y beneficios derivados del acuerdo.

(Publicado en la Gazeta Oficial de la República de Venezuela de 21.7.1993)

**REPÚBLICA DE VENEZUELA
MINISTERIO DE FOMENTO
SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE
LA LIBRE COMPETENCIA**

Caracas, 12 de Julio de 1993

Años 183° y 134°

De conformidad con el numeral 10 del artículo 29 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con lo establecido en el artículo 21 del Reglamento N° 1 de la citada Ley, esta Superintendencia dicta el siguiente:

**INSTRUCTIVO N° 1
FORMULARIO PARA LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN DE
PRACTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA**

De acuerdo con lo establecido en el Reglamento N° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia que regula el Régimen de Autorizaciones aplicable a aquellas prácticas y conductas que a pesar de encontrarse prohibidas en la Ley por restringir la competencia, generan eficiencia económica y beneficiaria para la sociedad, serán susceptibles de autorización los acuerdos, decisiones, prácticas concertadas o recomendaciones colectivas que tengan por objeto, entre otros:

1. La aplicación uniforme entre competidores de normas y tipos relativos a condiciones generales comerciales, así como de suministros y pagos.

2. La investigación y desarrollo conjunto entre competidores, de mejoras técnicas y tecnológicas.
3. La especialización entre competidores, a fin de racionalizar, planificar y fomentar la producción y los acuerdos necesarios para su realización o ejecución.
4. La exportación de bienes o servicios entre competidores.
5. El compromiso de una parte del acuerdo respecto de la otra de suministrar o comprar en exclusiva determinados productos.
6. La imposición o establecimiento de limitaciones en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial e intelectual, incluidos los conocimientos técnicos.
7. El otorgamiento de franquicias, y
8. Otros acuerdos que cumplan con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley y el artículo 10 del Reglamento N° 1 de la citada Ley.

I. La información relativa a los solicitantes de la autorización:

I.1. Identificación completa y domicilio del solicitante.

En caso de persona natural, la solicitud deberá expresar su nombre y apellido, nacionalidad, profesión y número de cédula de identidad o pasaporte.

En caso de persona jurídica, la solicitud deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación e inscripción por ante la Oficina del Registro Mercantil o Subalterno respectiva. Además, deberá indicarse la identificación y domicilio de los socios o asociados, con expresión de los nombres y apellidos número de las cédula de identidad o pasaportes de cada uno de ellos.

Cuando la solicitud, la suscribiera una persona procediendo a nombre de otra(s) natural(es) o jurídica(s), deberá acompañar además el instrumento auténtico que así lo acredite.

I.2. Si la solicitud fuese formulada conjuntamente por varias personas naturales y/o jurídicas, deberá contener información detallada sobre la identificación de todas ellas, sus respectivos domicilios y datos relativos a su creación o registro, según el caso. Además, deberá expresarse la identificación y domicilio de todos los socios o asociados y de sus representantes legales si fuese el caso, con expresión de los nombres y apellidos, número de las cédula de identidad o pasaporte de cada uno de ellos, y finalmente información clara y precisa relativa al objeto y actividad social, para lo cual deberán acompañar los documentos que así lo acrediten.

I.3. Si se trata de empresas cuya sede principal o casa matriz se encuentre fuera del territorio venezolano, se deberá señalar adicionalmente si ejerce el control de alguna filial o representante en Venezuela, y en caso afirmativo, se deberá señalar su domicilio.

I.4. Dirección donde se harán las notificaciones pertinentes.

II. Información relativa al contenido del acuerdo cuya autorización se solicita.

El interesado deberá hacer una relación completa acerca del acuerdo haciendo referencia a los anexos que le acompañan, si tal es el caso. dicha relación deberá contener:

II.1. Descripción detallada del acuerdo, con especial énfasis en:

- a) Identificación de los productos o los servicios respectivos.
- b) Personas jurídicas o naturales participantes del acuerdo y carácter con el cual participan;
- c) Fecha de entrada en vigencia y duración;
- d) Condiciones, términos y modalidades contractuales del acuerdo.

II.2. Indicar si el acuerdo tiene por objeto directo o indirecto:

- a) Una fijación de precios de compra o venta de bienes o servicios, descuentos u otras condiciones de comercialización;
- b) Una restricción o un control de la producción, del desarrollo técnico o de la inversiones;
- c) Un reparto de mercados o fuentes de suministros;
- d) Una restricción de la libertad de compra o venta a terceros;
- e) La aplicación de condiciones diferentes para prestaciones equivalentes; y
- f) Alguna otra práctica indicada en el artículo 7° del Reglamento N° 1.

III. Descripción del Mercado Relevante.

En la solicitud el interesado deberá identificar el mercado en el cual se aplicará o ejecutará el acuerdo cuya autorización se solicita, para lo cual se acompañarán los anexos pertinentes. En particular, se deberá establecer:

III.1. La posibilidad de sustitución de los bienes o servicios objeto del acuerdo en términos:

- a) de tiempo y costo;
- b) de tecnología;
- c) de las preferencias de los consumidores;
- d) de la competencia entre marcas o patentes.

III.2. La posibilidad de sustitución de los bienes o servicios objeto del acuerdo por otros importados originada en razón de:

- a) nivel de importaciones;
- b) niveles tarifarios;
- c) barreras no arancelarias al comercio de medidas que establezcan derechos antidumping o compensatorios.

III.3. La posibilidad de los consumidores proveedores o usuarios del bien o servicio de disponer de fuentes actuales o potenciales de oferta o de demanda alternativas de bienes o servicios idénticos o sustitutos.

III.4. Costos de transporte, de comercialización y de seguros.

III.5. La existencia y efectos de restricciones al comercio nacional, originadas en normas jurídicas nacionales o extranjeras que limiten el acceso de compradores a proveedores o de vendedores a compradores alternativos de bienes y servicios sustitutos.

III.6. Descripción de la estructura del o de los mercados de los bienes o servicios objeto del acuerdo, señalando los siguientes aspectos:

- a) vendedores u oferentes;
- b) compradores o demandantes;
- c) volumen de negocios expresado en bolívares y en cantidad;
- d) cuota de mercado que representa la empresa;
- e) extensión geográfica.

IV. Objetivos y beneficios derivados del acuerdo.

El interesado manifestará en su solicitud los hechos y motivos por los cuales el acuerdo es susceptible de autorización, indicando entre otros:

IV.1. De que manera la realización del acuerdo contribuye a mejorar la producción o la comercialización de bienes o servicios, o a promover el desarrollo técnico o tecnológico.

IV.2. Cualquier otra información y documentación que a juicio del interesado permita a la Superintendencia apreciar por que el acuerdo produce otros beneficios que justifiquen la autorización.

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia garantiza la confidencialidad de toda la información suministrada, cuando así lo haya manifestado la parte interesada, salvo aquella información que por se establezca el registro o publicidad, de conformidad con el artículo 31 de la Ley.

Comuníquese y Publíquese,

Ana Julia Jatar
Superintendente

(Publicado en la Gazeta Oficial de la República de Venezuela de 21.7.1993)

***Instructivo N° 2 De La Superintendencia Para La Promoción Y Protección
De La Libre Competencia***

23 de mayo de 1994

(Resolución N° SPPLC/0026-94)

INSTRUCTIVO SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

SECCIÓN 1 - Información sobre las partes solicitantes

SECCIÓN 2 - Naturaleza y características de la operación de concentración

SECCIÓN 3 - Personas vinculadas entre si

SECCIÓN 4 - Información sobre el mercado

- a. Definición del mercado-producto
- b. Descripción del mercado geográfico
- c. Cuotas de participación de mercado
- d. Dinámica del mercado
- e. Acceso al mercado
- f. Investigación y desarrollo

SECCIÓN 5 - Eficiencias

Información y documentación Adicional

REPÚBLICA DE VENEZUELA

MINISTERIO DE FOMENTO

SUPERINTENDENCIA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA
LIBRE COMPETENCIA

Caracas, 23 de mayo de 1994

Años 184° y 135°

Resolución N° SPPLC/0026-94

De conformidad con lo establecido en el artículo 29, numeral 10, de la Ley- para Promover v Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento N° 1 de la citada Ley, esta Superintendencia dicta el siguiente

INSTRUCTIVO N° 2

INSTRUCTIVO SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA

El presente instructivo tiene por objeto indicar la información necesaria que deberán suministrar las personas o empresas que notifiquen a la Superintendencia una operación de concentración económica. Las preguntas contenidas en el Instructivo tratan de abarcar todos los aspectos que debe analizar la Superintendencia para determinar los efectos sobre la libre competencia de una operación de concentración económica.

Deberá suministrarse toda la información y documentación requeridas. Sin embargo, cuando no es posible responder alguna de las preguntas formuladas deberán indicarse expresamente las razones de la omisión.

Los solicitantes podrán pedir que determinada información o documentación tenga carácter confidencial, y la Superintendencia deberá acordarlo, salvo si la Ley establece su registro o publicidad. En este sentido, tales informaciones serán archivadas en piezas separadas y reservadas al notificante en particular.

Todas las referencias anuales corresponden a años calendario. De no ser posible disponer de toda la información bajo esta forma, deberá proporcionarse para el año fiscal más cercano al período solicitado.

Cuando los documentos que se anexas estén escritos en un idioma distinto al castellano deberán acompañarse de una transcripción al castellano.

La respuesta a este instructivo no excluye la posibilidad de que se solicite información adicional.

La solicitud, conjuntamente con la información y documentación aquí señaladas, debe presentarse en la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, ubicada en la Torre Este, Piso 19, Parque Central. Caracas.

SECCIÓN 1

Información sobre las partes solicitantes

- 1) Denominación o razón social completa. En el caso de que se trate de personas naturales, firmas personales, sociedades accidentales o cuentas en participación, deberán señalarse los nombres, apellidos y cédulas de identidad. En el caso de sociedades deberán indicarse los datos de constitución.
- 2) Domicilio social y número de registro fiscal (RIF).
- 3) Identificación completa de los administradores y/o de los miembros de la junta Directiva.
- 4) Representante legal de las sociedades.

5) Personas con las que se puede establecer contacto y cargo que desempeña. Dirección, número de teléfono y de fax.

SECCIÓN 2

Naturaleza y características de la operación de concentración

1) Describa de forma sucinta la operación de concentración. Indique si se trata de:

1.1. Una fusión en los términos del artículo 343 del Código de Comercio.

1.2. Una adquisición de acciones o de algún otro tipo de participación societaria.

1.3. Un contrato de adquisición de activos productivos o de fondos de comercio.

1.4. La constitución de una empresa común que tenga como resultado una concentración económica.

1.5. Cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera de cualquier modo el control de una empresa.

2) Indique si se ven afectadas por la operación la totalidad o partes de las personas jurídicas participantes.

3) Explique los aspectos económicos y financieros de la operación, en particular:

3.1. Indique la cuantía a que asciende la operación, así como la forma de la contraprestación convenida entre las partes.

3.2. Indique si alguna de las partes recibirá apoyo financiero, de carácter público o no, especificando en tal caso la naturaleza y cuantía del apoyo financiero.

3.3. Indique la estructura de la propiedad del control de las empresas participantes tras la realización de la operación.

3.4. Presente el calendario para efectuar la operación, indicando el objetivo a cumplir en cada etapa.

SECCIÓN 3

Personas vinculadas entre sí

1) Cada una de las empresas participantes en la operación de concentración deberá suministrar una lista de las personas jurídicas pertenecientes al mismo grupo.

Dicha lista deberá incluir una relación completa de:

1.1. Todas las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por las empresas que participan de la operación de concentración.

1.2. Todas las personas jurídicas o personas físicas que controlan a las empresas que participan de la operación de concentración.

1.3. Todas las personas jurídicas controladas, directa o indirectamente, por cada una de las empresas matrices que figuren en las relaciones anteriores.

1.4. Todas las personas jurídicas en las que participen los administradores y/o miembros de la Junta Directiva de las empresas solicitantes.

1.5. Relación accionaria de la empresa con otras empresas del sector.

2) Para el caso que alguna de las partes solicitantes sea una persona natural, deberá indicar las empresas en las que tenga participación accionaria, su porcentaje, así como las empresas de las que sea Administrador o forme parte de su Junta Directiva.

3) Identifique las Juntas Directivas de cada una de las empresas señaladas en el punto 1.3.

4) En todos los casos anteriores se deberá indicar la forma los medios de control correspondientes conforme a los lineamientos que se enumeran en el artículo 15 de la Ley para Promover Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Se sugiere que la información suministrada en esta sección sea acompañada de gráficos o diagramas que ayuden a describir con claridad la propiedad estructura del control de dichas empresas.

SECCIÓN 4

Información sobre el mercado

a. Definición del mercado-producto

1) Describa brevemente los bienes y/o servicios producidos y/o comercializados por su empresa, que son objeto de la operación de concentración.

2) Describa las características de los consumidores de cada uno de los productos objeto de la operación de concentración (ubicación, edad, sexo, actividad, estrato de ingreso, etc.).

3) Ordene los diferentes usos de cada producto objeto de la operación de concentración de acuerdo con su importancia.

4) Especifique las características de los productos objeto de la operación de concentración en función de las siguientes variables. necesidad de preparación previa al consumo, presentación, sabores, empaque, especificaciones para su manejo o consumo, percibibilidad, requerimiento de tecnología para su uso final, etc.

5) Defina, de ser posible, distintos mercados meta en términos de las características usos del producto de la ubicación y tipo de consumidores que

lo adquieren, para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración.

6) Identifique las variables más importantes que son tomadas en cuenta por los consumidores al momento de decidir la compra de alguno de los productos objeto de la operación de concentración (calidad, precio, tradición, marca o reputación, etc.). Especificar por orden de preferencia.

7) Para cada uno de los productos/servicios/marcas que produce y/o comercializa, describa, desde el punto de vista del consumidor, qué bienes o servicios pueden considerarse sustitutos de los mismos. Señale qué empresa fabrica tales sustitutos v bajo qué marca los comercializa.

8) Identifique los productos elaborados y/o comercializados por su empresa que a su vez son fabricados o vendidos por la otra empresa que participa en la operación de concentración. Señale además, los bienes producidos y/o comercializados por aquélla, que pudieran ser considerados como productos sustitutos de los producidos y/o comercializados por su firma. En caso de que exista tal sustitución, identifique los topos de consumidores para cada producto así como las causas que motivan la sustitución por parte de los compradores.

9) Presente un listado de los precios ex-fabrica de cada uno de los productos objeto de la operación de concentración durante los últimos dos años, con periodicidad mensual, de acuerdo a las distintas presentaciones de los mismos.

10) Presente, en caso de estar disponible, la información solicitada en la pregunta anterior para los productos/marcas fabricados por empresas competidoras.

11) Identifique v determine si los precios de los productos sustitutos se comportan en forma paralela o guardan alguna relación con los precios de los bienes v 'o servicios que son objeto de la operación de concentración o viceversa. En caso afirmativo, señale, a su juicio, las razones de este comportamiento.

12) Presente un esquema del proceso de fabricación correspondiente a cada uno de los productos objeto de la operación de concentración.

13) Señale aquellos productos que comparten total o parcialmente una misma línea de producción, indicando, en cada caso, qué parte de la línea de producción es contrapartida. Ilustre su respuesta con algún diagrama donde se especifiquen claramente las diferencias presentes en la línea de producción.

14) Señale si existen fabricantes actuales de los productos objeto de la operación de concentración que produzcan simultáneamente otros productos que pudieran ser considerados como sustitutos de aquéllos.

b. Descripción del mercado geográfico

- 1) Delimite el área geográfica en el cual se vende cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, ya sea mediante ventas directas o a través de intermediarios.
- 2) Describa cual es su mercado geográfico, teniendo como tal el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos en términos de precios, disponibilidad y calidad. Identifique si, a su juicio, sus productos compiten en varios mercados geográficos delimitados.
- 3) Explique si los productos objeto de la operación de concentración pueden ser comercializados en cualquier área geográfica, o si, por el contrario, existen limitaciones derivadas de características como perecibilidad, costos de transporte, etc. Señale aquellos casos en los que pudiera identificarse un mercado regional diferenciado, debido a la existencia de formas particulares de distribución o de gustos y características particulares de los consumidores.
- 4) Indique la importancia relativa de los costos de transporte, expresándolos como porcentaje de las ventas de cada producto, y comparándolos con la media del sector y de otros sectores manufactureros.
- 5) Tomando en cuenta el grado de perecibilidad de los productos objeto de la operación de concentración, los costos de transporte, así como cualquier otra variable que considere relevante, señale, en cada caso, el radio de cobertura (en kilómetros) para la distribución, medido desde el centro de producción o de almacenamiento.
- 6) Señale los volúmenes de las importaciones y exportaciones que ha realizado su empresa para cada uno de los bienes y servicios que son objeto de la operación de concentración en los últimos tres años (en USA dólares, bolívares y la unidad de medida relevante).
- 7) Presente, en caso de estar disponibles, los volúmenes totales de importaciones y exportaciones realizadas por Venezuela para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración para los últimos tres años, indicando la fuente de esta información. Presente esta información para los productos señalados como sustitutos de aquellos objeto de la operación de concentración.
- 8) Explique la evolución de las importaciones de estos productos. Especifique si el aumento o disminución de las mismas ha respondido a diferencias de precios, a condiciones particulares de la demanda o a factores tecnológicos.
- 9) Presente una tabla con los datos de precios de los productos objeto de la operación de concentración en el mercado internacional para los últimos tres años. Señale el precio FOB, el precio CIF y los costos que deben ser incorporados en el cálculo del producto puesto en planta, para cada uno de los productos que se importan.
- 10) Señale el código arancelario y el tratamiento arancelario aplicable a los productos que se importan.

11) Explique si existen variaciones de precios en caso de que se comercialicen los productos en diferentes zonas geográficas.

c. Cuotas de participación de mercado

1) Indique el volumen y valor del total de las ventas de cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración para los cinco últimos ejercicios económicos con periodicidad mensual. De no poderse obtener la información mensual, presente los valores anuales.

2) Señale la participación de su empresa y de las otras empresas que fabrican los productos objeto de la operación, o cualquiera de sus sustitutos, en el mercado nacional y en cualquier otro ámbito geográfico relevante para los últimos cinco años. Especifique la cuota de participación de mercado de las empresas que se concentran antes y después de verificada la operación.

d. Dinámica del mercado

1) Presente un listado de sus principales clientes, indicando los productos o servicios que le vende a cada uno. Indique también que porcentaje de las ventas de cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración va destinado a cada cliente.

2) Explique como se lleva a cabo el proceso de negociación de los precios con los distintos tipos de intermediarios que utiliza su empresa en el canal de distribución.

3) Presente, con periodicidad mensual, un registro de los precios a los cuales han comprado sus clientes los productos producidos por usted en los últimos dos años.

4) Presente un registro de los precios finales de venta de cada uno de sus productos para los últimos dos años, con periodicidad mensual.

5) Presente, en caso de estar disponible, la misma información solicitada en la pregunta anterior para los productos/marcas fabricados elaborados por empresas competidoras.

6) Señale la capacidad técnica instalada en cada una de sus líneas de producto o servicio en términos de unidades producidas por unidad de tiempo. Indique asimismo el porcentaje utilizado de esa capacidad instalada, el número y duración de los turnos y las proyecciones de uso para el futuro.

7) Describa en detalle los canales de distribución las redes de prestación de servicios existentes para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, incluyendo una descripción de las funciones de cada eslabón de la cadena de distribución. Señale, en particular, en que medida la distribución es efectuada por las propias empresas que participan en la operación en que medida es efectuada por terceros.

8) Especifique si sus relaciones con los distribuidores se rigen por contratos de distribución exclusiva. De ser éste el caso, presente copia del contrato.

9) Señale cuáles son los principales proveedores para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración. Indique el producto o servicio que le compra a cada uno, con sus respectivas porcentajes de participación en el volumen total de adquisiciones relacionadas con el producto respectivo. Señale también la ubicación geográfica de dichos proveedores.

10) Presente un estimado del tamaño mínimo óptimo de planta para cada línea de producto y/o servicio. Presente esta información expresada en las mismas unidades referidas en la pregunta 6 de esta misma sección.

e. Acceso al mercado

1) Indique si en los últimos cinco años ha accedido al mercado alguna empresa para la fabricación de los productos o servicios objeto de la operación de concentración. En caso afirmativo, identifique dichas empresas, describa la naturaleza de sus actividades, los productos y servicios que provee, la cuota de participación alcanzada después de su ingreso en el mercado y cualquier otro indicador del grado de penetración del mercado. Indique también los factores a los que puede atribuirse una penetración exitosa o limitada, según el caso.

2) Describa detalladamente las dificultades de acceso al mercado que pueden enfrentar nuevos competidores debido a la presencia de barreras arancelarias, permisos sanitarios, cuotas u otras limitaciones de índole legal.

3) Explique si existen barreras a la entrada de nuevos competidores derivadas de la disponibilidad de factores de producción tales como materias primas, bienes intermedios, tecnología o recursos humanos calificados.

4) Explique si existen dificultades derivadas la penetración de una red de distribución existente o en el establecimiento de una propia. Explique la importancia de la imagen de marca de sus productos para acceder al consumidor y a los distintos tipos de canales de distribución que utiliza su empresa.

5) Especifique si existen barreras derivadas del monto de inversión inicial necesario, en la forma de capital, promoción, publicidad, distribución, mantenimiento, etc.

6) Detalle aquellas limitaciones derivadas de la necesidad de obtener autorizaciones administrativas o del cumplimiento de controles legales. En ese sentido, señale si existen limitaciones asociadas a la resolución sobre propiedad industrial y presente las normas COVENIN que regulan los distintos productos objeto de la operación de concentración.

7) Indique, para cada uno de los productos objeto de la operación de concentración, si ante un pequeño incremento en los precios de los productos, sería posible esperar: a) la entrada de nuevos competidores nacionales; b) la penetración de importaciones, y/o c) la entrada de una empresa extranjera en el país. En cada caso indique cuales serían estos potenciales entrantes (nombre de la empresa, persona contacto y teléfono).

8) Señale si ésto ha ocurrido en el pasado, describiendo y documentando, para producto/marca o servicio, las circunstancias que rodearon la entrada.

9) Presente el monto de inversión en publicidad efectuado por su empresa para cada uno de los productos/servicios objeto de la operación de concentración durante los últimos cinco años. Especifique además el porcentaje que esta inversión representa respecto a las ventas de cada uno de los productos en los años respectivos.

10) Indique el pago anual de su empresa por concepto de patentes, correspondiente a cada producto/servicio objeto de la operación de concentración. Constituye esto, en su opinión, un obstáculo para el acceso al mercado?

11) Especifique un estimado del monto de dinero necesario para instalar una línea de producción para cada uno de los productos.

f. Investigación y desarrollo

1) Describa la importancia de las actividades de investigación y desarrollo dentro de los sectores afectados por la operación.

2) Indique la proporción de gastos en investigación desarrollo respecto al total de ventas de su empresa.

SECCIÓN 5

Eficiencias

1) Indique si la operación de concentración económica conduce a: una disminución de los costos de transporte; reducción en los costos de administración, o mejoramientos en el uso y disponibilidad de tecnología.

Presente una estimación cuantitativa de dichos beneficios. Exponga a través de que vías pueden obtenerse ahorros en costos en algunas de las áreas antes mencionadas.

2) Señale los efectos previsibles para las partes de la operación en cuanto a su competitividad internacional.

3) Ventajas que produciría la adquisición para los consumidores en términos de precios, calidad, distribución, tecnología, etc.

4) Efectos sobre la competencia como resultado de la operación.

Información y documentación Adicional

Las personas y empresas que participen en la operación de concentración económica, deberán presentar todos los documentos que contengan información relacionada con la misma, que ha sido identificada en el presente Instructivo. Así, deberán presentar sus planes de mercadeo, planos estratégicos, memoranda, reportes, estudios que hayan sido elaborados por la propia empresa o por terceros, y cualquier otro material de trabajo que contenga información que sea de interés para la evaluación de la operación de concentración económica.

Eduardo Garmendia
Superintendente

ÍNDICE DAS MATÉRIAS 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
BOURGEOIS, 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 polícia	vol. 4 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 proposta de conciliação	vol. 3 n.º 8
FARINA, LAÉRCIO	Do processo administrativo da natureza do ato	vol. 3 n.º 6
FERRAZ, TERCIO SAMPAIO	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	vol. 3 n.º 6
FERRAZ, TERCIO SAMPAIO	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida	vol. 4 n.º 1
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
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
RIVIÉRE MARTI, JUAN ANTONIO	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	vol. 3 n.º 5
SALGADO, LUCIA HELENA	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	vol. 4 n.º 1
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		
FERNANDOHENRIQUECARDOSO	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	Discrecionalidade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	
FRANCESCHINI, JOSÉ INÁCIO GONZAGA, PEREIRA, EDGARD ANTONIO LAGROTERIA DASILVA, 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 CARÁIBA	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

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 OFICIO 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 DAS 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

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 QUIMÍCOS 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 REGULAMENTO DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS (EEC) 4064/89 SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) Tradução e comentários Pedro Dutra	vol. 3 n.º 2
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 Nº 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
ACÓRDÃOS 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

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> “PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE”</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> “DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA”</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> “CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL”</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> “CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N.º 1 DO CADE”</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>