

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

volume 5 número 1

I
B
R
A
C

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Volume 5 número 1 - 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

DOUTRINA

CARTA DO DR. ALBERTO VENANCIO FILHO AO PRESIDENTE DO IBRAC, DR. CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES E AO PRESIDENTE DO CADE, DR. GESNER DE OLIVEIRA..... 4

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE LIVRE CONCORRÊNCIA.

MAURICIO DE MOURA COSTA 8

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES NA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

MAURO GRINBERG..... 28

JURISPRUDÊNCIA

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 83/96 (REAPRECIÇÃO)

CIA. ANTARCTICA PAULISTA INDÚSTRIA DE BEBIDAS E CONEXOS E ANHEUSER-BUSH INTERNATIONAL INC. 43
RELATÓRIO 43
VOTO..... 45
VOTO DO PRESIDENTE DO CADE POR OCASIÃO DA REAPRECIÇÃO DO AC 83/96 80

RECURSO DE OFÍCIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 03/91

DEPARTAMENTO DE ABASTECIMENTO DE PREÇOS DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO X GOODYEAR DO BRASIL - PRODUTOS DE BORRACHA LTDA; PIRELLI PNEUS S/A; INDÚSTRIA DE PNEUMÁTICO FIRESTONE LTDA; COMPANHIA BRASILEIRA DE PNEUMÁTICOS MICHELIN INDÚSTRIA E COMÉRCIO 91
EMENTA..... 91
ACÓRDÃO 92
RELATÓRIO 92
VOTO..... 96

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 21/91

DPDE, EX-OFÍCIO 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 99
RELATÓRIO 99
VOTO..... 102

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS N.º 155/94 E 164/94

DPDE/SDE EX OFFICIO X SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA - P.A. N.º 155/94; LABORATÓRIO DE ANÁLISES MÉDICAS - P.A. N.º 164/94 107
RELATÓRIO 107
VOTO..... 109

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 156/94

DPDE/SDE EX OFFICIO X ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE BRASÍLIA	119
<i>RELATÓRIO</i>	119
<i>VOTO</i>	120

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 157/94

DPDE/SDE EX OFFICIO X ASSOCIAÇÃO DOS MÉDICOS DOS HOSPITAIS PRIVADOS DO DISTRITO FEDERAL	125
<i>RELATÓRIO</i>	125
<i>VOTO</i>	126

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 158/94

DPDE/SDE EX OFFICIO X SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL.....	129
<i>RELATÓRIO</i>	129
<i>VOTO</i>	130

REPRESENTAÇÃO Nº 006/94

COPIAS HELIOGRÁFICAS AVENIDA CENTRAL X XEROX DO BRASIL LTDA.....	135
<i>VOTO</i>	138

REPRESENTAÇÃO Nº 79/93

BIO ÍNTER INDUSTRIAL E COMERCIAL L.T.D.A. X DRAGOCO PERFUMES E AROMAS L.T.D.A.	141
<i>RELATÓRIO</i>	141
<i>VOTO</i>	144

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 89/92

SINDICATO RURAL DE LINS X QUÍMIO PRODUTOS QUÍMICOS COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A.	145
<i>EMENTA</i>	145
<i>ACÓRDÃO</i>	145
<i>RELATÓRIO</i>	146
<i>VOTO</i>	148

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 102/93

LIGUE FRALDAS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. X JOHNSON & JOHNSON INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.....	151
<i>RELATÓRIO</i>	151
<i>VOTO</i>	152

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 160/91

DNPDE X REFRIGERANTES ARCO IRÍS LTDA.....	157
<i>EMENTA</i>	157
<i>ACÓRDÃO</i>	157
<i>RELATÓRIO</i>	158
<i>EMENTA</i>	158
<i>VOTO</i>	159
<i>VOTO</i>	159

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 267/92

CLF - ADMINISTRAÇÃO E PROJETOS LTDA. X SHARP S/A EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS	161
RELATÓRIO	161
VOTO.....	162

LEGISLAÇÃO**LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

DECRETO-LEI N.º 371/93 DE 29 DE OUTUBRO	167
---	-----

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PORTARIA N.º 1097/93 DE 29 DE OUTUBRO	191
---	-----

ÍNDICE DAS MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	195
---	------------

**CARTA DO DR. ALBERTO VENANCIO FILHO
AO PRESIDENTE DO IBRAC, DR. CARLOS FRANCISCO MAGALHÃES E
AO PRESIDENTE DO CADE, DR. GESNER DE OLIVEIRA**

Ilmo. Sr.

Dr. Carlos Francisco Magalhães

DD Presidente do

IBRAC-Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo

Rua Cardoso de Almeida, 788 cj. 121

05013-001 - São Paulo - SP

Meu caro Carlos Francisco,

Venho, mais uma vez, parabenizá-lo pela realização do III Seminário. Realmente, atingiu plenamente seus objetivos, o que muito se deve ao seu esforço e ao seu trabalho.

O Seminário me trouxe, mais uma vez, ao espírito assunto que venho agora lhe expor, pedindo-lhe a atenção.

Em trabalhos doutrinários, como nos pronunciamentos do CADE, está se desenvolvendo uma atitude perversa de citação de termos em inglês, perfeitamente traduzíveis para o vernáculo. Penso, por exemplo no *market power*, que tem o correspondente perfeito de **poder de mercado**, assim como o *share market*, **parcela de mercado**. Na sua brilhante exposição no Seminário, o Conselheiro Antonio Fonseca foi pródigo no uso dessas traduções, que têm perfeita correspondência na língua portuguesa.

A língua é uma das manifestações mais tocantes de um país e de um povo, e há vários exemplos na história em que na medida em que um povo passa a desprezar a língua, é o caminho certo para o declínio e para a decadência.

A disseminação dos meios de comunicação, os efeitos da globalização são, evidentemente, fatores que atuam nesse processo de descaracterização. Mas quero crer que há necessidade de se fazer uma barreira contra esta tendência insidiosa. Cito o exemplo da França, ciosa no prestígio de sua língua, que chegou até a preparar medidas legais contra o uso de expressões estrangeiras.

Assim, submeto o assunto à sua consideração, tomando a liberdade de enviar cópia desta carta ao nosso comum amigo Dr. Gesner de Oliveira, que

estou certo, pelo que conheço de todas suas atitudes e de sua postura, também será sensível ao exame do assunto.

Receba o cordial abraço

Alberto Venancio Filho

Rio de Janeiro, 21 de julho de 1997

cc: Dr. Gesner de Oliveira

DOCTRINA

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE LIVRE CONCORRÊNCIA¹.

*Mauricio de Moura Costa*²

1. Desde 1946 as constituições brasileiras prevêm a existência de um direito da concorrência. Um princípio de livre concorrência existia de maneira implícita na norma constitucional que previa a repressão dos abusos do poder econômico. Esta repressão foi prevista pela primeira vez na Constituição de 1946. A Constituição de 1967 fez de tal repressão um “princípio da ordem econômica”, princípio que foi mantido pela Emenda Constitucional de 1969. A Constituição atual ainda prevê a repressão dos abusos do poder econômico, mas não mais como um princípio. Trata-se de uma simples disposição relativa à intervenção legislativa no domínio econômico. Paralelamente, a livre concorrência passou a ser prevista, de maneira expressa, como um princípio constitucional da ordem econômica.

Apesar da consagração do princípio de livre concorrência, e do desprestígio da repressão dos abusos do poder econômico na sistemática constitucional, grande parte da doutrina continua a considerar a repressão dos abusos do poder econômico como o fundamento do direito brasileiro da concorrência. A nosso entender, porém, o fundamento constitucional do direito da concorrência é, no Brasil, o princípio de livre concorrência. Antes de analisar este princípio como referência constitucional para o direito brasileiro da concorrência (seção II), convém verificar seu significado e conteúdo no contexto da “ordem econômica constitucional” (seção I).

Seção I. O significado e o conteúdo do princípio constitucional de livre concorrência.

2. A ordem jurídica econômica brasileira é submetida a disposições constitucionais importantes. Sob o título “A Ordem Econômica e Financeira” a Constituição brasileira estabelece as finalidades e os princípios gerais desta “ordem econômica” assim como o tipo de organização econômica, a delimitação entre o domínio da iniciativa privada e da intervenção direta do Estado na

¹ Este artigo é a tradução do capítulo preliminar da tese de doutorado do autor, com o título “Le droit brésilien de la concurrence - étude comparée avec le droit français et le droit communautaire de la concurrence”.

² O autor é Doutor em Direito pela Universidade de Paris II, e associado ao escritório de advocacia Castro Barros e Sobral.

economia e ainda as bases jurídicas dos fatores de produção, ou seja, o “núcleo duro da constituição econômica brasileira”³.

A livre iniciativa, estabelece a Constituição, é ligada ao seu valor social e deve ser exercida em conformidade com os objetivos da “ordem econômica”. De outra parte, tal ordem econômica deve respeitar toda uma série de princípios, entre os quais o princípio de livre concorrência. Para determinarmos qual o conteúdo do princípio de livre concorrência (§II), convém analisar antes seu significado contexto constitucional (§I).

§I. O significado do princípio de livre concorrência no contexto constitucional.

3. Mesmo que temperada, a ideologia liberal foi consagrada pela Constituição brasileira. De acordo com a Constituição, a livre iniciativa é o fundamento de uma ordem econômica que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170). A fé nos benefícios da livre iniciativa é assim afirmada de maneira clara mas prudente (A). A livre iniciativa é colocada no centro da ordem econômica, mas ela deve respeitar uma série de princípios, notadamente o princípio de livre concorrência. A ordem econômica constitucional acolhe assim as contribuições da teoria econômica liberal, identificando a concorrência como o elemento necessário para que a livre iniciativa opere em favor dos interesses sociais (B).

A. A livre iniciativa e o seu valor social.

4. Apesar do papel primordial atribuído à livre iniciativa na ordem econômica constitucional, o seu valor é relativizado pela própria Constituição. A livre iniciativa não é admitida de maneira absoluta, mas unicamente em razão do seu valor social (CF, artigo 1, IV), e deve ser entendida no contexto de uma ordem econômica, idealmente concebida pela Constituição, que “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e que deve respeitar toda uma série de princípios.

1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE LIVRE INICIATIVA.

5. A livre iniciativa é tradicionalmente, no Brasil, um princípio da ordem econômica constitucional⁴. Com a Constituição de 1988 ela passou a ser considerada como o “fundamento” da ordem constitucional econômica.

³ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, RDA, n. 178, 1989, p. 18.

⁴ A livre iniciativa, como liberdade econômica, foi expressamente prevista em todas as constituições brasileiras desde 1934, a saber, a de 1934 (art. 115), a de 1937 (art.

A doutrina diverge sobre o fato de ser ou não a livre iniciativa econômica uma liberdade fundamental⁵. Um certo consenso existe, no entanto, sobre o conteúdo deste princípio. A noção e o significado do “princípio” de livre iniciativa foram sempre estabelecidos a partir da questão da intervenção do Estado no domínio econômico. O princípio de livre iniciativa significa, de um lado, que o exercício de toda atividade econômica é livre. De outro lado, ele significa que o Estado deve se abster da exploração direta da atividade econômica⁶.

O primeiro aspecto do princípio é de uma certa maneira explicitado pelo parágrafo único do artigo 170 da Constituição, que estabelece que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”⁷. Neste sentido o princípio de livre iniciativa tem um significado análogo ao princípio de liberdade de comércio e de indústria em direito francês, o qual se exterioriza por duas sub-liberdades: liberdade de empreendimento e liberdade de exploração⁸.

135), a de 1946 (art. 145), as de 1967 (art. 157, I) e 1969 (art. 160, I) e enfim, na Constituição atual (art. 170).

⁵ Para Miguel Reale, a livre iniciativa é “a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas” (“A ordem econômica na Constituição”, in *De Tancredo a Collor*, Ed. Siciliano, São Paulo, 2a ed., 1992, p. 334). Em sentido contrário, Eros Roberto Grau, que não aceita considerar a livre iniciativa econômica (faceta da livre iniciativa *tout court*) como um direito fundamental (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2e. ed. 1991, p. 223/225).

⁶ Werter Faria, *Constituição Econômica, liberdade de iniciativa e concorrência*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1993, p. 105.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello observa que este dispositivo não atribuiu à lei o poder de excepcionar a quem quer que seja o exercício livre de qualquer atividade econômica. Segundo este autor, o que a Constituição permite é que a lei estabeleça, em algumas hipóteses, a exigência de uma autorização. O autor considera assim que a regra nada mais faz do que reforçar a liberdade de iniciativa (*Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 4a ed., 1993, p. 319/320).

Eros Roberto Grau, a seu turno, considera que o citado dispositivo tem uma importância normativa menor, na medida em que ele nada mais faz do que explicitar o princípio da legalidade com relação à livre iniciativa (op. cit., p. 225).

⁸ Para Miguel Reale, o princípio de livre iniciativa assegura não somente a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autonomia na escolha dos processos ou dos meios julgados adequados para a realização dos fins visados. “Liberdade dos fins e dos meios informa o princípio de livre iniciativa, conferindo-

Mas o princípio de livre iniciativa não significa unicamente a liberdade de comércio e de indústria. Ele vai mais longe, consagrando a escolha de uma economia descentralizada, onde a iniciativa privada tem preferência⁹. Como observa Tércio Sampaio Ferraz Jr., “afirmar a livre iniciativa como base é reconhecer na liberdade um dos fatores estruturais da ordem, é afirmar a autonomia empreendedora do homem na conformação da atividade econômica, aceitando a sua intrínseca contingência e fragilidade; é preferir, assim, uma ordem aberta ao fracasso a uma ‘estabilidade’ supostamente certa e eficiente. Afirma-se, pois, que a estrutura da ordem está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado”¹⁰.

Este duplo aspecto do princípio constitucional de livre iniciativa (liberdade de criar e explorar uma atividade econômica e, sobretudo, a rejeição da atividade econômica estatal) demonstra o papel primordial atribuído à atividade privada na ordem econômica. Mas a livre iniciativa não é consagrada pela constituição como um princípio, ou mesmo como fundamento da República (vide art. 1, IV), em razão de suas virtudes individuais. Ao contrário, é o valor social da livre iniciativa que está em questão.

2. O VALOR SOCIAL DA LIVRE INICIATIVA.

6. Apesar da importância atribuída à livre iniciativa na ordem econômica constitucional, o valor deste princípio é relativizado por outros elementos. A livre iniciativa não é admitida de maneira absoluta pela Constituição. Ela é admitida em razão de seu valor social e deve se acomodar em uma ordem econômica idealmente concebida na Constituição, ordem cujo fim é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e que

lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1 e 170” (“A ordem econômica na Constituição”, art. citado, p. 334).

Eros Roberto Grau considera que o princípio assegura uma liberdade de comércio e indústria caracterizada pela faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado, livre de qualquer restrição estatal que não resulte da lei (op. cit., p. 223/225).

⁹ Este aspecto do princípio é confortado por outras disposições da Constituição, que informam os termos e condições da intervenção do Estado na economia. Com efeito, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, ou seja, a ação do Estado como empresa só é permitida “quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou a relevante interesse coletivo” ressalvados os casos expressamente previstos na Constituição (CF, art. 173). A empresa pública sujeita-se ao regime jurídico aplicável às empresas privadas (art. 173, §1).

¹⁰ Tércio S. Ferraz Jr., “A economia e o controle do Estado” apud Grau, op. cit., p. 226.

deve respeitar uma série de outros princípios (artigo 170). A ordem econômica deve ser capaz de assegurar tais valores¹¹.

A Constituição, estabelecendo que a ordem econômica é fundada na livre iniciativa, atribui a esta, vale dizer, à iniciativa privada, um papel essencial na promoção dos objetivos constitucionais¹². Segundo a ideologia constitucionalmente adotada, não há contradição entre a livre iniciativa e a promoção do bem coletivo. Ao contrário, ela considera a livre iniciativa, enquanto fundamento da ordem econômica, o melhor meio para se realizar o objetivo desta ordem econômica, a saber, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

7. Ao mesmo tempo, e ainda sob o prisma constitucional, se não existe contradição necessária entre o fundamento e o objetivo da ordem econômica, isto não significa que o exercício da livre iniciativa seja capaz, por si só, de assegurar os objetivos da ordem econômica. Se assim fosse, se o bem coletivo fosse uma consequência necessária da liberdade de iniciativa, declarar que a ordem econômica fundada na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos uma existência digna seria uma redundância, uma afirmação inútil. E inútil o artigo 170 da Constituição não é. Ao contrário, tal artigo faz a síntese de dois valores. A liberdade de iniciativa é consagrada como um fundamento da ordem econômica unicamente na medida em que ela é orientada para a realização dos valores-fim desta ordem¹³.

Assim, como observa Eros Roberto Grau, a atividade econômica “*deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar. (...) a *dignidade da pessoa humana* assume a mais pronunciada

¹¹ Sobre o valor social da livre iniciativa ver E. R. Grau, op. cit., p. 231, e T. S. Ferraz Jr., “A economia e o controle do Estado” apud. Grau, op. cit., p. 226. Ver ainda José Affonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 10a. ed., Malheiros Editores, 1995, p. 725, e Washington Peluso Albino de Souza, *Direito Econômico*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1980, pp. 117, 197 e 198.

¹² Neste sentido ver Luiz Fernando Shuartz, que observa que “o Estado, de um lado, transfere ao mercado parte de sua função própria de *assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social* (art. 170 da CF), reservando, de outro, a si, o poder fiscalizatório, preventivo e corretivo” (“Abuso de poder econômico e (i)legitimidade”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 95, 1994, p. 61).

¹³ Como observa Celso Ribeiro Bastos, se não existe uma contradição necessária entre a idéia de livre iniciativa e de justiça social, “é certo que jogadas a si mesmas as forças da produção podem caminhar num sentido inverso ao da justiça”. Além disto, continua o autor, “o fim último da atividade econômica é a satisfação das necessidades da coletividade” (*Comentários à Constituição do Brasil*, com Ives Gandra Martins, São Paulo, Saraiva, vol. 7, 1990, p. 17/18).

relevância, visto comprometer todo o exercício da atividade econômica (...); o exercício de qualquer parcela da atividade econômica de modo não adequado àquela promoção expressará violação do princípio duplamente contemplado na Constituição”¹⁴.

A Constituição consagra assim a liberdade de iniciativa em função de seu valor social, e não em razão de suas virtudes intrínsecas¹⁵.

Além de sua subordinação aos valores-fim da ordem econômica, a livre iniciativa, enquanto fator fundamental desta ordem, é balizada por uma série de princípios. Com efeito, estabelecendo que a ordem econômica deve respeitar uma série de princípios, a Constituição delimita ainda mais o contexto no qual a livre iniciativa se conformaria com o seu valor social. A liberdade de iniciativa deve ser exercida em um espaço jurídico-econômico idealmente delimitado por estes princípios. Em os respeitando, a livre iniciativa se beneficia de uma presunção de conformidade com as finalidades da ordem econômica, e também, consequentemente, com o seu valor social.

B. A livre concorrência e o valor social da livre iniciativa.

8. Consagrando a livre concorrência como um princípio da ordem econômica (artigo 170, IV), princípio que a livre iniciativa deve respeitar, a Constituição estabelece uma distinção entre livre iniciativa e livre concorrência. Deste modo, a Constituição não considera a livre concorrência como uma consequência natural ou necessária da livre iniciativa. Consequentemente, o que é consagrado como atividade econômica legítima no contexto da ordem econômica constitucional é a livre iniciativa concorrencial.

9. A recusa em se considerar a livre concorrência como um corolário necessário da livre iniciativa é uma consequência da recepção, pela Constituição, dos aportes da teoria econômica neo-liberal.

De acordo com os economistas liberais clássicos, o conjunto dos comportamentos individuais dos agentes econômicos conduziria necessariamente à realização do bem comum. Como sublinha Michel Pédamon, “de acordo com os dogmas do liberalismo admitia-se que a ação das forças econômicas deveria ser entravada o menos possível e que o livre jogo das iniciativas individuais permitiria conseguir-se de maneira quase espontânea o máximo de eficiência e de justiça social na produção das riquezas e das trocas comerci-

¹⁴ Eros Roberto Grau, op. cit., p. 217/218.

¹⁵ Artigo 1o. da CF.

ais”¹⁶. Sob a influência das idéias dos fisiocratas e de Adam Smith pretendia-se que o jogo das leis econômicas, guiadas por uma *mão invisível*, não deveria ser falseado pelo Estado.

Com a evolução da ciência econômica foram evidenciadas insuficiências importantes da teoria liberal clássica. Esta não estabelecia a relação entre o mercado e a concorrência, presumindo que a concorrência era uma consequência necessária do *laissez faire*. É em um tal contexto que os liberais identificavam a livre busca dos interesses pessoais à promoção do desenvolvimento econômico¹⁷.

Estabelecendo uma ligação entre concorrência e mercado, o que o liberalismo clássico não conseguiu fazer¹⁸, os neoliberais puderam demonstrar que a livre concorrência e a livre iniciativa não se confundem; que a concorrência não é um estado natural; que ela não resulta necessariamente da livre iniciativa dos agentes econômicos; e que, enfim, o progresso econômico deve ser atribuído ao processo concorrencial, e não à livre iniciativa, como acreditavam os liberais clássicos.

10. Declarando que a livre concorrência é um princípio ao qual a livre iniciativa deve se submeter, a Constituição brasileira rejeitou a concepção dos liberais clássicos do século XIX, segundo a qual a livre concorrência é uma consequência natural da livre iniciativa¹⁹. Ao mesmo tempo, a Constituição, adotando uma ordem econômica neoliberal, consagra o dogma segundo o qual presume-se que a livre iniciativa concorrencial aproveita à coletividade.

O princípio de livre concorrência tem assim um significado próprio que o distingue do princípio de livre iniciativa. Ele se apresenta como um elemen-

¹⁶ Michel Pédamon, *Droit Commercial*, Ed. Dalloz, 1994, p. 365 (traduzido por nós). Ver igualmente Henri Denis, *Histoire de la pensée économique*, Ed. P.U.F., 8a. ed. 1986, p. 191.

¹⁷ Louis Frank, *La libre concurrence*, Ed. P.U.F., 1967, p. 9.

¹⁸ Michel Glais e Philippe Laurent, *Traité d'économie et de droit de la concurrence*, Ed. P.U.F., 1983, Paris, p. 7.

¹⁹ Neste sentido Werter Faria, op. cit., p. 149. Nós não podemos aceitar, neste ponto, a posição de E. R. Grau, que considera que a livre concorrência nada mais é do que um dos aspectos da livre iniciativa, de modo que o princípio de livre concorrência seria, em última instância, inútil (op. cit., p. 230). Na realidade, nossa divergência com a opinião de Grau se explica em grande parte pelo fato em função da sua concepção do princípio de livre iniciativa. Com efeito, o princípio de livre iniciativa, segundo Grau, compreende não somente a liberdade de comércio e indústria mais também a liberdade de concorrência, dois sub-aspectos de uma mesma idéia (p. 224). Assim, nossa divergência é minimizada pelo fato de que Grau não considera a livre concorrência como uma consequência da livre iniciativa, mas como um elemento deste.

to desejável, ou mesmo necessário para que se possa presumir que a livre iniciativa promova a realização do bem comum, o que é, a seu turno, um elemento favorável para que a livre iniciativa reencontre o seu valor social.

A livre concorrência desempenha assim um papel fundamental para que a livre iniciativa possa beneficiar da presunção de beneficiar a coletividade. Trata-se de um elemento importante para a valorização social da livre iniciativa²⁰.

§II. O conteúdo do princípio constitucional da livre concorrência.

11. Até o presente momento a doutrina tem se mostrado mais interessada em analisar a noção constitucional do abuso do poder econômico, ou do princípio de livre iniciativa do que em determinar o conceito ou o conteúdo do princípio de livre concorrência. Assim, nós tentaremos determinar o conteúdo do princípio de livre concorrência a partir das concepções divergentes de dois autores que abordaram esta questão.

12. Como Miguel Reale²¹, nós consideramos que o conceito de livre concorrência é diferente, porém complementar ao conceito de livre iniciativa. Isto posto, a concepção de Eros Roberto Grau da noção de livre concorrência nos parece mais convincente (mantidas no entanto as reservas no que concerne a posição de Grau, que considera que a livre concorrência é uma consequência do princípio de livre iniciativa).

13. Reale considera que “o conceito de livre concorrência tem caráter instrumental, significando o ‘princípio econômico’ segundo o qual a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa de clientela na economia de mercado”²². Sua posição nos parece demasiado restritiva. Certo, a Constituição parece atribuir ao princípio de livre concorrência um papel instrumental no funcionamento da ordem econômica. No entanto, o fato de que os preços devem resultar da luta dos agentes econômicos pela clientela não é nada mais que uma consequência do princípio de livre concorrência.

A livre concorrência é uma liberdade a caráter instrumental na medida em que ela é necessária para que a livre iniciativa seja exercida em conformidade com a ordem econômica constitucional. A livre concorrência, enquanto princípio constitucional da ordem econômica, é uma liberdade considerada como essencial para a legitimidade da liberdade de iniciativa econômica. Ou

²⁰ Ver Izabel Vaz, *Direito econômico da concorrência*, op. cit., pp. 433 e ss., notadamente p. 435.

²¹ Art. cit., p. 334.

²² Art. cit., p. 335.

seja, a Constituição presume que a livre iniciativa só age no sentido das finalidades da ordem econômica quando o princípio da livre concorrência é respeitado²³.

A possibilidade de conquistar clientela, e o fato de os preços serem fixados pelo mercado são algumas das características do princípio de livre concorrência, mas não as únicas. Tal princípio significa que o mercado deve ser regido por uma lógica concorrencial capaz de permitir que a ordem econômica produza efeitos sociais positivos; os efeitos que a Constituição declara como sendo o fim necessário da ordem econômica que ela consagra.

14. Eros Roberto Grau indica como elementos da livre concorrência a liberdade de conquistar a clientela, a interdição de entravar o jogo concorrencial, e a neutralidade do Estado face ao fenômeno concorrencial²⁴. Ou seja, o princípio de livre concorrência teria um aspecto positivo (liberdade de conquistar a clientela), e dois aspectos negativos (interdição de falsear o jogo concorrencial e neutralidade do Estado face ao fenômeno concorrencial).

15. A existência de um duplo aspecto do princípio de livre concorrência nos parece incontestável. Não se pode dizer uma coisa e seu contrário; consagrando o princípio de livre concorrência a Constituição ao mesmo tempo rejeita tudo que vai ao encontro deste princípio. Assim, impondo a livre concorrência a Constituição condena tudo o que é contrário a livre concorrência.

O contrário pode significar em primeiro lugar o oposto, o inverso. Mas o contrário pode significar também o que é nocivo, prejudicial²⁵. No primeiro sentido, se o princípio consagra a concorrência (o “jogo concorrencial” ou a “lógica concorrencial”), ele condena o seu oposto: o princípio de livre concorrência repudia o que não é submetido ao jogo concorrencial ou o que não resulta do jogo da livre concorrência. Assim, a Constituição valoriza a atividade econômica que é concorrencial, que é submetida à lógica concorrencial e repudia ao mesmo tempo a atividade econômica que não é submetida a uma tal lógica, ou seja, as atividades econômicas de caráter monopolístico. A Constituição considera que os resultados de uma atividade econômica concorrencial são benéficos ao interesse geral e, ao contrário, que os resultados de uma atividade econômica não concorrencial não são conformes a este interesse geral²⁶. Em um segundo sentido, consagrando a livre concorrência, a constituição rejeita o que é nocivo à esta liberdade, o que lhe é desfavorável: o princí-

²³ Sobre este aspecto ver n. 8 supra.

²⁴ Op. cit., p. 224 e 230.

²⁵ Dicionário Aurélio, verbete Contrário.

²⁶ Deve-se sublinhar, neste sentido, que a Constituição estabelece de maneira expressa e limitativa os setores submetidos ao monopólio do Estado (art. 177).

pio de livre concorrência consagra uma liberdade e condena os constrangimentos à esta liberdade.

16. A lógica da proposição sugere no entanto a simetria das duas faces, positiva e negativa, do princípio. O esquema de Grau contém porém uma assimetria que nos parece que deve ser reduzida. O autor opõe a liberdade de conquistar a clientela à interdição de falsear o jogo concorrencial (interdição dirigida tanto aos agentes econômicos quanto ao Estado). O alcance do segundo aspecto parece mais extenso que o do primeiro. Visto o papel primordial que é atribuído pela Constituição ao princípio de livre concorrência (princípio instrumental necessário para a realização das finalidades da ordem econômica), o princípio de livre concorrência não pode ser reduzido a uma simples liberdade jurídica: o direito subjetivo das empresas de empregar os meios que elas estimem pertinentes para atrair a clientela.

Com efeito, se o princípio de livre concorrência consagra o livre jogo da concorrência, a liberdade de atrair a clientela não passa de uma das facetas da livre concorrência. Certo, a empresa deve permanecer livre para empregar os meios que ela julga próprios para atrair a clientela. Mas, para que a lógica concorrencial possa funcionar corretamente, é necessário igualmente que a clientela seja livre para poder responder aos esforços concorrenciais da empresa. À liberdade de ação dos agentes econômicos (liberdade que compreende a possibilidade de usar os meios concorrenciais disponíveis), soma-se a liberdade de escolha que devem ter os consumidores e utilizadores dos produtos oferecidos. E ainda, não é suficiente proteger a concorrência atual; o acesso de novos concorrentes ao mercado deve também ser livre.

Livre ação dos agentes econômicos, livre acesso ao mercado e livre escolha pelos consumidores e utilizadores, tais são as três liberdades que caracterizam um mercado concorrencial, um mercado onde a concorrência joga livremente. Ou seja, tais são as três liberdades visadas pelo princípio de livre concorrência.

Visto o significado do princípio de livre concorrência no contexto constitucional, cabe precisar o seu papel face à legislação infraconstitucional.

Seção II. O princípio de livre concorrência como referência constitucional para o direito da concorrência.

17. A Constituição brasileira é impregnada de uma escolha de ideologia econômica que delimita claramente as possibilidades de política econômica

abertas ao governo, assim como ao poder legislativo²⁷. Toda regra infraconstitucional relativa à atividade econômica deve respeitar este quadro constitucional. E assim é para o direito da concorrência. Assim, tradicionalmente a doutrina indica como fundamento do direito brasileiro da concorrência o artigo constitucional que estabelece que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros²⁸ (I). A importância de um tal dispositivo deve ser, no entanto, relativizada face ao novo contexto constitucional, sobretudo se levarmos em conta os princípios diretores da ordem econômica constitucionalmente adotada (II).

§I. A insuficiência do “princípio” de repressão dos abusos do poder econômico como fundamento do direito da concorrência.

18. De acordo com o artigo 173, §4 da Constituição, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A maioria dos autores vêem neste dispositivo o fundamento constitucional do direito da concorrência (A). Mas, se uma leitura restritiva desta norma já foi predominante na doutrina, tal posição é hoje em dia fortemente contestada (B).

A. A interpretação restritiva: o “princípio” de repressão dos abusos do poder econômico como limite máximo à intervenção legislativa.

²⁷ Para uma crítica à escolha do sistema econômico na Constituição ver Fábio Nusdeo, “A ordem econômica constitucional no Brasil” in Revista de Direito Mercantil, n. 65, 1982, p. 12.

²⁸ Art. 173, §4 da Constituição. A previsão constitucional para a repressão dos abusos do poder econômico data da Constituição de 1946, que previa, em seu art. 148, que “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. A Constituição de 1967 manteve este dispositivo, adotando no entanto uma redação mais limitativa, pois a lei deveria reprimir não mais “toda forma de abuso do poder econômico”, mas unicamente “o abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” (art. 157, V). A Emenda Constitucional de 1969 manteve idêntica redação em seu artigo 160, V. A Constituição atual mantém a noção de abuso caracterizado pela finalidade da ação.

19. De acordo com uma doutrina bem estabelecida, a regra constitucional que indica a repressão dos abusos do poder econômico seria o fundamento que permitiria ao Estado a adoção de um direito da concorrência. Toda regra proibindo comportamentos ou situações ligadas ao fenômeno concorrencial deveria ter como fundamento, vale dizer, como limite, o dispositivo constitucional mencionado. Toda extrapolação da autorização constitucional seria contrária à Constituição.

20. Para que a repressão fosse legítima, deveria-se respeitar de maneira estrita os termos do artigo constitucional: o direito brasileiro da concorrência só poderia, deste modo, proibir os abusos do poder econômico que teriam como objetivo a eliminação da concorrência, a dominação do mercado e o aumento arbitrário dos lucros. Uma leitura restritiva deste dispositivo constitucional impôs ao legislador toda uma série de limites.

Em primeiro lugar, o abuso do poder econômico só poderia ser caracterizado pela eliminação da concorrência, pela dominação do mercado e pelo aumento arbitrário dos lucros. Se já é pacífico que para que o abuso se caracterize não é necessária a presença cumulativa dos três elementos (eliminação da concorrência que cria a dominação do mercado e permite o aumento arbitrário dos lucros)²⁹, o fato é que, de acordo com a doutrina, a repressão só é legítima se o abuso é caracterizado por pelo menos uma destas situações³⁰.

Em seguida, a doutrina tradicional considera que, mesmo quando tais situações são constatadas, mesmo que tenha existido eliminação da concorrência, dominação do mercado ou aumento arbitrário dos lucros, um abuso não está necessariamente caracterizado³¹. Com efeito, para que exista abuso deveria existir, também, o elemento intencional, o dolo. De acordo com uma doutrina antiga, a linguagem do artigo constitucional traduziria a natureza penal da repressão dos abusos do poder econômico. O abuso só se caracterizaria com a existência do elemento intencional do agente: o abuso só se caracteriza se houve a intenção abusiva de eliminar a concorrência, de dominar o mercado ou de aumentar de maneira arbitrária os lucros. Ou seja, para justificar a repressão, não basta que o abuso do poder econômico tenha tido como

²⁹ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 (com a Emenda n. 1 de 1969)*, vol. VI., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 3a. ed., 1987, p. 51.

³⁰ Neste sentido ver Celso Neves, "Disciplina da lei antitruste" in Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso - Direito Antitruste brasileiro*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 578, e José Frederico Marques, "Direito penal econômico", in Franceschini, op. cit., p. 476.

³¹ De acordo com Neves, "pode haver *domínio dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros* que não constituam ilícito, quando não resultem de *abuso do poder econômico*" (art. cit., p. 578, *itálicos no original*).

resultado a eliminação da concorrência, a dominação do mercado ou o aumento arbitrário dos lucros. É necessário ainda que o fim, o objetivo do comportamento abusivo tenha sido uma destas situações. Assim, o direito brasileiro da concorrência não poderia sancionar um comportamento tendo como resultado a eliminação da concorrência, a dominação do mercado ou o aumento arbitrário dos lucros se a finalidade de se obter tais resultados não fosse demonstrada.

21. A interpretação restritiva do artigo 173, §4 resulta do fato que este dispositivo é considerado como estabelecendo os limites à intervenção do Estado na atividade econômica. Seria assim este dispositivo uma proteção do indivíduo contra as ingerências do Estado. O artigo 173, §4 definiria desta maneira as situações proibidas (ou passíveis de proibição), vale dizer, os limites da intervenção legislativa no terreno dos abusos do poder econômico. Todas as situações não previstas pela norma constitucional não seriam passíveis de serem proibidas³².

Uma tal concepção do abuso do poder econômico supõe que ainda é válido o dogma dos liberais clássicos segundo o qual o Estado deve entravar o menos possível a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos, pois tal liberdade seria, por ela mesma, capaz de promover o bem geral, fim último da atividade econômica³³. O Estado só deveria proibir, assim, os abusos do poder econômico mais chocantes. E ainda, os abusos passíveis de repressão deveriam ser definidos de maneira estrita, a fim de preservar a segurança jurídica máxima dos operadores econômicos.

Todos estes aspectos da concepção restritiva do abuso do poder econômico podem ser contestados.

³² Tal concepção é severamente criticada por Shuartz, que condena a concepção do abuso do poder econômico a partir de uma norma proibitiva pontual, onde remeteria-se “todas as condutas não-proibidas (manifestações indetermináveis do poder econômico não definidas expressamente como abusivas) para a esfera do permitido, i.e., do juridicamente indiferente” (“Abuso do poder econômico...”, art. cit., p. 59).

³³ Neste sentido Shuartz observa que “a concepção do abuso do poder econômico como mero repositório de infrações expressamente previstas em normas jurídicas pressupõe o antigo paradigma jurídico liberal (...) como atualmente válido, pelo menos no que diz respeito ao funcionamento do mercado. (...) Acredita-se, pois, que o sentido do ordenamento jurídico econômico seja o de proteger a liberdade individual do sujeito econômico das intervenções indevidas do aparato administrativo, bem como das imperfeições do mercado (concorrência desleal e abuso do poder econômico)” (ibid., p. 59).

B. Crítica à interpretação restritiva, e interpretação dinâmica do “princípio” de repressão dos abusos do poder econômico.

22. Impregnada por uma ideologia liberal clássica, a concepção restritiva do artigo 173, §4 se esbarra no fato de que a Constituição rejeitou de maneira quase formal a associação entre o *laissez faire* e a realização do bem comum. Com efeito, consagrando a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, a Constituição declara, por um lado, que a livre concorrência não é uma conseqüência natural da livre iniciativa e, por outro lado, que a livre concorrência tem um valor próprio, sendo um elemento necessário para que a livre iniciativa possa cumprir o seu valor social³⁴.

Ademais, exigir que o direito da concorrência defina de maneira estrita as situações proibidas, afim de se preservar a segurança jurídica máxima dos agentes econômicos arrisca condenar antecipadamente a viabilidade de um direito da concorrência eficaz. Com efeito, mais do que em qualquer outro ramo do direito, o equilíbrio ideal entre a eficácia da norma e a segurança jurídica dos indivíduos é, em direito econômico, um equilíbrio instável e frágil. Querer assegurar uma segurança jurídica máxima em matéria de direito econômico é condenar, de maneira quase deliberada, a eficácia deste direito. Consequentemente, a concepção restritiva do abuso do poder econômico arrisca deixar sem aplicação real o princípio de livre concorrência, o que iria ao encontro da Constituição.

23. Se esta interpretação do artigo 173, §4 pôde existir no passado é unicamente porque a “repressão do abuso do poder econômico” tinha, na época, o estatuto de princípio da ordem econômica³⁵. A Constituição atual, ao mesmo tempo em que ela consagrou a livre concorrência como um princípio, reduziu a importância da “repressão do abuso do poder econômico” no contexto constitucional. Este dispositivo deve, agora, ser interpretado em conformidade com os princípios da ordem econômica, e mais particularmente com o princípio de livre concorrência. Uma parte importante da doutrina moderna rejeita,

³⁴ Ver supra, n. 8 e ss. Em um sentido similar, Shuartz sublinha que a interpretação restritiva do abuso do poder econômico “de um lado, ignora a dialética entre igualdade formal e desigualdade real entre os agentes no mercado, de outro, exclui a voz da sociedade (econômica e não-econômica) do necessário processo de legitimação do poder econômico” (ibid., p. 60).

³⁵ O princípio de livre concorrência, se ele sempre existiu, ficava no entanto na sombra do princípio de repressão dos abusos do poder econômico; tratava-se de um princípio implícito. Atualmente, a livre concorrência é um princípio explícito da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, enquanto que a repressão dos abusos do poder econômico não tem mais o estatuto de princípio.

deste modo, a interpretação restritiva do artigo 173, §4, recolocando-o no novo contexto constitucional, onde o princípio de livre concorrência serve de vetor à uma concepção mais dinâmica do abuso do poder econômico.

24. Sobretudo, o artigo 173, §4 não limita a atividade legislativa do Estado com relação ao direito da concorrência. Com efeito, para a Constituição atual, não basta que a atividade econômica esteja ao abrigo dos abusos do poder econômico; é necessário, antes de tudo, que ela seja concorrencial. Tércio Sampaio Ferraz Jr. observa assim que o artigo constitucional em questão deve ser compreendido em seu contexto: “a inserção da livre concorrência como princípio da ordem econômica trouxe à concepção de abuso do poder econômico o sentido de uma infração contra o mercado, não sendo mais radicalmente decisivo os atos abusivos serem qualificados na forma de um ato de um agente contra outro agente”³⁶.

No mesmo sentido, Werter Faria considera que “o abuso do poder econômico é a conduta no mercado que prejudica o nível eficiente de competição”³⁷. Segundo este autor, o que caracteriza o abuso do poder econômico é o “prejuízo ao interesse geral, mediante práticas que impeçam, restrinjam ou falseiem o jogo normal da concorrência”³⁸. De acordo com este autor, “a repressão dos abusos do poder econômico deve ser compreendida como proibição de todas as práticas comerciais que anulam ou distorcem a livre concorrência”³⁹.

De modo similar, Fernando Shuartz sublinha que o poder econômico acarreta uma relação de subordinação, e que toda relação desta natureza não é *a priori* legítima. A legitimidade do poder econômico depende assim da maneira pela qual ele foi constituído e é exercido⁴⁰. O autor considera que a noção de abuso do poder econômico deve ser forjada a partir da noção de desvio de finalidade, onde o poder econômico seria instrumentalizado e submetido a uma espécie de princípio de legalidade estrita. Assim, o poder econômico seria vinculado, de maneira negativa, ao conteúdo da norma constitucional, e de maneira positiva às situações contrárias àquelas que a norma proíbe, isto é, à manutenção ou à produção de uma situação de competição. Deste modo, o direito da concorrência “não busca apenas punir os desvios, mas, principalmente, alcançar uma situação objetiva ideal e positivamente determinada: o

³⁶ “Resilição unilateral de relações comerciais de prazo indeterminado e a lei de defesa da concorrência”, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 5, 1995, p. 275.

³⁷ *Constituição econômica*, op. cit., p. 58.

³⁸ *Ibidem*, p. 78.

³⁹ *Ibidem*, p. 151.

⁴⁰ Shuartz, “Abuso do poder econômico...”, art. cit., p. 60/61.

mercado saudável (competitivo)”⁴¹. Em resumo, para o autor, a noção de abuso do poder econômico deve ser estabelecida em função de um *standard* de comportamento fundado em uma legalidade estrita que supõe a existência de uma finalidade, de um resultado. “Este resultado, conclui o autor, é a própria livre concorrência enquanto manifestação parcial e pressuposto da liberdade de iniciativa”⁴².

25. A partir de uma concepção mais larga da noção de abuso do poder econômico, estes autores recusam ver nos termos do artigo 173, §4 limites rígidos à caracterização de tais abusos. O artigo citado enuncia, como finalidade que caracteriza o abuso, a trilogia “eliminação da concorrência, dominação de mercado e aumento arbitrário dos lucros”. Werter Faria considera assim que as expressões “dominação de mercados”, “eliminação da concorrência” e “aumento arbitrário dos lucros” constituem “as hipóteses genéricas do abuso do poder econômico”, de modo que a lei pode estabelecer, para cada uma destas hipóteses, os múltiplos comportamentos que os caracterizam⁴³.

No entanto, se a noção de dominação pode ser objeto de uma interpretação mais flexível e evolutiva, compatível com um direito da concorrência moderno e dinâmico, o mesmo não se pode dizer da expressão “eliminação da concorrência”, termo que não se presta bem a fundamentar a interdição de “restrições” de concorrência. Tercio Sampaio Ferraz Jr. considera, porém, que o termo “eliminação da concorrência” significa o fato de “atentar contra a própria estrutura do mercado, fazendo da competitividade uma aparência de competitividade, da concorrência um jogo previamente combinado, em que as partes abrem mão da sua liberdade em troca de uma vantagem que as tiraniza”⁴⁴.

Enfim, o abuso de poder econômico visado pelo artigo 173, §4 da Constituição se caracteriza por sua finalidade: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da con-

⁴¹ Shuartz, “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro”, in *Revista de Direito Mercantil*, n. 94, 1994, p. 24. O autor reconhece que esta posição é contrária à doutrina dominante no Brasil. A propósito da instrumentalização da atividade econômica das empresas ver Izabel Vaz, op. cit., p. 255.

⁴² Shuartz, “Poder econômico...”, art. cit., p. 27. O autor observa ainda que “o Estado, de um lado, transfere ao mercado parte de sua função própria de *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170 da CF), reservando, de outro, a si, o poder fiscalizatório, preventivo e corretivo. Neste sentido, o dever primário do Estado não é o de punir os abusos, mas sim de preveni-los e corrigi-los” (“Abuso do poder econômico...”, art. cit., p. 61).

⁴³ Faria, op. cit., p. 151 e 153.

⁴⁴ “Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional”, art. cit., p. 72.

corrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. No passado pôde-se sustentar que a caracterização do abuso à partir da finalidade do comportamento era um indício da natureza penal da proibição⁴⁵. Tércio Sampaio Ferraz Jr. rejeita esta interpretação. Para o autor, a “linguagem de finalidade” da Constituição atual não significa que a repressão dos abusos deve ser feita pela via penal. Segundo o autor, a finalidade de que fala a lei (a “dominação de mercado”, a “eliminação da concorrência” ou o “aumento arbitrário dos lucros”) é igualmente uma qualidade do ato, e não somente uma qualidade do agente⁴⁶. Werter Faria sublinha ainda que a redação do dispositivo na Constituição atual, contrariamente à Constituição anterior, permite a interdição dos abusos em razão de seus efeitos, sem que seja exigido um efeito para a caracterização do abuso⁴⁷.

26. Todas estas interpretações extensivas da noção de abuso do poder econômico têm como ponto comum o fato de demonstra a insuficiência de uma interpretação do artigo 173, §4 que não leva em conta o contexto constitucional, mais particularmente o princípio de livre concorrência. A repressão dos abusos do poder econômico, prevista pela norma constitucional, deve permitir a efetiva proteção de um mercado concorrencial, como o estabelece o princípio de livre concorrência.

Mas, se o artigo 173, §4 deve ser interpretado como sendo o fundamento para a preservação da livre concorrência, podemos questionar se é realmente necessário se referir a esta regra para justificar o direito da concorrência.

⁴⁵ Ver supra, n. 20.

⁴⁶ Ferraz, “Resilição...”, art. cit., p. 275. O autor considera que “mesmo sem agir (subjetivamente) de modo deliberado (dolo direto), seu ato abusivo pode (ou não) repercutir na livre concorrência, distorcendo-a. Se não quisermos falar em responsabilidade objetiva, teremos que falar em dolo eventual, devendo a lei presumir que o agente, ao praticar atos negociais, assumiu como possíveis eventuais consequências lesivas para o mercado” (ibidem. Os itálicos estão no original). Shuartz observa assim que “o centro de gravidade da infração deixa de estar na intencionalidade dirigida contra um concorrente, mas passa a localizar-se na significação objetiva da conduta para a manutenção da competitividade no mercado” (“Poder econômico...”, art. cit., p. 26).

⁴⁷ Faria, op. cit., p. 150.

§ II. O princípio de livre concorrência: referência suficiente para legitimar o direito brasileiro da concorrência ?

27. Os autores que tomaram o princípio de livre concorrência como um vetor para a interpretação do artigo 173, §4 da Constituição (relativo à repressão dos abusos do poder econômico) entenderam que este princípio consagra o funcionamento normal do mercado, o livre jogo da concorrência. Restaria demonstrar, no entanto, que uma autorização expressa da Constituição é necessária para que um direito da concorrência possa ser adotado. Certo, a Constituição brasileira regulamenta com detalhes a ordem econômica. No entanto, é justamente em razão desta ordem econômica constitucionalmente consagrada que o direito da concorrência se encontra legitimado. A escolha constitucional por uma economia descentralizada, regida pelas leis do mercado, autoriza o Estado a regulamentar a concorrência. Esta autorização tácita torna-se ainda mais evidente quando analisamos mais atentivamente os princípios da ordem econômica⁴⁸.

28. De acordo com o artigo 170 da Constituição, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”. Dentre os princípios constitucionais da ordem econômica encontramos o princípio da livre concorrência.

A livre iniciativa e a livre concorrência são assim, no Brasil, valores constitucionalmente ligados à ordem econômica. A livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, não de maneira absoluta, ou em razão de suas virtudes intrínsecas, mas sobretudo em função de seu valor social⁴⁹. A livre concorrência, por sua vez, é um princípio da ordem econômica. É um princípio que assume, no contexto constitucional, um valor instrumental. Trata-se de um dos elementos necessários para que a livre iniciativa seja presumida agir no sentido que a Constituição permite: o de assegurar a todos uma existência digna, de acordos com os ditames da justiça social.

A livre concorrência, enquanto valor instrumental necessário à consecução das finalidades da ordem econômica constitucionalmente adotada, e condição em princípio necessária à legitimidade da livre iniciativa, deve ser protegida. Cabe assim questionar se, para que o Estado possa adotar regras para a proteção de um valor de tamanho relevo na ordem econômica seria necessária uma habilitação constitucional expressa? É necessário que a Constituição permita que legislador faça regras para a repressão de abusos, ou de

⁴⁸ Na realidade, o artigo 174 da Constituição autoriza de maneira expressa o Estado a regulamentar a atividade econômica.

⁴⁹ Ver supra, n. 6.

um modo mais genérico, para que um direito da concorrência seja adotado? A resposta só pode ser pela negativa⁵⁰.

Porém, a realidade é que o legislador constitucional indicou que a lei deve reprimir os abusos do poder econômico que tenham por fim a eliminação da concorrência, a dominação de mercados e o aumento arbitrário dos lucros. Qual o alcance de tal dispositivo?

29. A nós parece que este mandamento constitucional dirigido ao legislador ordinário não pode ser considerado como sendo o limite máximo da regulamentação da concorrência (um tal limite resulta sobretudo dos direitos e garantias fundamentais, notadamente dos direitos da defesa do direito de propriedade). Ao contrário, o artigo 173, §4 só pode ser compreendido como sendo o limite mínimo da intervenção legislativa face ao fenômeno concorrencial.

Assim, de um lado o Estado não pode se abster de proibir as situações que caracterizam os abusos do poder econômico, tais como descritas na Constituição⁵¹. De outro lado, a Constituição não se opõe a que o legislador crie um direito da concorrência que vá além da simples repressão dos abusos do poder econômico⁵². Com efeito, como observa Ferraz, “é preciso, pois, cuidar

⁵⁰ Werter Faria observa que tal disposição constitucional não existia quando foi adotado o Decreto 7666/45 (que proibia restrições de concorrência, a dominação do mercado e o aumento arbitrário dos lucros). Além disto, continua o autor, raros são os países onde a constituição contém um dispositivo similar (op. cit., p. 75). Ponter de Miranda sublinhou, ainda sob o império da Constituição de 1967, que o legislador não precisa de uma tal autorização para poder regulamentar a concorrência: “protege-se a livre concorrência; por isso mesmo atribui-se aos legisladores ordinários o ataque às formas múltiplas pelas quais a livre concorrência se converte em poder eliminador da concorrência, ou, pela concentração da propriedade, ou outros meios abusivos (...)” (*Comentários à Constituição de 1967*, op. cit., p. 48).

⁵¹ W. Faria sublinha que o artigo constitucional “obriga o Estado a legislar sobre repressão às práticas comerciais restritivas”, de modo que a inconstitucionalidade da lei pode resultar do não respeito deste limite mínimo estabelecido pela Constituição (op. cit., p. 60, 75 e 182). Neste sentido, porque não considerar contrário à Constituição uma lei tecnicamente incapaz de sancionar, na prática, comportamentos que caracterizam abusos de poder econômico no sentido do artigo 173, §4 da Constituição?

⁵² T. S. Ferraz Jr., “Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional”, art. cit., p. 73. No mesmo sentido, I. Vaz observa que “por definição constitucional, a livre concorrência é um *princípio* informador da atividade econômica, enquanto a repressão ao abuso do poder econômico configura um dos *instrumentos* de sua proteção” (*Direito econômico da concorrência*, op. cit., p. 287, itálicos no original). Igualmente, Bastos sublinha que o princípio constitucional de livre concorrência autoriza a “intervenção ativa no mercado”, pelo Estado, com o fim de estabelecer um “regime normativo de defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condi-

para que o desenvolvimento econômico ou técnico do sistema não seja comprometido por comportamentos dos agentes que, sem ser abusivos, podem levar à distorção, com o impedimento do afluxo de recursos a certos setores ou o bloqueio da possibilidade de expansão de concorrentes”⁵³.

30. A lei 8884/94, ainda que fiel ao “trinômio” constitucional, contém importantes elementos evolutivos. A lei 8884/94 proíbe as restrições de concorrência, enquanto o dispositivo constitucional só fala de *eliminação* de concorrência; a lei proíbe, além da dominação de mercados, os abusos de posição dominante, enquanto que a Constituição só faz referência à dominação; a lei estabelece interdições tanto em função do objeto anticoncorrencial quanto do efeito real da prática no mercado, enquanto que a Constituição só prevê a interdição em razão do objetivo do agente; a lei estabelece mecanismos de prevenção, e a Constituição só fala de repressão. Igualmente, importantes modificações institucionais foram introduzidas para permitir uma aplicação efetiva e eficaz da lei.

Em definitivo, o legislador constitucional quis modificar a orientação do direito da concorrência brasileiro: da simples repressão dos abusos do poder econômico, deve-se passar à uma efetiva proteção da concorrência. Este novo contexto Constitucional não passou despercebido do legislador ordinário quando foi elaborada a lei 8884/94. E ele deve estar também presente no espírito do intérprete.

ções do mercado livre”, assim como uma intervenção “negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições” (*Comentários à Constituição do Brasil*, com Ives Gandra Martins, op. cit., vol. 7, p. 27).

⁵³ Esta argumentação do autor visa a legitimar o controle das operações de concentração. Continua o autor: “neste sentido, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício, na forma da lei, da função de fiscalização. (...) O dever de o Estado, nestes casos, atuar preventivamente (...) é o sucedâneo constitucional de sua função fiscalizadora” (“Lei de defesa da concorrência, origem histórica e base constitucional”, art. cit., p. 73).

A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES NA LEGISLAÇÃO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Mauro Grinberg

I. Introdução:

1. O presente trabalho tem por finalidade o estudo da responsabilidade - pessoal e exclusiva - dos administradores pelos atos praticados pelas sociedades e que as sujeitam às sanções da legislação de defesa da concorrência; além da finalidade, é, obviamente, limitação.

2. Estabelece o artigo 23 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador;

III - No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente”.

3. A aplicação de multa contra empresas como penalidade para a prática de abusos do poder econômico - preferindo-se aqui utilizar a expressão “abuso do poder econômico”, constante do parágrafo 4º do artigo 173 da Constituição Federal, em vez da expressão “infração da ordem econômica”, constante do artigo 20 da Lei nº 8.884, de 1994, tendo ambas o mesmo significado, cujo exame, de qualquer sorte, escapa ao objetivo do presente trabalho - já vem dos

artigos 43 e 44, alínea “c”, da Lei nº 4.137, de 1962, dispositivos que foram expressamente mantidos pelo artigo 23 da Lei nº 8.158, de 1991.

4. Todavia, a aplicação de multa contra administrador constitui novidade, sendo objeto do presente trabalho o exame dessa novidade, prevista no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.884, de 1994, sendo certo que o mencionado inciso II é aplicável nas hipóteses dos incisos I e III do mesmo artigo; até o advento desta lei, os administradores só tinham responsabilidade dentro da responsabilidade geral dos administradores.

5. Com efeito, o inciso I refere-se às empresas, de fins obviamente lucrativos, relativamente às quais a multa deve ser aplicada em função do faturamento; já o inciso III refere-se às entidades não lucrativas, relativamente às quais não pode ser aplicada multa em função do faturamento, sendo substituído tal critério por outro.

6. Nas duas hipóteses, porém, o administrador pode estar sujeito à aplicação de multa, não se podendo imaginar que o fato do inciso II prever a responsabilidade do administrador, ele não se aplique à hipótese do inciso III, por lhe ser superveniente; efetivamente, da mesma forma que a numeração de artigos em uma lei não indica preponderância de um sobre outro, a numeração de incisos em um artigo também não estabelece hierarquia entre eles.

7. Assim, expõe MAYR GODOY que o inciso “é a forma de abrir um espaço no artigo ou no parágrafo para aí introduzir uma explicitação do assunto em pauta”¹.

8. Na mesma linha, o ítem 9.2.2.3 do Manual de Redação da Presidência da República, de 1991, deixa claro que “os incisos são utilizados como elementos discriminativos de artigo se o assunto nele tratado não puder ser condensado no próprio artigo ou não se mostrar adequado a constituir parágrafo” (página 194).

9. Entende-se, conseqüentemente, que o inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.884, de 1994, refere-se às hipóteses dos incisos I e III do mesmo artigo; mas, tratando os incisos I e III de hipóteses distintas, devem ter tratamento separado.

II. Responsabilidade dos Administradores de Empresas de Fins Lucrativos:

10. Anteriormente à edição da Lei nº 8.884, de 1994, a responsabilidade dos administradores de empresas de fins lucrativos, mesmo perante o direito da concorrência empresarial, era decorrente da legislação geral societária e bem assim das normas que regem a responsabilidade civil em geral.

¹ “Técnica Constituinte e Técnica Legislativa”, edição LEUD, São Paulo, 1987, página 138.

11. Assim, com relação às sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelece o artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1919: “Os sócios-gerentes ou os que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei”.

12. EGBERTO LACERDA TEIXEIRA explica: “O abuso ou excesso de poderes, em sua configuração lata, abrange os casos de o gerente praticar atos estranhos ao objeto da sociedade ou praticá-los com inobservância dos preceitos legais ou estatutários. Seria o caso, por exemplo, na primeira hipótese, de a sociedade ter por objeto específico a compra-e-venda de automóveis e o gerente obrigar-se, em nome da sociedade, a adquirir a maqunária e o equipamento industrial de uma fábrica de papel. Ocorreria a segunda hipótese se, em determinada empresa, o contrato social exigisse, em certas operações, assinatura de dois diretores ou a audiência prévia da assembléia geral, e o gerente por si só, sem a co-assinatura de outro diretor ou consulta à assembléia, assumisse obrigações de grande vulto para a sociedade”².

13. Este artigo tem sido analisado principalmente, por um lado, quando a sociedade procura eximir-se da responsabilidade por ato praticado por sócio-gerente que tenha agido com excesso de mandato (ou poderes) ou em violação do contrato ou da lei, e, por outro lado, quando um credor não consegue cobrar seu crédito da sociedade e quer fazê-lo do sócio-gerente que teria agido com excesso de mandato (ou poderes) ou em violação do contrato ou da lei.

14. Igualmente no que diz respeito à responsabilidade decorrente da aplicação da legislação de repressão ao abuso do poder econômico, é certo que, até o advento da Lei nº 8.884, de 1994, também o órgão aplicador poderia impor subsidiariamente aos sócios-gerentes de sociedade insolvente as penas aplicáveis à sociedade, se encontrado motivo que pudesse ser caracterizado como excesso de mandato (ou poderes) ou violação do contrato ou da lei.

15. Não há registro de que o órgão aplicador da lei tenha feito qualquer tentativa de atingir os sócios-gerentes de sociedade insolvente, mas é óbvio que essa possibilidade existiu - e ainda existe para as infrações cujos processos permanecem em fase de apuração embora tenham sido praticadas antes do advento da Lei nº 8.884, de 1994 -, mas sempre dependente da prova do excesso de mandato (ou poderes) ou da violação do contrato ou da lei pelo sócio-gerente em especial.

² “Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada”, edição Max Limonad, São Paulo, 1956, página 104.

16. Utilizando o exemplo fornecido por EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, acima referido, seria o caso “de a sociedade ter por objeto específico a compra-e-venda de automóveis e o gerente obrigar-se, em nome da sociedade, a adquirir a maquinária e o equipamento industrial de uma fábrica de papel” e, neste ato, praticar abuso do poder econômico; poderia o órgão aplicador da lei responsabilizar o sócio-gerente que assim agiu, na hipótese de, tendo sido aplicada a multa, esta não tiver sido paga em decorrência de insolvência da sociedade.

17. Nas sociedades por ações, estabelece o artigo 158 da Lei nº 6.404, de 1976:

“O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão, responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições e poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto”.

18. Explica J.C. SAMPAIO DE LACERDA: “Tratando-se de prejuízos oriundos de atos praticados pelo administrador, dentro de suas atribuições ou poderes, somente são reparáveis mediante a prova de sua culpa ou dolo. Na hipótese, porém, em que os prejuízos decorrem de atos, operações ou omissões praticados pelos administradores, mas com violação da lei ou do estatuto, prescinde-se da prova de culpa do administrador. Nessa última hipótese a lei presume culpa do administrador, mas uma presunção iuris tantum, porque poderá ele provar que a violação da lei ou do estatuto resultara de circunstâncias especialíssimas, por ele não provocadas ou relativamente às quais não poderia ele ter nenhuma influência, ou que os prejuízos verificados ocorreriam em qualquer hipótese. A única coisa que o prejudicado terá de provar é o prejuízo e o nexo de causalidade entre o ato violador da lei ou do estatuto e o prejuízo sofrido”³.

19. Da mesma forma que nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, este artigo tem sido analisado, principalmente, por um lado, quando a sociedade procura eximir-se da responsabilidade por ato praticado por administrador com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto, e, por outro lado, quando um credor não consegue cobrar seu crédito da sociedade e quer fazê-lo do administrador que teria agido com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto.

³ “Comentário à Lei das Sociedades Anônimas”, 3º Volume, edição Saraiva, São Paulo, 1976, página 206).

20. Da mesma forma que nas sociedades por cotas de responsabilidade limitada, não há registro de que o órgão aplicador da lei tenha feito qualquer tentativa de atingir administradores de sociedade insolvente, mas é óbvio que essa possibilidade existiu - e ainda existe para as infrações cujos processos permanecem em fase de apuração, embora tenham sido praticadas antes do advento da Lei nº 8.884, de 1994 -, mas sempre dependente da prova da culpa ou dolo ou da violação da lei ou do estatuto.

21. Utilizando o exemplo fornecido por EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, acima referido para a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, agora para a sociedade por ações, seria o caso “de a sociedade ter por objeto específico a compra-e-venda de automóveis e o gerente (administrador) obrigar-se, em nome da sociedade, a adquirir a maquinária e o equipamento industrial de uma fábrica de papel” e, neste caso, praticar abuso do poder econômico; poderia o órgão aplicador da lei responsabilizar o administrador que assim agiu. na hipótese de, tendo sido aplicada a multa, esta não tiver sido paga em decorrência de insolvência da sociedade.

22. Há uma novidade, contudo, com o advento da Lei nº 8.884, de 1994, cujo artigo 23 - sobretudo o respectivo inciso III - já foi acima transcrito e se constitui no objeto deste trabalho, conforme acima explicitado.

23. Explica JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA: “Além da punição dirigida à empresa, haverá também a punição do administrador, quando este, direta ou indiretamente, for responsável pela infração cometida por empresa. E a penalidade imposta será de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador, ou seja, deverá ser paga por ele”⁴.

24. Prossegue JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA: “A multa aplicável ao administrador deverá fixar-se em 10 a 50% do valor que for aplicado à empresa. E deverá ser paga com recursos pessoais do administrador, que sentirá, assim, uma repercussão direta em seu patrimônio pessoal”⁵.

25. Em sentido mais liberal, expõe FÁBIO ULHOA COELHO: “Diz a lei que a sanção será da exclusiva e pessoal responsabilidade do administrador. Essa disposição, contudo, não impede a previsão, no contrato celebrado entre o administrador e a sociedade empresária, de cláusula de cobertura da penalidade. Isto é, embora perante o CADE seja o administrador o responsável pelo pagamento da multa, ele poderá em regresso ressarcir-se da empresa, se prevista essa condição em instrumento contratual”⁶.

⁴ “Lei de Proteção da Concorrência”, edição Forense, Rio de Janeiro, 1995, página 104.

⁵ Obra citada, página 106.

⁶ “Direito Antitruste Brasileiro”, edição Saraiva, São Paulo, 1995, página 89.

26. Prossegue FÁBIO ULHOA COELHO: “Em se tratando de sociedade anônima, também é lícito prever-se no estatuto tal responsabilidade pela legalização em regresso dos administradores apenados com base na legislação antitruste. Caso inexistir previsão orçamentária, a própria Assembléia Geral que deliberar sobre a remuneração dos administradores poderá consignar o pagamento”⁷.

27. Continua FÁBIO ULHOA COELHO: “Interessa, por outro lado, à própria empresa o ressarcimento ao administrador da multa fundada na legislação antitruste. Com efeito, a perspectiva da severíssima punição, estabelecida na lei, poderia eventualmente inibir uma maior agressividade na competição empresarial, tendo em vista que os administradores, uma vez apenados pelo CADE, não teriam como diluir as repercussões econômicas de tal responsabilização, nem mesmo teriam como delas se precaverem. Já, a empresa pode, a prazo médio que seja, simplesmente repassar aos preços de seus produtos e serviços o valor da multa infligida, inclusive a de responsabilidade de seus administradores”⁸.

28. Finaliza FÁBIO ULHOA COELHO: “Atende, portanto, ao interesse de ambas as partes - empresário e administrador - o ressarcimento pela empresa de eventuais multas aplicadas pelo CADE com base no art. 23, II, da lei antitruste”⁹.

29. Para solucionar os problemas acima colocados, não podemos nos socorrer da legislação estrangeira, até porque ela não prevê a situação estabelecida pelo artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.884, de 1994.

30. Já a divergência entre os dois únicos autores conhecidos a enfrentar o problema merece exame, até porque os casos práticos poderão surgir a qualquer momento, podendo ser ventilada a suspeita de que até agora o órgão aplicador da lei não aplicou o dispositivo em exame exatamente em decorrência da dificuldade de interpretação aqui exibida.

31. De início, deve ser destacado, que o dispositivo em exame não prevê que a multa seja aplicada ao administrador por excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo - hipóteses previstas no artigo 10 do Decreto nº 3.708, de 1919, e no artigo 158 e respectivos incisos I e II da Lei nº 6.404, de 1976, acima transcritos -; ao contrário, fala em “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida pela empresa”, independentemente de ter havido excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo.

⁷ obra e página citadas.

⁸ obra e página citadas.

⁹ obra e página citadas.

32. O primeiro ponto a ser examinado é o da possibilidade de convivência - possibilidade, sim, porque a inconveniência pode resultar na recomendação de revogação - entre a legislação societária e o dispositivo sob exame, sendo que a resposta só pode ser positiva, ou seja, o dispositivo sob exame não colide com a legislação societária.

33. Com efeito, não se aplica aqui a hipótese do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

34. Como obviamente não se trata de revogação expressa nem de regulação especial da mesma matéria, resta para exame apenas a compatibilidade (ou incompatibilidade) entre as duas normas colhendo-se a explicação de VICENTE RAO: “Se as disposições nova e antiga (gerais ou especiais) não forem incompatíveis, podendo prevalecer umas e outras, umas a par de outras, não ocorrerá revogação alguma”¹⁰.

35. A legislação societária trata da responsabilidade dos administradores por excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo; o dispositivo sob exame veio acrescentar uma outra responsabilidade, a do “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa”, sendo certo que, como são responsabilidades distintas, é flagrante a compatibilidade (e conseqüentemente a possibilidade de convivência) entre o dispositivo sob exame e a legislação societária.

36. Resolvida essa questão, deve-se examinar a posição de FÁBIO ULHOA COELHO - e os perigos dela decorrentes - segundo a qual pode a sociedade assumir a obrigação do seu administrador que seja condenado pelo órgão de aplicação da lei a pagar multa, na qualidade exclusiva de administrador, que a lei estabelece ser pessoal e exclusiva, e conseqüentemente intransferível, do administrador.

37. Essa solução tem o poder de gerar problemas tributários de enorme vulto que, apesar de estarem fora do âmbito do presente estudo, podem ser simplesmente exemplificados: se a sociedade pagar, eventualmente não poderá incluir tal pagamento na despesa dedutível do lucro, já que por lei a despesa não é dela; se a sociedade pagar ao administrador uma despesa que não é rendimento desse administrador, a hipótese poderá ser de distribuição disfarçada de lucros ou de pagamento indevido (conforme se trate de administrador sócio ou não sócio), uma vez que não se trata de rendimento nem de despesa da sociedade.

¹⁰ “O Direito e a Vida dos Direitos”, 1º Volume, Tomo II, edição Resenha Universitária, São Paulo, 1976, página 298.

38. Essa interpretação, todavia, ainda leva a mais perigos, pois pode ocorrer a hipótese da sociedade ser levada à insolvência ou simplesmente ser extinta, sendo que, neste caso, não haverá sociedade para pagar a dívida do administrador.

39. Acrescente-se que o dispositivo sob exame é de 1994 e muitas relações de sociedades com administradores são a ele anteriores; além disso, mesmo após o advento do dispositivo sob exame, não se tem conhecimento de que a matéria tenha sido objeto dos acertos entre sociedades e administradores.

40. O que se observa, enfim, é que pode haver um verdadeiro, embora eventual, barril de pólvora, não se sabendo quem tem o poder de desencadear a fagulha e a que distância se encontra; contra tal possibilidade de explosão, conta-se apenas com o bom senso dos integrantes do órgão aplicador da lei.

41. Em contraposição, todavia, pode-se apresentar a teoria do órgão, pela qual o administrador não representa a sociedade, mas é dela um órgão, ou seja, quando age o administrador em nome da sociedade, é em verdade a própria sociedade que age, necessitando do administrador porque não pode agir sem a sua (dele administrador) intervenção física.

42. Não se pretende aqui fazer exposição detalhada a respeito da aplicação da chamada “teoria do órgão”, mas apenas uma brevíssima digressão (assumindo a sua aplicabilidade de modo praticamente axiomático).

43. Explica EGBERTO LACERDA TEIXEIRA: “Professa-se, hoje em dia, a convicção de que os diretores, gerentes ou administradores das sociedades de índole capitalista são, na verdade, órgãos da sociedade. Como órgãos da sociedade, os administradores não representarão os interesses particulares dos sócios, ou de certo grupo de sócios, e sim o interesse da empresa”¹¹.

44. Explica, por sua vez, CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO: “Quando a sociedade age por intermédio de seus administradores, é ela mesma quem pratica o ato jurídico; os gerentes, frente a terceiros, são a própria sociedade. Ora, se os administradores constituem parte integrante da sociedade - ou ela própria - evidentemente não se pode falar na figura da representação, visto como não há duas pessoas, mas apenas uma”¹².

45. Explica, também por sua vez, PONTES DE MIRANDA: “Os sócios gerentes e os que deram o nome à firma aparecem, aos terceiros, como outorgados de poderes. Toda outorga tem limites. Mas a situação em que se acham, pela gestão (...), faz supor-se que operam de acordo com o contrato e a lei.

¹¹ Obra citada, página 99.

¹² “A Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada”, Volume I, edição Forense, Rio de Janeiro, 1958, página 293.

Vinculam a sociedade, e não a si mesmos (...), se praticam atos em nome da sociedade”¹³.

46. Prossegue PONTES DE MIRANDA: “Os sócios gerentes são órgãos, e não mandatários: não representam, apresentam a sociedade”¹⁴.

47. De acordo com esse entendimento, não é possível responsabilizar um administrador - já que, agindo em nome da sociedade, ele é, em verdade, a própria sociedade presente -, a não ser por atos praticados com excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, culpa ou dolo; ocorre, neste caso, a aplicação da legislação societária geral e não do dispositivo sob exame.

48. Deve-se, em adição, analisar o vínculo entre a sociedade e seu administrador, explicando ALBERTO XAVIER: “O conceito técnico-jurídico de administração é, pois, um conceito formal, na medida em que o seu traço essencial está no exercício de poderes que produzam efeitos para com terceiros, ou seja, no exercício de poderes de representação. Quer isto dizer que a aceitação estrita de administração não se basta com a gestão, exige além disso a representação”¹⁵.

49. Prossegue ALBERTO XAVIER: “A representação que é privativa dos administradores é uma representação orgânica, no sentido de que lhe advém da investidura num cargo (...) que reveste a natureza jurídica de órgão da sociedade, ou seja, de centro de manifestação de vontade da pessoa jurídica”¹⁶.

50. Finaliza ALBERTO XAVIER: “O contrato de administração tem, pois, como conteúdo, uma prestação de serviço, que se traduz no exercício de uma forma peculiar de trabalho - que é precisamente a gestão e representação de empresas - e que envolve um tipo peculiar de remuneração”¹⁷.

51. Ora, se o administrador tem poderes de gestão e representação (na verdade apresentação), tem com a sociedade um contrato de prestação de serviços, recebe uma remuneração particularizada por essa condição, difícil fica compatibilizar o dispositivo sob exame com essa situação do administrador.

52. Pode-se criar exemplos: uma determinada sociedade tem uma rede de distribuição de seus produtos por meio de distribuidores independentes, sem exclusividade territorial; resolve, em dado momento, dar privilégios de preços a um em detrimento de outro distribuidor, sem que para isso haja um critério

¹³ “Tratado de Direito Privado”, Tomo 49, edição Borsoi, Rio de Janeiro, 1972, página 405

¹⁴ obra e página citadas.

¹⁵ “Administradores de Sociedades”, edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979, páginas 20/21.

¹⁶ obra citada, página 21.

¹⁷ obra citada, página 23.

lógico (baseado, conforme o caso, em quantidades ou outros padrões auferíveis objetivamente).

53. Levado esse comportamento ao órgão aplicador da lei, este pode entender que a prática constitua abuso do poder econômico, aplicando assim multa à sociedade e outra multa ao administrador; se os poderes que o administrador utilizou foram os poderes normais da administração, a sua condenação pode resultar num abalo ao bom senso.

54. Mais ainda, os abusos do poder econômico resultam sempre de circunstâncias do mercado e da atividade econômica, que obviamente são mutáveis; no exemplo dado, a consideração do comportamento como abuso do poder econômico pode ser positiva para indústria de um determinado produto e negativo para indústria de outro produto; ainda no exemplo dado, a consideração do comportamento como abuso do poder econômico, levando em consideração a mesma indústria, pode ser positiva para uma determinada região geográfica (país, estado, cidade e até mesmo parte de cidade) e negativa para outra.

55. Não se tem por objetivo aqui fazer a análise do direito da concorrência empresarial, mas é preciso explicar que, no exame de cada caso, para a verificação da existência ou não de abuso do poder econômico, é preciso antes verificar qual o chamado mercado relevante.

56. Cumpre lembrar que a Lei nº 8.884, de 1994, faz referência expressa a mercado relevante (sem contudo defini-lo), lembrando-se aqui o artigo 20, inciso II - que trata como infração da ordem econômica o ato de “dominar mercado relevante de bens ou serviços” - e o parágrafo 2º do artigo 20 - que, para esclarecer o que é posição dominante como infração da ordem econômica, fala de “parcela substancial do mercado relevante”.

57. SERGIO VARELLA BRUNA acentua a importância da conceituação: “Na análise do problema concorrencial, como se vê, importa verificar quais os produtos que concorrem entre si, compondo um mercado apartado dos demais, ou seja, qual o mercado que deve ser considerado relevante, para fins da disciplina jurídica do poder econômico e da tutela da concorrência”¹⁸.

58. BENJAMIN SHIEBER, resumindo a experiência da jurisprudência norte-americana, diz: “O mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos - levando em consideração o preço, a finalidade e a quantidade deles”¹⁹.

¹⁸ “O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício”, edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, página 77.

¹⁹ “Abusos do Poder Econômico”, edição Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, página 47.

59. Pode parecer elementar, e o é em sua conceituação básica; todavia, quando se desce ao exame casuístico, aflora a complicação; explica BENJAMIN SHIEBER: “A regra da possibilidade razoável de substituição de um produto por outro para determinar se os dois são do mesmo mercado, parece-nos necessária para evitar o absurdo de que cada produto fabricado constituiria um mercado, v.g., cada marca de refrigerante ou cada marca de cigarro. Mas, frisamos que a regra deve ser usada levando-se em consideração o fim precípua da lei antitruste, que é sustentar a concorrência. Para alcançar esse fim, impõe-se a necessidade de um rigoroso exame, de verificar se os produtos são na realidade substituíveis razoavelmente um pelo outro. Por exemplo, o fato de existirem produtos que podem tecnicamente ser substituídos por outro produto, não deve ser significativo se geralmente não são substituídos pelo público em geral”²⁰.

60. Finaliza BENJAMIN SHIEBER: “Na dúvida, deve optar-se pela decisão que proporcionar ao público os benefícios da concorrência, porque este é o espírito orientador da lei antitruste”²¹.

61. Como se pode observar, é nesse verdadeiro emaranhado de conceitos e idéias (e até estatísticas) que deve ser aplicado o direito da concorrência empresarial; para saber se um determinado comportamento empresarial constitui abuso do poder econômico, é preciso levar em consideração fatores diversos, tais como comportamento dos compradores (este varia conforme o tempo e a localização), capacidade técnica de substituição de um produto por outro, possibilidade econômica dessa substituição, etc.

62. Dentro desse sistema complexo, parece exagerado exigir-se de um administrador que, em cada ato empresarial, em cada posição tomada no mercado, faça a análise de mercado que muitas vezes leva vários meses para ser feita por órgãos especializados e altamente sofisticados.

63. É possível argumentar que a aplicação do Direito não pode ficar sujeita a tais raciocínios de ordem puramente prática; deve ser lembrado, todavia, que o direito da concorrência empresarial, formulado basicamente no direito anglo-saxão, não prescinde da aplicação da chamada regra da razão, que nada mais é do que o simples e popular bom senso.

64. BENJAMIN SHIEBER menciona a posição do Juiz PECKHAM, da Suprema Corte, segundo o qual, “sem uma interpretação limitada das palavras da lei, o Sherman Act estaria coibindo quase todos os contratos entre empresas”²².

²⁰ obra citada página 49.

²¹ obra citada, página 49.

²² obra citada, página 74.

65. O mesmo ocorre, aliás, com todas as leis de defesa da concorrência; é preciso conviver com o dilema que contrapõe, de um lado, o empresário que quer (e na verdade precisa) sempre crescer, e, de outro lado, a sua concorrência que não pode (nem deve) ser eliminada.

66. Essa posição é marcada por BENJAMIN SHIEBER (lembrando que se trata de escrito publicado em 1966, quando a primeira lei brasileira de repressão ao abuso do poder econômico, a Lei nº 4.137, de 1962, estava no seu primórdio): “Portanto, opinamos que as mesmas razões, que levaram os intérpretes norte-americanos a adotar a regra da razão na aplicação do Sherman Act, devem levar os intérpretes brasileiros da Lei n 4.137, o CADE e os tribunais, à mesma conclusão”²³.

67. Apenas à guisa de esclarecimento, no Brasil a regra da razão tem sido utilizada com propriedade pelo órgão aplicador da lei.

68. Entretanto, dentro do quadro apresentado, ante a possibilidade de aplicação literal da lei, essa análise pelo administrador, se exigida, deve ser feita sob pena de ter ele que ser responsável por multas altíssimas, inviabilizadoras até de sua capacidade; se se leva em conta que a multa da empresa vai de 1 a 30% do faturamento bruto anual e que a multa do administrador vai de 10 a 50% da multa aplicada contra a empresa, é fácil constar que a multa aplicável ao administrador pode chegar a 15% do faturamento bruto anual da empresa.

69. Essa cifra enorme muitas vezes constitui valor igual ao de vários anos de trabalho de um administrador; apenas isso leva em conta a agressão perpetrada pelo legislador ao bom senso (no mínimo ao bom senso) ao editar a lei.

70. Isso resulta, obviamente, na necessidade de extraordinário cuidado interpretativo, para que a aplicação da lei não resulte em absurdo; não se pretende aqui fazer estudo sobre a interpretação das normas jurídicas, lembrando apenas que a interpretação sistemática é a que deve unir os pontos aparentemente desunidos.

71. Explica JUAREZ FREITAS: “A interpretação sistemática deve ser definida como uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos”²⁴.

72. GENARO R. CARRIÓ, ao falar da textura “aberta” das palavras, explica que “el uso puede estar, a ese respecto, totalmente `abierto´. Es decir, no

²³ obra citada, página 82.

²⁴ “A Interpretação Sistemática do Direito”, edição Malheiros, São Paulo, 1995, página 54.

decidido o, en otros términos, dispuesto a admitir extensiones o restricciones”²⁵.

73. Assim, tanto o texto quanto as palavras do dispositivo sob exame, tendo sua textura aberta, devem sofrer a análise interpretativa sistemática em consonância com a legislação societária.

74. Conseqüentemente, a responsabilidade de administradores - de sociedades condenadas pelo órgão de aplicação da lei de repressão aos abusos do poder econômico -, prevista no artigo 23, inciso II, da Lei nº 8.884, de 1994, só deve ser aplicada dentro dos parâmetros traçados pela legislação societária, ou seja, quando houver excesso de mandato, violação da lei ou do estatuto, dolo ou culpa.

75. Efetivamente, mediante a aplicação, por um lado, da regra da razão e, por outro lado, da interpretação sistemática, o que se tem é o quadro em que, se entendido o dispositivo sob exame em sua literalidade, a atividade negocial poderá sofrer enorme abalo; não é possível, por outro lado, desconsiderar o dispositivo sob exame, pois lei existe e deve ser cumprida.

76. Desta forma, o que o dispositivo sob exame fez foi trazer para o direito da concorrência empresarial a responsabilidade de administradores que já existia no direito societário, explicitando que tal responsabilidade também é verificada no direito da concorrência empresarial.

III. Responsabilidade de Administradores de Sociedades Sem Fins Lucrativos:

77. Viu-se acima que o inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.884, de 1994, é aplicável tanto à hipótese do inciso I quanto à hipótese do inciso III do mesmo artigo, o que significa que não apenas administradores de empresas com fins lucrativos - que têm faturamento - quanto administradores de entidades sem fins lucrativos - que não têm faturamento -, podem sofrer multas pessoais decorrentes da prática de abusos do poder econômico.

78. Apenas para evitar dúvidas, entidades sem fins lucrativos também podem, em tese, praticar abusos do poder econômico, como, por exemplo, no caso de entidades empresariais que obrigam seus associados a comportamentos negociais concertados.

79. A diferença está na forma de aplicação da multa que, com relação às empresas mencionadas no inciso I, constitui uma porcentagem do faturamento enquanto que, com relação às sociedades mencionadas no inciso III, o critério é uma quantificação objetiva, com mínimo e máximo estabelecidos na lei.

²⁵ “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, edição Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, página 35.

80. As conclusões a que se chegou com relação aos administradores de empresas de fins lucrativos são aplicáveis às entidades de fins não lucrativos, com exceção da fundamentação legal que, em vez da legislação societária, é a legislação civil, na parte em que trata da responsabilidade civil.

JURISPRUDÊNCIA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 83/96

Requerente: CIA. ANTARCTICA PAULISTA INDÚSTRIA DE BEBIDAS E
CONEXOS e ANHEUSER-BUSH INTERNATIONAL INC.
Relatora: CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

Cia. Antarctica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, doravante denominada simplesmente Antarctica, e Anheuser-Bush International Inc., doravante denominada simplesmente Anheuser-Bush, em razão da decisão desse Plenário exarada nos autos do Ato de Concentração nº 83/96 interpôs pedido de reapreciação, com base nos art. 27 e 28 da Resolução CADE nº 5, de 28 agosto de 1996.

Argumentam as Requerentes que foram realizados novos entendimentos entre as partes, visando adequar os termos da associação às exigências constantes da decisão do CADE e com isso apresentar fatos novos, bem como procurou-se quantificar e demonstrar detalhadamente as eficiências a serem alcançadas em decorrência da associação.

No tocante aos fatos novos apresentados, podem ser agrupados em cinco tópicos, senão vejamos:

- i. inclusão no plano quinquenal da Anheuser-Bush de investimentos futuros no Brasil, explicitando sua estratégia e os aportes de recursos necessários à sua entrada efetiva no mercado brasileiro de cerveja;
- ii. estruturação de plano quinquenal da Antarctica de investimentos futuros em parceria com a Anheuser-Bush, explicitando os objetivos de vendas, capacidade produtiva e lançamento de novos produtos;
- iii. metas quantitativas e qualitativas a serem atingidas pelas Requerentes com relação as exportações, ganhos de produtividade, reduções de custos e preços.
- iv. programa de transferência de tecnologia de processos nas áreas de produção, administração, marketing e distribuição; e
- v. Revisão das bases contratuais em função da existência de cláusulas anti-concorrenciais.

Cabe ressaltar que em 01.10.97 o CADE foi devidamente comunicado da não aceitação pelas Requerentes das condições estabelecidas para aprovação da operação (fls.??). Nesse interim, as Requerentes buscaram manter

entendimentos com a Relatora, objetivando obter subsídios para introduzirem nos termos de sua associação novas condições que pudessem ser consideradas como fatos novos compatíveis com a decisão exarada pelo CADE. Assim, as alterações ora apresentadas expressam em parte aquelas discutidas como necessárias para o redesenho da operação, com intuito de adequá-la aos parâmetros prescritos no § 1º do art 54 da Lei 8.884/94, que orientam a atuação do CADE quando do exame de atos e contratos entre empresas que podem prejudicar a concorrência.

Em despacho exarado em 05.10.97 e referendado na mesma data pelo Conselho, recebi nos termos do art. 27 da Resolução CADE nº 5/96, o pedido de reapreciação apresentado pelas Requerentes, tendo como consequência a prorrogação dos prazos mencionados na decisão que ora se submete à reapreciação, pelo tempo que se fizesse necessário (fls.???).

Em 18.11.97 realizou-se audiência neste CADE, oportunidade em que os Representantes Legais das Requerentes puderam expor os termos em que foi redesenhada a operação aos demais membros deste Conselho e à Procuradora-Geral.

Outro ponto importante a mencionar diz respeito ao sigilo requerido no tratamento das informações apresentadas em anexo ao pedido de reapreciação, em especial com relação aos planos de investimentos quinquenais de cada uma das Requerentes; dos projetos de reestruturação da Antarctica; estratégias comerciais das Requerentes e da mensuração dos ganhos de eficiência. Note-se que tais informações foram autuadas em separado, mantendo-se em sigilo até que fossem cuidadosamente analisadas, no sentido de aferir quais seriam necessárias para balizar minha convicção, dos demais Conselheiros e garantir a transparência à decisão desse Conselho. Tratarei deste ponto com maior detalhe posteriormente.

Em 27/11/97 submeti o pedido de reapreciação à Procuradoria do CADE, tendo recebido parecer de nº 101/97, emitido pela Procuradora Dra. Fernanda Prestes C. Bussacos Pacheco.

Concluiu a Procuradora as fls. ??? sobre a admissibilidade do pedido, devendo portanto ser os fatos novos apreciados pela Conselheira e submetidos ao Plenário. Observa ainda não ter sido apresentado qualquer alteração estrutural na operação que possa justificar entendimento diverso daquele prolatado na nota técnica nº 31/97 da Procuradora-Geral Dra. Marusa Freire, quando sugeriu a imposição de restrições a sua aprovação visando enquadrá-lo dentro dos limites e condições legalmente exigidos.

Este é o Relatório

VOTO

I. Preliminares

1. Em preliminar, creio oportuno destacar que a admissibilidade do pedido de reapreciação de decisões exaradas em atos submetidos à apreciação do CADE em virtude do art. 54 deve estar fundamentado em fatos novos.

Nesse contexto é importante salientar que a resolução CADE nº 5 em seu art. 27, dispõe *verbis*:

“ Art. 27. O CADE poderá reapreciar uma unica vez, o ato não aprovado, desde que, mediante pedido do interessado fundado em fato novo, a reapreciação se restringe a alterações relativas às condições estabelecidas nos §§ 1º e 2º, do art. 54, da Lei 8.884, de 1994.” (grifo meu)

Deve-se observar que no caso em exame, que a operação não foi negada por este Conselho. A decisão exarada em 23.07.97 aprovou a associação realizada pela Antarctica e A-B sob condições, estabelecendo para os prazos de vigência dos contratos e acordos firmados entre as Requerentes prazo máximo de 24 meses contados a partir da publicação do acordão da decisão, como providência que visava eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica. A decisão pode ser interpretada como correspondendo à aprovação parcial com determinação de desconstituição da associação no prazo máximo de 24 meses, conforme previsto no § 9 do art. 54.

Como bem lembrado pela Procuradora Dra. Fernanda B. Pacheco em seu parecer, o reexame de ato administrativo decorre do poder-dever que a Administração Pública possui de tutelar seus próprios atos.

Ademais, adoto o entendimento da Conselheira Neide Teresinha Mallard no ato de concentração nº 16/94 que recebeu o pedido de reapreciação com base *“na ampla discricionariedade que tem o CADE no exercício de sua competência para exercer o controle da concorrência, impondo metas quantitativas e qualitativas aos agentes econômicos, com o objetivo de atender aos interesses difusos da coletividade”*.

Desse modo, acolheu o pedido à luz dos §§ 1º e 2º do artigo 54, por estarem os argumentos de eficiência anteriormente apresentados mais detalhados.

É sob esse entendimento que recebo a petição das Requerentes, para análise das novas eficiências e dos novos termos em que foi redesenhada a associação.

2. Na petição apresentada ao CADE em 05/11/97, foi requerido o tratamento sigiloso para todas as informações constantes dos anexos.

Preliminarmente o sigilo foi concedido, até que as informações fossem corretamente cotejadas, discriminando-se as informações de caráter estratégico daquelas cuja divulgação faz-se necessária para conferir razoabilidade e transparência à decisão do CADE cuja função está adstrita a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses da coletividade.

Cabe lembrar que a legislação brasileira contempla expressamente o sigilo comercial e bancário aplicável a situações bastante específicas e diversas da que ora se examina. Por conseguinte, não há qualquer base legal para a pretensão das Requerentes de manter em sigilo praticamente a totalidade das informações apresentadas. Há espaço, porém, para a liberalidade por parte deste Conselho, que por vezes tem concedido o tratamento sigiloso às informações consideradas importantes para concorrentes por refletirem decisões de planejamento e gerência, assim como aspectos de seu desempenho no mercado.

Seguindo essa orientação, entendo serem merecedoras de tratamento sigiloso as informações estratégicas apresentadas de forma detalhada pelas Requerentes, como o potencial de redução de custos e preços, novos lançamentos e investimentos por categoria e plantas. Às informações agregadas não será concedido o sigilo, por se entender que não divulgam informação de valor estratégico para o mercado e porque se mostram necessárias para atestar a razoabilidade da revisão da decisão deste Conselho.

II. Fundamentos da Decisão Exarada pelo CADE por ocasião da avaliação do AC 83/96

Julgo procedente inicialmente expor os fundamentos da decisão do CADE por ocasião do exame da operação de associação firmada entre a Antarctica e Anheuser-Bush, por entender que são esses fundamentos que devem nortear a análise da presente proposta, de modo a avaliar se o redesenho da operação mostrou-se suficiente para eliminar os efeitos danosos, potenciais e efetivos, à concorrência, assim como se a geração de eficiências e benefícios compartilhados atendem às condições previstas no § 1º do art. 54 da lei 8.884/94, permitindo assim a esse Conselho rever sua decisão.

A associação entre a Antarctica e a Anheuser-Bush, na forma originalmente apresentada ao CADE, não atendia às condições previstas no § 1º do art 54 da Lei 8.884/94.

Quando do aditamento a meu voto, proferido em 23/07/97, observei que Interpretava a petição apresentada pelas Requerentes em 18/07/97 como

manifestação do desejo de fazer uso do direito ao pedido de reapreciação previsto no art. 27 da resolução nº 5 de 02.09.96 da decisão por este Plenário. Lembrei que seria necessário o redesenho da operação para que eficiências potencialmente compensatórias fossem geradas ou mesmo que a operação viesse a apresentar características pró-competitivas, nos termos previstos na lei.

Nesses termos, lembro que a análise dos impactos da operação sobre o mercado doméstico de cerveja centrou-se na discussão dos danos à concorrência advindos da associação de empresa em posição de vice-líder no mercado com empresa que anteriormente ocupava a posição de concorrente potencial, sem que tal associação representasse a entrada efetiva de novo *player* no mercado de cervejas.

O ponto fundamental a destacar é que esse Colegiado considerou que a entrada da Anheuser-Bush associada à Antarctica eliminava parte significativa da concorrência potencial representada pela empresa norte-americana, evidenciada tanto pela sua presença no mercado doméstico com cerveja importada e distribuída por meio de acordo firmado com a Arisco - o que aliás a destacava com relação às demais cervejas importadas -, quanto pela percebida movimentação da empresa no sentido de buscar associação com a líder ou vice líder do mercado para viabilizar sua entrada, assim como pelas reais possibilidades de entrada da Anheuser-Bush no mercado, em virtude de seu porte, interesse e vantagens competitivas. Ademais entendeu o Conselho que a associação entre as duas empresas traduzia um “pacto de não agressão” ao incluir cláusulas de discriminação de preços e segmentos de atuação no mercado.

Da perspectiva da Antarctica, a associação conformava estratégia defensiva de eliminar a pressão representada pela concorrente potencial e neutralizar o impacto de uma eventual entrada hostil ou em associação com outra empresa que não a própria, entrada essa a que teria que reagir ou acomodar, em ambos os casos implicando perdas, de rentabilidade e/ou market share.

Concluiu-se ademais que o caso envolvia simultaneamente a eliminação da concorrência potencial percebida e da concorrência potencial efetiva.

Assim, havia obrigatoriamente que ser demonstrada a realização de eficiências que compensassem as restrições à concorrência. Todavia, naquela ocasião este Conselho entendeu que as alegadas eficiências eram insuficientes para compensar a redução do bem estar da sociedade representada pela limitação da concorrência através da eliminação do papel regulador e disciplinador de condutas desempenhado pela Anheuser-Bush sobre as empresas instaladas e o fortalecimento da posição de mercado da empresa instalada²⁶.

²⁶ "No que respeita ao conjunto de eficiências alegadas, compreendendo os benefícios a serem apropriados pública e privadamente, a operação se por um lado demonstra a

Cabe lembrar que não fora constatada a existência de eficiências associadas ao esforço tecnológico e de geração de inovação que justificassem uma associação por período longo. Essa dimensão de eficiência, de fundamental importância para o desenvolvimento dos mercados, não parecia ser resultado da presente operação, pois quando questionada pela Relatora a respeito de eventual transferência de tecnologia de produção e de organização como parte da associação, a Antarctica afirmara que todo o processo de produção da Budweiser já havia sido absorvido, não existindo naquele momento qualquer nova tecnologia a ser incorporada (fls.). Por outro lado, a empresa apenas demonstrara parcialmente a realização de eficiências produtivas e alocativas. As informações obtidas evidenciavam que não haveria expansão de capacidade produtiva, vez que a Antarctica já estava operando com capacidade ociosa.

Todavia argumentou-se que haveria aproveitamento dessa capacidade e adaptações nas unidades produtivas com a produção da cerveja Budweiser, sem contudo ter sido apresentado qualquer ganho de produção a menor custo e indicações de que eventuais ganhos tenham se revertido ou pudessem vir a se reverter em benefícios a serem compartilhados entre as associadas e os consumidores. Ademais, constatara-se apenas a disponibilidade de mais uma marca de cerveja disponível para o consumidor, o que pouco agregava ao bem-estar do consumidor, considerando tratar-se de um mercado onde já operavam cerca de 120 marcas.

Com respeito à alegada eficiência de que a operação, da forma realizada, viabilizava o ingresso de um novo e importante competidor, esse Conselho entendeu que a associação não implicava efetiva entrada da Anheuser-Bush, em virtude da ausência de elementos que configurassem um quadro de comprometimento crível com o novo mercado, o que a caracterizaria como um novo *player*, capaz de agregar dinâmica e eficiência ao mercado

Lembro ainda ter ressaltado em meu voto que seria possível considerar a estratégia de entrada no mercado brasileiro adotada pela Anheuser-Bush pró-competitiva desde que refletisse a entrada efetiva do competidor potencial no mercado nacional de cervejas²⁷, o que significava dizer que seriam necessárias alterações de fundo na associação apresentada para exame. Tais altera-

sua racionalidade econômica, ao minimizar custos e reduzir os riscos e incertezas associados à entrada em novo mercado, de outro, como visto, não realiza eficiências a serem usufruídas na forma de bem-estar pela sociedade, ao tempo em que elimina a possibilidade de benefícios associados à disputa entre a Antarctica e a Anheuser-Bush no mercado doméstico por tempo virtualmente indeterminado."

²⁷ "a estratégia pode ser pró-competitiva desde que reflita a entrada efetiva do competidor potencial no mercado nacional de cervejas. É justamente esta reflexão que corresponde às eficiências que necessitam ser demonstradas" (aditamento ao voto, pp.).

ções deveriam garantir que a operação implicaria a participação de novo *player* no mercado, o que isso só poderia ocorrer caso houvesse investimentos suficientes em ativos relativos à fixação de marcas, à comercialização e à distribuição, em razão das próprias características do mercado sob análise²⁸.

É este o ponto de partida da análise a ser desenvolvida com relação ao redesenho da operação apresentado pelas Requerentes. São os investimentos com características de comprometimento estrutural, assim como seus reflexos em produção e tecnologia, o que constitui a provisão da “base material” de uma operação que venha a resultar na participação de novo *player* no mercado. Assim, procurar-se-á verificar se as alterações impostas ao formato original da operação resultaram em efeitos de natureza diversa dos primeiramente identificados sobre a concorrência.

Acrescente-se que o Colegiado entendeu que a operação afetava o mercado nacional de cervejas. Tal entendimento deve ser mantido, posto não haver qualquer fato relevante a impor mudanças nesse foco de análise. Assim, creio ser totalmente ocioso retomar a discussão sobre a maior ou menor abrangência geográfica ou de produto no recorte do mercado; parece-me igualmente dispensável voltar a tecer comentários sobre a estrutura concentrada desse mercado, e na segmentação provocada pela dinâmica concorrencial, posto que, como se sabe, nesse espaço a competição se realiza predominantemente por meio da diferenciação por imagem. A título de informação remeto as pp. 16:24 de meu voto exarado no AC 83/96 e pp. 12:24 do voto exarado no AC 58/95 do Conselheiro Renault de Freitas Castro, vez que ambos se complementam nesse particular.

Finalmente, interpretando o pedido de reapreciação apresentado pelas Requerentes, considero estar sob discussão o item 1 da decisão exarada por este Conselho em 23.07.97, ou seja o estabelecimento “como nova data final dos prazos de vigência dos contratos e acordos firmados entre as Requerentes

²⁸ No aditamento a meu voto observei que “com alterações que caracterizem o comprometimento da A-B com a entrada efetiva, é possível que a operação apresentasse efeitos pró-competitivos. Tais alterações garantiriam a constituição da Anheuser-Bush como novo *player* no mercado. Lembre-se que se argumentou que só terá entrada efetivamente em um mercado diferenciado uma empresa que tenha efetuado investimentos suficientes em ativos relativos à fixação de marcas, à comercialização e à distribuição. São os investimentos com características de comprometimento estrutural que cabe considerar. (...) tais investimentos requerem um apoio concreto em produção e tecnologia, posto que não podem se sustentar “no ar”. A associação entre as duas empresas é sem dúvida um ponto de partida para a provisão dessa “base material” de operação do novo *player* no mercado.” (aditamento ao voto pp.)

aquela correspondente ao último dia do período de 24 meses contado a partir da publicação do acórdão da decisão deste Plenário no Diário Oficial.”

Foram sobre essas bases que busquei orientar as discussões que mantive com as Requerentes, em atendimento à solicitação das mesmas, entendendo ser possível adequar a operação aos parâmetros prescritos no § 1º do art. 54 da lei brasileira de defesa da concorrência, que orienta a atuação deste órgão quando do exame de atos e contratos que podem prejudicar a concorrência.

III. Fatos Novos Alegados

1. Investimentos da Antarctica e Anheuser-Bush

É apresentado como fato novo a elaboração pelas Requerentes de um plano quinquenal de investimentos a ser realizado na Antarctica, mediante o qual estão previstas inversões de recursos da Anheuser-Bush necessários à execução do referido plano. Nos termos da petição *"A implantação do Plano Quinquenal de Investimentos da Antarctica foi um resultado imediato da associação com a A-B, que tradicionalmente planeja detalhadamente as suas estratégias de investimentos em cada um dos países em que introduz os seus negócios."* (pp. 7)

Adicionam as Requerentes a esse fato a iniciativa da Anheuser-Bush de colocar em seu próprio plano quinquenal de investimentos a provisão desses recursos, o que para a empresa representa fixar, no seu programa de gerenciamento e administração de investimentos globais, metas de gasto em projetos desenhados especificamente para viabilizar sua associação com a Antarctica (fls. ???).

Note-se que no contrato de associação²⁹ firmado entre as Requerentes, a Anheuser-Bush detém o direito de exercer opções de compra de participação acionária até 2002 de 29,68% do capital da Antarctica Empreendimentos e Participações - ANEP³⁰. São esses os recursos que a Anheuser-Bush afirma conter em seu plano quinquenal de investimentos e são esses os recursos que integralizam o plano quinquenal de investimentos da Antarctica em cerca de 45,0% do aporte de recursos necessários para viabilizá-lo.

²⁹ Refere-se aos termos do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças firmado pelas Requerentes em 22.02.96.

³⁰ Nesse ponto vale lembrar que a ANEP foi constituída em razão da associação entre Antarctica e Anheuser-Bush, tendo como únicas quotistas a Cia. Antarctica Paulista, que possui 95% do total das quotas, e a ABIH que possui o restante das quotas. Observe-se que a Anheuser-Bush não possui quotas da Cia. Antarctica Paulista, até porque essa passou a ser holding do grupo Antarctica.

As Requerentes ressaltaram tratar-se da primeira vez que a Antarctica planeja suas ações a longo prazo, o que só foi possível em virtude da empresa brasileira contar com a cooperação da Anheuser-Bush, que dispõe de experiência acumulada na matéria, por tradicionalmente planejar suas estratégias de investimento.

De fato, na primeira oportunidade que o CADE apreciou a associação entre a Antarctica e a Anheuser-Bush, as informações prestadas davam conta de uma previsão de investimentos produtivos pela Antarctica da ordem de US\$ 150 milhões/ano para o biênio 1997/98, sem contudo contar com qualquer participação da Anheuser-Bush. E ao serem examinadas as projeções de investimento em capital da Anheuser-Bush para o período 1997/2000 constatara-se que esses alcançavam apenas US\$ 8,6 milhões. Note-se que o atual plano de investimento apresenta um cenário bastante diverso, pois comparativamente podemos observar que há um acréscimo substancial no volume projetado pela Antarctica para o ano de 1998, posto que a projeção de investimento alcança cerca de US\$ 250.000. Ademais, foram traçadas metas anualizadas em investimentos produtivos até 2002, cujo resultado previsto é de US\$ 1.060.000 com a Anheuser-Bush participando com US\$ 476.000 (fls. 204, Apartado 1).

Quadro I

Investimentos Previstos pela BBL e Antarctica. 1998/2002

em milhões US\$							
Fontes	1998	1999	2000	2001	2002	Total	% Partic.
Antarctica	250,0	124,0	170,0	20,0	20,0	584,0	55,09
Anheuser-Busch	-	66,0	-	200,0	210,0	476,0	44,91
Total	250,0	190,0	170,0	220,0	230,0	1.060,0	100,00

Fonte: Requerentes (fls. 204, apartado sigiloso 1).

É de se destacar nesse plano de investimento - além da evidente importância dos valores projetados - o fato de agora se incorporar um comprometimento dos recursos advindos da aquisição de ações pela Anheuser-Bush em projetos que visam modernizar o processo de produção e reestruturação da capacidade produtiva e de distribuição da Antarctica, o que torna sem dúvida mais factível a geração de eficiências (fls. 203, Apartados 1).

Todavia, vale ressaltar que o ponto mais delicado e controverso das discussões conduzidas pela Relatora com as Requerentes correspondeu à concretização dos dispêndios a serem realizados pela Anheuser-Bush na hipótese de ser exercido o direito de opções de compra de participação acionária na ANEP.

Ao longo do primeiro julgamento do caso, discutiu-se exaustivamente que, da forma como estava desenhada a operação, a Anheuser-Bush não

ameaçava a posição de mercado da Antarctica. Ao contrário, essa posição poderia vir a ser reforçada, ao tempo em que a empresa associada viria a beneficiar-se da participação de mercado da Antarctica, vez que já detinha participação acionária e o direito de vir a expandir essa participação. Assim, da perspectiva da política de concorrência, para minimizar os efeitos limitadores da concorrência seria necessária a construção de um cenário diverso, onde a entrada da Anheuseur-Bush refletisse um comprometimento estrutural e estrategicamente irreversível, em razão de sua posição e rentabilidade. Tratando-se, portanto, de condição *sine qua non* para ser considerado um novo *player* capaz de alterar a dinâmica desse mercado.

Mencione-se que as Requerentes traçaram dois cenários possíveis com relação ao plano quinquenal de investimentos da Antarctica: um que conta com a total integralização de recursos pela Anheuseur-Bush e outro que prevê a desconstituição da operação, inclusive com recompra pela Antarctica das ações já adquiridas pela Anheuseur-Bush (fls. 192:206, Apartado 1).

É interessante a conclusão a que chegam as Requerentes. Na hipótese de não haver concretização dos investimentos pela Anheuseur-Bush, conclui a Antarctica que para manter os níveis previstos de investimentos haverá um aumento de sua dívida bancária. Embora seu índice de alavancagem situe-se acima da média histórica, a empresa afirma que nesse particular não haveria qualquer problema, considerando que esse índice ainda ficaria abaixo dos índices correntes de mercado.

A propósito, tal afirmação é feita na própria petição que apresenta como fato novo a elaboração do plano quinquenal de investimentos da Antarctica, como pode-se ver:

“(i) A Antarctica, entre todas as empresas existentes no mercado de cerveja no Brasil, é a que possui o menor índice de endividamento. Diante desse quadro, a opção pelo empréstimo de fundos que venham a se fazer necessário no futuro pode ser uma alternativa mais vantajosa para a Antarctica. Ainda que a Antarctica viesse a tomar, sob a forma de empréstimo, todos os recursos necessários à execução de seu Plano Quinquenal de Investimentos, o seu índice de endividamento projetado ainda assim estaria abaixo do índice dos demais competidores.” (fls. 1759)

Quadro II

Índice de Alavancagem do Grupo Antarctica (com e sem o aporte de recursos da A-B).

ANO	Sem Investimentos da Anheuser-Busch	Com Investimentos da Anheuser-Busch
1991	0,47	-
1992	0,47	-
1993	0,35	-
1994	0,43	-
1995	0,55	-
1996	0,62	-
1997	0,63	0,63
1998	0,67	0,67
1999	0,69	0,63
2000	0,65	0,60
2001	0,62	0,52
2002	0,61	0,40

Fonte: Requerentes (fls. 206, apartado sigiloso 1). Elaboração CADE.

A argumentação apresentada pela Antartica, que parece posicionar-se contrariamente à entrada com comprometimento da A-B, é reveladora do caráter defensivo e limitado da operação original. Como se argumentará com mais detalhe na sessão 6, a entrada com comprometimento parece envolver inconvenientes - da perspectiva puramente privada - não presentes na entrada sem comprometimento que caracterizava o formato original da associação.

Outros dois pontos relevantes para a discussão são os investimentos projetados pela Anheuser-Bush, através da Budweiser Brasil Ltda. - BBL, para adequar o processo produtivo da Antartica à produção de sua cerveja e para fixação de sua imagem junto ao consumidor.

As informações apresentadas anteriormente pela Anheuser-Bush tinham em conta a estratégia da empresa de apenas disputar o segmento *premium*, sendo que seus investimentos em capital para 1997/2000 alcançavam apenas US\$ 8,6 milhões, o que fora considerado insuficientes de representar uma entrada comprometida. Aporte de recursos de magnitude tão reduzida poderia quando muito ser compreendido como a contrapartida financeira ao arrendamento virtual da capacidade produtiva e de distribuição da Antartica viabilizado pela associação.

Em contraposição, no desenho atual da associação, a A-B alterou sua estratégia ao lançar a cerveja Budweiser em garrafa de 600 ml retornável. Com isto, os investimentos agora previstos alcançam para o mesmo período 19,5 milhões, em virtude da necessidade de desenvolver embalagem, adequar o processo de fabricação e desenvolver pesquisa junto aos distribuidores (fls. 174 e 177, Apartado 1).

Quadro III

Investimentos Previstos da BBL para Adequação do Processo Produtivo em Unidades da Antactica - 1997/99

	em US\$ 1000				
Investimentos Projetados	1997	1998	1999	2000	Total
Inicialmente	159	7.859	332	326	8.676
Redesenho	4.500	10.000	5.000	n/d	19.500

Fonte: BBL (fls.511 e 177 do apartado sigiloso 1). Elaboração CADE.

Já no que diz respeito aos gastos com propaganda e marketing, estes totalizavam o montante de US\$ 21,5 milhões até 2002 e no redesenho passam a totalizar US\$ 34,7 milhões para o mesmo período. Tal estimativa baseia-se no cenário conservador, que supõe a expansão da produção da Budweiser em 600 ml apenas para outras 4 unidades. O incremento da ordem de 60% nos gastos projetados não chegam a ser impressionantes, posto que significam gastos em propaganda e marketing da ordem de US\$ 5 milhões por ano. Tal volume reduzido de gastos espelha em que medida a barreira representada pela fixação de nova marca, no caso de uma marca já consagrada como a Budweiser, é de dimensão relativamente pequena vis a vis a barreira representada pela necessidade de uma complexa rede de distribuição, transposta por intermédio da associação.

Quadro IV

Gastos para fixação de Imagem da Budweiser - 1997/2002

em US\$ 1000

Investimentos Projetados	1997	1998	1999	2000	Sub Total	2001	2002	Total
Inicialmente	6.500	4.500	5.000	5.500	21.500	n/d	n/d	-
Redesenho	5.600	4.500	5.800	7.400	23.300	8.100	8.900	34.700

Fonte: BBL (fls. 511 e ??? do apartado sigiloso 1). Elaboração CADE.

2. Demonstração e Quantificação das Eficiências Alegadas

É inegável que, no pedido de reapreciação houve maior esforço da parte das Requerentes de apresentar eficiências compensatórias como resultado da associação. Note-se que desta feita foram apresentadas separadamente as eficiências decorrentes do Plano Quinquenal de Investimentos da Antarctica daquelas promovidas pela aplicação do Programa Melhores Práticas. Tal fato revela o quão distintas são a magnitude e a natureza dos efeitos positivos a serem gerados pela associação em função do grau do comprometimento da entrada Anheuser-Bush. Em particular, é notável que em boa parte as eficiências a serem geradas pelo Programa Melhores Práticas não são quantificáveis, enquanto aquelas resultantes da realização do Plano Quinquenal o são.

De modo geral, os projetos previstos no plano quinquenal de investimentos da Antarctica buscam promover a reestruturação de sua capacidade de produção através da construção de novas plantas. Plantas consideradas improdutivas serão desativadas; prevê-se também a instalação ou complementação de linhas de produto e a ampliação e conclusão de unidades. Há ainda projetos ligados à área de controle de qualidade, exposição de produtos e automação dos processos de trabalhos do grupo Antarctica.

Segundo as Requerentes, a ênfase em tais projetos deve-se sobretudo ao objetivo de potencializar os ganhos de produtividade e redução de custos a partir da otimização da localização de suas unidades fabris e da complementação de algumas linhas de produção mais próximas aos pontos de distribuição. Partindo desse pressuposto foram apresentados cálculos de ganhos com as economias geradas e estimativas de como estas poderiam se refletir em ganhos para o consumidor.

Tais informações podem ser mantidas em sigilo, como querem as Requerentes, na medida em que referem-se ao plano estratégico de crescimento da Antarctica e visam ganhos de competitividade, bem como entendo que sua divulgação não acrescentaria aspectos que pudessem ser de interesse público. Todavia, afim de dar legitimidade e transparência na decisão desse Colegiado, organizei as informações de modo a não ultrapassar os limites necessários à

apreciação da realização de eficiências a serem compartilhadas com os consumidores. Ressalto ainda que metodologicamente as informações foram agrupadas por tipos de projetos, não obstante tenham sido discutidas previamente de forma mais detalhada e estejam presentes assim nos anexos do pedido de reapreciação (fls. 251:1108, Apartado Sigiloso 1, 2 e 3) . Ademais, esclareço que as Requerentes realizaram projeções de redução de custos e de seus reflexos em redução de preço a varejo para alguns de seus projetos, o que não é revelado na maneira com que são comentadas nesse voto.

Outro ponto a explicitar é que a apresentação por intervalos dos reflexos da geração de eficiências sobre os preços justifica-se frente ao fato das estimativas apresentadas referirem-se a cada projeto. Assim tal benefício foi estimado pelas Requerentes em relação a algumas regiões do país ou praças, tendo em conta os ganhos com a redução dos custos com frete e por tipo de embalagem da cerveja.

Quadro V

Geração de Eficiências - 1997/2002³¹

<p>a) Novas Plantas Investimentos: R\$ 178,7 milhões Início do Retorno: 6 anos após entrada em operação <u>Eficiências:</u> Redução de Custos: R\$ 10,5 milhões/a Redução do Preço ao Varejo⁽¹⁾: varia de 2,6% a 8,1%</p>
<p>b) Ampliação de Plantas e/ou Complementação das Linhas de Produção Investimentos: R\$ 313,5 milhões Início do Retorno: prazo varia de 2 a 6 anos <u>Eficiências:</u> Redução de Custos⁽²⁾: R\$ 9,8 milhões/a Redução do Preço ao Varejo⁽¹⁾: varia de 3,0% a 13,3%</p>
<p>c) Conclusão Projetos em Andamento (Construção ou Ampliação nas Plantas) Investimentos⁽³⁾: R\$ 65,9 milhões Início do Retorno: prazo varia de 1a 5 anos <u>Eficiências:</u> Redução de Custos: R\$ 18,8 milhões/a Redução do Preço ao Varejo⁽¹⁾: varia de 8,9% a 13,6%</p>
<p>d) Controle de Qualidade e Instalação de Linhas de Enlatamento Investimentos⁽³⁾: R\$ 20,0 milhões</p>

³¹ Os prazos referidos no quadro não incluem o tempo requerido para o desenvolvimento dos projetos, uma vez que são contados a partir do início das obras e/ou instalação de novas linhas.

Início do Retorno⁽⁴⁾: 2 anos

Eficiências:

Redução de Custos: R\$ 11,5 milhões/a

Redução do Preço ao Varejo⁽¹⁾: varia de 2,6% a 27,8%

Fonte: Antarctica e Anheuser-Bush (fls. 207: 254, Apartado 1). Elaboração CADE.

Notas: (1) A redução de custo varia em razão do tipo de embalagem e dos ganhos com frete.

(2) Não foram estimados ganhos de produtividade que se refletissem em redução de custos, para todas as unidades fabris que sofrerão ampliação de capacidade produtiva.

(3) O valor está super estimado, considerando que Incluí inversões realizadas na linha de refrigerantes e segundo a Antarctica não era possível desmembrá-las.

(4) Foi estimado em apenas um projeto.

É importante lembrar que as eficiências alegadas por ocasião do primeiro julgamento também diziam respeito ao aumento de produtividade e ao desenvolvimento de novas tecnologias de fabricação com benefícios diretos ao consumidor. A grande diferença com relação à situação atual é que não havia qualquer informação ou estimativa de caráter quantitativo que conferisse credibilidade às alegações e que, caso necessário, pudessem balizar um monitoramento de seu cumprimento.

Lembre-se ainda que as informações disponíveis naquela oportunidade davam conta de que não ocorreria qualquer expansão de capacidade produtiva, visto que a Antarctica, desde 1994, vinha realizando investimentos, independente da associação e desde 1996 já estava operando com excesso de capacidade. Na atual apresentação informam que sua capacidade produtiva, em virtude das ampliações previstas no plano quinquenal, deve crescer até o ano de 2002 cerca de 45% (fls.128, Apartado Sigiloso 1).

Ademais, as próprias Requerentes haviam informado que a Anheuser-Bush aproveitaria a capacidade instalada disponível no parque fabril da Antarctica para a produção da Budweiser, ocorrendo adaptações nas unidades produtivas da Antarctica para criar linhas habilitadas a produzirem Budweiser, sem, no entanto, haver incremento da capacidade produtiva.

Tal fato não se altera na atual apresentação. O que há de novo é a mudança de estratégia da A-B ao redimensionar a expansão da produção da Budweiser para além do Rio de Janeiro. O plano prevê a capacitação de outras unidades fabris da Antarctica situadas em áreas mais próximas aos mercados de consumo. Como se pode perceber, a lógica de planejamento é a mesma que orientou o plano quinquenal de investimentos da Antarctica. Assim, os resultados esperados com redução de custos também advêm da diminuição do peso do frete incidente sobre o custo do produto, em função da distância em relação à fábrica de retirada. Com isso alegam ser factível que esses ganhos venham a se traduzir em diminuição dos preços ao consumidor. (fls. 158:197, apartado sigiloso 1).

Ainda com relação à produção da Budweiser, argumentam que a BBL acaba de lançar sua cerveja em embalagem de vidro 600 ml retornável e com isso o seu potencial de vendas deve aumentar, o que significa incremento da utilização da rede de distribuição da Antarctica. O consumidor, por sua vez, passa contar com a disponibilidade de mais uma marca de cerveja rivalizando com as marcas tradicionais, ou seja com a própria Antarctica, Brahma e Skol, em virtude da faixa de preço em que foi lançada a nova apresentação da cerveja.

Cabe notar que ao serem examinadas as projeções de produção da cerveja Budweiser apresentadas durante a fase de instrução do AC 83/96, constatar-se-ia que para o quadriênio 1997/2000 a meta era produzir 1.160.898 hectolitros/a, atingindo 3% do mercado global de cerveja, tornando-a a cerveja mais vendida no segmento premium.

Já no seu pedido de reapreciação, a empresa apresenta três cenários diferentes de crescimento de mercado da Budweiser, partindo sempre da hipótese do mercado doméstico de cerveja vir a crescer 4% a. a.. Note-se que a diferença existente entre os cenários corresponde ao ritmo da expansão da produção da Budweiser para outras unidades produtivas da Antarctica - o que se reflete no número de “praças” em que será distribuída a Budweiser - na estratégia de marketing e no preço.

Assim, as estimativas realizadas dão conta de que o volume acima referido deverá ser alcançado somente em 2002, no caso da produção expandir para apenas 4 unidades fabris da Antarctica e as vendas alcançarem 12 “praças”, o que foi considerado pela empresa como um cenário conservador. O cenário considerado realista prevê que esse volume deve ser superado um ano antes (1999), o que implica a projeção de vendas equivalentes à 1.223.000 hectolitros/a, em virtude da expansão da produção Budweiser estar sendo expandida para mais duas unidades da Antarctica, o que garantiria para 2002 a venda desta cerveja em todo território nacional.

O cenário otimista parte de duas hipóteses importantes: serão mais duas unidades produzindo a cerveja Budweiser e todas já estariam produzindo as suas cervejas em embalagens de 600 ml vidro retornável e em latas. Neste caso, a produção da Budweiser já superaria em muito o previsto anteriormente, pois em 1999 esse volume alcançaria 1.794.320 hectolitros/a, com suas vendas em 2000 alcançando todo o território nacional e possibilitando uma estratégia de preço mais agressiva.

A importância desses cenários está exatamente na evidência de que uma entrada mais comprometida da A-B deve gerar maiores ganhos de eficiência, na medida em que é razoável supor que as economias esperadas com custo de frete, oriundas da diminuição da distância entre as fábricas de retirada e os

pontos de vendas, deverão ser crescentes em função da expansão da produção da Budweiser para outras localidades além do Rio de Janeiro. Tal argumento é reforçado quando se observa que nos cenários realizados levou-se em conta uma gradação crescente dos investimentos irrecuperáveis para construção da imagem da Budweiser em relação às demais participantes do mercado de cerveja. Ao mesmo tempo, a estratégia de competição por preços vai se tornando mais agressiva.

É possível concluir que a realização de eficiências produtivas e alocativas é função direta da estratégia de crescimento da A-B no mercado brasileiro, ou seja, à medida que a entrada da A-B vai se tornando mais comprometida em função da extensão da produção da cerveja Budweiser para outras unidades produtivas da Antarctica, os ganhos de produção a menor custo e os benefícios a serem compartilhados entre as associadas e os consumidores crescem.

Quadro VI

Geração de Eficiências com a Expansão da Produção da Budweiser - 1997/2002

Previsão de Impactos	Projetos de Expansão de Produção - Cenário Conservador	
	Budweiser 600 ml Retornável	Budweiser Lata
Redução de Custo em US\$ 1000	12.392,86	2.154,14
Partic. sobre valor atual	0,78% - 4,39%	0,44% - 2,50%
Potencial de Redução sobre Preço Varejo	5,8% - 24,9%	2,0% - 6,1%

Fonte: Antarctica e Anheuser-Bush (fls.). Elaboração CADE.

Já no que diz respeito às eficiências promovidas pela aplicação do Programa de Melhores Práticas, de igual modo, alegam as Requerentes tratar-se de um programa que viabilizará benefícios aos consumidores, decorrentes de redução de custos e com isso propiciar o aumento da competitividade dos produtos da Antarctica no mercado doméstico. Além disso dotar a Antarctica de maior eficiência na direção de seus negócios, viabilizando o lançamento de novos produtos e embalagens, por conseguinte maior penetração no mercado.

É importante salientar que inicialmente as Requerentes haviam afirmado que “*todo o processo de produção da Budweiser já fora absorvido pela Antarctica, não existindo no momento qualquer nova tecnologia a ser incorporada*” (fls. 497). Já no pedido de reapreciação argumentam tratar-se de um programa permanente de transferência de tecnologias para desenvolvimento

de novos produtos e de produção, modernas técnicas de marketing e de planejamento estratégico, vez que “*essas melhores práticas foram conseguidas pela A-B em um longo período de tempo e estão ainda em constante aperfeiçoamento desenvolvimento*”. Assim, seu limite no tempo “*as melhores práticas estariam, já no momento de sua transferência e absorção pela Antártica, defasadas em relação às práticas adotadas pela A-B.*” (fls. 1765)

Não havia dúvidas quanto ao diferencial de eficiência produtiva e organizacional da Anheuser-Bush, assim como fora apontado em meu voto “*seria lícito imaginar a possibilidade de transferência de tecnologia de produção e organização, que poderiam resultar em aumento de eficiência a ser partilhada em benefícios com a sociedade.* (fls. ???)”. Tanto é que um dos objetivos, no meu entender alcançados, das discussões que antecederam o pedido de reapreciação foi exatamente explicitar as eficiências a serem geradas pelo Programa Melhores Práticas e os benefícios decorrentes a serem compartilhados com os consumidores.

Dois pontos são relevantes para a discussão que se segue: O primeiro diz respeito ao fato de terem sido trazidos ao conhecimento do CADE 16 projetos que atualmente encontram-se em fase de desenvolvimento, podendo ser agrupados em áreas ligadas à planejamento estratégico, industrial, comercial e de logística de controle³². Para alguns desses projetos acompanha o cronograma de execução e de expansão para as várias unidades fabris da Antártica. O segundo corresponde ao fato de que alguns desses projetos dependem, em grande medida, da execução do plano quinquenal de investimentos da Antártica, como é o caso dos projetos cujo conteúdo tratam de controle de qualidade, de realocação de suas unidades produtivas, da instalação de novas linhas de embalagem e modelo de distribuição. Ademais outros dizem respeito a projetos que devem gerar ganhos a serem incorporados pela própria empresa, como é o caso daqueles que envolvem as áreas de marketing, planejamento e administração.

Não obstante tratar-se de informações julgadas relevantes para o desempenho da Antártica e para sua própria estratégia de reestruturação organizacional, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre os projetos que no meu entendimento estão intimamente ligados ao plano quinquenal de investimentos, até porque as Requerentes a todo tempo defenderam o ponto de que sua execução e principalmente os ganhos advêm do Programa de Melhores Práticas.

³² Tais projetos se referem à controle sobre custo, vendas, estoques, compra de matérias-primas, realocação de fábricas e readequação da rede de distribuição.

É evidente que a familiaridade e o correto manejo de modernas técnicas de planejamento são fatores de enorme importância na busca de competitividade de uma empresa, de modo que o Programa de Melhores Práticas desempenha fundamental papel nesse esforço da Antarctica, na medida em que permite transferir competência técnica em planejamento estratégico de longo prazo. Assim, quantificar metas financeiras, orçamentárias e de capital, elaborar cenários de tendências de mercado que reflitam tanto a posição da empresa e de seus concorrentes, quanto os espaços de negócios a serem explorados, são armas vitais na disputa por maior espaço no mercado e por maior rentabilidade.

Nessa perspectiva, é ilustrativo o projeto de gerenciamento de portfólio de marcas, pois como afirmam as próprias Requerentes o resultado esperado é *“incrementar o market share e os ganhos corporativos, oferecendo aos consumidores uma seleção de novas marcas de cerveja”* (fls.).

Dado que a competição desse mercado caracteriza-se pela diferenciação de produtos, a maior disposição de luta por espaços no mercado traduz-se em benefícios aos consumidores, que vêm ampliando o seu leque de escolhas.

Ao mesmo tempo, há que se reconhecer que se os investimentos não forem realizados na proporção e da maneira prevista, dificilmente a Antarctica alcançará os resultados que se pretende com a transferência de métodos e técnicas do Programa Melhores Práticas. De acordo com o diagnóstico das próprias Requerentes, as unidades fabris da Antarctica apresentam diferenças significativas de custos operacionais e produtividade. Assim, analisando os projetos que visam soluções para esse problema, ou seja aqueles voltados para a área industrial, constata-se que embora parte dos ganhos obtidos advém da implementação de práticas de fabricação mais eficientes, outra parte advém da construção de novas plantas. A mesma conclusão vale para os projetos denominados *“localização de fábricas”* e *“modelo de distribuição”*, estruturalmente interligados, cujo resultado integral só ocorrerá se forem concretizados os projetos de alteração da capacidade produtiva da Antarctica e/ou de complementação das linhas de produção e de embalagem (fls.).

As Requerentes alegam ainda que o desenvolvimento de alguns desses projetos deve afetar subsidiariamente outras linhas de produtos da Antarctica, a exemplo da linha de refrigerantes. Isto se dá, evidentemente, seja porque constituem projetos facilmente adaptáveis para acompanhamento de informações estratégicas de desempenho (como no caso de previsão de vendas e programação de estoques), seja porque alteram a estrutura de custos e produção da Antarctica, como é o caso da compra de matéria-prima conjunta, localização de fábricas e incremento das linhas de embalagem. Nesses casos também parte dos ganhos de redução de custos deve-se aos investimentos planejados.

Por outro lado, é inegável a existência de externalidades positivas, a serem parcialmente incorporadas pelos consumidores de outros produtos fabricados pela Antarctica, como resultado de tais projetos.

Finalmente, foi agora apresentada pelas Requerentes a mensuração dos ganhos de produtividade e de redução de custos advindos da implementação desses projetos. Tais ganhos podem ser divididos em três grupos: naqueles cujos benefícios traduzem-se em desenvolvimento qualitativo da Antarctica, projetos quantificáveis a médio e a curto prazo. Para os projetos quantificáveis a curto prazo foram elaborados três cenários distintos, tendo em conta variações no ritmo de implementação dos projetos em consequência de erros nas previsões de *market share* e de margem de lucro, cumprimento do cronograma de reestruturação da capacidade produtiva, variação dos ganhos com compra conjunta de matéria-prima e ocorrência de falhas no sistema de controle.

Quanto aos benefícios que seriam usufruídos pelos consumidores, genericamente o que se afirma é que este será beneficiado com o fortalecimento da empresa, que se tornará mais eficiente, o que permitirá a fixação de preços mais baixos, portanto mais competitivos. Com base nesse entendimento, foram quantificados os reflexos em termos de preço a varejo para os projetos "compra conjunta de matéria-prima" - que deve provocar uma redução de 6% no preço da cerveja em lata - e para o projeto denominado "localização de fábricas". Nesse caso, o que as Requerentes buscaram demonstrar foi o potencial de redução de preços decorrente da diminuição do custo de frete, dado o incremento de novas linhas de embalagem em lata e de engarrafamento (600 ml. retornável). Assim, as reduções de preço a varejo podem variar, a depender da embalagem, respectivamente, de 10,3% a 20,6% e 9%.

Cabe observar ainda que tais informações revelam a estratégia de reestruturação organizacional e de busca de melhor desempenho da Antarctica possibilitada pela aliança com a A-B. O detalhamento de tal estratégia consta de apartado sigiloso (...). Ressalto que as informações aqui trazidas ao conhecimento público sofreram o mesmo tratamento dispensado aos projetos previstos no plano quinquenal de investimentos da Antarctica e da A-B, ou seja os resultados esperados e quantificados são agrupados em grandes projetos, de modo a resguardar o sigilo.

Quadro VII

Geração de Eficiências com a Implementação Programa de Melhores Práticas - 1997/2002

Projetos	Quantificação dos Ganhos com Redução de Custos		
	Curto Prazo	Médio	Qualitativo

em US\$ milhões

	Cenários			Prazo	
	Conservador	Realista	Otimista		
Planejamento Estratégico ⁽¹⁾					x
Área Industrial ⁽²⁾ + Realocização Fabril ⁽³⁾	28,5	60,4	64,0		
Logística de Controle ⁽⁴⁾	6,9	10,3	13,8		x
Área Comercial ⁽⁵⁾				x	x
Modelo Distribuição ⁽⁶⁾				x	x
Novos Produtos ⁽⁷⁾	23,3	35,0	46,7	x	
Matéria-Prima ⁽⁸⁾	3,8	5,3	36,0		

Fonte: Antarctica e Anheuser-Bush (fls.???, Apartado 1). Elaboração CADE.

Notas: (1) Refere-se aos ganhos previstos no projeto 1. (2) Referem-se aos ganhos previstos nos projetos 2,3,4 e 5 (3) Referem-se aos ganhos previstos nos projetos 10. (4) Referem-se aos ganhos previstos nos projetos 6,7 e 8 (5) Referem-se aos ganhos previstos nos projetos 14 e 13. (6) Referem-se aos ganhos previstos nos projetos 15 e 12 (7) Referem-se aos ganhos previstos nos projetos 11 e 16. (8) Referem-se aos ganhos previstos nos projetos 9

A maior parte dos ganhos passíveis de obtenção com os projetos integrantes do programa melhores práticas é realizável e quantificável a curto prazo. À exceção do projeto de planejamento estratégico, todos projetos, de acordo com o descrito nos anexos, têm um *timing* definido, um conteúdo determinado e uma metodologia de exposição.

Esse conjunto articulado de informações contraria a alegação de que o Programa Melhores Práticas implica necessariamente a transferência contínua e de longo prazo de conhecimento. O objetivo do Programa é permitir que a Antarctica incorpore técnicas de administração hoje em uso na A-B. Tal incorporação deve se dar, de acordo com as informações prestadas, preferencialmente no curto prazo. A única exceção notável é o projeto de compra conjunta de matéria-prima.

Não há justificativa plausível para requerer a extensão do prazo para o qual foi aprovada a associação para vinte anos, no suposto de que a incorporação das melhores práticas seria um processo infinito, porque estariam sendo permanente e continuamente aprimoradas pela A-B. A própria capacidade de realizar planejamento estratégico é uma técnica que ou bem se aprende ou não.

A extensão do prazo da associação para o tempo requerido só se justificaria pela entrada comprometida da A-B, que ao integralizar capital na Antarctica, estende ao longo prazo o horizonte dos rendimentos esperados com a operação.

3. Alterações das cláusulas contratuais

Quanto a este ponto, julgo relevante esclarecer que no voto exarado em 18.06.97 mencionei a existência de cláusulas restritivas constantes dos contratos firmados entre as Requerentes, em particular as cláusulas que fixavam as regras para operacionalizar importação, produção, comercialização, venda e distribuição da cerveja Budweiser. Naquela ocasião não foram feitas exigências adicionais de revisão contratual uma vez que o limite temporal imposto para aprovação da associação entre a Antarctica e a Anheuser-Busch compatibilizava o interesse privado que motivou a associação entre as empresas com a preservação das condições de concorrência do mercado (pp. 46).

À luz do pedido de reapreciação e por conseguinte da disposição das Requerentes de redesenharem a associação original, para que esta converta-se de uma operação defensiva e limitadora da concorrência em uma operação pró-competitiva e geradora de eficiências, é preciso que todos os aspectos restritivos que concretizavam o desenho original sejam afastados. Esses estão particularmente evidenciados nas restrições às condições de produção e comercialização da cerveja Budweiser no Brasil, de onde a necessidade de eliminação dos contratos de todos os termos correspondentes, tal como agora proposto.

Assim é que no redesenho apresentado pelas Requerentes foram propostas as seguintes mudanças contratuais:

- i) altera-se de um ano para três anos o prazo acordado para distribuição pela A-B da cerveja Rio Cristal nos EUA;
- ii) passa a Antarctica a influir nas decisões relativas aos testes de marketing da cerveja Rio Cristal nos EUA;
- iii) passa a Budweiser do Brasil Ltda. (BBL) a ter o direito de importar sua cerveja, no caso dos custos internos serem superiores aos preços de internacional;
- iv) passa a Budweiser do Brasil Ltda. (BBL) a ter o direito de comercializar sua cerveja diretamente com os supermercados; e
- v) elimina o estabelecimento de posicionamento de preços em patamar superior da cerveja Budweiser.

4. Projeto de Exportações

A perda de dinamismo do mercado de massa de cervejas norteamericano somada à redução do *market share* da A-B nesse mercado - era de cerca de 45% em 1990 e hoje é de cerca de 30% (voto pp. 20 e fls /) - ensejaram o interesse da A-B de penetrar no segmento de mercado de cervejas importadas, o de maior crescimento na história recente do mercado americano.

Esse é o contexto em que deve ser compreendida a disposição da A-B de apoiar a introdução da cerveja Rio Cristal, de fabricação da Antarctica, no mercado americano, posto que a cerveja - com a imagem que a propaganda lhe confere (apartado sigiloso 4), apresenta inegável potencial de disputa nesse segmento, em particular com a cerveja de marca Corona, que lidera a preferência dos consumidores da comunidade latina e que, de balde os esforços da A-B, é distribuída naquele país de forma independente.

De fato, como afirmam as requerentes em seu pedido de reapreciação, *"Também a Anheuser-Bush tem interesse estratégico e econômico de possuir no seu portfolio de produtos uma cerveja importada para competir neste segmento que vem apresentando expressivo crescimento."* (fls/)

A participação no segmento de cervejas importadas nos Estados Unidos reveste-se de caráter crucial para a A-B, como forma de contrabalançar a perda de posição no segmento de massa³³. A importância de tal estratégia de diferenciação confere maior credibilidade ao compromisso de apoio à comercialização da cerveja produzida pela Antarctica naquele país.

Quanto ao plano de exportação ora apresentado, não se trata propriamente de um fato novo, vez que este projeto já fazia parte dos acordos de cooperação firmados entre as Requerentes, encontrando-se a comercialização da cerveja Rio Cristal em face de teste no Sul da Flórida. Não obstante, quando argüidas a respeito das metas de exportação da referida cerveja, o plano que ora se analisa não fora apresentado.

No que diz respeito aos fatos alegados como novos pelas Requerentes, observa-se a extensão dos testes de comercialização para outras duas áreas do mercado americano, o redimensionamento significativo dos volumes a serem exportados da cerveja Rio Cristal pela Antarctica e distribuídos pela Anheuser-Busch no mercado americano e as alterações contratuais referentes à extensão do prazo acordado para distribuição e quanto a continuidade dos testes de marketing, conforme referido no item anterior. Ademais, as Requerentes afirmam haver disposição para cooperação em operações de exportações da cerveja de marca Antarctica para os demais países em que a Anheuser-Busch se faz presente, mediante a disponibilização das equipes exclusivas de marketing e da rede de distribuidores, bem como para promoção da aproximação com engarrafadores e distribuidores para o guaraná produzido pela Antarctica.

Cabe observar que as estimativas apresentadas dão conta de um projeto bastante ambicioso, em especial quando se verifica a meta de exportações para o mercado americano e, ainda, se compararmos esta com os resultados esperados com as exportações para outros 13 países. Está previsto para o fatu-

³³ Tal queda de participação não tem implicado a perda de liderança naquele mercado.

ramento com exportações uma taxa de geométrica de crescimento de 65,62% aa, para o período 1998/2002.

Quadro VIII

Índice Anual de Crescimento de Exportações da Antarcctica

Consolidação dos Objetivos	1998	1999	2000	2001	2002
Exportação Direta	100,00	131,03	128,95	120,41	118,64
Expansão Rio Cristal (EUA)	100,00	200,00	350,00	200,00	128,57
Expansão c/ Novas Parcerias	100,00	200,31	149,65	133,08	125,34
Franquias Guaraná	100,00	180,84	171,19	141,58	143,36

Fonte: Antarcctica e Anheuser-Busch (fls. 1130, Apartado Sigiloso 4). Elaboração CADE

Quanto às alegações acerca do potencial de geração de divisas e seus efeitos benéficos para o consumidor brasileiro (fls.1768), considero que a alegada colaboração das Requerentes ao bem-estar é de significância relativa, em virtude da dimensão do comércio exterior brasileiro, da ordem de US\$ 47,75³⁴ bilhões, sendo que as exportações de cervejas representam 0,12% deste total - US\$ 55,10 milhões. Não há dúvida que a meta de alcançar US\$ 100 milhões de dólares de faturamento com a exportação da cerveja Rio Cristal em 5 anos é bastante ambiciosa, na medida em que implica dobrar as exportações realizadas hoje por toda a indústria brasileira de cervejas. Representa muito pouco, contudo, com relação ao faturamento já realizado em 1996, da ordem de US\$ 3,4 bilhões. Com relação à redução de custos fixos, a contribuição não parece tampouco decisiva, uma vez que a redução da capacidade ociosa prevista da ordem de 20% será reduzida inicialmente em 1998 em cerca de 1,38%, podendo chegar a redução a 3,4% em 2002 (fls.128 e 1130, Apartado Sigiloso 1 e 4, respectivamente).

³⁴ Valor FOB. Balança Comercial Brasileira, pp 74. Dezembro 1996. SECEX/MICT.

5. A Estratégia de Negócios subjacente à Associação

JOGO ANTARCTICA X ANHEUSER-BUSH
NA FORMA EXTENSIVA

JOGO ANTARCTICA X ANHEUSER-BUSH NA FORMA ESTRATÉGICA

		ANHEUSER-BUSH			
		Associa-se com compromisso ou não ingressa	Associa-se com compromisso ou ingressa	Associa-se sem compromisso ou não ingressa	Associa-se sem compromisso ou ingressa
ANTARCTICA	Associa-se	π_1^A π_2^A	π_1^A π_2^A	π_1^S π_2^S	π_1^S π_2^S
	Não se associa e concorre	0 0	π_1^C π_2^C	0 0	π_1^C π_2^C
	Não se associa e acomoda	0 0	π_1^M π_2^M	0 0	π_1^M π_2^M

Onde:

π_1 são os *payoffs* da ANTARCTICA

π_2 são os *payoffs* da ANHEUSER-BUSH

π^A são os *payoffs* da associação com comprometimento da ANHEUSER-BUSH

π^S são os *payoffs* da associação sem comprometimento da ANHEUSER-BUSH

π^C são os *payoffs* de entrada da ANHEUSER-BUSH com reação competitiva da ANTARCTICA

π^M são os *payoffs* de entrada da ANHEUSER-BUSH com reação acomodativa da ANTARCTICA.

Naqueles casos em que as estratégias dos jogadores levam à não associação entre eles e ao não ingresso da A-B no mercado, os *payoffs* foram considerados nulos (uma vez que não se altera a situação pré-existente ao jogo).

Para encontrar o(s) equilíbrio(s) de Nash, temos que levantar algumas hipóteses sobre os *payoffs* da Antartica e da A-B no jogo acima.

Tomemos inicialmente os *payoffs* da Antartica.

É razoável supor que os *payoffs* da Antartica na associação com a A-B sejam superiores a qualquer outro *payoff* obtido a partir de estratégias de não associação. De fato, a associação com A-B elimina a hipótese de entrada de uma nova concorrente no mercado de cervejas com quem a Antartica teria que competir (via preço, qualidade, propaganda etc.) ou, acomodar a entrada da nova empresa cedendo-lhe parte de seu *market share* como forma de evitar

uma competição acirrada e custosa. Na hipótese de não associação, a possível entrada independente da A-B levaria a *payoffs* negativos para a Antártica (concorrer ou ceder parte do mercado). Assim podemos supor:

$$\pi^C_1 < \pi^M_1 < 0 < \pi^A_1 \leq \pi^S_1$$

Observe-se que além de adotar a hipótese de *payoffs* não positivos para a Antártica, nos casos de não associação, supomos que a associação com a A-B traduz-se em um ganho para a Antártica. Por quê? Um bom exemplo é o de economias de custo decorrentes da associação mediante ganho de escala na distribuição de produtos. A associação pode funcionar como um arrendamento, para a A-B, de parte de um amplo e dispendioso sistema de distribuição (além do próprio ganho oriundo de evitar a concorrência com um novo participante no mercado). Note-se que a produção da cerveja Budweiser na planta da Antártica de Jacarepaguá também implica uma redução de custos fixos e expressa o caráter da arrendamento da associação.

O arrendamento das instalações e rede de distribuição da Antártica é "pago" pela A-B com a disponibilização para a Antártica do conjunto de técnicas gerenciais denominadas Melhores Práticas, a custo virtualmente nulo. A associação nessa forma mostrava-se, da perspectiva privada da Antártica extremamente vantajosa, pois, por um lado, neutralizava a ameaça concorrencial representada pela A-B, com a sua marcante presença no mercado brasileiro através de exportações e, por outro, com os rendimentos obtidos, em termos de redução de custos fixos e modernização empresarial. A posição de mercado da Antártica deixara de sofrer a pressão competitiva da concorrente potencial, até porque o contrato incluía diversas cláusulas ditas de "proteção", que preservavam a Antártica de uma concorrência da A-B em seu próprio terreno, ao tempo em que encontrara vantagens a serem incorporadas como economias de custos.

Da perspectiva da A-B, a associação sem compromisso representava notável oportunidade de participação em mercado emergente de grande potencial de expansão - em virtude sobretudo do baixo consumo per capita vis a vis economias desenvolvidas -, com a conseqüente realização de lucros, através dos dividendos auferidos na ANEP e das vendas da Budweiser do Brasil - sem incursão em custos de difícil ou impraticável recuperação.

Por outro lado, supomos que o *payoff* da Antártica na associação sem comprometimento da A-B pode ser superior. A dependência da A-B pode ser interessante para a Antártica na medida em que a nova participante não representaria perigo algum para o *status* da Antártica no mercado. Vale dizer, dadas as vantagens da operação e as barreiras à entrada identificadas, a A-B

difícilmente sairia da associação para participar do mercado de maneira independente.

Note-se que os *payoffs* da associação com ou sem comprometimento da A-B, para a Antártica, no mínimo são iguais. Em tese dever-se-ia supor que a associação com comprometimento seria melhor para a empresa brasileira. A hipótese de que a forma não comprometida pode ser superior advém do fato de que o comprometimento da associada implica inescapavelmente, em contrapartida, a perda de autonomia decisória e dos graus de liberdade no comando do grupo controlador da Antártica.

Para a A-B, os *payoffs* de associação são igualmente superiores a todos os outros *payoffs* da estratégia de não associação. A associação permite que a A-B ingresse no mercado sem a concorrência da Antártica, além do que pouco ou nenhum investimento é necessário para a entrada da empresa nessas condições.

O ingresso independente da A-B no mercado geraria, como já se discutiu *ad nauseum*, elevados *sunk costs* para a empresa que, eventualmente, poderiam não ser compensados pelos lucros futuros. Ou seja, os *payoffs* de ingresso independente da A-B seriam incertos.

Em face do exposto podemos supor para a A-B que:

$$\begin{aligned} \pi^C_2 &< \pi^M_2 < \pi^A_2 \leq \pi^S_2 \\ e \\ 0 &< \pi^A_2 \leq \pi^S_2 \end{aligned}$$

Definidas hipoteticamente as relações entre os *payoffs*, temos que os equilíbrios de Nash são aqueles apresentados nas áreas sombreadas da matriz acima³⁵.

Calculados desta forma, os equilíbrios de Nash (no caso coincidentes) mostram que a melhor estratégia para a Antártica e para a A-B é associarem-se sem compromisso da A-B.

Para os consumidores, por outro lado, a melhor hipótese seria justamente aquela que levaria aos mais baixos *payoffs* dos jogadores, qual seja, o de entrada independente da A-B com reação competitiva por parte da Antártica.

³⁵ Uma regra prática para encontrar o(s) equilíbrio(s) de Nash é a seguinte: Procura-se o mais alto payoff da Antártica em cada coluna. Se este coincidir com o mais alto payoff da A-B na linha correspondente, então este é um equilíbrio de Nash. O equilíbrio de Nash é, por definição, aquele conjunto de estratégias, uma para cada jogador, que leva ao payoff máximo do jogador 1 dada a estratégia adotada pelo jogador 2, e vice-versa. Ou seja, nenhum jogador se arrepende depois de escolhida a sua estratégia e realizado o jogo).

Entretanto, a entrada da independente da A-B não poderia jamais ser imposta por parte das autoridades antitruste, de modo que o impedimento legal à associação entre as empresas poderia possivelmente levar ao desinteresse da A-B em entrar neste mercado. Esta seria também a situação menos interessante para o consumidor, na medida em que nada se alteraria no status quo.

Assim, a entrada com comprometimento da A-B é a segunda melhor situação para o consumidor, sendo, esta sim, uma possível imposição da autoridade, como forma de garantir maiores benefícios aos consumidores. É, portanto, a solução que compatibiliza interesses públicos e privados.

É importante salientar que o equilíbrio alcançado com a associação das empresas, sem comprometimento algum da A-B, é estável, podendo teoricamente perdurar por prazo indefinido.³⁶ O caráter estável do equilíbrio explica também a pretensão inicial de duração indefinida, porque de 20 anos prorrogáveis, para a associação.

6. Considerações sobre o Resultado do Jogo

A seqüência de *payoffs* do jogo construído acima foi postulada com base na análise previamente desenvolvida em meu voto e aditamento quando da primeira apreciação do caso.

Para os consumidores, a melhor solução seria justamente a oposta ao equilíbrio de Nash entre os jogadores, na medida em que implicaria grau mais elevado de competição no mercado. Tal solução, contudo, não seria alcançável por via administrativa, uma vez que não compatível com a estratégia empresarial da A-B - que consiste em optar pela forma associada de entrada. Assim, a solução para o problema da compatibilização de interesses privados e públicos se encontra na alternativa de associação com compromisso, essa sim capaz de ser viabilizada por meio administrativo, além de coerente com a estratégia empresarial envolvida. A solução que compatibiliza interesses públicos e privados não implica a imposição de uma matriz de valores acima das motivações privadas - e legítimas - de maximização de lucros e minimização de custos e riscos, mas o equilíbrio de interesses públicos e privados e a conseqüente maximização de bem-estar.

³⁶ Neste caso, a interferência das autoridades é mais importante do que, por exemplo, na formação de cartéis. É sabido que o equilíbrio alcançado por meio de prática colusiva é instável na medida em que, uma vez feito o acordo de cartelização, é interessante para cada participante do cartel “trair” os seus parceiros não atendendo aos compromissos estabelecidos. Assim, a prática de cartelização tem poucas chances de perdurar o que não acontece com o tipo de acordo observado entre a Antártica e A-B.

Na solução representada pela associação com compromisso são atendidas tanto os anseios de cunho privado quanto os de cunho público.

Em contrapartida, a associação sem comprometimento entre as duas concorrentes Antartica e Anheuser-Bush, desempenhando esta o papel peculiar de concorrente potencial, limitava a concorrência, nos termos concluídos na decisão do Cade. Na ausência de fatores compensatórios, relacionados ao potencial de realização de eficiências, da perspectiva do consumidor - e do Cade, por conseguinte - a melhor solução para o jogo conforme formulado seria vetar a associação - desde que se tivesse indicações fortes de que a A-B entraria sozinha no mercado brasileiro, porque tal entrada desencadearia a reação da instalada Antartica, que, cedendo ou não *market share*, redundaria em um mercado mais concorrencial e em maiores benefícios para o consumidor - mais e melhores produtos e/ou a menores preços.

Entretanto, há fortes indicações na direção oposta, tal como apontado no aditamento a meu voto original. Naquela ocasião comentei, a propósito de passagem de um dos pareceristas contratados que observava " (...) não ser viável outra forma de distribuição que não por meio de associação que meu voto reconhecia) perfeitamente que a chamada entrada hostil esbarra em sérias dificuldades, de onde a aprovação da operação por tempo limitado, tempo este considerado razoável para que a entrante supere as barreiras à entrada e constitua-se como efetivo *player* no mercado. Fosse a entrada hostil ou independente viável sem maiores qualificações, a operação teria sido simplesmente desautorizada, nos termos da lei. " (aditamento ao voto, pp. 23)

Assim, se tivesse vetado a associação, procurando beneficiar o consumidor, o Cade poderia obter o resultado oposto, de não entrada, que equivaleria a ganho nulo com relação ao status quo anterior. Considerando-se ainda a estratégia empresarial da A-B de, a nível global, adentrar novos mercados por meio de associação com a marca líder ou *vide-líder* no mercado, é factível que diante de um hipotético veto à sua estratégia, a empresa reconsiderasse o seu interesse de entrada no mercado brasileiro - ou, o que teria resultado equivalente, aguardasse um novo momento para reavaliar a possibilidade de entrada.

A delimitação do tempo da associação a um período curto, tal como decidido pelo Cade, pareceu a alternativa de compatibilização de interesses adequada diante das barreiras à entrada representadas pela necessidade de estabelecer rede de distribuição e firmar nova marca no mercado. Lembre-se que essas barreiras foram consideradas, de acordo com a teoria e os estudos sobre a indústria, de magnitude moderada mas suficiente para desestimular a entrada independente - diante da alternativa de associação com empresa solidamente instalada no mercado brasileiro.

O pedido de reapreciação da operação - ao apresentar fatos novos que redefinem a associação e que esclarecem seus objetivos, além de demonstrar o potencial de realização de eficiências - procura demonstrar a necessidade de que a associação seja preservada por período de tempo mais longo, o que a rigor corresponde à sua virtual manutenção por tempo indeterminado (posto que são 20 anos renováveis). Assim, é o prazo para o qual foi aprovada a operação que se requer revisão e nesses termos foi recebido.

De fato, os novos pontos trazidos ao conhecimento do Cade denotam a possibilidade de que a associação venha a redundar em benefícios se implicar a entrada comprometida da A-B, embora, do ponto de vista do consumidor a forma preferencial de entrada seria a de novo player independente. A realização do Plano Quinquenal da Antarctica, com o potencial de redução de custos e preços e alargamento do leque de opções para o consumidor, implicará o fortalecimento da posição competitiva da Antarctica - potencial este que vinha sendo contestado pelo aumento da pressão competitiva após a abertura comercial e fim do controle de preços, que levou à adoção da estratégia defensiva de associação com a concorrente potencial Anheuser-Bush.

Assim, os mesmos efeitos sobre bem-estar - *second best* do ponto de vista do equilíbrio de Nash e da melhor alternativa para os consumidores, o que é equivalente, de compatibilização de interesses públicos e privados - representados pela delimitação do tempo da associação para que as barreiras à entrada fossem transpostas, são passíveis de obtenção através do comprometimento da A-B com a sua atuação no mercado brasileiro. Assim, por definição estabelece-se um *trade-off* entre prazo de duração da associação e comprometimento da entrada da A-B. Assim, periodicamente esta pode reavaliar o seu interesse em dar continuidade ao contrato, exercendo ou não a sua opção de integralização de capital. A cada etapa do exercício de opção de aquisição de participação acionária, através de novo influxo de capital, assim como a cada momento em que se façam necessários novos aportes, de modo a garantir o bom andamento do plano Quinquenal da Antarctica, condições objetivas estarão sendo garantidas para a realização das eficiências potenciais e para a consolidação do papel de novo *player* a ser desempenhado pela A-B.

Como se sabe, a entrada efetiva em um mercado caracteriza-se pela incorrência em custos irrecuperáveis e pelo estabelecimento de compromissos críveis, que redundem em perdas caso não observados. Entrada comprometida significa investimento não facilmente recuperável no novo mercado, o que, no presente caso traduz-se na integralização de capital na medida necessária à consecução do Plano Quinquenal da Antarctica e no esforço de *marketing* e propaganda para a fixação da marca Budweiser junto ao consumidor brasileiro.

Já a transferência de *know-how* consubstanciada no Programa "Melhores Práticas" não implica comprometimento, na medida em que não estabelece desembolsos de magnitude, muito menos implica a incorrência de custos irrecuperáveis. Corresponde tão somente à contrapartida da A-B pelo virtual arrendamento da capacidade produtiva e da rede de distribuição disponibilizada pela Antarctica para a produção e comercialização em território brasileiro da cerveja Budweiser, assim como a contrapartida ao apoio à entrada da cerveja Rio Cristal no mercado americano.

No formato original, a associação implicava quase completo descomprometimento da A-B, não maior apenas pela inclusão de cláusulas vinculantes e evidentemente anticompetitivas como a proibição de importação de cerveja Budweiser e a delimitação de atuação no segmento *premium*. Essas cláusulas - vale notar - evidenciavam de forma contundente a natureza defensiva da estratégia da Antarctica com respeito à associação.

Já no formato redesenhado, a associação apresenta considerável potencial de realização de eficiências compensatórias à limitação da concorrência representada pela entrada associada, além de representar menor dano à concorrência, na medida em que a A-B posicione-se como novo *player* no mercado, embora de forma associada com o *player* que ocupa a posição de vice líder no mercado. Quanto mais comprometida a entrada da A-B, maior é o seu potencial de geração de eficiências e menor o seu efeito limitativo sobre a concorrência.

Como se verificou, pelas novas informações trazidas aos autos, considerável parte da realização das eficiências alegadas depende da consecução do Plano Quinquenal, o que por sua vez depende da integralização de capital por parte da A-B . A mudança do caráter da associação de defensivo e anticompetitivo para pró-eficiente e não restritivo da concorrência se deu com a disposição de A-B de incluir em seu próprio plano Quinquenal a previsão de exercício de opções de investimento na Antarctica da ordem de US\$ 475 milhões, o que, nos termos da petição apresentada "viabilizará a plena associação entre as empresas."

Não há, contudo, como querem as Requerentes, como entender a Associação como a viabilização da entrada de um *player* independente, apenas porque as decisões de *marketing* e vendas da Budweiser não se encontram sob o comando da Antarctica. A realização compartilhada do plano de modernização empresarial, no que consiste o programa melhores práticas, assim como a assistência técnica e financeira a Anheuser-Bush no Programa Quinquenal da Antarctica coloca a primeira a par de todas as informações estratégicas da segunda, mesmo que a recíproca não seja verdadeira.

Os conceitos de “influência dominante” e de “influência relevante do ponto de vista concorrencial”, discutidos por Salomão (1997)³⁷ são úteis para esclarecer esse ponto. Comenta o autor que a expressão influência dominante utilizada no direito concorrencial, “(...) é identificada ao poder de influir sobre o planejamento empresarial do outro agente econômico. (...) (P)ara caracterizar a influência sobre o planejamento societário não é preciso que haja domínio sobre todos os órgãos e todas as decisões sociais. Suficiente é que haja controle sobre os órgãos ou cargos diretamente relacionados à produção e atuação no mercado da empresa. Em doutrina, quatro áreas são consideradas fundamentais para permitir esse controle do planejamento empresarial: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas” (pp. 245)

Por sua vez o conceito de “influência relevante do ponto de vista concorrencial” é de origem recente - foi introduzido em 1989 na legislação alemã. A relação do conceito com a política de concorrência está em que “(...) trata(m-se) de situações em que a estrutura societária permitia presumir que a fomação interna de vontade na empresa “participada” seria de tal maneira influenciada (ainda que não determinada) que não se poderia presumir menos que a cooperação entre elas”. Assim, ainda segundo o autor “(...) existe influência relevante do ponto de vista concorrencial naqueles casos em que a conformação da estrutura societária torna possível (e aconselhável) presumir comportamento cooperativo”. pp. 250. Não é outra a situação que se analisa aqui, onde claramente atuam duas empresas de forma cooperativa e não independente.

Isto não significa dizer que não existam conflitos de interesses entre as empresas. A própria posição de competidoras entre si que ocupavam, que ensejou a associação sem compromisso como a solução de Nash, denota a existência de tais conflitos, não superados, mas apenas administrados, por meio da associação.

A associação, na forma ora proposta implica sim a entrada de novo *player associado* à empresa instalada que ocupa posição de vice-líder no mercado. É entrada na medida em que signifique uma opção de longo prazo pela operação no mercado brasileiro, o que se deriva da realização de investimentos irrecuperáveis nesse mercado. Dada a natureza da concorrência no mercado de cervejas e as vantagens proporcionadas pela associação, parte dos custos irrecuperáveis próprios a esse mercado não precisam ser realizados pela A-B, como a montagem de uma rede de distribuição. Outros, porém, são inescapáveis e traduzem seu interesse no mercado, como a captura de parte da demanda os gastos em *marketing* e propaganda para a fixação da marca Budwei-

³⁷ Calixto Salomão Filho, **Direito Concorrencial - as estruturas**, Malheiros Editores, São Paulo.

ser junto ao gosto do consumidor. É a natureza estratégica desses gastos que explica o interesse da A-B de manter as decisões a eles referentes se não independentes da influência da Antarctica, ao menos sob o controle da A-B, através do Comitê Supervisor, do qual a A-B detém o comando, tal como se lê na petição à pp. 28 da petição de reapreciação.

A realização das eficiências redutoras de custo e aperfeiçoadoras de qualidade a serem compartilhadas com os consumidores não depende, como querem as Requerentes, exclusivamente do Programa de modernização empresarial denominado melhores práticas, mas, de forma substancial da realização do Plano Quinquenal, que, para sua viabilidade, requer o aporte dos recursos financeiros previstos pela própria A-B em seu próprio plano e que conformam seu compromisso de entrada no mercado brasileiro. Assim, para o alcance das eficiências é fundamental a concretização dos referidos planos, pelo que se vincula a extensão do prazo anteriormente aprovado para a associação à concretização do referido plano, que consolida a associação com compromisso, como se viu, a melhor solução possível para os consumidores.

É importante mencionar que os mesmos *payoffs* seriam obtidos se o passo da estratégia "associar-se com ou sem comprometimento" fosse substituído por "associar-se por tempo determinado ou indeterminado". Isso acontece porque, também com base análise desenvolvida anteriormente, a seqüência de *payoffs* seria estritamente a mesma. Ocorre que a solução para o problema da compatibilização de interesses público e privados proposta na 1ª decisão do Cade não foi aceito pelas Requerentes que solicitaram reapreciação do ato, dispondo-se a apresentar novos elementos capazes de compatibilizá-lo ao marco legal da defesa da concorrência no Brasil. A nova solução - de efeito equivalente ou superior sobre o bem-estar - ampara-se exclusivamente nos novos elementos trazidos e previamente discutidos com as Requerentes. O caráter forte e comprometido assumido pela associação em seu novo formato exige evidentemente a revisão do prazo de duração a que fora inicialmente aprovada, posto que a realização de investimentos de magnitude de US\$ 500 milhões, parte desse montante irrecuperável, até porque em plantas que estão sob o controle da empresa instalada, espelha um horizonte de retorno de longo prazo. Assim, uma vez exercidas as opções de investimento da A-B na Antarctica, o horizonte da associação requer expansão. Caso não exercidas tais opções em virtude, por exemplo, da revisão pessimista do potencial de expansão do mercado, a extensão da associação deixa de se mostrar economicamente necessária, uma vez que não haveria investimentos para maturar. **Condiçiona-se assim, necessária e logicamente, a extensão do prazo inicialmente aprovado para a associação ao prazo pretendido pelas requerentes, de vinte anos, ao efetivo exercício das opções de investimento.**

7. Conclusão

Em resumo, acolhido o pedido de reapreciação como pedido de revisão do prazo de duração da associação, estipulado em 2 anos na decisão de 23.07.97, considerando os fatos novos trazidos aos autos e o potencial de geração de eficiências do novo desenho da associação, aprovo a extensão do prazo condicionado ao estrito cumprimento das metas do Programa de Investimentos apresentado no anexo 4 do pedido de reapreciação³⁸, na forma como discriminada a seguir:

1. a) Fica ratificado o prazo de dois anos de duração da associação, estabelecido na decisão anterior, a completar-se em 09/09/99 (24 meses da publicação do acórdão da decisão);

b) Caso até essa data tenha se completado integralmente o aporte de capital previsto na cláusula 3.1 do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças e conforme plano constante às fls. 202:204 do apartado sigiloso 1, a associação fica autorizada a estender-se por mais três anos, a findar-se em 09/09/02. O não exercício da opção de compra de participação acionária da Antarctica pela A-B implica em desfazimento imediato da associação.

Fica estabelecido o prazo de 30 (trinta) dias, a findar-se em 09/10/02, para que as requerentes demonstrem ao CADE que foi cumprida a presente decisão, demonstrando no referido prazo a efetivação seja da compra seja do desfazimento. O não cumprimento desta determinação constituirá infração à ordem econômica, sujeitando as Requerentes, individualmente, ao pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

c) Completando-se até a data de 09/09/02 integralmente o aporte de capital previsto na cláusula 3.2 alíneas a e b, do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças e conforme plano constante às fls. 202:204 do apartado sigiloso 1, a associação está autorizada a estender-se pelo período total de 20 anos solicitado pelas requerentes. O não exercício da opção de compra de participação acionária da Antarctica pela A-B implica igualmente o desfazimento imediato da associação, em idênticos termos aos definidos no item anterior.

2. Estabelece-se o prazo de quinze dias, a contar da publicação desta decisão no Diário Oficial da União, para manifestação da disposição das Requerentes em aceitar as condições impostas.

2.1. Aceitas as condições impostas no item 1 e respeitado o prazo acima, deverão as Requerentes, no prazo de quarenta e cinco dias, a contar da publi-

³⁸ Em particular fls 199 a 204.

cação da presente decisão no Diário Oficial da União, assinar Termo de Compromisso de Desempenho, pelo qual obrigar-se-ão à estrita observância das condições referidas no item 1, bem como fixar nos termos do desfazimento da associação e/ou de venda das ações da ANEP em poder da A-B que:

- i. as referidas quotas não poderão ser adquiridas por qualquer afiliada ou associada da A-B, ainda que não atuando no território brasileiro, conforme previsto na cláusula 7.2 do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças;
- ii. fica mantida parte da alínea a da cláusula 7.3 do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças, no que se refere à oferta das quotas em primeiro lugar para a Antártica. No que tange ao prazo para venda das quotas dever-se-á seguir o determinado no item 1 desta decisão;
- iii. no caso de não haver interesse da Antártica em adquirir as quotas a ela ofertadas, poderá a A-B buscar um comprador no mercado que atenda o seu interesse; se ainda assim não obtiver sucesso em suas negociações, deverá promover uma oferta pública;
- iv. Por constituírem restrições não razoáveis à concorrência, ficam sem efeito a alínea b da cláusula 6.5 e a alínea c da cláusula 7.3 do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças;
- v. deverão ser realizadas as alterações contratuais apresentadas como fatos novos, conforme previsto no pedido de reapreciação às fls. 1977:1985 e discutido no item 3 deste voto.
- vi. todos os demais contratos firmados entre as Requerentes deverão sofrer as alterações necessárias ao bom cumprimento do determinado nesta decisão;
- vii. todos os prazos previstos nos contratos firmados deverão ser alterados na medida necessária para cumprir e manter coerência com os prazos fixados nesta decisão;

2.1.1. Deverão ainda ser revistas, pelas Requerentes, as cláusulas 19 e 20 do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças assim como seus possíveis reflexos sobre os demais contratos firmados. A razoabilidade de tal medida encontra-se no fato da associação poder vir a se desfazer mediante o não cumprimento do imposto no item 1, ou seja por determinação deste Colegiado.

2.1.2. Dispensa-se incluir no termo de compromisso a ser firmado pelas Requerentes perante o Cade o que se referir à demonstração da realização das eficiências previstas em consequência do Plano Quinquenal de Investimentos e do Programa Melhores Práticas. No suposto de racionalidade do comportamento econômico, as Requerentes envidarão os melhores esforços para gerar os benefícios esperados, posto que só assim alcançarão os resultados preten-

dados de posicionamento competitivo no mercado e retorno do capital investido. Desse modo, o alcance das metas quantitativas e qualitativas previstas no art. 58 § 2º da lei 8.884/94 apresentadas nas fls. 02 a 157 e 198 a 1108 do pedido de reapreciação que ora se examina decorrerão necessariamente da realização dos programas de investimento, de acordo com as condições fixadas no item 1;

2.2. Não aceitando as condições impostas no item 1 - de forma expressa ou tácita -, deverão as Requerentes apresentar ao CADE em sessenta dias, a contar da publicação desta decisão no Diário Oficial da União, prova de rescisão do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças, bem como dos demais contratos celebrados entre a Antarctica e A-B nos termos previstos na subcláusula 19.3 do referido contrato.

2.3. De igual modo, o não cumprimento desta determinação constituirá infração à ordem econômica, sujeitando as Requerentes, individualmente, ao pagamento de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

É o meu voto.

Brasília, 10 de dezembro de 1997

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

**VOTO DO PRESIDENTE DO CADE POR OCASIÃO
DA REAPRECIÇÃO DO AC 83/96**

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Fundamentos da Decisão do CADE
3. Efeitos Positivos da Reformulação da Operação
4. Conclusão

1. Introdução

Inicialmente gostaria de reafirmar a importância dos debates desenvolvidos acerca da operação sob análise neste Colegiado. O exercício de discussão e saudável entrelaçamento de idéias constituem ingredientes fundamentais para a elaboração de decisões sólidas e a construção de uma reputação de excelência técnica, ambos ativos indispensáveis para que o CADE se firme como advogado da livre concorrência.

Percebo, com satisfação, não apenas o amadurecimento do debate, mas a reformulação da operação original de sorte a neutralizar os efeitos anticoncorrenciais identificados por ocasião do primeiro julgamento.

Acompanho a Relatora no entendimento de que a operação reformulada atende, no essencial, ao conjunto das preocupações deste Colegiado e tem efeitos positivos sobre o mercado.

Faço-o, contudo - coerentemente com meu voto proferido em 23/07/97 - por fundamentos diversos daqueles contidos no voto da nobre Relatora. Aponto, igualmente, aspectos em que as providências determinadas poderiam ser aperfeiçoadas no sentido de maximizar os benefícios para o mercado.

2. Fundamentos da Decisão do CADE

As razões de decidir da nobre Relatora são coerentes com a posição da Relatoria no primeiro julgamento no sentido de demonstrar que a reformulação da operação reflete “*a entrada efetiva do competidor potencial no mercado nacional de cervejas*”.

Discordo, no entanto, do fundamento da Decisão relativa ao AC 83/96 no sentido de que a operação em tela envolvesse simultaneamente a eliminação de concorrência potencial percebida e da concorrência potencial efetiva nos termos em que estes conceitos foram aplicados na jurisprudência internacional.

Os seguintes conjuntos de razões me levaram a adotar tal posição:

- os quesitos necessários para a aplicação neste caso do conceito de concorrência potencial não me pareciam devidamente preenchidos.
- verificou-se uma subestimativa das eficiências da operação em função especialmente das deficiências da instrução. Este último ponto me parece superado pelo trabalho efetuado durante esta fase de reapreciação do ato.

Os próximos parágrafos explicitam os principais pontos relativos à verificação de precondições para a aplicação dos conceitos de concorrência potencial efetiva e percebida para a operação em tela.

A caracterização da requerente estrangeira como concorrente potencial é factível do ponto de vista lógico, mas envolve problemas não triviais de adequação às circunstâncias da presente operação. Ressaltem-se os seguintes itens:

- a jurisprudência internacional evidencia sua aplicação infreqüente e sujeita a precondições muito específicas;
- a aplicação à operação em tela não preenche as precondições verificadas nas raras vezes em que o conceito foi utilizado;
- as especificidades da operação e do estágio atual da economia brasileira aduzem razões que tornam inadequada a aplicação do conceito para o exame da operação em questão.

Para demonstrar os pontos acima analisei quatorze julgados, envolvendo as jurisdições dos EUA, México, Canada e Brasil.

Acredito, portanto, que minha divergência com a maioria dos votos proferidos por ocasião do primeiro julgamento se restrinja preponderantemente a uma questão empírica. No meu entendimento não estariam presentes os quesitos de prova necessários para a aplicação da doutrina do concorrente potencial pelas seguintes razões:

- i) o grau de concentração do mercado de cervejas brasileiro não me parece atipicamente elevado.

De fato, a estrutura do mercado brasileiro não discrepa da tendência internacional. A concentração verificada no Brasil não pode ser considerada anômala. Na maioria dos países, poucas empresas controlam a maior parte do mercado. Além dos dados de EUA, Japão e França, chamam a atenção as informações dos Quadros em anexo, que mostram a notável concentração nos segmentos de cerveja da Argentina, México e Venezuela. Não surpreendentemente o índice de concentração parece variar inversamente ao tamanho do mercado e em todos os casos se verificam níveis elevados. Tanto pela participação das duas maiores quanto pelo HHI, o mercado brasileiro é o menos concentrado entre os países indicados nos Quadros anexos.

- ii) o número de cervejarias que poderiam ser incluídas no conjunto de concorrentes potenciais não me pareceu suficientemente pequeno.

- iii) não identifiquei uma razoável probabilidade de entrada do concorrente potencial.
- iv) o padrão de prova documental me pareceu insuficiente para as hipóteses de concorrência potencial efetiva e concorrência potencial percebida.

3. Efeitos Positivos da Reformulação da Operação

A despeito das divergências em relação aos fundamentos que orientaram a decisão do primeiro julgamento, a solução encontrada parece bastante satisfatória, uma vez que:

- eliminaram-se as cláusulas anticoncorrenciais;
- foram reforçadas eficiências da operação.

Destaco quatro aspectos positivos:

i. O reforço da componente de exportações do projeto apresentado:

- pelo aumento do prazo para distribuição pela AB da cerveja Rio Cristal nos EUA (de hum para três anos);
- pela maior influência da Antarctica nas decisões relativas aos testes de marketing da Rio Cristal nos EUA;

ii. O reforço da componente de importação:

- direito da BBL de importar cerveja, no caso dos custos internos serem superiores aos preços de internação;

Na realidade, os pontos i)-ii) representam incentivo ao comércio intra-industrial o que é naturalmente benéfico ao consumidor pela ampliação do leque de opções disponíveis, bem como pelos eventuais benefícios oriundos das economias de aprendizado e de escala decorrentes da atuação dos produtores em mercados globais.

Note-se que estes efeitos independem do montante de divisas gerado, como faria supor a petição das requerentes. O efeito benéfico que interessa ao CADE não está associado ao seu impacto sobre o balanço de divisas como se fazia convencionalmente nos anos setenta e oitenta no âmbito da BEFIEX. Por mais convenientes e oportunos que sejam mecanismos de estímulos às vendas externas na atualidade, tais impactos pertencem a outra esfera da política pública.

Em contraste, dois efeitos são importantes para a concorrência:

- a ampliação do leque de opções para o consumidor com o estímulo ao comércio intra-industrial. Como se sabe, com a diferenciação de produto este tipo de comércio se expande de forma exponencial e propicia aumento de bem estar para os consumidores em virtude de leque mais amplo de opções e menores custos em função dos ganhos de escala.
- os ganhos de aprendizagem oriundos do engajamento da empresa doméstica na atividade de exportação tem vantagens que transcendem os ganhos privados. De fato, e conforme observado em Dervis e outros (1982, p.217),

“...[a promoção das exportações]...contém os mesmos, ou até mesmo mais importantes efeitos dinâmicos se os setores apontados apresentam vantagens comparativas no longo prazo. Além disso, o “aprendizado” que ocorre por intermédio da competição nos mercados internacionais pode ir além daqueles obtidos na atividade exclusivamente doméstica. Finalmente, a disciplina e competição por uma estratégia orientada para as exportações e para os mercados mundiais pode ter efeitos benéficos não apenas sobre a eficiência mas também sobre a distribuição da renda interna”.

Note-se que as considerações acima independem de análise quantitativa acerca da dimensão de eventuais compromissos de exportação, dizendo respeito tão-somente à lógica da operação para o mercado e a para a concorrência. A ênfase do CADE não deve recair sobre o volume de divisas gerado; esta é preocupação central das autoridades de política econômica. Enquanto autoridade de defesa da concorrência, a atenção do CADE deve concentrar a análise sobre os impactos do comércio exterior sobre a eficiência e bem estar do consumidor, o que pode, em determinadas conjunturas, envolver até mesmo conflitos com as metas de balanço de pagamentos³⁹.

Ressalte-se que tais ganhos não ocorrem de forma natural e espontânea. A formação de alianças e parcerias entre as empresas é essencial para que elas ocorram em um ambiente internacional marcado por barreiras diversas e tipicamente não tarifárias ao comércio.

³⁹ Isto não quer dizer que a autoridade de defesa da concorrência não deva, em cada conjuntura, levar em conta as restrições de outras áreas de política pública. Mas, para utilizar uma linguagem de Cálculo, deve sempre ter consciência de qual é a variável objetivo e qual é a restrição em seu exercício de maximização condicionada do bem estar social.

iii. Aumento dos Investimentos

Raciocínio análogo ao das exportações se aplica aos investimentos. A ênfase do CADE difere totalmente daquela que seria esperável de uma agência de inversões incumbida de fazer política industrial. Para esta última as inversões importam porque elevam a taxa de crescimento da economia.

Ao CADE, os investimentos interessam preponderantemente pelo seu efeito sobre a eficiência e bem estar do consumidor. Assim, a inversão produtiva não constitui objetivo em si mesmo para a autoridade de defesa da concorrência se não que indicador de esforços consistentes com um aumento de bem estar. Tampouco deve prevalecer a preocupação com metas quantitativas.

O grau em que os efeitos benéficos do aumento da capacidade produtiva são transferidos para o consumidor depende naturalmente do padrão de concorrência do mercado específico. Na operação em tela, a realização das inversões programadas deve gerar transferências ponderáveis ao consumidor dado o razoável grau de rivalidade que caracteriza o setor de cervejas no Brasil.

Ressalte-se, ademais, e conforme assinalai em meu voto de 23/07/97, que a Antarctica perdeu 16 pontos percentuais em sua participação no mercado no espaço de uma década. Assim, a obtenção de um sócio estrangeiro por parte desta empresa pode ser positiva ao aumentar a rivalidade crescente com pelo menos dois grupos fortemente capitalizados.⁴⁰

Naturalmente este último argumento tem caráter subsidiário e se aplica à atual conjuntura, uma vez que o objetivo é estimular a concorrência e não este ou aquele concorrente. Em outra conjuntura, um divórcio entre as duas empresas que hoje estão associadas, poderia ser benéfico para o mercado.

De fato, supondo uma revisão para cima das taxas de crescimento do mercado, seria plausível imaginar que cada empresa quisesse rever sua estratégia associada e trilhar caminho próprio. Isto geraria uma desconcentração no mercado com possíveis efeitos positivos para a concorrência.

Alternativamente, uma revisão para baixo das taxas de expansão poderia justificar uma reprogramação de gastos incompatível com o cronograma apresentado de inversões. É provável que em tais circunstâncias a associação continuasse a ter efeitos benéficos, desde que depurada dos aspectos anticoncorrenciais já identificados e retirados nesta reapreciação⁴¹.

Comentários sobre o Jogo Proposto

⁴⁰ Um dos quais conta, inclusive, com associação com grande empresa internacional dificilmente contestável no plano jurídico.

⁴¹ A criação da Autolatina como resultado da fusão de Volks e Ford nos anos oitenta constitui ilustração conhecida dos dois últimos parágrafos.

A Relatora trouxe em seu voto contribuição extremamente estimulante ao propor uma aplicação de teoria dos jogos para o caso em análise. Uma apreciação exaustiva transcenderia o escopo deste voto. Caberiam, contudo, os seguintes comentários:

- a) sou cético quanto à possibilidade de ordenar os resultados de cada célula da matriz por três razões:
 - a1) a precariedade da informação que os órgãos públicos detêm a respeito dos dados utilizados na maximização dos agentes econômicos; ou, para utilizar a notação do voto da Relatora,

$$\pi_i^m, \pi_i^c$$
 onde $i = 1, 2$ correspondem respectivamente à Antartica e Anheuser-Busch.
 - a2) a forte variabilidade temporal dos resultados de acordo com as diferentes conjunturas econômicas. Isto é,

$$\pi_i^j = f(t)$$
 - a3) a existência de associações de grupos concorrentes constitui fato relevante conforme destacado no parecer de Farina e Furquim, constante dos autos. É provável que as preferências dos agentes se alterem significativamente dependendo do desenrolar das associações dos principais grupos concorrentes.

As dificuldades apontadas em a1-a3 tornam forte a hipótese que se queira fazer acerca da ordenação dos ganhos privados associados a cada forma de associação (“acomodativa” ou “efetiva”). Como o resultado do jogo depende de tais hipóteses, os equilíbrios obtidos podem variar, por exemplo, de acordo com diferentes conjunturas ou estarem sujeitos às falhas informacionais de a1). Neste sentido de dependência dos resultados em relação a variações prováveis de π_i^j é que não acredito que o exercício seja robusto.

b) a associação - seja ela “comprometida” ou “acomodativa” - tem uma virtude intrínseca ao reduzir a barreira à entrada do grupo estrangeiro no mercado brasileiro, ou simetricamente, como na operação em tela, o ingresso de uma empresa nacional em outro mercado.

De fato, a união com um grupo doméstico permite à empresa estrangeira acesso à rede de distribuição e conhecimento do mercado de forma a abrir novas oportunidades ao entrante associado no futuro. Não é casual que em vários países haja casos de associações que se desfazem em direção a novas associações ou à ação independente por parte dos ex-associados. Assim, depuradas as cláusulas anticoncorrenciais, mesmo uma associação que não envolva elevados investimentos ou que se restrinja ao arrendamento de capacidade produtiva pode ser benéfica ao mercado.

Tais aspectos positivos de uma associação devem naturalmente serem levados em conta na tentativa da autoridade de identificar equilíbrios que sejam mais favoráveis do ponto de vista social.

iv. Diminuição dos custos de transação associados a uma eventual dissolução da associação.

As considerações dos itens ii) e iii) revelam a importância em assegurar flexibilidade e baixos custos de transação para que as estratégias empresariais possam se adaptar a cada conjuntura.

O papel da autoridade de defesa da concorrência é o de reduzir as barreiras à entrada e reprimir e prevenir as ações anticoncorrencias, assegurando aos agentes privados a necessária margem de flexibilidade para a busca de soluções mais eficientes.

4. Conclusão

Do exposto, acompanho a Relatora quanto à decisão de aprovação da operação entre Antartica e Anheuser-Bush, nos termos da reformulação da operação contida no pedido de reapreciação, com duas ressalvas:

- as razões de decidir que me levaram à conclusão de aprovação do ato são distintas daquelas apresentadas pela Relatora, conforme assinali no item 2.
- coerentemente com esta visão, discordo da condicionalidade da continuidade da associação no prazo pretendido pelas requerentes, ao efetivo exercício das opções de investimento segundo cronograma pre-fixado. O não exercício das opções de investimento não deveria levar ao desfazimento automático da operação, acarretando em determinadas circunstâncias uma perda para o mercado.

O CADE neste ponto deve apenas estabelecer meta geral, viabilizando às partes que renegociem este ponto, caso o cronograma de investimentos se torne oneroso em decorrência de alterações nas condições de mercado. Conforme ressaltado, o mercado é que deve fornecer os rumos e ditar a melhor forma de investimento das empresas, e não o CADE. As empresas atuantes dispõem naturalmente de melhores informações sobre a viabilidade de suas inversões em cada conjuntura, devendo a autoridade admitir alguma flexibilidade neste aspecto.

Por outro lado, se o interesse do CADE na efetivação dos investimentos funda-se em uma provável transferência destes ao bem estar do consumidor, a eventual impossibilidade em realizá-los poderia, em tese, ser substituída por mecanismos alternativos que tragam eficiências capazes de se traduzir em benefícios ao consumidor.

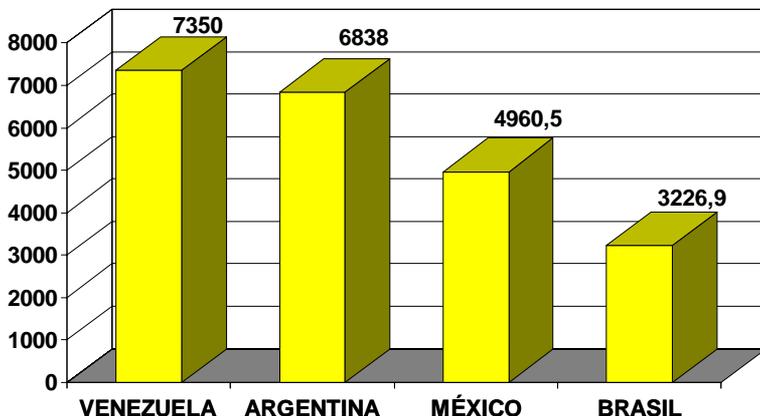
Sintetizando, acompanho a Relatora na aprovação da operação nos termos da reformulação proposta pelas requerentes, ainda que por fundamentos distintos e feita a ressalva no tocante à condicionalidade do cronograma de inversões.

No tocante a este último aspecto, caso o exercício das opções de investimento não se concretize conforme cronograma estipulado, as requerentes deverão apresentar alternativamente ao CADE:

1. novo cronograma de investimentos, justificando-o com base nas condições de mercado;
2. novas eficiências que compensem a não efetivação dos investimentos.

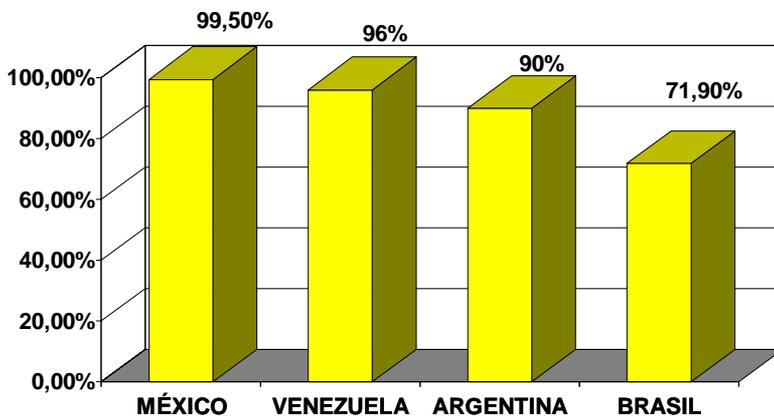
É o Voto.

Quadro
Concentração no Setor de Cervejas em Economias
Latino Americanas Selecionadas - HHI



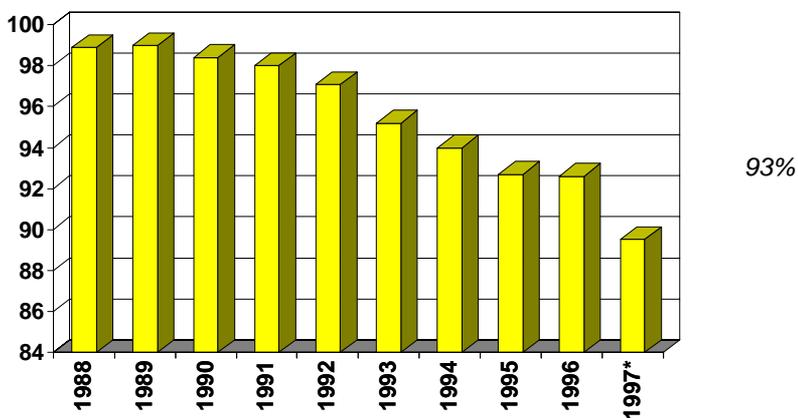
Fonte: Procompetencia. CNDC. CFC. CADE.

Quadro
Participação no Mercado dos Dois Maiores em
Economias Latino Americanas Selecionadas - %



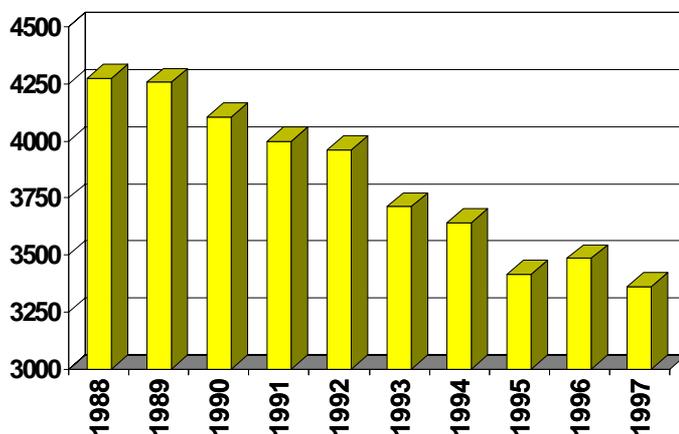
Fonte: Procompetencia. CNDC. CFC. CADE.

Quadro
Evolução da Concentração no Brasil - CR3



* até maio de 1997

Quadro
Evolução do HHI no Brasil - 1988 a 1997



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

RECURSO DE OFÍCIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 03/91

Representantes: DEPARTAMENTO DE ABASTECIMENTO DE PREÇOS DO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO

Representados: GOODYEAR DO BRASIL - PRODUTOS DE BORRACHA LTDA
ADV: JOSÉ INÁCIO G. FRANCESCHINI E OUTRO

PIRELLI PNEUS S/A

ADV: JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA.

INDÚSTRIA DE PNEUMÁTICO FIRESTONE LTDA

ADV: EDISON WAGNER ATANES E OUTRO

COMPANHIA BRASILEIRA DE PNEUMÁTICOS MICHELIN

INDÚSTRIA E COMÉRCIO

ADV: PEDRO JOSÉ FERNANDES ALVES

Relator: CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA

EMENTA

PRÁTICA CONCERTADA DE PREÇOS. SETOR DE PNEUMÁTICOS. LEI Nº 8.884/94, ART. 21, II. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. 1. O simples fato de o setor de pneus ser oligopolizado (formado por três ou quatro empresas) não é suficiente para caracterizar conduta uniforme ou concertada entre os concorrentes. 2. O controle pelo CIP, nos meses de março/julho de 1990, contribuía para a adoção de preços semelhantes entre os concorrentes, sem que isso pudesse revelar prática de preços uniformes. 3. Falha da instrução que frustra os benefícios da política de concorrência e afeta a reputação dos agentes. Infração não comprovada. 4. Ocorre prescrição intercorrente no prazo de cinco anos contado de qualquer ato administrativo ou judicial que tenha por objeto a apuração de infração contra a ordem econômica. Aplicação do art. 28 § 1º da Lei nº 8.884/94, c.c. art. 173 do Código Civil e art. 117 § 2º do Código Penal. 5. Improvimento do recurso de ofício para confirmar o arquivamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, o Plenário do CADE acorda, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício para confirmar o arquivamento. Além do Presidente e do Relator, participaram do julgamento os Conselheiros Leônidas Rangel Xausa, Renault de Freitas Castro, Paulo Dyrceu Pinheiro e Arthur Barrionuevo Filho. Impedida a Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. Brasília, 18 de junho de 1997 (data do julgamento).

Antonio Fonseca
Relator

Gesner Oliveira
Presidente

RELATÓRIO

Decisão recorrida e conteúdo da Representação

Introdução

1. Recurso de ofício da decisão de fl. 170 (7º volume) que arquivou processo administrativo decorrente de denúncia formulada em outubro de 1990, relativa a aumento abusivo e práticas comerciais adotadas pelo setor de pneumáticos. O arquivamento se deu pela insubsistência das práticas alegadas.

Representação

2. O Departamento de Abastecimento e preços do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, através de ofício, pediu providências à SNDE para apuração de práticas comerciais adotadas pelo setor de pneumáticos, bem como a avaliação substantiva dos aumentos constatados por aquele Departamento.

3. Anexou-se ao ofício, estudos realizados pela Divisão de Petroquímica/DAP, no qual foram relacionadas, a participação de mercado para cada grupo de pneu; a produção anual de pneumáticos e, também, as matérias-

primas utilizadas na fabricação de pneus e câmaras de ar. Nesse estudo foi apontado, ainda, alterações de preços (dos pneus) no período de fevereiro a julho de 1990.

4. Juntaram-se, também, ao ofício, cópia de estudo realizado pelo CADE, do qual se extrai que: **“Há uma tendência à concentração oligopólica absoluta na indústria de pneumáticos”,** e que **“Essa evidência, mostrada na análise dos dados estatísticos, leva à conclusão de que o setor está permanentemente sob risco de práticas de abuso de poder econômico, principalmente no tocante à dominação de mercado e na nítida dificuldade à entrada de novas empresas”.** (Fl. 31 do 5º volume).

Instauração/Instrução do processo Administrativo

5. A Chefe de Divisão do DNPDE/SNDE/MJ, através de Nota Técnica, sugeriu a instauração de processo administrativo, em face do art. 5º, parágrafo 3º, da Lei 8.158/91. Pediu a notificação das Representadas para apresentarem defesa e requereu provas (fl. 1.145). Seu pedido foi acatado à fl. 1.147 (4º volume).

6. Essa mesma Chefia à fl. 1.157, informou o número de volumes que constitui os autos, sugerindo que os mesmos ficassem restritos às partes interessadas, por se tratar de documentos confidenciais.

7. A Indústria de Pneumáticos Firestone Ltda apresentou sua defesa prévia, às fls. 297/300 (5º volume), alegando, em síntese, não ter praticado nenhuma violação à ordem econômica. Referiu-se ao relatório feito pela Divisão Petroquímica, analisando o aumento abusivo de preços após 15/3/90 (Plano Brasil Novo) e as Práticas comerciais adotadas pela Firestone. Colocou-se à disposição para os esclarecimentos adicionais e provas que, por porventura, tivesse que produzir.

8. No 7º volume, às fls. 351/360, a Pirelli Pneus S.A, apresentou sua defesa, alegando que o ofício que ensejou a abertura de processo administrativo, na verdade, referia-se ao período em que parte dos preços eram controlados pelo CIP e outra parte, liberada, sendo que o relatório foi efetuado no período em que as Medidas Provisórias nºs 204, 208 e demais perderam sua eficácia jurídica. Pede o arquivamento, por inexistência de fundamento jurídico.

9. A Goodyear do Brasil Produtos de Borracha Ltda apresentou sua defesa às fls.1.158/1.162 (4º volume), alegando dano à sua imagem, tendo em vista a publicação no Diário Oficial da União, de despacho de abertura de processo administrativo contra ela. Aduziu já ter sido o presente caso, objeto de esclarecimento em reunião realizada pela SDE. Anexa o documento em referência.

Pede o arquivamento, por não estar caracterizada infração à ordem econômica.

10. A Companhia Brasileira de Pneumáticos Michelin Indústria e Comércio ofereceu sua defesa, às fls. 76/80 (volume 8º). Alegou que os seus preços, até junho de 1990, eram tabelados ou sujeitos a controles rigorosos. Afirmou que o aumento, depois advindo, não foi abusivo, uma vez que os índices utilizados foram bem inferiores aos outros. Anexou à petição, relatório minucioso sobre o quadro “real da performance e da atuação da Michelin, no contexto brasileiro”(sic). Pediu o arquivamento do feito, por inexistirem “as ocorrências que determinaram sua instauração”.

11. Em Nota Técnica às fls. 301/302 (5º volume), O DNPDE solicitou à Secretaria Nacional de Economia/MEFP a elaboração de parecer sobre os aspectos econômicos ali especificados.

12. No parecer apresentado, às fls. 1.218/1.233 (4º volume), pela Secretaria em referência, foram as seguintes as considerações finais sobre o caso: “para caracterizar conduta abusiva nos moldes da legislação própria de defesa no período analisado a **análise feita não indica que tenha ocorrido acordo (explícito ou mesmo tácito) de preços entre os produtores com o objetivo de eliminar a concorrência no mercado. Os percentuais e datas aproximados de reajuste de preços podem ser creditados ao fato de que a indústria de pneumáticos encontrava-se, até março de 1990, sujeita ao controle governamental de preços. Esse controle impunha aos produtos preços bastante próximos e reajustes idênticos. Evitentemente após um longo período de controle de preços as defasagens reconhecidas pelas empresas tornam-se similares, implicando em reajustes parecidos após a liberação**”. Concluiu, assim, que “**não encontramos indícios suficientes**”(fl.1.233).

13. A SDE/DPDE/MJ, às fls. 1.238/1.242, solicitou o arquivamento do processo administrativo. Argumentou que, apesar de a indústria de pneumáticos caracterizar-se como um oligopólio, a acusação foi desconstituída pelo parecer do próprio Ministério da Fazenda. Foi sugerida a manutenção dos elementos do parecer, na SDE, objetivando a composição de seu banco de dados. Pediu, ainda, o encaminhamento do processo para análise da área jurídica.

14. No parecer de fls. 1.247/1.249 a CGTAJ manifestou-se pelo arquivamento do processo. Ressaltou ser insustentável a denúncia, visto que, à época, o governo exercia um grande controle sobre os preços. Aduziu, ainda, que após a liberação desses preços, a Representada fez um reajuste em seus produtos, a fim de acomodá-los ao mercado. Argumentou, finalmente, que: “**Há diferença entre aumento abusivo de lucro, com aumento de preço. Sendo**

aquele primeiro, aviltado e combatido pelos órgãos de Defesa da Ordem Econômica, por gerar lucros excessivamente altos, enquanto este último, diga-se, é a correção natural dos valores do produto em relação à desvalorização diária de nossa moeda com perda substancial de compra dos insumos básicos-necessários à devida fabricação dos mesmos”.

15. O Diretor-Substituto da SDE/MJ à fl. 1.250 adotou, integralmente, os pareceres produzidos pelos Técnicos do Ministério da Fazenda e das Coordenações Gerais Técnico Econômica e Técnico Jurídica da SDE. Determinou a remessa do processo ao Secretário de Direito Econômico, com a proposta de arquivamento, por ausência de fatos que caracterizassem infração à ordem econômica.

16. Acolhendo o parecer da SPE-MF e a Nota Técnica do DPDE-MJ, o Secretário de Direito Econômico decidiu pelo arquivamento do processo, por entender, “insubsistentes as ocorrências que determinaram a instauração” (sic) (fl. 1.252).

Parecer da Procuradoria

17. Em seu parecer, a Procuradoria adotou como razões para decidir, o parecer de nº 11/95 (fls. 1.274/1.276) exarado pelo CADE, onde se sustentou que a prática de preços semelhantes nos preços dos pneus, de março a julho/90, foi em virtude de controle governamental exercido pelo CIP, e que isso, na prática, não caracteriza violação à Lei de Defesa da Concorrência. Foi Alegado que logo após esse controle, “as forças do mercado atuaram produzindo preços diferenciados dos pneumáticos”. Opinou, também, pela manutenção de arquivamento dos autos. (Fls.1.285/1.286 do 4º volume).

É o relatório.

PRÁTICA CONCERTADA DE PREÇOS. SETOR DE PNEUMÁTICOS. LEI Nº 8.884/94, ART. 21, II. 1. O simples fato de o setor de pneus ser oligopolizado (formado por três ou quatro empresas) não é suficiente para caracterizar conduta uniforme ou concertada entre os concorrentes. 2. O controle pelo CIP, nos meses de março/julho de 1990, contribuía para a adoção de preços semelhantes entre os concorrentes, sem que isso pudesse revelar prática de preços uniformes. 3. Falha da instrução que frustra os benefícios da política de concorrência e afeta a reputação dos agentes. 4. Infração não comprovada e prescrição intercorrente que se reconhece. 5. Improvimento do recurso de ofício para confirmar o arquivamento.

Voto

O Senhor Conselheiro Antonio Fonseca:

1. O procedimento de averiguação foi instaurado por cópia do ofício 299/90 datado de 5 de outubro de 1990 do então Diretor do DAP ao então Secretário Nacional de Direito Econômico, Sr. José Del Chiaro Ferreira da Rosa. Não se sabe que sigla é aquela. Presume-se que seja ou era um setor do Ministério da Fazenda.
2. O referido ofício, em dois parágrafos, encaminhava Nota técnica acompanhada de minuciosa avaliação de comportamento de preços de pneus praticados por Pirelli, Goodyear, Firestone, Michelin, Maggion, Rinaldi, Tropical e Levorin (fls. 2-18). A Nota assinalava que “observando-se a prática de preços antes de 15 de março [1990], poderá se verificar que praticamente não existem diferenças de preços de um fabricante para outro “ (f. 5) e concluía:

“Há uma tendência à concentração oligopólica absoluta na indústria de pneumáticos. Essa evidência, mostrada na análise dos dados estatísticos, leva à conclusão de que o setor está permanentemente sob risco de práticas de abuso de poder econômico, principalmente à entrada de novas empresas. É duvidoso concordar na existência de uma crise de oferta como tem-se veiculado inúmeras vezes pela imprensa. A produção é sempre superior ao consumo e as principais empresas, a partir dessa folga, tem aumentado seus ganhos com a exportação, chegando até mesmo a reduzir drasticamente seus estoques. As grandes empresas alegam que estão produzindo no limite da capacidade instalada e anunci-

am investimentos vultosos na ampliação do parque industrial. O objetivo principal deveria ser o atendimento da demanda interna e seus eventuais picos, porém, tudo leva a crer que esses investimentos serão aplicados, fundamentalmente no aumento das exportações. Portanto, o CADE deve permanecer atento a esse setor industrial e, a partir do conhecimento desse mercado, objetivo do presente estudo, obter mais subsídios para instruir os processos administrativos já existentes e melhor encaminhar as denúncias que surgirem” (f. 18).

3. Logo em seguida Goodyear teria participado de uma reunião na SNDE, conforme revela cópia de um sumário à f. 19, sem nenhuma conclusão. Presume-se que essa reunião provocou a apresentação, pela mesma empresa, de uma vasta documentação sobre evolução de preços. Isso foi o suficiente para a Chefe do DNPDE, em sua Nota de f. 1.145, sugerir a instauração de processo administrativo. Ressalte-se que a mesma Nota se limita a descrever cronologicamente os eventos do procedimento. O Diretor do Departamento, no alto do seu cargo, sentenciou: “instaure-se processo administrativo” (f. 1.147).

4. Após apresentação de defesa pela representada, Goodyear, sobreveio Nota técnica do DAP/SPÊ/MF (fls. 1.218-1233), assinada por Ruy Santa Cruz Flávio Barbosa Luiz Vianna, Evani Barreto e Magali Klajmic, onde se conclui:

“A análise feita não indica que tenha ocorrido acordo (explícito ou mesmo tácito) de preços entre os produtores com o objetivo de eliminar a concorrência no mercado. Os percentuais e datas aproximados de reajuste de preços podem ser creditados ao fato de que a indústria de pneumáticos encontra-se, até março de 1990, sujeita ao controle governamental de preços. Esse controle impunha aos produtos preços bastante próximos e reajustes idênticos. Evidentemente após um longo período de controle de preços as defasagens reconhecidas pelas empresas tornam-se similares, implicando em reajustes parecidos após a liberação.” (f. 1233).

5. Observe-se que, intrigantemente, mais uma vez a referida Nota foi juntada por cópia, portanto sem validade formal.

6. Diante disso, o DPDE, examinando o feito, abonou a conclusão do órgão fazendário para sugerir o arquivamento (fls. 1238-1242). Em março de 1994, portanto ainda sob a égide da Lei 8.158/91, o Diretor do DPDE arquivou o processo (f. 1.250-1252) e o remeteu ao CADE, tendo em vista a nova ordem antitruste (Lei 8.884, art. 39).

7. Tendo se arrastado por quase quatro anos no órgão do Ministério da Justiça, os autos chegaram ao CADE em 27/06/94 (f. 1.254) e somente redistribuído para o Relator atual em 8/06/96.

8. Resolvi fazer essa digressão, que se tornou mais longa do que eu desejava, para estabelecer o caráter atabalhoado da instrução. Havia, certamente, bom motivo para abertura de averiguação preliminar. Ao instaurar o processo administrativo, a autoridade do Ministério da Justiça não fundamentou suficientemente a decisão. O próprio órgão do Ministério da Fazenda, que tinha solicitado a abertura de investigação, sustentou o arquivamento a final acolhido pela SDE. De duas uma: ou não havia motivo para instauração do processo administrativo, ou a autoridade claudicou, deixando de proceder a uma instrução segura. Isso é péssimo para o devido processo antitruste.

9. Tenho afirmado que a justiça antitruste é cara porque tem que ser bem aplicada, resguardando a imagem do agente, que não deve ser afetada a não ser na presença de veementes indícios de infração. Na existência destes, é de mister que a instrução deva ir fundo no problema para assegurar os melhores benefícios que a sociedade espera de uma política da concorrência clara e firme.

10. No caso, afora a deficiência de instrução, o fator tempo afetou sobremodo o julgamento. Segundo a Lei 8.884/94, prescreve em cinco anos a infração contra a ordem econômica (art. 28). Esse prazo é interrompido por qualquer ato administrativo que tenha por objeto a apuração da infração (§ 1º). No caso, essa interrupção se deu com a instauração da averiguação preliminar, isto é, em 18/09/90, quando presumivelmente se determinou a abertura da investigação. Digo presumivelmente porque não há nos autos despacho formal nesse sentido.

11. É elementar no direito penal e no civil que uma vez interrompida, a prescrição recomeça a correr do evento que determinou a interrupção (CC, art. 173 e CP, art. 117, § 2º). Essa figura chama-se prescrição intercorrente, que reconheço no caso. Isto é, recomeçando a correr em 18 de setembro de 1990, na mesma data do ano de 1995 a prescrição se consumou.

12. Daí, nego provimento ao recurso de ofício para confirmar o arquivamento em face da prescrição intercorrente.

É o voto.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 21/91

Representante: DPDE, EX-OFFÍCIO

Representados: 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

Relatora: CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de ofício da Secretaria de Direito Econômico - SDE em conformidade ao art. 31, da Lei nº 8.884/94, que determinou o arquivamento do processo administrativo instaurado contra o 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.

Com base em notícia veiculada pela imprensa, o Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, atual Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, instaurou processo para apurar prática restritiva consistente nos efeitos de cláusula de Convenção Coletiva de Trabalho, acordada entre os Representados, em 09 de agosto de 1991, relativamente ao estabelecido na 15ª cláusula, por conceder pagamento de produtividade apenas aos empregados dos postos revendedores de derivados de petróleo, que ofereciam descontos nos preços máximos determinados para a comercialização de álcool e gasolina e, enquanto perdurasse a concessão destes descontos.

O DPDE alegou que a alteração procedida pelo Governo Federal, na legislação pertinente, objetivava incrementar a concorrência nesse segmento substituindo o preço único e uniforme nacionalmente, do álcool e da gasolina, pelo critério de fixação de um preço máximo. Já a condição prevista para o pagamento da produtividade, acordada pelos Representados, tratava-se de ação discriminatória que visava inviabilizar os descontos nos preços máximos, de modo transforma-los em preços de mercado e induzir a volta da prática de cobrança de preços uniformes.

Instaurado o processo administrativo os representados foram devidamente notificados e instados a apresentarem defesa prévia. As fls. 34/46 e

69/89 manifestaram-se pela improcedência das acusações, que determinaram a instauração deste processo com base nos aspectos legais e sociais da produtividade.

Das alegações do Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro vale mencionar o argumento apresentado acerca da impossibilidade de instauração de procedimento administrativo, a posteriori, estando a matéria sob apreciação do Judiciário. Sobre este assunto o DPDE considerou que “*distintos eram os objetos das ações propostas e o conteúdo das decisões proferidas no âmbito administrativo e judicial,...*”, considerando que no âmbito do Judiciário a “*decisão versará sobre a obrigação de cumprir ou não cumprir a referida cláusula*”, enquanto que ao DPDE caberia apreciar a cláusula “*em função dos seus efeitos sobre a concorrência sobre as condições previstas para o seu [produtividade] pagamento*” (fls. 156/164).

No que concerne às argumentações do Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro destaca-se a observação que os acréscimos de lucro oriundos da política de redução de preços adotada pelos postos revendedores resultavam da produtividade, dado que a demanda desses produtos é inelástica. Acrescentam, ainda, com base em matérias de jornais, que as apurações do DPDE deveriam estar voltadas para a atuação da distribuidora Companhia Atlantic de Petróleo, dado que esta vinha ditando o comportamento do mercado.

Nesse contexto, o DPDE argumentou que o pagamento da produtividade não estava vinculado ao aumento de receita dos postos revendedores e sim condicionada a promoção de descontos. Já no referente à denúncia contra a Atlantic foram realizadas diligências pelo DPDE, afim de obter informações relativas à política de comercialização desta distribuidora, bem como, a título de comparação, foram solicitadas as mesmas informações a outras três distribuidoras (fls. 264/282) - Eso Brasil S.A., Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga e Petrobras Distribuidora S.A.

Em resposta ao DPDE, em 13/01/92, o Departamento Nacional de Combustíveis - DNC - informou que os preços de venda dos combustíveis ainda eram fixados pelo Governo, através da fixação de preços máximos à nível da distribuição, dos fretes, da margem do revendedor e do preço final e, que tal política tinha como pressuposto que os ganhos de eficiência de cada segmento poderiam ser repassados ao mercado. E, quanto aos postos revendedores foi destacado a existência de possibilidades de obtenção de maiores prazos de pagamento ou de financiamento a juros subsidiados pelas distribuidoras, o que viabilizaria ofertarem combustíveis a preços menores.

Da perspectiva do mercado o DNC declarou que a cláusula acordada pelos Representados seria “ *uma antítese de tudo que se pretende implantar em termos de economia de mercado, pois que o interesse do empresário em expandir suas vendas e, portanto, fortalecer sua empresa e garantir os empregos dos seus funcionários frentistas, esbarraria na condição imposta pelo Sindicato de ter um ônus ainda maior, pelo fato de estar vendendo a preços menores que a concorrência*” (fls. 174/175).

De igual modo, em 16/03/92, o Departamento de Abastecimento e Preços (fls. 184/185), do então Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento (MEFP), prestou esclarecimentos sobre a política de fixação dos preços máximos para os derivados de petróleo, enfatizando que, neste momento, o setor encontrava-se numa fase intermediária entre preços uniformes e preços livres, sendo que qualquer manifestação em sentido contrário à geração das condições necessárias a competitividade dentro dos vários segmentos desse setor, inviabilizaria a melhoria da prestação de serviço e a diminuição dos preços a nível do consumidor.

Em 10/04/92, a Secretaria Especial de Política Econômica/MEFP informou que a política nacional de salários vigente previa os ganhos de produtividade e que, do ponto de vista legal, as convenções e acordos coletivos de trabalho, de modo geral, tratam das normas que regem as relações de trabalho, sendo que estas tinham como limite a ordem jurídica e a legislação em vigor, não podendo ser firmadas tratativas que contrariassem as normas da defesa da concorrência, instituídas na Lei 8.158/91 (fls. 182/183).

O DPDE em sua nota técnica às fls. 187 a 192, traz aos autos a informação que matéria idêntica à que deu origem ao processo ora em análise ensejou o P.A. 22/91¹ e a Representação 162/92², bem como concluía que por força das medidas adotadas pelo Governo, de desqualização e de desregulamentação do setor, o mercado vinha tornando-se mais competitivo, o que, por sua vez, impunha aos participantes a necessidade de efetiva concorrência, de maneira que consideravam insubsistentes os fatos que geraram a essas condutas, ressaltando que os postos revendedores, em geral, continuavam a praticar os descontos.

¹Representados: Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado de Pernambuco e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Pernambuco.

² Representados: Sindicato dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Minas Gerais e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado do Minas Gerais.

Às fls. 202/285, em resposta a solicitação do, então, Secretário de Direito Econômico, foram anexados as documentações que fundamentaram a referida nota técnica do DPDE.

Em 10/08/95, o coordenador jurídico do DPDE em seu parecer às fls. 296 a 303, entendeu que não havia suporte jurídico que permitisse correlacionar o objetivo de coibir a concorrência com o fim social disposto no instrumento coletivo.

Instruídos os autos, o Diretor do DPDE opinou pelo seu arquivamento, sendo que em 11/12/95 o Secretário de Direito Econômico, ao acolher o parecer do DPDE, determinou o arquivamento do processo e recorreu de ofício ao CADE.

A Procuradoria do CADE observa em seu parecer que não se pode atribuir caráter ilícito a conduta das Representadas, por estar dentro da mais estrita legalidade, por conseguinte sugere o acatamento do recurso de ofício e a manutenção da decisão de arquivamento.

É o relatório.

Voto

EMENTA: Processos Administrativos 21/91 e 22/91 e Representação 162/92. Acusação de infringência aos incisos I, IV, XV e XVI do art. 3º, da lei 8.158/91. Indício de prática de uniformização de preços, através de cláusula acordada em Convenção Coletiva de Trabalho. Insubistência dos fatos. Manutenção de decisão recorrida, com base no art. 31 da Lei nº 8.884/94.

Os casos em exame originaram-se do processo de desqualização dos preços dos combustíveis, parte do programa de governo de desregulamentação, iniciado em 1990. O passo inicial desse processo foi a deliberação do departamento nacional de combustíveis - DNC - de transformar os preços fixados na bomba para venda de combustíveis ao consumidor em preços máximos, abrindo espaço para a concorrência em preços. Passos subsequentes, dentre outros, seriam a desqualização do preço dos combustíveis ao longo da cadeia produtiva para trás, até o refino, sobretudo com a extinção do fundo de compensação do preço do frete e a liberação do preço final dos combustíveis.

De fato, combustíveis são bens homogêneos por excelência, em que a competição por meio de preços é a forma mais imediata de aumento de lucros e conquista de mercado. A medida do DNC criou espaço para a concorrência no setor de distribuição de combustíveis, de forma até então desconhecida pelo público brasileiro. Foi interessante observar o vigor com que a iniciativa privada respondeu a esse estímulo: deu-se início, no Rio de Janeiro assim como em outras cidades do Brasil, a uma verdadeira guerra de preços, em que os postos de gasolinas passaram a disputar um a um os seus clientes. Mais que isso, usando da criatividade que lhe é própria, o mercado acabou por desenvolver formas de competição próprias a mercados de outra natureza que não a de bens homogêneos. O advento da gasolina e do álcool aditivados é expressão dessa dinâmica. A oferta de serviços adicionais, alguns gratuitos, como lavagem do automóvel, além de facilidades para o pagamento, como a aceitação de cheques pré-datados - que em um ambiente de inflação implicavam efeito análogo ao desconto no preço à vista. Medida desregulamentadora adicional, permitiu aos postos oferecerem serviços e produtos de natureza diversa dos combustíveis, levou ao advento das lojas de conveniência. Esse conjunto de fatores sem dúvida representou um acréscimo dos benefícios obtidos pelos consumidores nesse mercado.

Quero acentuar que bastou um gesto do governo em direção à desregulamentação para que o mercado demonstrasse sua dinâmica concorrencial.

Em que pese o potencial de dano da cláusula em questão, tal como claramente exposto nas notas técnicas do DNC, DAP e SEPE, nos termos transcritos no relatório, não foi suficiente para impedir que a concorrência se instalasse nesse mercado após a medida desregulamentadora que permitiu a cobrança de preços diferenciados ao consumidor. Note-se em particular que as distribuidoras de combustíveis passaram a adotar a prática de concessão de descontos e facilidades de pagamento para os postos, o que conferia aos postos revendedores flexibilidade para manter a continuidade da disputa pelo mercado. Em realidade, a guerra de preços iniciada logo após a medida desregulamentadora foi substituída pelos postos revendedores por formas menos arriscadas e mais rentáveis de atrair clientes. A oferta de serviços complementares gratuitos, a concessão de prêmios em sorteios e a aceitação de cheques pré-datados para o pagamento de combustível estabeleceram-se como os mecanismos básicos de promoção. Não há, contudo, como vincular a existência da cláusula trabalhista em questão com o padrão de concorrência estabelecido no mercado de revenda de combustível. Definitivamente, embora a cláusula apresentasse potencial de dano ao mercado, tal potencial não se materializou, posto que foi neutralizado pelo dinamismo concorrencial motivado pelo processo de desregulamentação desse mercado. Acrescente-se que a referida

cláusula não se encontra mais em vigor no Rio de Janeiro e em Minas Gerais tendo sido extinta em novos dissídios, respectivamente em 1993 e em 1992. Em Pernambuco ela continua em vigor. Não há contudo evidências de que o padrão de competição em cada um desses espaços geográficos apresente diferenças marcantes.

De outra parte, discordo do parecer da Procuradoria Geral do CADE de que não se pode atribuir caráter ilícito à conduta examinada porque dentro da mais estrita legalidade. Adoto o entendimento do coordenador técnico da SEPE, Dr. Marcelo Estevão, para quem *“trabalhadores e empregadores gozam de plena autonomia na estipulação das normas convencionais que devem reger as relações de trabalho, desde que dentro dos limites da ordem jurídica e da legislação em vigor, não podendo prevalecer disposição que porventura contrarie a lei 8158 de 8 de janeiro de 1991, que instituiu normas para a defesa da concorrência”* (fl. 183). Adoto igualmente o entendimento esposado pelo DPDE às fls. 156 a 164 dos autos, segundo o que a par dos aspectos examinados na Justiça do Trabalho, a cláusula pode e deve ser examinada à luz da legislação de defesa da concorrência em vigor, para que sejam esclarecidos os indícios de prejuízo à concorrência. Textualmente, argumentou a Dra. Carla Barroso na nota técnica de análise das defesas prévias, às mencionadas fls. 156 a 164 *“...distintos são o objeto das ações propostas e o conteúdo das decisões proferidas no âmbito administrativo e judicial...”* e adiante *“... a apreciação da matéria pelo DNPDE deverá se ater aos reflexos da cláusula sob a análise na ordem econômica e sua repressão nos termos da lei n. 8158/91 e 4137/62.”* Ademais, não posso concordar em particular com o ponto 7 do parecer da procuradoria (às fls. 322) deste CADE que adotou o ponto de vista manifestado pelo coordenador jurídico do DPDE, pois não foram os postos que não concederam descontos os supostos prejudicados pela cláusula examinada no processo da perspectiva da lei de defesa da concorrência, e sim aqueles que concederam descontos, tal como atestam os documentos que originaram o processo e todas as notas técnicas que compõe os autos.

Nesses termos, mantenho a decisão de arquivamento dos processos e da representação não por considerar esta autoridade de defesa da concorrência incompetente para examinar um ato que simultânea ou anteriormente tenha sido examinado pela justiça do trabalho, nem tão pouco por entender que a cláusula criasse dificuldades aos revendedores que não vinham concedendo descontos, tal como expresso no entendimento do coordenador jurídico do DPDE, Dr. Fábio Antinoro, e no Parecer da Procuradoria-Geral deste CADE. Mantenho outrossim a decisão de arquivamento por considerar que a cláusula examinada não teve o condão de produzir efeitos negativos sobre o mercado,

impedindo que a dinâmica concorrencial se instaurasse após o início do programa em curso de desregulamentação do setor de combustíveis.

Este é o voto

Brasília, 20 de novembro de 1996

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS Nº 155/94 E 164/94

Representante: DPDE/SDE EX OFFICIO

Representadas: SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA - P.A. Nº 155/94
LABORATÓRIO DE ANÁLISES MÉDICAS - P.A. Nº 164/94

Relatora: LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

O presente relatório trata do processo administrativo 155/94, reunido a outros por conexão pelo parecer 16/95 da Procuradoria-Geral do CADE e examinados em conjunto com os processos de nº 159/94 a 172/94 no parecer 35/95 da douta Procuradoria.

O processo em análise originou de denúncias contra entidades e empresas prestadoras de serviços na área de saúde que, conforme o caso, estariam negando atendimento ou estimulando a negativa a usuários de convênios médicos que não tivessem concordado em utilizar a tabela de honorários médicos produzida pela Associação Médica Brasileira (AMB), convertidos seus valores para o equivalente em URV (unidade de referência de valor), sendo 0.21 o coeficiente de multiplicação.

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica, em averiguação preliminar, constatou os indícios de infração à ordem econômica e recomendou a instauração de processos administrativos contra os Sindicatos e Associações por infração aos itens I e XV da Lei nº 8158/91 e contra cada um dos laboratórios e centros radiológicos associados, por infração aos itens I e XVII da mesma lei.

Ademais, foi recomendada a adoção de medida preventiva por parte do Secretário de Direito Econômico, determinando que as Representadas se abstivessem da prática de somente atender aos convênios que adotassem a tabela da AMB em sua plenitude.

O entendimento do DPDE foi acatado pelo Secretário de Direito Econômico. O representado no PA 155/94 foi notificada da instauração do processo (fl.45), tendo oferecido defesa prévia, às folhas 54 a 81, nos termos descritos logo adiante. O mesmo ocorreu com o representado no PA 164/94, notificada conforme registro à fl. 38, tendo apresentada defesa prévia de igual

teor à anteriormente mencionada (fls. 52/75). A medida preventiva, nos termos propostos pelo DPDE, foi baixada com o despacho 45/94 de 17/05/94.

O mercado relevante afetado pelas práticas analisadas nos processos 155/94 e 164/94 foi o mercado regional de serviços laboratoriais no Distrito Federal.

Reporto-me, doravante, ao parecer 35/95 da Procuradoria-Geral, que resumidamente historia os seguintes fatos:

O processo em pauta apresenta evidências de que o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília, em conjunto com seus associados, tornou pública a obrigatoriedade do uso da tabela de honorários médicos da Associação Médica Brasileira (AMB) para serviços laboratoriais com um coeficiente único de conversão, de 0,21 URVs durante a fase de transição do cruzeiro real para a URV.

O procedimento foi enquadrado como indício de infração ao artigo 3º, incisos I e XV da Lei nº 8.158 de 8 de janeiro de 1991.

Durante a fase de investigação, foram assegurados o contraditório e a ampla defesa, conforme relata o parecer da Procuradoria.

Nas razões de defesa apresentadas pela Representada, em nenhum momento a conduta foi negada; pelo contrário, buscaram-se justificativas:

A tabela seria elaborada por outra entidade, a Comissão Nacional de Honorários Médicos, composta pela Associação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina e Federação Nacional dos Médicos; a tabela seria apenas sugestiva e seria utilizada por órgãos públicos no pagamento de serviços médicos; haveria amparo legal para a adoção do coeficiente de 0.21 URVs e os processos teriam como base decisão suspensa por liminar no processo administrativo nº 61/93.

O parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda não encontrou amparo legal para o estabelecimento uniformizado de preços por parte das representadas. Por sua vez, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça entendeu configurada a infração à ordem econômica.

A procuradora designada “ad hoc”, Dra. Magali Klajmic, opinou, em seu parecer, pela procedência do processo administrativo, diante da comprovação material da conduta - registrada nas fotocópias anexadas em cada peça inicial dos processos 155/94 - caracterizada como infração à ordem econômica nos termos do artigo 3º, incisos I e XV da Lei nº 8.158 de 8 de janeiro de 1991.

O processo esta sendo reapresentado para renovação do julgamento, posto que a exigência legal de inclusão do nome do advogado na pauta de julgamento da 2ª sessão ordinária de 19/06/96 não foi cumprida.

É o relatório.

Voto

Processo Administrativo. Infração aos incisos I, IV e XVII da Lei nº 8.158 de 8/1/91. Indução à adoção de conduta restritiva à concorrência. Utilização de meios artificiosos para a fixação de preços.

1. Com relação ao Sindicato de Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília, a Secretaria de Direito Econômico, SDE, entendeu que aquela entidade, ao influenciar seus associados a fixarem preços mínimos, através da Tabelas de Honorários Médicos (THM), para serviços médicos, laboratoriais e radiológicos, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, estaria restringindo a concorrência (P.A.155/94 e P.A.164/94 fls. 12/18).

Entendeu ainda a SDE como prejudicial à concorrência a recomendação feita pelo Sindicato para que seus afiliados procedessem à suspensão da prestação de serviços às empresas tomadoras de serviços que não acordaram com os valores fixados da THM (P.A.155/94, fl 96). Para a SDE, tal ato significou propor a suspensão coletiva dos serviços prestados por seus afiliados, até a rescisão total dos contratos, firmados com os órgãos públicos e empresas privadas.

Estaria, pois, a conduta do Sindicato enquadrada nos incisos I, parte final, e XV do art. 7º da Lei nº 8.158/91..

Ainda de acordo com o entendimento da SDE, o Laboratório de Análises Médicas, ao impor a THM indiscriminadamente aos tomadores de serviços médicos conveniados, estaria estabelecendo preços através da utilização de meios artificiosos, em detrimento do mercado, conduta esta enquadrada no inciso I, parte final, e inciso XVII do art. 3º da referida lei.

2. Dispõe o artigo mencionado:

“Art 3º - Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margem de lucro, bem assim estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos;

...

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta lei;”

Ademais, a Lei 8.884/94 recepciona as infrações previstas nos incisos mencionados.

3. A reforma monetária que introduziu a URV, e por conseguinte obrigou a renegociação generalizada de contratos para adequação à nova unidade de conta, deu ensejo a uma série de conflitos nesse como em outros segmentos de mercado. Vale lembrar que o estabelecimento de preços uniformes - a parte o tratamento legal que a conduta costuma receber - é inerentemente objeto de conflitos, posto que, se de um lado a uniformidade não respeita diferenças nas funções de custo dos ofertantes, de outro nas responde a diferenças na qualidade do produto ofertado, distorcendo, pois, as escolhas feitas pelos consumidores.

O mecanismo de preços em economias de mercado representa o rol básico de informações a que recorrem os consumidores para avaliar a adequação dos bens ou serviços que pretendem adquirir. É natural que o ofertante detenha mais informação sobre a qualidade do bem (ou serviço) que o consumidor, por deter conhecimento sobre a sua tecnologia de produção. A assimetria de informação entre as duas pontas da transação ou entre os diversos elos da cadeia transacional é atenuada mediante o mecanismo dos preços. É através dos diferenciais de preços que os consumidores podem avaliar, com alguma objetividade, a qualidade dos bens e serviços que adquirem. A assimetria de informações, inerente às economias de mercado, é agravada em transações de natureza complexa, como é o caso de serviços de saúde.

Por outro lado, os ofertantes têm funções de custo, fixo e marginal, que expressam diferenças nos insumos utilizados e nas inversões realizadas. Mesmo no suposto convencional de que todos têm a mesma função objetivo - maximizar lucros - suas preferências em termos dos preços a cobrar pelo produto ofertado são definidas individualmente e, com grande chance, diferenciadas.

Assim, a conduta uniformizadora é geradora de ineficiências e prejudicial sob o ponto de vista de todos os participantes no mercado; é um jogo de soma negativa, em que todos perdem; os membros do cartel que são impedidos de maximizar lucros e os consumidores, a quem é negado o direito de escolha.

Não é à toa que um dos mais frequentes e difíceis problemas enfrentados por cartéis no mundo real é o acordo em torno de um preço e a consequente alocação da demanda entre seus membros. Por isso os cartéis sustentam-se basicamente na coerção, com a ameaça de punição em caso de defecção.

Como observa Mallard (1995:41): “A transgressão às normas do cartel importa, muitas vezes, sanções impostas pelos demais membros do grupo, que variam desde a simples imposição de multas até a adoção das mais variadas práticas que conduzem à total eliminação do concorrente no mercado.”¹

Os problemas de coordenação no interior do cartel são maiores quanto maior é o número de empresas envolvidas. Nesses casos, sindicatos e associações desempenham o importante papel - da perspectiva do cartel - de disseminar informação e detectar a defecção.

Os custos de transação envolvidos na renegociação de contratos são sem dúvida elevados, e associações e sindicatos apresentam-se como intermediários “naturais” nesse processo. Não justifica, entretanto, que em nome da redução dos conflitos inerentes à negociação tais entidades adotem a postura autocrática de impor uma norma para a revisão de contratos, respondendo a eventuais divergências com a conduta anticompetitiva.

4. A economia brasileira tem experimentado, nos últimos anos, um rico processo de transição, partindo de uma situação de generalizada regulamentação e controle por parte do governo para um ambiente de relações de mercado amadurecidas.

No contexto anterior, associações e sindicatos “colaboravam”, não necessariamente de forma explícita, para o cumprimento das regras impostas pelo governo, como o controle de preços. Como dito em outro lugar “Associ-

¹ Neide Terezinha Mallard, “O Cartel” in Revista de Direito Econômico, 21, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Out./Dez. de 1995.

ações e sindicatos organizam interesses privados - intermediando-os na relação com o setor público - e geram convenções que orientam comportamentos, substituindo o papel anteriormente exercido pelo controle de preços.” (Salgado, 1995:25)². Findo o controle de preços, diversas entidades dessa natureza continuaram emitindo tabelas de preços, ditas “informativas” ou “orientadoras”, de preços mínimos ou máximos, gerando verdadeiros obstáculos ao desenvolvimento de relações genuinamente mercantis em seus respectivos segmentos.

5. No direito da concorrência internacional, a uniformização de preços promovida por entidades representativas de classe é entendida como das infrações mais graves à concorrência³. Nos Estados Unidos, a conduta é vista usualmente como uma infração **per se**, na medida em que não há eficiências a serem ponderadas com a redução da concorrência promovida pela uniformização de preços. Mesmo naquele país, entretanto, o problema já foi tratado de acordo com o critério da razoabilidade (**rule of reason**), como nos casos NCAA e ASCAP.

Durante mais de vinte anos (de 1960 a 1981), a Associação Nacional de Atletismo Universitário (National Collegiate Athletic Association, NCAA) controlou os direitos de transmissão de jogos de futebol de seus membros. Os direitos eram vendidos em pacotes contra a melhor oferta entre as três redes nacionais de televisão americanas, ABC, CBS e NBC. Em 1982, as Universidades da Georgia e de Oklahoma questionaram esse controle sobre os seus direitos de transmissão. Após o percurso judiciário do processo, a Suprema Corte decidiu que a prática de transmissão exclusiva de futebol patrocinada pela NCAA era uma violação da seção 1 do Sherman Act (que proíbe o monopólio).

Já em 1979, no caso ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers) e BMI (Broadcast Music Incorporated) envolvendo acordos de copyright de composições, a Suprema Corte decidiu que “nem todos os arranjos entre competidores efetivos e potenciais que têm impactos sobre preços são violações per se do Sherman Act, ou mesmo restrições não razoáveis”⁴. A Corte reconheceu que em joint ventures e outros arranjos

² Lucia Helena Salgado, Política de Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil, texto para discussão 385, IPEA, outubro de 1995.

³ Ao tempo em que foi aprovada a lei Sherman, o cartel era um fenômeno comum na economia norte-americana. Posner (1976:39) considera a eliminação dos cartéis formais o principal feito da legislação antitruste norte-americana. (Richard Posner, Anti-trust Law - An Economic Perspective, The University of Chicago Press, 1976)

⁴ Broadcast Music, Inc. vs. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 US 1, 1979.

cooperativos, acordos envolvendo preços podem ser necessários para a provisão do produto. A Corte também reconheceu que restrições horizontais podem, em última instância e em circunstâncias especiais, operar em benefício do consumidor.

Assim, na jurisprudência norte-americana, de acordo com a análise da razoabilidade da conduta, uma restrição do tipo fixação de preços pode ser aceita desde que seus efeitos sejam os de estimular a concorrência e promover relações de mercado salutares, ou seja, desde que represente um procedimento empresarial eficiente e que opere em benefício do consumidor final.

Nos casos que envolvem associações, a Suprema Corte americana adotou a abordagem *rule of reason*, em contraponto ao tratamento *per se* que é usualmente dado aos casos de fixação de preços (desde a decisão de 1940 no caso *Socony-Vacuum (Viscusi et alli, 1982:128,129)*⁵.

Até 1970, médicos, advogados engenheiros e outros profissionais eram tidos como fora da jurisdição do *Sherman Act*. No caso *Goldfarb de 1975*⁶, a Suprema Corte condenou uma associação de advogados por violação à seção 1 do *Sherman Act*.

A Associação dos Advogados da Virginia, como era prática comum à época, fez circular uma lista de remuneração mínima para uma série de serviços de advocacia. Adicionalmente, a Associação divulgou a opinião de que “... a evidência de que um advogado habitualmente cobra menos do que a remuneração mínima definida por sua associação de advogados locais levanta a suspeita de que tal advogado é culpado de má conduta.”

A argumentação - comum a outras associações profissionais - é que a competição em preços iria levar à redução da qualidade dos serviços e que os consumidores, incapazes de julgar qualidade, seriam prejudicados.

O representante naquele caso, planejando comprar uma casa, acreditou que uma remuneração de 1% do valor da operação para levantamento de certidões, tal como definido pela tabela, era excessiva. Consultou 36 advogados e nenhum lhe ofereceu proposta menor. Em consequência, apresentou queixa contra a associação. A Suprema Corte decidiu, ao final, a favor do representante. **Casos subsequentes reforçaram a interpretação de que organizações profissionais não podem restringir a competição por preço.**

Nesse caso, ao contrário do caso *ASCAP*, o teste de razoabilidade não encontrou “necessidade” na conduta e a restrição não elevava o bem-estar do consumidor.⁷

⁵ W. Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, D.C.Heath and Co, 1994.

⁶ *Goldfarb vs. Virginia State Bar*, 421 US 773, 1975.

⁷ Observa Horowitz que, nos Estados Unidos, conseqüentemente, “... mesmo na ausência de qualquer prova de poder de mercado, um arranjo cooperativo que tenha

A aplicação das regras antitruste contra práticas de cartel na Comunidade Européia tem sido particularmente rigorosa. Como ilustração, note-se que, em 1994, a Comissão adotou sete decisões de proibição motivadas por restrições à concorrência protagonizadas por empresas ou associações. Em um dos casos (que envolveu empresas e associações do setor cimenteiro) as multas foram as mais elevadas da história da aplicação do direito comunitário da concorrência⁸.

Assim como o faz a legislação brasileira, a jurisprudência comunitária reconhece a responsabilidade jurídica das associações pelas infrações ao direito da concorrência.

6. A legislação brasileira não comporta a abordagem **per se** na análise de condutas restritivas à concorrência. Mesmo que o fizesse, as especificidades que compõem o caso - a natureza de entidade de classe da representada, os custos de transação envolvidos nas relações entre laboratórios e convênios de assistência médica, as falhas de mercado envolvidas - recomendam uma análise de razoabilidade da conduta.

A jurisprudência brasileira, contudo, é clara quanto à conduta de imposição de tabelas de preços entre concorrentes. Em 14 de fevereiro de 1996 o Conselho Administrativo de Defesa Econômica decidiu pela procedência da representação da Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados contra a Associação Médica Brasileira, aplicando multa e determinando a cessação da prática, além das seguintes providências, dentre outras: 1- abster-se de divulgar ou recomendar tabela de honorários médicos e serviços hospitalares ou instrumento similar que promova a uniformização dos preços de tais serviços; 2 - comunicar às entidades associadas ou vinculadas que a tabela existente não poderia ser utilizada nem reajustada; 3 - determinar às entidades vinculadas ou associadas que comuniquem a decisão do CADE às entidades prestadoras de serviços médicos ou intermediárias que adotam a tabela da AMB.

Vale reproduzir parte do voto vencedor da Conselheira-Relatora Neide Terezinha Mallard no processo 61/93:

“...as associações de profissionais liberais podem influir a conduta de seus associados, em prejuízo da concorrência.

impacto sobre preços será julgado como fixação de preços ilegal per se.” p.215 - Ira Horowitz, “The Reasonableness of Horizontal Restraints:NCAA (1984)” in The Anti-trust Revolution, The Role of Economics, John Kwoka e Lawrence White eds., Harper Collins College Publishers, 1994.

⁸ 248 milhões de ecus. (Comissão das Comunidades Européias, XXIV Relatório da Comissão sobre a Política de Concorrência - 1994, Bruxelas, 1995).

É certo que os profissionais liberais são prestadores de serviços especializados, e não fabricantes de mercadorias vendidas em balcão. Seus serviços, na maioria das vezes, são procurados em função da reputação ou do talento individual, sendo a qualidade o elemento concorrencial mais importante neste mercado. Por outro lado, seus códigos de ética profissional ou as leis reguladoras de suas atividades buscam assegurar padrões elevados de serviços, de sorte que o profissional não se oriente apenas pela lucratividade da profissão.

Reconhece-se, pois, dentro da própria categoria, não apenas a especialidade, como também a notoriedade. Contam os anos de experiência, a atividade acadêmica, a dedicação à pesquisa, a participação em congressos e seminários, a afiliação a associações científicas, enfim, uma série de atributos e qualidades que, com toda certeza, distinguem o profissional, fazendo sobre ele recair a preferência do paciente.

O mesmo se pode dizer quanto às instituições hospitalares e clínicas de saúde. Distinguem-se pelas instalações, recursos humanos, equipamentos, especialidades laboratoriais e radiológicas, localização e hotelaria. Pequenas distinções podem, às vezes, instigar a preferência do consumidor, o que fará com que se desenvolva uma concorrência saudável entre aqueles agentes econômicos da área de saúde.”

...As associações dos profissionais liberais que integram esse mercado não podem extrapolar seus objetivos sociais, de cunho técnico, científico e até moral, realizando uma atividade reguladora do mercado, sob o pálio de uma pretensa política de valorização da categoria. **Terminam por igualar desiguais e colocar no mesmo nível bons e maus profissionais, passando ao consumidor uma falsa imagem de dignidade e competência técnica.**” (grifo meu)

De forma análoga, nos processos ora em análise, com a indução, por parte do Sindicato, à uniformização de preços entre concorrentes e a recomendação de recusa de atendimento aos convênios que não se sujeitaram à regra imposta, a concorrência, e conseqüentemente o exercício do direito de escolha do consumidor de acordo com o critério da qualidade, foram banidos do mercado, pelo ato de arbítrio do Sindicato.

Contudo, o que se coteja no momento é a conduta do Sindicato substanciada na indução à adoção de conduta uniforme entre concorrentes. Para a caracterização de tal ilícito, não há que se ter presente o caráter impositivo. É o que tem revelado a jurisprudência firmada pelo CADE no voto vencedor do Conselheiro-Relator Marcelo Soares no PA 121/92 contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo, como se vê na seguinte passagem:

“As orientações tomadas em Assembléia Geral Extraordinária como também os contratos que nela se baseiam demonstram a existência de um agente com poderes suficientes para influenciar e induzir a adoção de conduta uniforme entre concorrentes, em detrimento do livre mercado e dos consumidores, esses últimos tolhidos no seu direito de escolha.”

De outra parte, nunca é demais lembrar o adágio consagrado na jurisprudência norte-americana pela decisão da Suprema Corte e incorporado à brasileira no voto do Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho no Processo Administrativo nº 53/92: “o preço razoável de hoje pode tornar-se o preço não razoável de amanhã”⁹.

7. Concluo, portanto, após analisados os autos e a razoabilidade da conduta, à luz da jurisprudência nacional e internacional e com fundamento no Parecer nº 35/95 da Procuradoria-Geral, cujas razões adoto integralmente, que foi configurada a infração à ordem econômica atribuída ao Sindicato de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília atribui a si papel regulador e disciplinador do mercado, ao arrepio da lei, influenciando a adoção de conduta uniforme por parte de seus filiados,. Em decorrência, obtém de forma artificial poder de mercado, do qual faz o uso abusivo evidenciado nos autos. Enquadra-se, pois, a conduta no inciso XV do art. 3º da Lei nº 8.158/91.

Quanto ao Laboratório de Análises Médicas, representado no PA 164/94, entendo que a conduta que se lhe atribui requer para a sua caracterização a reunião dos processos administrativos instaurados contra os demais associados presentes à Assembléia Geral Ordinária (fl. 2 do PA155/94 e 164/94).

⁹ “O objetivo e resultado e todo acordo de fixação de preços, se efetivo, é a eliminação de uma forma de competição. O poder de fixar preços, razoavelmente exercido ou não, envolve o poder de controlar o mercado e fixar preços não razoáveis e arbitrários. O preço razoável fixado hoje pode, através de mudanças econômicas e nos negócios, tornar-se o preço não razoável de amanhã. ..” U.S. v. Trenton Potteries Co. et al., 273 U.S. 392, 396-398 (1927)

8. Em consequência, determino:

A. Estando devidamente configurada e comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, recepcionado pela Lei 8.884/94 na forma do inciso II, julgo procedente a representação e, com base no inciso III do art. 23 da Lei nº 8.884/94, com a redação dada pelo art. 78 da Lei nº 9.069/95, por ser a mais benigna, condeno o Sindicato de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília a pagar a multa de R\$ 4.972,20, no prazo máximo de dez dias, contados da publicação desta decisão no Diário oficial da União.

Na fixação da multa, levo em conta: a natureza não comercial da representada, a recente decisão deste Conselho no processo administrativo 61/93 e a ênfase no caráter didático desta decisão, posto que não se pretende meramente punir a representada, mas fazê-la compreender os prejuízos causados às relações de mercado com as práticas anticoncorrenciais evidenciadas. São as razões que me levaram a estabelecer a multa mínima prevista em lei.

B. Determino ao Sindicato que se abstenha, a partir da publicação desta decisão, de influenciar a adoção por parte de seus associados da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira, condenada por sua vez em decisão do CADE de 14 de fevereiro de 1996 (P.A. nº 61/93), assim como de qualquer critério similar que tenha por efeito a uniformização de conduta entre concorrentes.

C. Determino, outrossim, de acordo com o art. 46 da Lei 8884/94, que o Sindicato, no prazo de dez dias a contar da publicação da decisão, comunique a suas associadas e entidades conveniadas, que a tabela da AMB não deverá mais ser utilizada como parâmetro para remuneração de serviços prestados.

D. Deverá, também, o Sindicato, no prazo de trinta dias a contar da publicação desta decisão, demonstrar ao CADE que cumpriu as suas determinações.

E. No caso de descumprimento das determinações, imponho ao Representado, de acordo com o art. 25 da Lei nº 8.884/94, a multa diária de R\$ 4.143,50. Encaminhe-se ao D. Ministério Público Federal a decisão na íntegra, para as providências que julgar de direito, sem prejuízo da competência originária da Procuradoria do CADE.

F. Determino ainda que seja oficiada ao Ministério da Administração e Reforma do Estado e ao Ministério da Saúde a decisão do CADE com a recomendação para que deixem de fazer constar dos editais de licitação pública e da redação de convênios e instrumentos assemelhados a exigência de se fixar o preço dos serviços médicos de acordo com a tabela de honorários médicos da AMB.

G. Finalmente, proponho ao plenário que determine a reunião dos processos administrativos nº 159, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171 e 172, todos do ano de 1994, reunidos por conexão pelo parecer nº 35/95 da Douta Procuradoria deste Colegiado, em razão do parecer nº 16/95 da mesma Procuradoria, com o objetivo de apreciar a conduta imputada aos respectivos representados naqueles processos.

H. Notifique-se o Sindicato na pessoa do seu presidente da decisão deste Colegiado, acompanhada da íntegra do voto desta relatora.

É o meu voto.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 156/94

Representante: DPDE/SDE EX OFFICIO
Representadas: ASSOCIAÇÃO MÉDICA DE BRASÍLIA
Relatora: CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

Trata-se de Processo Administrativo instaurado contra a Associação Médica de Brasília, cuja denuncia versa sobre a participação da Representada na adoção de conduta comercial uniforme firmada por esta e por outras entidades classistas da categoria, estas incursas em procedimentos administrativos específicos.

O processo em análise originou-se de denúncias contra entidades e empresas prestadoras de serviços na área de saúde que, conforme o caso, estariam negando atendimento ou estimulando a negativa a usuários de convênios médicos que não tivessem concordado em utilizar a tabela de honorários médicos produzida pela Associação Médica Brasileira (AMB), convertidos seus valores para o equivalente em URV (unidade de referência de valor), sendo 0.21 o coeficiente de multiplicação.

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, em averiguação preliminar, constatou os indícios de infração à ordem econômica e recomendou a instauração de processos administrativos contra a Representada por infração aos itens I e XV da Lei nº 8.158 de 8 de janeiro de 1991 e contra o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília, Sindicato dos Médicos do Distrito Federal e Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal, bem como contra cada um dos laboratórios e centros radiológicos associados, por infração aos itens I e XVII da mesma lei.

O entendimento do DPDE foi acatado pelo Secretário de Direito Econômico. A Representada foi notificada da instauração do processo, tendo oferecido defesa prévia, às folhas 54 a 79, alegando resumidamente o seguinte: que a tabela seria elaborada por outra entidade, a Comissão Nacional de Honorários Médicos, composta pela Associação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina e Federação Nacional dos Médicos; a tabela seria apenas

sugestiva e seria utilizada por órgãos públicos no pagamento de serviços médicos; haveria amparo legal para a adoção do coeficiente de 0.21 URVs e os processos teriam como base decisão suspensa por liminar no processo administrativo nº 61/93.

O coordenador jurídico do DPDE em sua nota técnica às fls. 329 a 322, considerou subsistente os fatos, caracterizando-os como infração ao disposto nos incisos I e XV do artigo 3º, da Lei nº 8.158 /91.

A defesa final da Representada as fls. 343 a 391 em substância reafirmou o que fora dito na defesa prévia.

O parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda ressalta que trata-se de matéria idêntica à que deu origem ao P.A. 61/92, cujo parecer de nº 55 concluiu que *“a Associação Médica Brasileira não tem a característica de ente público, não podendo, portanto, estabelecer preços de serviços das atividades médicas, no país, com caráter oficial”* (fls. 472 a 473).

O DPDE, em relatório final às fls. 393 a 412 concluiu pela subsistência das condutas apontadas contra o Sindicato e seus associados, a conduta comercial uniforme e concertadas entre concorrentes, além da fixação e imposição de preços mínimos e a limitação da oferta de serviços, resultando das opções dos consumidores e na perda de eficiência econômica.

O Senhor Secretário da SDE, à fl. 460, considerou configurada a infração à ordem econômica e enviou os autos ao CADE para julgamento. Em 13/11/96 a Procuradoria Geral do CADE adotou como fundamento o parecer de nº 35/95 da Procuradora ad hoc Dra. Magali Klagimic, por se tratar de matéria igual e amplamente discutida.

O presente processo, após receber parecer da Procuradoria de nº 91/96, foi a mim redistribuído por veicular matéria igual a discutida nos processos julgados em 17 de julho de 1996.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processo Administrativo. Infração aos incisos I e XV do art. 3º, da Lei nº 8.158 de 8/1/91, recepcionados pela Lei 8.884 de 11/06/94, inciso II do art. 21. Indução à adoção de conduta restritiva à concorrência. Utilização de meios artificiosos para a fixação de preços.

O presente processo deve ser analisado à luz da recente decisão do CADE no P.A. 155/94, que condenou o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília por prática anticoncorrencial capitulada no art. 3º incisos I e XV, da Lei 8.158/91, recepcionado pela Lei 8.884/94 na forma do inciso II, tendo sido condenado ao pagamento de multa mínima estipulada em lei, posto que não se pretendia meramente punir a representada, mas fazê-la compreender os prejuízos causados as relações de mercado com as práticas anticoncorrenciais evidenciadas.

Naquela ocasião, também foram analisados os processos administrativos de nº 159/94 a 172/94, que envolviam empresas associadas ao Sindicato, que por decisão unânime deste Colegiado foram os Representados condenados à cessar a prática de adotar a tabela da Associação Médica Brasileira, por constituir-se em infração à legislação vigente a utilização de meios artificiosos para a fixação de preços, resultando em dano à concorrência e às relações de mercado.

A análise do presente processo é, pois, parte da análise do referido conjunto. Igualmente, o que se coteja no momento é a conduta dos Sindicatos e Entidades de classes consubstanciada na indução à adoção de conduta uniforme entre concorrentes e na recomendação de recusa de atendimento aos convênios que não se sujeitassem à regra imposta, a concorrência e, conseqüentemente o exercício do direito de escolha do consumidor, de acordo com o critério da qualidade, foram banidos do mercado pelo ato de arbítrio da Representada.

Conforme argumentação já detalhada por esta Conselheira no voto exarado por ocasião do julgamento do Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília (P.A.155/94), entendo que de igual modo nos casos ora em exame estamos tratando de ações carterizadoras, adotadas pelos Sindicatos e Entidades de classes que atribuíram a si papel regulador e disciplinador do mercado e, desse modo, influenciaram na adoção de conduta uniforme por parte de seus filiados, obtendo de forma artificial poder de mercado, do qual fazem o uso abusivo.

Assim, à luz das evidências - em particular da ata de Assembléia Extraordinária da Representa (fls. 301/302), em que consta deliberação sobre ação conjunta das Entidades Médicas do Distrito Federal (Sindicato dos Médicos, Associação dos Médicos e Hospitais Privados e Sindicato dos Laboratórios) de não atender aos convênios que se recusassem a adotar a tabela da AMB em sua plenitude; definição do coeficiente de honorários em 0,21 URVs, dentre outras medidas, bem como dos avisos da Representada publicados no D.O.U. em 06.05.96 (fl. 260); com fundamento na jurisprudência nacional e internacional; e, considerando as razões expostas no voto vencedor do P.A. 155/94,

em anexo, entendendo configuradas as infrações aos incisos I e XVII do art 3º da Lei nº 8.158/91.

Em consequência, determino:

1. Estando devidamente configurada e comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, recepcionado pela Lei 8.884/94 na forma do inciso II, julgo procedente a representação e, com base no inciso III do art. 23 da Lei nº 8.884/94, com a redação dada pelo art. 78 da Lei nº 9.069/95, por ser a mais benigna, condeno a Representada a pagar a multa de R\$ 5.308,20 (cinco mil trezentos e oito reais e vinte centavos), no prazo máximo de dez dias, contados da publicação desta decisão no Diário oficial da União.

Na fixação da multa, levo em conta: a natureza não comercial da Representada, a recente decisão deste Conselho no processo administrativo 61/93 e a ênfase no caráter didático desta decisão, posto que não se pretende meramente punir a representada, mas fazê-la compreender os prejuízos causados às relações de mercado com as práticas anticoncorrenciais evidenciadas. São as razões que me levaram a estabelecer a multa mínima prevista em lei.

2. Determino a Representada que se abstenha, a partir da publicação desta decisão, de influenciar a adoção por parte de seus associados da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira, condenada por sua vez em decisão do CADE de 14 de fevereiro de 1996 (P.A. nº 61/93), assim como de qualquer critério similar que tenha por efeito a uniformização de conduta entre concorrentes.

3. Determino, outrossim, de acordo com o art. 46 da Lei 8884/94, que a Representada, no prazo de dez dias a contar da publicação da decisão, comunique a suas associadas e entidades conveniadas, que a tabela da AMB não deverá mais ser utilizada como parâmetro para remuneração de serviços prestados.

4. Deverá, também, a Representada, no prazo de trinta dias a contar da publicação desta decisão, demonstrar ao CADE que cumpriu as suas determinações, mediante cópias do comunicado circulado, bem como anexar comprovação de recebimento dos avisos expedidos por parte de seus associados.

5. No caso de descumprimento das determinações, imponho à Representada, de acordo com o art. 25 da Lei nº 8.884/94, a multa diária de R\$ 4.423,50 (quatro mil quatrocentos e vinte e três reais e cinquenta centavos).

6. Notifique-se a Representada na pessoa do seu presidente da decisão deste Colegiado, acompanhada da íntegra do voto desta relatora.

Este é o meu voto.

Brasília, 18 de dezembro de 1996.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 157/94

Representante: DPDE/SDE EX OFFICIO
Representadas: ASSOCIAÇÃO DOS MÉDICOS DOS HOSPITAIS PRIVADOS DO
DISTRITO FEDERAL
Relatora: LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

Trata-se de Processo Administrativo instaurado contra a Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal, cuja denuncia versa sobre a participação da Representada na adoção de conduta comercial uniforme firmada por esta e por outras entidades classistas da categoria, estas incursas em procedimentos administrativos específicos.

O processo em análise originou-se de denúncias contra entidades e empresas prestadoras de serviços na área de saúde que, conforme o caso, estariam negando atendimento ou estimulando a negativa a usuários de convênios médicos que não tivessem concordado em utilizar a tabela de honorários médicos produzida pela Associação Médica Brasileira (AMB), convertidos seus valores para o equivalente em URV (unidade de referência de valor), sendo 0.21 o coeficiente de multiplicação.

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, em averiguação preliminar, constatou os indícios de infração à ordem econômica e recomendou a instauração de processos administrativos contra a Representada por infração aos itens I e XV da Lei nº 8.158 de 8 de janeiro de 1991 e contra o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília, Associação Médica de Brasília e Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal, bem como contra cada um dos laboratórios e centros radiológicos associados, por infração aos itens I e XVII da mesma lei.

O entendimento do DPDE foi acatado pelo Secretário de Direito Econômico. A Representada foi notificada da instauração do processo, tendo oferecido defesa prévia, às folhas 52 a 78, alegando resumidamente o seguinte: que a tabela seria elaborada por outra entidade, a Comissão Nacional de Honorários Médicos, composta pela Associação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina e Federação Nacional dos Médicos; a tabela seria apenas sugestiva e seria utilizada por órgãos públicos no pagamento de serviços mé-

dicos; haveria amparo legal para a adoção do coeficiente de 0.21 URVs e os processos teriam como base decisão suspensa por liminar no processo administrativo nº 61/93.

O coordenador jurídico do DPDE em sua nota técnica às fls. 292 a 295, considerou subsistente os fatos, caracterizando-os como infração ao disposto nos incisos I e XV do artigo 3º, da Lei nº 8.158 /91.

A defesa final da Representada as fls. 301 a 350 em substância reafirmou o que fora dito na defesa prévia.

O DPDE, em relatório final às fls. 353 a 472 concluiu pela subsistência das condutas apontadas contra o Sindicato e seus associados, a conduta comercial uniforme e concertadas entre concorrentes, além da fixação e imposição de preços mínimos e a limitação da oferta de serviços, resultando das opções dos consumidores e na perda de eficiência econômica.

O Senhor Secretário da SDE, à fl. 421, considerou configurada a infração à ordem econômica e enviou os autos ao CADE para julgamento.

Em 13/11/96 a Procuradoria Geral do CADE adotou como fundamento o parecer de nº 35/95 da Procuradora ad hoc Dra. Magali Klagimic, por se tratar de matéria igual e amplamente discutida.

É o relatório.

VOTO

EMENTA: Processo Administrativo. Infração aos incisos I e XV do art. 3º, da Lei nº 8.158 de 8/1/91, recepcionados pela Lei 8.884 de 11/06/94, inciso II do art. 21. Indução à adoção de conduta restritiva à concorrência. Utilização de meios artificiosos para a fixação de preços.

O presente processo deve ser analisado à luz da recente decisão do CADE no P.A. 155/94, que condenou o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília por prática anticoncorrencial capitulada no art. 3º incisos I e XV, da Lei 8.158/91, recepcionado pela Lei 8.884/94 na forma do inciso II, tendo sido condenado ao pagamento de multa mínima estipulada em lei, posto que não se pretendia meramente punir a representada, mas fazê-la compreender os prejuízos causados as relações de mercado com as práticas anticoncorrenciais evidenciadas.

Naquela ocasião, também foram analisados os processos administrativos de nº 159/94 a 172/94, que envolviam empresas associadas ao Sindicato, que por decisão unânime deste Colegiado foram os Representados condenados à cessar a prática de adotar a tabela da Associação Médica Brasileira, por constituir-se em infração à legislação vigente a utilização de meios artificiosos para a fixação de preços, resultando em dano à concorrência e às relações de mercado.

A análise do presente processo é, pois, parte da análise do referido conjunto. Igualmente, o que se coteja no momento é a conduta dos Sindicatos e Entidades de classes consubstanciada na indução à adoção de conduta uniforme entre concorrentes e na recomendação de recusa de atendimento aos convênios que não se sujeitassem à regra imposta, a concorrência e, consequentemente o exercício do direito de escolha do consumidor, de acordo com o critério da qualidade, foram banidos do mercado pelo ato de arbítrio da Representada.

Conforme argumentação já detalhada por esta Conselheira no voto exarado por ocasião do julgamento do Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília (P.A.155/94), entendo que de igual modo nos casos ora em exame estamos tratando de ações carterizadoras, adotadas pelos Sindicatos e Entidades de classes que atribuíram a si papel regulador e disciplinador do mercado e, desse modo, influenciaram na adoção de conduta uniforme por parte de seus filiados, obtendo de forma artificial poder de mercado, do qual fazem o uso abusivo.

Assim, à luz das evidências - em particular do comunicado da Representada a seus conveniados (fl. 363), em que consta decisão tomada em Assembleia Extraordinária pelas Entidades Médicas do Distrito Federal (Sindicato dos Médicos, Associação dos Médicos e Hospitais Privados e Sindicato dos Laboratórios) de não atender aos convênios que se recusassem a adotar a tabela da AMB em sua plenitude; definição do coeficiente de honorários em 0,21 URVs; com fundamento na jurisprudência nacional e internacional; e, considerando as razões expostas no voto vencedor do P.A. 155/94, **em anexo**, entendo configuradas as infrações aos incisos I e XVII do art 3º da Lei nº 8.158/91.

Em consequência, determino:

1. Estando devidamente configurada e comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, recepcionado pela Lei 8.884/94 na forma do inciso II, julgo procedente a representação e, com base no inciso III do art. 23 da Lei nº 8.884/94, com a redação dada pelo art. 78 da Lei nº 9.069/95, por ser a mais benigna, condeno a Representada a pagar a multa de R\$ 5.308,20 (cinco mil trezentos e oito reais e vinte centavos),

no prazo máximo de dez dias, contados da publicação desta decisão no Diário oficial da União.

Na fixação da multa, levo em conta: a natureza não comercial da Representada, a recente decisão deste Conselho no processo administrativo 61/93 e a ênfase no caráter didático desta decisão, posto que não se pretende meramente punir a representada, mas fazê-la compreender os prejuízos causados às relações de mercado com as práticas anticoncorrenciais evidenciadas. São as razões que me levaram a estabelecer a multa mínima prevista em lei.

2. Determino a Representada que se abstenha, a partir da publicação desta decisão, de influenciar a adoção por parte de seus associados da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira, condenada por sua vez em decisão do CADE de 14 de fevereiro de 1996 (P.A. nº 61/93), assim como de qualquer critério similar que tenha por efeito a uniformização de conduta entre concorrentes.

3. Determino, outrossim, de acordo com o art. 46 da Lei 8884/94, que a Representada, no prazo de dez dias a contar da publicação da decisão, comunique a suas associadas e entidades conveniadas, que a tabela da AMB não deverá mais ser utilizada como parâmetro para remuneração de serviços prestados.

4. Deverá, também, a Representada, no prazo de trinta dias a contar da publicação desta decisão, demonstrar ao CADE que cumpriu as suas determinações, mediante cópias do comunicado circulado, bem como anexar comprovação de recebimento dos avisos expedidos por parte de seus associados.

5. No caso de descumprimento das determinações, imponho à Representada, de acordo com o art. 25 da Lei nº 8.884/94, a multa diária de R\$ 4.423,50 (quatro mil quatrocentos e vinte e três reais e cinquenta centavos).

6. Notifique-se a Representada na pessoa do seu presidente da decisão deste Colegiado, acompanhada da íntegra do voto desta relatora.

Este é o meu voto.

Brasília, 18 de dezembro de 1996.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 158/94

Representante: DPDE/SDE EX OFFICIO
Representadas: SINDICATO DOS MÉDICOS DO DISTRITO FEDERAL
Relatora: LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

Trata-se de Processo Administrativo instaurado contra a Associação Médica de Brasília, cuja denuncia versa sobre a participação da Representada na adoção de conduta comercial uniforme firmada por esta e por outras entidades classistas da categoria, estas incursas em procedimentos administrativos específicos.

O processo em análise originou-se de denúncias contra entidades e empresas prestadoras de serviços na área de saúde que, conforme o caso, estariam negando atendimento ou estimulando a negativa a usuários de convênios médicos que não tivessem concordado em utilizar a tabela de honorários médicos produzida pela Associação Médica Brasileira (AMB), convertidos seus valores para o equivalente em URV (unidade de referência de valor), sendo 0.21 o coeficiente de multiplicação.

O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, em averiguação preliminar, constatou os indícios de infração à ordem econômica e recomendou a instauração de processos administrativos contra o Representado por infração aos itens I e XV da Lei nº 8.158 de 8 de janeiro de 1991 e contra o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília, Associação Médica de Brasília e Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal, bem como contra cada um dos laboratórios e centros radiológicos associados, por infração aos itens I e XVII da mesma lei.

O entendimento do DPDE foi acatado pelo Secretário de Direito Econômico. O Representado foi notificada da instauração do processo, tendo oferecido defesa prévia, às folhas 52 a 78, alegando resumidamente o seguinte: que a tabela seria elaborada por outra entidade, a Comissão Nacional de Honorários Médicos, composta pela Associação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina e Federação Nacional dos Médicos; a tabela seria apenas sugestiva e seria utilizada por órgãos públicos no pagamento de serviços mé-

dicos; haveria amparo legal para a adoção do coeficiente de 0.21 URVs e os processos teriam como base decisão suspensa por liminar no processo administrativo nº 61/93.

O coordenador jurídico do DPDE em sua nota técnica às fls. 307 a 310, considerou subsistente os fatos, caracterizando-os como infração ao disposto nos incisos I e XV do artigo 3º, da Lei nº 8.158 /91.

A defesa final da Representada as fls. 316 a 333 em substância reafirmou o que fora dito na defesa prévia.

O parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda ressalta que trata-se de matéria idêntica à que deu origem ao P.A. 61/92, cujo parecer de nº 55 concluiu que *“a Associação Médica Brasileira não tem a característica de ente público, não podendo, portanto, estabelecer preços de serviços das atividades médicas, no país, com caráter oficial”* (fls. 446 a 447).

O DPDE, em relatório final às fls. 366 a 385 concluiu pela subsistência das condutas apontadas contra o Sindicato e seus associados, a conduta comercial uniforme e concertadas entre concorrentes, além da fixação e imposição de preços mínimos e a limitação da oferta de serviços, resultando das opções dos consumidores e na perda de eficiência econômica.

O Senhor Secretário da SDE, à fl. 435, considerou configurada a infração à ordem econômica e enviou os autos ao CADE para julgamento. Em 13/11/96 a Procuradoria Geral do CADE adotou como fundamento o parecer de nº 35/95 da Procuradora ad hoc Dra. Magali Klagimic, por se tratar de matéria igual e amplamente discutida.

É o relatório.

Voto

EMENTA: Processo Administrativo. Infração aos incisos I e XV do art. 3º, da Lei nº 8.158 de 8/1/91, recepcionados pela Lei 8.884 de 11/06/94, inciso II do art. 21. Indução à adoção de conduta restritiva à concorrência. Utilização de meios artificiosos para a fixação de preços.

O presente processo deve ser analisado à luz da recente decisão do CADE no P.A. 155/94, que condenou o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília por prática anticoncorrencial capitulada no art. 3º incisos I e XV, da Lei 8.158/91, recepcionado pela Lei 8.884/94 na forma do inciso II, tendo sido condenado ao pagamento de multa mínima estipulada em lei, posto que não se pretendia meramente punir a representada, mas fazê-la compreender os prejuízos causados as relações de mercado com as práticas anticoncorrenciais evidenciadas.

Naquela ocasião, também foram analisados os processos administrativos de nº 159/94 a 172/94, que envolviam empresas associadas ao Sindicato, que por decisão unânime deste Colegiado foram os Representados condenados à cessar a prática de adotar a tabela da Associação Médica Brasileira, por constituir-se em infração à legislação vigente a utilização de meios artificiosos para a fixação de preços, resultando em dano à concorrência e às relações de mercado.

A análise do presente processo é, pois, parte da análise do referido conjunto. Igualmente, o que se coteja no momento é a conduta dos Sindicatos e Entidades de classes consubstanciada na indução à adoção de conduta uniforme entre concorrentes e na recomendação de recusa de atendimento aos convênios que não se sujeitassem à regra imposta, a concorrência e, conseqüentemente o exercício do direito de escolha do consumidor, de acordo com o critério da qualidade, foram banidos do mercado pelo ato de arbítrio da Representada.

Conforme argumentação já detalhada por esta Conselheira no voto exarado por ocasião do julgamento do Sindicato dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília (P.A.155/94), entendo que de igual modo nos casos ora em exame estamos tratando de ações carterizadoras, adotadas pelos Sindicatos e Entidades de classes que atribuíram a si papel regulador e disciplinador do mercado e, desse modo, influenciaram na adoção de conduta uniforme por parte de seus filiados, obtendo de forma artificial poder de mercado, do qual fazem o uso abusivo.

Assim, à luz das evidências - em particular da ata de Assembléia Extraordinária da Representa (fl. 299), em que consta deliberação sobre ação conjunta das Entidades Médicas do Distrito Federal (Sindicato dos Médicos, Associação dos Médicos e Hospitais Privados e Sindicato dos Laboratórios) de não atender aos convênios que se recusassem a adotar a tabela da AMB em sua plenitude; definição do coeficiente de honorários em 0,21 URVs, dentre outras medidas; com fundamento na jurisprudência nacional e internacional; e, considerando as razões expostas no voto vencedor do P.A. 155/94, **em ane-**

xo, entendendo configuradas as infrações aos incisos I e XVII do art 3º da Lei nº 8.158/91.

Em consequência, determino:

1. Estando devidamente configurada e comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, recepcionado pela Lei 8.884/94 na forma do inciso II, julgo procedente a representação e, com base no inciso III do art. 23 da Lei nº 8.884/94, com a redação dada pelo art. 78 da Lei nº 9.069/95, por ser a mais benigna, condeno a Representada a pagar a multa de R\$ 5.308,20 (cinco mil trezentos e oito reais e vinte centavos), no prazo máximo de dez dias, contados da publicação desta decisão no Diário oficial da União.

Na fixação da multa, levo em conta: a natureza não comercial da Representada, a recente decisão deste Conselho no processo administrativo 61/93 e a ênfase no caráter didático desta decisão, posto que não se pretende meramente punir a representada, mas fazê-la compreender os prejuízos causados às relações de mercado com as práticas anticoncorrenciais evidenciadas. São as razões que me levaram a estabelecer a multa mínima prevista em lei.

2. Determino a Representada que se abstenha, a partir da publicação desta decisão, de influenciar a adoção por parte de seus associados da Tabela de Honorários Médicos da Associação Médica Brasileira, condenada por sua vez em decisão do CADE de 14 de fevereiro de 1996 (P.A. nº 61/93), assim como de qualquer critério similar que tenha por efeito a uniformização de conduta entre concorrentes.

3. Determino, outrossim, de acordo com o art. 46 da Lei 8884/94, que a Representada, no prazo de dez dias a contar da publicação da decisão, comunique a suas associadas e entidades conveniadas, que a tabela da AMB não deverá mais ser utilizada como parâmetro para remuneração de serviços prestados.

4. Deverá, também, a Representada, no prazo de trinta dias a contar da publicação desta decisão, demonstrar ao CADE que cumpriu as suas determinações, mediante cópias do comunicado circulado, bem como anexar comprovação de recebimento dos avisos expedidos por parte de seus associados.

5. No caso de descumprimento das determinações, imponho à Representada, de acordo com o art. 25 da Lei nº 8.884/94, a multa diária de R\$ 4.423,50 (quatro mil quatrocentos e vinte e três reais e cinquenta centavos).

6. Notifique-se a Representada na pessoa do seu presidente da decisão deste Colegiado, acompanhada da íntegra do voto desta relatora.

Este é o meu voto.

Brasília, 18 de dezembro de 1996.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

REPRESENTAÇÃO Nº 006/94

Representante: COPIAS HELIOGRÁFICAS AVENIDA CENTRAL
Representada: XEROX DO BRASIL LTDA.
Relator: CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO

EMENTA: Licitação Pública - Competência do CADE - Inexistência de Abuso do Poder Econômico - Proposta de Arquivamento

Cópias Heliográficas Avenida Central Ltda., por carta de 04 de março de 1994 (fls.01/05), representou à então Secretaria Nacional de Defesa Econômica, contra Xerox do Brasil Ltda., que, *“abusando de sua condição de virtual detentora da tecnologia de reprografia, (...), passou a exercer práticas não equitativas, seja elevando desmesuradamente seus preços, seja condicionando a locação de equipamento à aquisição dos insumos imprescindíveis a seu funcionamento, estes sempre a preços e condições desfavoráveis, com reajustes acima das taxas inflacionárias .”*

2. Desde setembro de 1993, data na qual, por iniciativa da ora representante, formalizou-se denúncia do contrato que vinculava as duas empresas, a representada por isso mesmo teria desencadeado retaliações, *“às vezes veladas, às vezes ostensivas, como (...) a participação em concorrências e oferecendo preços inferiores aos que ela mesma, XEROX, cobra a seus usuários.”*

3. Em concorrência realizada pela PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, em verdade o motivo da contenda levada ao crivo da hoje Secretaria de Direito Econômico – SDE, XEROX oferecera, ainda segundo o relato da representante, preços inferiores *“aos que cobra de seus usuários atuais e, por igual, inferiores, aos que resultariam dos preços que cobraria da ora Requerente, se vigente estivesse o contrato denunciado”*, tudo em decorrência de *“nítido propósito de vingança e retaliação, na clara tentativa de esmagar sua ex-contratada, a ora Requerente, pela ousadia de ter ela passado a utilizar a tecnologia KODAK, tecnologia essa capaz, por si só, de reduzir os preços que então praticava, quando utilizava a tecnologia XEROX.”*

4. Informa a representante que, em vista dos regramentos estipulados no edital, interpôs o devido recurso à Petrobrás, a qual recebera da XEROX pro-

posta com vícios, já que nela se contemplava fornecimento de insumos, papel, mão de obra e equipamento, caracterizando-se venda casada.

5. Antes de emitir parecer, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE, da Secretaria de Direito Econômico, cobrara da representada esclarecimentos, prestados, de par com histórico da empresa e arrazoado, em longo documento de que se enuncia o seguinte:

a) o pedido foi encaminhado a instância que não possui atribuições específicas para apreciá-lo. Só o poder judiciário pode anular ou suspender concorrência pública;

b) a SDE deve examinar condutas, práticas, escapando à sua competência a análise dos resultados de processos licitatórios. Menos, ainda, fazer qualquer suspensão, anulação ou modificação de resultado;

c) a diferença entre a proposta feita pela representada e a oferecida pela representante foi de 1,64% (hum, vírgula, sessenta e quatro por cento). Se houve abuso de poder econômico, a própria representante nele incorrera;

d) a representante afirma que foi cliente da XEROX desde sua constituição. Criou-se e muito cresceu, em todos esses anos, como cliente da empresa que agora denuncia;

e) o objeto da licitação (ampla gama de serviços de cópia) não configura venda casada, é uma terceirização, fenômeno moderno muito difundido e grande redutor de custos, além de ser inteiramente legal;

f) a representante alega a prática de preços abaixo do custo de produção. Não atenta para o fato de que tal acusação poderia, se verdadeira, facilmente reverter contra ela própria; seu preço é similar ao apresentado pela XEROX, está no mesmo patamar;

g) a representante quer fazer crer que a representada, por ser fabricante, não pode operar seu próprio equipamento. Será que a Xerox, porque não fornece mais equipamentos à representante, a pedido desta, ficou proibida de disputar mercado com ela? Isto é, ex-cliente da XEROX passa a ter imunidade licitatória plena e definitiva contra a empresa;

h) a própria inicial fala em prática de preços inferiores aos cobrados dos usuários. Ora, em uma concorrência não se adota preço de catálogo, sob pena de manter seus concorrentes previamente informados de suas propostas;

i) no tocante a preço, a participação em um processo de licitação, mediante a apresentação de propostas lacradas, pressupõe simplesmente o atendimento a sua finalidade precípua, ou seja, o da ampla competição, de modo que a Administração Pública possa escolher e optar pela proposta que lhe é mais vantajosa, entre aqueles habilitados para fornecer o objeto licitado;

j) não há qualquer dispositivo que proíba as empresas licitantes de cotar preços superiores ou inferiores aos cotados em outras licitações ou cobrados

de qualquer outro cliente ou que obrigue a manter sempre o mesmo preço cotado em várias licitações e clientes.

6. No seu parecer(fls. 210/8 e 223), enfim, a que deu assentimento a Sra. Secretária de Direito Econômico, Substituta, em despacho de 29.07.96 (fls. 226), o DPDE entende que não *“deva adentrar em questões oriundas de procedimentos licitatórios, (...), por se tratar de matéria da alçada da justiça comum”*, sem prejuízo de afirmar que a conduta da representada não configurou venda casada, porquanto esta *“não se caracteriza somente pelo fato de uma empresa fabricar seus equipamentos e insumos, utilizando-os como prestador de serviço.”*

7. Avança, ainda, na questão do preço, salientando que, *“se confrontadas as propostas da Representante e da Representada, somente em relação ao item ‘ACABAMENTO’, constata-se que procede a denúncia supra.”* Ressalva, no entanto, o DPDE que o certame *“englobava um pacote de produtos e serviços, que considerava como um todo, a locação dos equipamentos, os materiais e a mão-de-obra; em sendo assim, ter-se-á que levar em conta a totalidade dos itens, haja vista que a discrepância de preços é claramente perceptível em todos os itens, uns cotados a mais pela Representante e outros pela Representada.”*

8. Conclui o DPDE sua participação sustentando o arquivamento do feito, não sem ter consignado que a diferença de 1,64% entre os valores das duas propostas *“não sugere a prática de preços predatórios nos termos colocados pela Representante.”*

9. No CADE, o processo como de praxe tramitou pela Procuradoria, que registrou não ter esta Autarquia *“competência para se posicionar sobre o assunto, isto porque, o poder de revogar e anular a licitação é da competência exclusiva da PETROBRÁS”*, embora asseverando que *“não restou provado pela Representante cometimento pela Representada de infração à Lei.”*

É o relatório.

VOTO

10. Não é inédita a figuração da XEROX em processos cursados no CADE. Época houve em que, por exemplo, representações exitosas foram aqui apresentadas contra aludida empresa, a maior parte das quais versando sobre operações conhecidas como “venda casada”, especificamente imposição às então representantes, no papel de locatárias de máquinas de reprografia, de uso exclusivo de produtos de consumo fabricados com a marca XEROX.

11. Há nestes autos referências à prática, mas, como ressaltado de início, deseja a ora representante questionar e tornar sem efeito licitação efetuada por PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A.

12. Os processos de licitação impulsionados pela Administração Pública, aí também compreendidos entes paraestatais, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, são em regra suscetíveis de cancelamento, no plano administrativo, pelo órgão ou entidade que os deflagrou.

13. Digo de maneira geral, por enxergar tal prerrogativa inserta paralelamente na esfera de competência do CADE, na medida em que, consoante bem assinalado pelo ex-conselheiro Mauro Grinberg (“O Direito das Licitações e o Direito da Concorrência Empresarial” – Revista do IBRAC - vol. 3 - nº 5 - maio de 1996, fls. 44/51), *“a existência de uma infração contra a lei de licitações (...) pode implicar igualmente existência de uma infração concomitante contra a ordem econômica.”*

14. No articulado, o ilustre doutrinador não descarta hipótese de eliminação de concorrência por meio de escolha arbitrária de um único ofertante, ensinando que a *“violação pode ter como agentes não apenas o concorrente beneficiado como também e principalmente o Poder Público favorecedor da eliminação da concorrência.”*

15. Isso considerado, peço vênias de conseguinte para divergir em parte de nossa Procuradoria, uma vez que o CADE, sobretudo ao se valer de sua competência adjudicadora, pode determinar cancelamento de licitação da espécie, quando e se julgar que a seleção divulgada no edital pelo órgão ou entidade pública, já em andamento ou não, fere disposições da ordem econômica.

16. Entretanto, a interferência da Autarquia se circunscreverá a fundamentados expedientes que, dirigidos aos responsáveis pelo processo após detida análise em que se concluiu pela ocorrência de vícios insanáveis, irão conter declaração no sentido da necessidade de anulação – ou não realização, se ainda em fase de implantação – do processo competitivo. Defeso será, é bom esclarecer, aventar revogação, porque esta se constitui em ato de soberania do

órgão responsável pelo certame, praticado por razões de conveniência e oportunidade, as quais em qualquer caso não incumbe ao CADE aferir.

17. Quanto ao mérito propriamente dito da vertente representação, parece-me simples o desate da questão. Certo que as propostas consolidadas das duas contendoras diferiram em apenas 1,64% (hum, vírgula, sessenta e quatro por cento), não há cogitar em favorecimento a título algum. Deixo por outra parte de tecer comentários acerca da medida judicial noticiada nos autos e lembrada por nossa Procuradoria, tendo em vista inexistir informação atualizada sobre eventual desfecho.

18. Assim, conheço do recurso de ofício interposto pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, negando-lhe provimento, e sugiro o arquivamento do processo.

Brasília (DF),

Paulo Dyrceu Pinheiro
Conselheiro Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

REPRESENTAÇÃO N.º 79/93

Representante: BIO INTER INDUSTRIAL E COMERCIAL L.T.D.A.
Representada: DRAGOCO PERFUMES E AROMAS L.T.D.A.
Relator: CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO
Advogados: CARLO ARIBONI e ANTONIO CARLOS ARIBONI

Ementa: prática abusiva de preços não configurada-reconhecimento do recurso de ofício para negar-lhe provimento e manter a decisão de arquivamento do feito.

RELATÓRIO

Trata-se de representação proposta pela Empresa BIO INTER INDUSTRIAL E COMERCIAL L.T.D.A., em desfavor de DRAGOCO PERFUMES E AROMAS L.T.D.A., alegando praticas abusivas de preço, em face de reajuste médio de 30%, em dólar, relativamente à tabela anterior. Alega a Representante que a nova política de preços da Representada acarretou prejuízos ao funcionamento da Representante, sendo esta obrigada a dispensar funcionários e fechar uma filial no Rio de Janeiro. Pretende a Representante que sejam tomadas as devidas providencias para que representada (DRAGOCO) volte a operar nas condições anteriores.

A Representante salienta que a Representada (DRAGOCO) negocia com preços estipulados em cotações em dólar. Informa também que todos os clientes que quiserem comprar da DRAGOCO terão de dar à BIO INTER pedido superior US\$1000,00 e quantidade não inferior à 10 kg. (fls. 01/03).A Representante anexou listas referentes aos preços válidos para os meses de novembro/92 à abril/93 em comparação com a listagem de preços do mês de maio/93, esta com os preços já alterados conforme descrito pela Representante (fls.06/17).

A Representante anexou aos autos o termo “Norma para revenda dos produtos da DRAGOCO.”, O qual segundo a mesma foi compelida a assinar compulsoriamente pela representada (fls. 65/67).

O DPDE notificou a representada, para que fosse apresentada defesa no prazo de 15 dias (fls.68).

A Representada em resposta à notificação n 251/93 (fls. 68/69) alega que “adquiriu a participação societária da GRUME, ocasião em que, os sócios desta, assumiram integralmente as atividades da BIO INTER, que passou a exercer representação da DRAGOCO em condições especiais, e que estes sócios valendo-se dos longos anos de trabalho em conjunto, provocaram e obtiveram acesso a um maior espectro de mercado, adquirindo os produtos da DRAGOCO praticamente a preço de custo e revendendo-os com enorme margem de lucro”. Alegou que tal privilégio causou prejuízo à DRAGOCO no decorrer dos últimos anos em seus balanços. Em virtude dessa situação a Representada implantou sistema de controle de custos. Através desse procedimento constatou que a Representante adquiria diversos produtos da representada a preço de custo, e fornecia aos clientes com valores de 300%, depois de 200% e atualmente até mesmo superiores aos preços de aquisição (fls.70/75).

Em, 7 de abril de 1993, a Representante (BIO INTER) enviou correspondência à Representada propondo-lhes: “**a**) que a DRAGOCO mantenha determinada quantidade de pedidos, que foram colocados com sua firma para atender pedidos de clientes que já temos em carteira, e que obviamente foram negociados a preços antigos, não comportando qualquer alteração. **b**) os demais pedidos, excedentes a esta relação que forneceríamos a V.Sas., estariam cancelados. **c**) DRAGOCO recompraria da BIO INTER todos os produtos que tem estoque de sua fabricação, pelo preço que pagamos, ou seja, seu CT anterior. Observando que DRAGOCO teria a vantagem de revende-los aos preços novos, ou seja, com uma margem média de 40%.

*“E faturariam estes itens no dia 02.05, com prazo 30 D.D.I.(acrescentando o mesmo custo financeiro praticado por DRAGOCO na ocasião)
Desta forma a BIO INTER desvinculariam totalmente da DRAGOCO, permitindo a sua firma buscar novos revendedores que possam comportar os níveis de preços apresentados”*(fls. 83/84)

Foi feita reunião entre Representante e Representada, no dia 05 de maio de 1993, cuja ata foi anexada às folhas 93, constando desta a minuta do acordo que, em princípio foi aprovada.

A Representada enviou complementação de proposta da minuta de contrato para revenda à Representante (fls. 98).

A Representante concordou com a complementação de proposta da minuta (fls.100).

A Representada sugeriu novas emendas à minuta do contrato de revenda(fl. 101).

Em resposta à proposta de emenda da minuta, sugerida à representante, esta não concordou com algumas observações relatadas às fls. 103/104.

A Representante prestou esclarecimentos quanto à sua trajetória, função, acordo verbal (fls. 124/128). Acrescentou também que a Representada passou a oferecer os produtos aos seus clientes, a preços mais acessíveis, não indicando mais a BIO INTER (Representante) como distribuidora. Dessa forma, foram-se acumulando prejuízos sendo obrigada a reduzir o fator de venda para 1,5.

Diante do exposto, a representante resolveu encerrar suas atividades em 10/05/93, e ficou de providenciar todas as medidas legais necessárias, afirmando que a melhor solução seria a DRAGOCO se interessar pela compra da BIO INTER, reembolsando o investimento feito. Enumerados assim:

a) 16 cotas de leasing no valor de US\$112.702,41, cada, totalizando US\$203.238,56 cujo contrato vencerá em setembro/94.

b) empréstimos em cruzeiros feitos por BIO INTER URUGUAI a BIO INTER BRASIL, corrigidos por T.R., com os seguintes vencimentos e a equivalência em US\$:

USD 70.000,00	Vencimento 18.11.93
USD 100.000,00	Vencimento 21.01.94
USD 65.000,00	Vencimento 19.05.94
USD 26.000,00	Vencimento 07.19.94

Salientou que não possui empréstimos junto aos bancos, estando também com todos os compromissos em dia.

A acessoria do DPDE, analisando os autos sugeriu que a Representada fornecesse algumas informações propostas nas fls. 156/158. Além de Parecer técnico da SPE do Ministério da Fazenda, para uma análise processual mais qualificada.

Em Parecer técnico a SPE concluiu que diante dos fatos e da documentação dos autos, “não há indícios de política arbitrária de preços da parte da Representada em relação à Representante. “Observou também, que a BIO INTER apropriou-se das formulações da DRAGOCO, e valendo-se dos anos de trabalho em conjunto adquiria os produtos a preço de custo. (fls. 170).

A Representada enviou todas as informações requeridas pelo DPDE às fls. 156/158.

O DPDE considerou que o feito constava de questões estritamente econômicas e propôs que os autos fossem remetidos à Área econômica da CGTAE, com a finalidade de dar melhor suporte às conclusões da citada secretaria (fls. 186).

Através de ofício n 0114/95, o DPDE, solicitou novas informações, discriminadas nas fls. 172/173.

A Representada anexou aos autos as informações solicitadas pelo DPDE, fls.178/183.

Em despacho (fls.. 206) a acessora da SDE, alega que os documentos acostados às fls.187/203 não alteraram o posicionamento da Nota técnica as fls. 186, o da remessa dos autos à CGTAE.

A CGTAE, em parecer (fls. 218/222) conclui que nos autos não há notícias de que a Representada tenha causado prejuízos às concorrentes. Também não há informações de que o mercado de aromas e perfumes tenha sido prejudicado de alguma forma pela pratica denunciada. Que no seu entendimento o assunto diz respeito à matéria comercial. Entende, pois, diante do exposto, que a Representada não praticou ato de infração à ordem econômica, sugerindo o arquivamento.

Em despacho às fls. 224, a Diretora substituta do SDE, determinou o arquivamento dos autos e recorreu de ofício ao CADE, na forma do artigo 33, da lei 8.884/94.

A procuradoria geral do CADE, em consonância com o parecer da SDE manifesta-se pelo conhecimento do recurso para negar-lhe provimento e manter a decisão de arquivamento da presente representação.

É o relatório.

VOTO

Diante de tudo o que foi exposto, adotando como razões de decidir os pareceres da SDE e da procuradoria desta casa, no sentido de que não há indícios de conduta anti-concorrencial por parte da Representada, conheço do recurso de ofício da SDE para negar-lhe provimento e manter a decisão do feito.

É o voto.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 89/92

Representante: SINDICATO RURAL DE LINS
Advogado: NIHIL
Representada: QUIMIO PRODUTOS QUÍMICOS COMÉRCIO E INDÚSTRIA S/A.
Advogado: CARLOS ANTONIO DE SOUZA
Relator: CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA

EMENTA

AUMENTO EXCESSIVO OU INJUSTIFICADO DE PREÇOS SOB CONTROLE DO GOVERNO. SETOR RURAL (VACINA CONTRA FEBRE AFTOSA). COMPETÊNCIA DO CADE. OBJETIVIDADE DA INVESTIGAÇÃO. 1. O CADE é em tese competente para apreciar queixa de aumento excessivo ou injustificado de preço, ainda que este esteja sob controle do governo. O controle oficial não exclui a possibilidade de excesso. 2. Falta de objetividade da investigação, seja pela evolução dos preços de mercado, seja à míngua de elementos conclusivos quanto à denúncia de cartel e de abuso de preços. 3. Manutenção do arquivamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, o Plenário do CADE acorda, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício para confirmar o arquivamento. Além do Presidente e do Relator, participaram do julgamento os Conselheiros Leônidas Rangel Xausa, Renaut de Freitas Castro, Lúcia Helena Salgado e Silva Paulo Dyrceu Pinheiro e Arthur Barrionuevo Filho Brasília, 18 de junho de 1997 (data do julgamento).

Antonio Fonseca
Relator
Gesner Oliveira
Presidente

RELATÓRIO

Decisão recorrida e conteúdo da Representação

Introdução

1. Recurso de Ofício de decisão de fl. 243 que arquivou Representação decorrente de denúncia formulada em fevereiro de 92, relativa à majoração excessiva de preços praticados pelos laboratórios fabricantes de vacina contra a febre aftosa e formação de cartel. O arquivamento se deu por entender a SDE, já haver jurisprudência firmada pelo CADE, de serem ambos incompetentes para julgar feitos de política de controle de preços.

Representação

2. Representação de denúncia formulada, por correspondência, pelo Sindicato rural de Lins/SP ao DNPDE, contra a majoração excessiva de preços da vacina para a febre aftosa, praticado pelos laboratórios fabricantes, bem como pela formação de cartel.

Promoção da averiguação e Instrução

3. O Representante acusa os laboratórios de terem aumentado os preços de seus produtos, em outubro de 91 e fevereiro de 92, por cerca de 550% (quinhentos e cinquenta por cento), e, refere-se a um acordo feito entre os laboratórios para manterem os preços iguais, visando à formação de cartel (fls. 9/10).

4. A SNDE solicitou informações ao Sindicato sobre a relação dos fabricantes e nomes dos produtos. Enviou correspondência ao laboratório Químio para que respondesse aos termos da denúncia. Obteve resposta às fls. 11/16. Mais informações foram solicitadas pela SNDE às fls. 17/18

5. Através de Fax, a SNDE pediu várias informações (fls. 17/18) ao Serviço de Controle de Produtos Veterinários - SCPV. Às fls. 19/29 foram fornecidas as respostas. Surgiram outras denúncias.

6. O Sindicato Rural de Presidente Prudente informou à fl. 82, ter havido acordo entre as partes interessadas com relação ao preço da vacina, comprometendo-se os laboratórios a abastecer o mercado com o produto, ao preço de 0,40 por dose, em pequenas quantidades, e até US\$0,42 por dose, em pequenas quantidades, para produto entregue ao revendedor.

Decisão da SDE

7. A SDE/DPDE, por sua coordenadora, analisou a denúncia e pediu mais esclarecimentos sobre a possível formação de cartel (fls. 86/107). O laboratório respondeu às fls. 113/120, trazendo a informação de que a Químio Produtos Químicos Comércio e Indústria S.A, foi incorporada pela Laboratórios Silva Araújo Roussel S.A.. A assessora da CGTAE solicitou informações sobre a diferença entre o preço de fábrica (custo) e o preço informado, a quantidade produzida e a quantidade vendida das vacinas, no período jan/91 a ago/94. O laboratório respondeu às fls. 135/139.

8. O Ministério Público Federal requisitou informações a respeito do caso e as medidas adotadas contra o possível aumento, tendo em vista a abertura de inquérito civil para apurar esses fatos. (fls.144/147). Resposta ao MPF à fl. 149.

9. Em Nota Técnica, a SDE/DPDE/MJ chegou a conclusão de não ter havido formação de cartel. Justificou que o aumento excessivo das vacinas, apesar de ter ocorrido, deveu-se ao controle governamental sofrido pelo mercado, à época. Citou leis, portarias e resoluções usadas pelo governo visando o controle de preços. Finalizou, referindo-se à fase de vacinação (início do ano) durante à qual, o Governo exerceu um rígido controle sobre os preços, acarretando, em consequência, distorções em diversos segmentos da Economia Nacional. Sugeriu, assim, o arquivamento da Representação, por insuficiência de indícios de infração à ordem econômica (fls. 152/173)

10. À fl. 239, a Coordenadora da SDE/MJ, ratificou os termos da nota Técnica analisada, e acrescentou que, em função de jurisprudência já firmada pelo CADE em procedimentos análogos, aquele colegiado afirmou sua incompetência, bem como da SDE, para tratar de efeitos de Política de Controle de Preços.

11. O referido despacho foi acolhido pelo Diretor-Substituto, concordando com o arquivamento da representação (fl.240), o que, também, foi acatado na íntegra pela Secretária de Direito Econômico à fl. 243.

Parecer da Procuradoria

12. A Procuradoria do CADE às fls. 255/261, entendeu não ter havido imposição de preços abusivos, dada a “automicidade do mercado relevante de vacinas”. No que se refere a formação de cartel, aduziu não está caracterizada a prática de preços uniformes capaz de gerar esse cartel, não havendo, assim, violação à Lei Antitruste. Acrescentou que a matéria sob análise, já foi objeto de julgamento pelo CADE Pediu a manutenção do arquivamento da representação e sugeriu a redistribuição das representações ali mencionadas, para um mesmo conselheiro, tendo em vista a identidade da matéria.

É o relatório.

Voto

SENHOR CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA:

1. Cuida-se de Representação formulada em fevereiro de 92. Duas acusações foram apresentadas: formação de cartel e possível aumento excessivo, i.e., acima do patamar inflacionário da época, no preço das vacinas contra a febre aftosa praticado pelos laboratórios que as fabricam. Várias outras representações foram formuladas pelo mesmo Sindicato Rural de Lins, formando-se procedimentos distintos que tiveram a mesma sorte: arquivamento por incompetência do CADE e, no mérito, falta de prova das queixas.
2. O Plenário já decidiu que o CADE é competente para apreciar questões sobre aumento excessivo ou injustificado de preços, ainda que controlados pelo governo no uso de sua competência constitucional e legal. Na hipótese, o controle oficial tem como referência um parâmetro previamente fixado. Se o aumento não observou o referencial, que tem como fonte a lei e outras normas derivadas, o excesso pode estar caracterizado. Em outros termos, o controle oficial não exclui a possibilidade de excesso. A questão do domínio de mercado é desconsiderado, visto que este é reflexo do monopólio legal conferido à entidade estatal.
3. No mérito, as acusações de aumento excessivo ou injustificado e formação de cartel não ficaram comprovadas. Houve uma variação de preços justificada pelo incremento dos custos de produção os quais teriam provocado um realinhamento dos mesmos preços. Quanto à ação concertada, se existia, era praticada com o abono dos órgãos do Governo, o que é possível. No entanto, não há elementos conclusivos. Isto se aplica também à alegação de abuso de preços.
4. No mais, é preciso ver que as práticas indicadas, se ocorridas, tiveram lugar no início do ano de 1992, época das denúncias feitas sob a vigência da Lei nº 8.158/91. A alteração do padrão monetário e a evolução do quadro inflacionário determinam o esvaziamento do objeto das acusações, a respeito das quais a instrução sequer conseguiu apontar os infratores. Esta conclusão foi afirmada também em precedente que se viu julgado por este Plenário, i.e.,

Representação nº 92/92, decisão publicado no DOU-I de 10/03/97, p.4.472, mesmo Relator.

5. Do exposto, nego, pois, provimento ao recurso de ofício para confirmar o arquivamento.

É o voto.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 102/93

Representante: LIGUE FRALDAS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
Representado: JOHNSON & JOHNSON INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
Relatora: CONSELHEIRA LÚCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

A representação, ora em análise, originou-se de denúncia formulada pela empresa Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda., em 07 de maio de 1993, contra a empresa Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda., que estaria praticando preços diferenciados por tipo de cliente e abaixo de sua tabela no que concerne ao produto fralda descartável, modelo “*Sempre Seca Plus*”. Alega a denunciante que esta prática comercial estaria prejudicando a concorrência e que a Representada buscava a dominação do mercado e recuperação de sua posição de líder, contestada pelo ingresso no país de fraldas importadas.

Considerando que se tratava de denúncia efetuada por microempresa estabelecida e com atuação apenas na área de Brasília, e como a denunciante não mencionara se a Representada adotava a mesma prática comercial em área diversa, entendeu o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE que as investigações deveriam restringir-se à área de Brasília. Do mesmo modo, dentre os vários estabelecimentos que comercializavam fraldas descartáveis da Representada modelo “*Sempre Seca Plus*”, suas diligências centraram-se exclusivamente no Carrefour, por terem sido os preços praticados por este estabelecimento citados pela denunciante.

Em resposta à solicitação do DPDE, o Carrefour, em 19/01/94, apresentou cópia das notas fiscais de compras do produto fraldas descartáveis da Representada, modelo “*Sempre Seca Plus*”, realizadas no período janeiro/julho de 1993 (fls. 29 a 93). Informou, ainda, que também comercializava outras marcas de fraldas, inclusive importadas, e no referente aos preços praticados alegou que por comercializar cerca de 1.500 itens diferentes de mercadorias, era possível colocar temporariamente produtos em promoção, sem realizar prejuízo no balanço financeiro da empresa.

Por sua vez, a Representada ao prestar os esclarecimentos requeridos pelo DPDE (fls. 84 a 116), além de apresentar relação das notas fiscais relati-

vas às vendas realizadas na área de Brasília, no período janeiro/julho de 1993, alegou que os preços médios de vendas para o Carrefour eram compatíveis com os preços médios de vendas para os demais clientes, dado que o Carrefour representava cerca de 86% do volume de fraldas vendidas pela Representada nesta região. Posteriormente, atendendo à solicitação do DPDE, apresentou as tabelas de preços praticados no período em análise e informou que para pagamento adiantado era concedido desconto de 8%, sendo que no prazo normal de 28 dias não era aplicado nenhum desconto (fls. 169 a 216).

O DPDE também solicitou da denunciante que apresentasse as notas fiscais das compra realizadas do produto fraldas descartáveis da Representada, modelo “*Sempre Seca Plus*” no período em análise, bem como de outras marcas, sem contudo obter respostas, dado que a denunciante não foi localizada no endereço indicado nos autos.

O DPDE, em sua análise, não constatou indícios de infração à ordem econômica por parte da Representada e alegando que a Representante não juntou provas que comprovassem o ilícito e considerando deliberação já firmada pelo CADE quanto a legalidade de discriminação de preços face quantidades adquiridas, recomendou o arquivamento dos autos. O entendimento do DPDE foi acatado pela Secretaria Substituta de Direito Econômico que em 10/05/96 determinou o arquivamento do presente processo com base Art. 31 da Lei n 8.884/94, recorrendo de ofício ao CADE.

Em 23/08/96 a Procuradoria do CADE pronunciou-se pelo acatamento do recurso de ofício, sugerindo a manutenção da decisão de arquivamento desta Representação.

VOTO

EMENTA: Concorrência Desleal. Preço diferenciado por quantidade comprada e venda abaixo da tabela do fabricante. Inexistência de infração contra a Concorrência. Deferimento do arquivamento dos autos.

Trata-se de denúncia contra atos da Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda. que, segundo a denunciante, estaria adotando política de preços diferenciados e abaixo de sua tabela na venda do produto fralda descartável, modelo “*Sempre Seca Plus*”, visando recuperar sua posição de liderança, para com isso voltar a exercer seu poder de mercado, determinando os preços.

A lei antitruste brasileira não pune práticas comerciais em si, a menos que tenham o objetivo ou possam produzir efeitos nocivos à concorrência. Assim, a prática de descontos não constitui necessariamente prática lesiva à concorrência, desde que não fique configurada a infração à ordem econômica pelo estabelecimento de preços por meios artificiosos, prejudicando, especialmente, os demais fabricantes do produto ou criando dificuldades ao desenvolvimento de empresas.

Da análise das informações apresentadas pela Representada, é importante ressaltar que em nenhum momento a conduta foi negada, ao contrário afirma-se que eram assegurado descontos de acordo com os critérios de quantidade comprada e forma de pagamento. De fato os preço de venda da Representada para o Carrefour, no período em análise estiveram em média abaixo dos cobrados aos demais clientes da região de Brasília (ver Quadro I), contudo encontravam-se condizentes com as tabelas de preços da Representada e com os descontos previstos (fl.216).

Quadro I

Diferencial de Preços cobrados pela Representada

Mês/1993	Diferencial de Preços (%)
Janeiro	(4,3)
Fevereiro	(14,9)
Março	(3,8)
Abril	(8,5)
Maiο	(3,9)
Junho	----

Fonte: Representada (fls.85)

Nesses termos, parece que a questão que se coloca em julgamento é a política de comercialização da Representada no que concerne ao produto fraldas descartáveis. Entendo que na análise desse tema é preciso levar em conta a razoabilidade da conduta do agente econômico. Além do que, não se pode deixar de considerar que as relações comerciais entre fabricantes e comerciantes são pautadas por interesses comerciais mútuos, que, na maioria das vezes, têm como objetivo cativar a preferência dos consumidores, para o que a oferta por preço atrativo é o método por excelência.

É interessante notar que a própria Representante admite que o mercado de fraldas descartáveis já vinha apresentando um certo vigor concorrencial, tendo em vista a política de abertura comercial.

De fato nos últimos anos, ocorreram significativas alterações na estrutura do mercado de fraldas, em particular no segmento de fraldas descartáveis.

Esse é um mercado em que a competição se dá principalmente através de preços e neste sentido, é importante observar que desde 1990 os preços já vinham caindo (ver Quadro II), em decorrência do incremento da oferta, que inicialmente ocorreu através do ingresso do produto importado de várias marcas com qualidades diferenciadas e, num segundo momento, devido à instalação de novas empresas no país (Kenko em 1990, P&G em 1991 e Puppet em 1993). Cabe notar também que, como parte do mesmo processo de expansão do mercado consumidor provocado pela queda continuada de preços, surgiram pequenas fábricas ofertando linhas de produto de qualidade inferior, mas que contribuíram para inserir neste mercado consumidores de menor poder aquisitivo.

A resposta do consumidor ao preço e à qualidade oferecida pelos novos concorrentes, foram suficientes para contestar a posição da Representada, que até então era monopolista. Apenas a título de ilustração, observo que atualmente a Representada detém apenas cerca de 13% desse mercado, segundo estimativa da Nielsen.

Quadro II Evolução de Preços

US\$	
Ano	Preços Médios
1990	0.71
1991	0.74
1992	0.81
1993	0.60
1994	0.41
1995	0.43

Fonte: Nilsen

Nesse contexto, entendo que a política de comercialização por parte da Representada - concessão de descontos de acordo com quantidade adquirida - encontra explicação razoável, que não o estabelecimento de preços mediante a utilização de meios artificiosos em prejuízo a concorrência, mas como parte de uma estratégia para incrementar suas vendas, de modo a tornar seu produto comercialmente mais competitivo, em termos de preço, buscando reverter uma situação desfavorável, de perda da posição monopolística. Ademais, é de se acentuar que a mudança na estrutura de oferta desse mercado inviabilizou a política de altos preços possibilitada pelo contexto monopolista anterior.

Finalmente, observo que a Representante não trouxe aos autos provas que comprovassem que a conduta da Representada tenha causado dificuldades ao seu desenvolvimento, todavia há que se lembrar que o curso processual

cessou no momento que a SDE, via correspondência, não mais localizou a Representante, sem que tenha expedido edital citatório.

Em conclusão, não constato na conduta da Representada uma estratégia ilegítima para afastar concorrentes do mercado, razão por que tenho como improcedente a representação e adoto nos seus termos a proposta de arquivamento deste feito.

Brasília, 20 de novembro de 1996.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 160/91

Representante: DNPDE
Representado: REFRIGERANTES ARCO IRÍS LTDA
Relator: CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA

EMENTA

Adequação do Sistema de Prática de Comercialização e Distribuição de refrigerantes e cervejas à Lei 8.002/90. 1. Adoção do procedimento estabelecido. 2. Falta de embasamento jurídico à denúncia. 3. Ausência de infração à Ordem Econômica. 4. Recurso a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, o Plenário do CADE acorda, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício para confirmar o arquivamento. Além do Presidente e do Relator, participaram do julgamento os Conselheiros Leônidas Rangel Xausa, Renaut de Freitas Castro, Lúcia Helena Salgado e Silva Paulo Dyrceu Pinheiro e Arthur Barrionuevo Filho. Brasília, 02 de julho de 1997 (data do julgamento).

Antonio Fonseca
Relator

Gesner Oliveira
Presidente

RELATÓRIO

1. Trata-se de Representação instaurada de ofício pelo DNPDE/MJ (originária do desmembramento da Representação nº 028/90), visando “adequar as práticas de comercialização e distribuição de refrigerantes e cervejas à legislação vigente, principalmente ao disposto na Lei 8.002/90”.
2. O DNPDE solicitou (art. 5º da Lei 8.158/91) esclarecimentos sobre o sistema adotado pela Indústria Águas Alcalinas Sarandi Soc. Ltda, dando-lhe prazo de 15 dias para que se manifestasse (fl. 1).
3. A empresa Arco Iris respondeu à fl. 2/3 , dentre outras, qual era o sistema adotado por ela. Fez constar nos autos, Telex do Diretor do DNPDE, convidando-a a participar de reunião naquele Departamento, a fim de tratar da presente Representação (fl.4).
4. A Representada juntou aos autos sugestões, por ela prometidas em reunião realizada com o DNPDE, relativas à Lei 8.002/90 (fls. 6/7).
5. Diante das informações da empresa Arco Irís, o Diretor Substituto da SDE concluiu serem as vendas da referida empresa, realizadas de acordo com as normas estabelecidas na Lei 8.002/90, propondo, assim, o arquivamento da Representação (fl.10).
6. A referida sugestão foi acatada. Entendeu a Secretária de Direito Econômico “não restarem configurados os elementos caracterizadores da infração contra a ordem econômica”, determinando, assim, o arquivamento da Representação.

Parecer da Procuradoria

7. A Procuradoria do CADE manifestou-se às fls. 21/22, pela manutenção do arquivamento, “por não restarem configurados tipos legais de infração à legislação de defesa da concorrência”.

É o relatório.

EMENTA

Averiguação preliminar - falta de objetividade da denúncia. Prescrição. Improvimento do recurso de ofício para confirmar o arquivamento.

VOTO

Senhor Conselheiro Antonio Fonseca: A presente averiguação preliminar não conseguiu sequer indicar qual a acusação que se imputa ao Representado. Nessas condições, e já decorridos mais de 5 anos após a instauração do procedimento, confirmo o arquivamento, seja por falta de prova, seja por configurada a prescrição intercorrente.

É o voto.

VOTO

O Senhor Conselheiro Antonio Fonseca: A Representação em apreço, foi instaurada visando, tão-somente, adequar o sistema de prática de comercialização e distribuição de refrigerantes e cervejas à Lei 8.002/90.

2. Ocorre que, segundo a Representada (fls. 6/7), a mesma já vem adotando o procedimento estabelecido pela Lei em referência.

3. Não havendo, por isso, fundamento jurídico a embasar a denúncia feita pela presente Representação.

4. Por total ausência de infração à Ordem Econômica, confirmo o arquivamento dos presentes autos, negando, em consequência, provimento ao recurso de ofício.

É voto.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

RECURSO DE OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 267/92

Representante: CLF - ADMINISTRAÇÃO E PROJETOS LTDA.
Representada: SHARP S/A EQUIPAMENTOS ELETRÔNICOS
Relatora: CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

RELATÓRIO

A presente representação originou-se de cópia de fax expedido à SHARP Ind. E Comércio Ltda. e de cópia de contrato, ambos enviados à SDE em 26 de maio de 1992 pela CLF administrações e projetos Ltda¹. Tratava-se de denúncia de “majoração descabida” de preços em contrato de assistência técnica para copiadoras. Instado a manifestar-se, o coordenador geral técnico do DPDE, Dr. Eugênio de Oliveira Fraga, em nota técnica de fls. 10-11, de 24/11/92, constatou que o contrato fora corrigido pela Representada em 87,75 pontos percentuais acima do índice inflacionário calculado pela Fundação Getúlio Vargas (IGP-DI). A diferença fora da ordem de 84.78 pontos percentuais se considerado o INPC calculado pelo IBGE e de 73.83, considerada a variação do dólar, todos os diferenciais referentes ao período de um ano.

A Representação permaneceu no DPDE sem que fosse realizada nenhuma investigação por 16 meses, quando apresentou-se o primeiro fato novo, que foi a manifestação da Representada, por meio de seu procurador, do interesse, ainda na fase de averiguação preliminar, de celebrar compromisso de cessação, sem confissão de culpa, com vista a fazer cessar o curso do procedimento administrativo, considerando sua condição de sociedade aberta e, nas palavras de seu procurador, “... em vista do interesse público, especialmente o do consumidor, sempre respeitado durante o curso da vida empresarial da mesma [empresa].” (fls. 32).

Diante do fato, a SDE intimou a Representante para que se manifestasse e, não conseguindo localizá-la - lembre-se que dois anos e meio após a denúncia - decidiu pelo arquivamento do feito, recorrendo de ofício a este CADE.

¹ O documento foi indevidamente encaminhado ao CADE, cujo Presidente, Dr. Rui Coutinho do Nascimento, remeteu-o ao Secretário de Direito Econômico, por meio do ofício n. 57 MJ/CADE, de 2/6/92.

Os autos foram a mim distribuídos, que requeri o parecer da Procuradoria. Esta pronunciou-se no sentido da manutenção da decisão recorrida, ressaltando que por tratar a Lei 8884/94 de direito público indisponível, o desaparecimento do representante não seria razão suficiente para o encerramento do processo administrativo, desde que presentes indícios de infração à ordem econômica, coisa que a Douta Procuradora não entendeu ocorrer.

Este é o relatório

VOTO

Ementa: Representação. Majoração de preço em reajuste contratual. Insuficiência de fatos probatórios. Manutenção do arquivamento dos autos. Desprovimento do recurso de ofício.

Trata-se também este caso de denúncia de aumento abusivo de preço em contrato de manutenção de copiadora. Ao tempo dos fatos ocorridos, as informações fornecidas pelo sistema de preços eram distorcidas pelo disruptivo e desmoralizante processo de inflação crônica. Incapaz de exercer sua função sinalizadora, o sistema de preços pouco contribuía para o fortalecimento da economia de mercado e ao contrário, facilitava o livre exercício do poder de mercado, quando existente, posto que inibia o processo de busca de alternativas por parte dos consumidores, pressionados incessantemente pela frequência dos reajustes de preços, para a urgência na decisão de adquirir. Por outro lado, os ofertantes viam-se também pressionados para reajustar seus preços, mesmo com o risco de errar a maior, uma vez que o risco oposto implicava, naquele contexto, a possibilidade de perda de capital, pela inviabilidade de repor as condições de oferta a custo compatível com a receita realizada. Esse duplo movimento, alimentador do processo inflacionário era uma, senão a mais importante, das expressões da limitação da racionalidade das decisões de mercado imposta pela inflação crônica.

Poder de mercado, nesse contexto, expressava-se não pelo nível de preços cobrado, mais pela capacidade de impor reajustes de preços acima do que conseguiam fazer os demais agentes no mercado. Assim, seria necessário, para identificar a existência e o exercício de poder de mercado àquela época, verificar que condições permitiriam determinado agente impor reajustes em

dimensões assimétricas vis a vis os demais agentes. No caso em exame, nenhuma investigação sobre a configuração do mercado, o regime regulatório vigente, a natureza das transações envolvidas nem sobre outros aspectos equivalentes foi realizada, no curso de quatro anos e meio. A única manifestação registrada, a par da nota técnica do coordenador geral mencionada no relatório, foi a proposta da Representada de firmar compromisso de cessação, para, entendo, encerrar a pendência dentro do sistema de defesa da concorrência.

O transcurso do tempo e a indigência analítica do tratamento dado ao caso impedem-me, agora, de adotar qualquer atitude que não a de manter a decisão recorrida. Como razão de decidir adoto o parecer da Procuradoria do CADE, com a ressalva feita pela Douta Procuradora-Geral aos fundamentos da decisão recorrida. Mantenha-se, assim, o arquivamento dos autos.

Este é o voto.

Brasília, 18 de dezembro de 1996

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira-Relatora

LEGISLAÇÃO

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

DECRETO-LEI N.º 371/93 DE 29 DE OUTUBRO

Após nove anos de vigência, o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, embora tenha correspondido de uma maneira geral aos objectivos que presidiram à sua publicação, carece de ajustamentos que permitam uma melhor adaptação do seu conteúdo à nova ordem nacional e internacional e uma maior eficácia na prossecução dos seus objectivos, dando assim adequado cumprimento ao imperativo constitucional constante da alínea *f*) do artigo 81.º da Constituição.

De facto, ocorreram profundas alterações na estrutura e funcionamento da economia portuguesa ditadas pela liberalização, desregulamentação e privatização de importantes áreas da actividade económica, pelo avanço do processo de integração europeia e pelo aparecimento de novos protagonistas que introduziram importantes mudanças no tecido empresarial e modificaram a relação de forças no mercado.

A crescente interpenetração das economias e integração dos mercados nacionais torna imprescindível uma correcta articulação das diferentes políticas nacionais de concorrência como condição indispensável para a promoção da competitividade das estruturas económicas.

O presente diploma visa integrar numa autêntica lei quadro da política de concorrência os desenvolvimentos próprios de uma economia aberta, em crescente processo de internacionalização e de dinamismo concorrencial, contribuindo para a liberdade de formação da oferta e da procura e de acesso ao mercado, para o equilíbrio das relações entre agentes económicos, para o favorecimento dos objectivos gerais de desenvolvimento económico e social, para o reforço da competitividade dos agentes económicos e para a salvaguarda dos interesses dos consumidores.

Nele estão presentes, pois, aspectos inovadores, de entre os quais assume relevância o seu carácter universal e sistemático, que lhe garante a indispensável coerência.

Assim, para além das práticas restritivas da concorrência, o presente diploma contempla as concentrações de empresas e aflora os auxílios de Estado, completando o quadro dos principais instrumentos da política comunitária de defesa da concorrência.

No campo das práticas restritivas da concorrência importa realçar a introdução da figura do abuso do estado de dependência económica. A exploração abusiva do estado de dependência económica só era considerada

restritiva da concorrência se praticada por empresas que detivessem uma posição dominante no mercado de determinado bem ou serviço, o que impedia o seu sancionamento quando praticada por empresas com elevado poderio económico mas sem posição dominante nesse mercado. Releve-se, todavia, que o que se pretende com a criação desta figura é sancionar o abuso e não comportamentos ditados por uma efectiva concorrência, como sejam os resultantes de opções por melhores condições negociais.

O regime de notificação prévia das operações de concentração de empresas, até aqui regulado pelo Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro, sofreu profundas alterações. Seguindo de perto o Regulamento (CEE) n.º 4064/89, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, entretanto publicado, modificou-se a tramitação, alargou-se o âmbito material de aplicação e solucionaram-se as dificuldades de interpretação que o anterior diploma suscitou. Ao mesmo tempo, na senda das mais recentes regulamentações de outros países comunitários, corrigiu-se a sua filosofia, pretendendo-se, agora, abarcar apenas as concentrações de maior impacte no mercado, a fim de verificar se da realização das mesmas resulta criada ou reforçada uma posição dominante que origine entraves à concorrência efectiva no mercado. Neste sentido, subiram-se consideravelmente os limiares de aplicação do diploma.

Assim:

No uso da autorização legislativa conferida pela Lei n.º 9/93, de 12 de Março, e nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 201.º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

CAPÍTULO I

Das regras de concorrência

SECÇÃO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Âmbito de aplicação

1 - O presente diploma é aplicável a todas as actividades económicas exercidas, com carácter permanente ou ocasional, nos sectores privado, público e cooperativo.

2 - Sob reserva das obrigações internacionais do Estado Português, o presente diploma é aplicável às práticas restritivas da concorrência que ocorram em território nacional ou que neste tenham ou possam ter efeitos.

3 - Exceptuam-se do âmbito de aplicação deste diploma as restrições da concorrência decorrentes de lei especial.

SECÇÃO II

Práticas proibidas

Artigo 2.º

Acordos, práticas concertadas e decisões de associações

1 - São proibidos os acordos e práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em:

- a)* Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua de terminação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa;
- b)* Fixar, de forma directa ou indirecta, outras condições de transacção efectuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico;
- c)* Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- d)* Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- e)* Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes;
- f)* Recusar, directa ou indirectamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços;
- g)* Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objecto desses contratos.

2 - Excepto nos casos em que se considerem justificados, nos termos do artigo 5.º, os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo serão nulos.

Artigo 3.º

Abuso de posição dominante

1 - É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste, tendo por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência.

2 - Entende-se que dispõem de posição dominante relativamente ao mercado de determinado bem ou serviço:

a) A empresa que actua num mercado no qual não sofre concorrência significativa ou assume preponderância relativamente aos seus concorrentes;

b) Duas ou mais empresas que actuam concertadamente num mercado, no qual não sofrem concorrência significativa ou assumem preponderância relativamente a terceiros.

3 - Sem prejuízo da ponderação, em cada caso concreto, de outros factores relativos às empresas e ao mercado, presume-se que:

a) Se encontra na situação prevista na alínea *a)* do número anterior uma empresa que detenha no mercado nacional de determinado bem ou serviço uma participação igual ou superior a 30%;

b) Se encontram na situação prevista na alínea *b)* do número anterior as empresas que detenham no conjunto do mercado nacional de determinado bem ou serviço:

i. Uma participação igual ou superior a 50%, tratando-se de três ou menos empresas;

ii. Uma participação igual ou superior a 65%, tratando-se de cinco ou menos empresas.

4 - Poderá ser considerada abusiva, designadamente, a adopção de qualquer dos comportamentos referidos no n.º 1 do artigo 2.º.

Artigo 4.º

Abuso de dependência económica

É também proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente, nomeadamente quando se traduza na adopção de qualquer dos comportamentos previstos no n.º 1 do artigo 2.º.

Artigo 5.º

Balanço económico

1 - Poderão ser consideradas justificadas as práticas restritivas da concorrência que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens e serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

- a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;
- b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;
- c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa.

2 - As práticas previstas no artigo 2.º poderão ser objecto de avaliação prévia por parte do Conselho da Concorrência, segundo processo a estabelecer por portaria do ministro responsável pela área do comércio.

Artigo 6.º

Noção de empresa

Para efeitos de aplicação do disposto nesta secção considera-se como única empresa o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, mantêm entre si laços de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados no n.º 2 do artigo 9.º.

SECÇÃO III

Concentração de empresas

Artigo 7.º

Notificação prévia

1 - Estão sujeitas a notificação prévia as operações de concentração de empresas que preencham uma das seguintes condições:

- a) Criação ou reforço de uma quota superior a 30 % no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, em consequência da operação de concentração;

b) Realização, pelo conjunto das empresas envolvidas na operação de concentração, de um volume de negócios superior a 30 milhões de contos, em Portugal, no último exercício, líquidos dos impostos directamente relacionados com o volume de negócios.

2 - O disposto na presente secção não se aplica às instituições de crédito, sociedades financeiras e empresas de seguros.

3 - A notificação prévia deve ser efectuada antes de concluídos os negócios jurídicos necessários à concentração e antes do anúncio de qualquer oferta pública de aquisição.

4 - São ineficazes, até autorização expressa ou tácita da concentração, os negócios jurídicos celebrados com o intuito de a realizar.

Artigo 8.º

Quota de mercado e volume de negócios

1 - Para o cálculo da quota de mercado e do volume de negócios previstos no artigo anterior, ter-se-á em conta o volume de negócios:

a) Das empresas participantes na concentração;

b) Das empresas em que estas dispõem directa ou indirectamente:

De uma participação maioritária no capital;

De mais de metade dos votos;

Da possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou de fiscalização;

Do poder de gerir os negócios da empresa;

c) Das empresas que dispõem nas empresas participantes dos direitos ou poderes enumerados na alínea *b)*);

Das empresas nas quais uma empresa referida na alínea *c)* dispõe dos direitos ou poderes enumerados na alínea *b)*);

d) Das empresas em que várias empresas referidas nas alíneas *a)* a *d)* dispõem em conjunto dos direitos ou poderes enumerados na alínea *b)*).

2 - Em derrogação ao disposto no número anterior, se a operação de concentração consistir na aquisição de partes de uma empresa ou partes do conjunto das empresas, o volume de negócios a ter em consideração relativamente ao cedente ou cedentes abrangerá apenas a empresa ou empresas, ou respectivas parcelas, que forem objecto da transacção.

3 - O volume de negócios referido na alínea *b)* do n.º 1 do artigo anterior compreende os valores dos produtos vendidos e dos serviços prestados a empresas e consumidores em território português, mas não inclui as transacções efectuadas entre as empresas referidas no n.º 1.

Artigo 9.º

Concentração de empresas

1 - Entende-se haver concentração de empresas:

- a)* No caso de fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes;
- b)* No caso de uma ou mais pessoas que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou no caso de uma ou mais empresas, adquirirem, directa ou indirectamente, o controlo do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas;
- c)* No caso de duas ou mais empresas constituírem uma empresa comum, desde que esta corresponda a uma entidade económica autónoma de carácter duradouro e não tenha por objecto ou como efeito a coordenação do comportamento concorrencial entre as empresas fundadoras ou entre estas e a empresa comum.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, o controlo decorre de qualquer acto, independentemente da forma que este assuma, que implique a possibilidade de exercer, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto ou de direito, uma influência determinante sobre a actividade de uma empresa, nomeadamente:

- a)* Aquisição da totalidade ou de parte do capital social;
- b)* Aquisição de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa;
- c)* Aquisição de direitos ou celebração de contratos que confirmem uma acção preponderante na composição ou nas deliberações dos órgãos de uma empresa.

3 - Não é havida como concentração de empresas:

- a) A aquisição de participações no quadro do processo especial de recuperação de empresas;
- b) A aquisição de participações com funções de garantia ou satisfação de créditos.

Artigo 10.º

Proibição de concentração

1 - Quando não forem justificáveis nos termos do número seguinte, são proibidas as operações de concentração de empresas sujeitas a notificação prévia que criem ou reforcem uma posição dominante no mercado nacional de determinado bem ou serviço, ou numa parte substancial deste, susceptível de impedir, falsear ou restringir a concorrência.

2 - Poderão ser autorizadas as operações de concentração referidas no número anterior em que:

- a) Se verifiquem os pressupostos do artigo 5.º;
- b) Se reforce significativamente a competitividade internacional das empresas participantes na operação de concentração.

SECÇÃO IV

Auxílios do Estado

Artigo 11.º

Auxílios de Estudo

1 - Os auxílios a empresas concedidos por um Estado ou qualquer outro ente público não poderão restringir ou afectar de forma significativa a concorrência no todo ou em parte do mercado.

2 - A pedido de qualquer interessado, o ministro responsável pela área do comércio poderá examinar os auxílios referidos no número anterior, de forma a propor ao ministro competente as medidas conducentes à manutenção ou ao restabelecimento da concorrência.

3 - Para efeitos do disposto no presente artigo não se consideram:

- a) As indemnizações compensatórias, qualquer que seja a forma que revistam, concedidas pelo Estado como contrapartida da prestação de um serviço público;

b) Os benefícios concedidos ao abrigo de programas de incentivos ou de quaisquer outros regimes específicos aprovados pelo Governo ou pela Assembleia da República.

CAPÍTULO II

Dos órgãos de defesa da concorrência

Artigo 12.º

Direcção-Geral de Concorrência e Preços

1 - Compete à Direcção-Geral de Concorrência e Preços:

- a)* Identificar as práticas susceptíveis de infringir a presente lei, proceder à organização e instrução dos respectivos processos e zelar pelo cumprimento das decisões neles proferidas;
- b)* Proceder, relativamente a operações de concentração sujeitas a notificação prévia, nos termos do presente diploma, à instrução do procedimento respectivo;
- c)* Realizar, a solicitação do Conselho da Concorrência, os estudos necessários à fundamentação do parecer a que alude a alínea *c)* do n.º 1 do artigo 13.º;
- d)* Proceder aos estudos sectoriais que, em matéria de concorrência, se mostrem necessários;
- e)* Propor superiormente as medidas que se afigurem apropriadas com vista ao bom funcionamento da concorrência;
- f)* Aplicar coimas sempre que tal competência lhe for expressamente atribuída neste diploma.

2 - Compete ainda à Direcção-Geral de Concorrência e Preços:

- a)* Exercer as competências cometidas às autoridades dos Estados membros pelos regulamentos fundados no artigo 87.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia, designadamente pelo Regulamento (CEE) n.º 4064/89, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, sem prejuízo das que caibam a outras entidades;
- b)* Participar na actividade desenvolvida por organismos e instituições internacionais em matéria de concorrência;
- c)* Organizar os processos respeitantes ao disposto no artigo 11.º.

3 - Sem prejuízo do disposto nas secções I e II do capítulo III, no exercício das competências conferidas no n.º 1 e na alínea a) do número anterior, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços pode solicitar a quaisquer empresas e associações de empresas, bem como às entidades que com elas tenham ligações comerciais, financeiras ou outras, as informações e documentos necessários, fixando para o efeito os prazos que entenda razoáveis e convenientes.

4 - Pode ainda a Direcção-Geral de Concorrência e Preços solicitar a qualquer serviço da administração central, regional e local as informações julgadas necessárias para o desempenho das suas atribuições.

Artigo 13.º

Competência do Conselho da Concorrência

1 - Compete ao Conselho da Concorrência:

a) Decidir os processos relativos às práticas restritivas da concorrência proibidas pelo presente diploma, bem como aqueles que lhe sejam remetidos pela Direcção-Geral de Concorrência e Preços no exercício das competências previstas na alínea a) do n.º 2 do artigo anterior;

b) Formular pareceres, a solicitação do ministro responsável pela área do comércio, em procedimentos relativos a operações de concentração sujeitas a notificação prévia;

c) Pronunciar-se sobre as questões de concorrência que o ministro responsável pela área do comércio entenda submeter-lhe;

d) Propor ao ministro responsável pela área do comércio orientações nos vários domínios de aplicação do presente diploma;

e) Participar na actividade desenvolvida por organismos e instituições internacionais que tenham relação com as suas competências;

f) Aplicar coimas, sempre que tal competência lhe for legalmente atribuída.

2 - Para a formulação dos pareceres a que se refere a alínea c) do número anterior poderá o Conselho da Concorrência solicitar à Direcção-Geral de Concorrência e Preços os estudos adequados.

3 - O Conselho da Concorrência apresentará anualmente ao ministro responsável pela área do comércio o relatório de actividade, que será publicado no *Diário da República*, e do qual constam, em anexo, todas as decisões proferidas.

Artigo 14.º

Composição do Conselho da Concorrência

- 1 - O Conselho da Concorrência é constituído por um presidente e quatro ou seis vogais, nomeados por despacho do Primeiro-Ministro, sob proposta dos ministros responsáveis pelas áreas da justiça e do comércio.
- 2 - O presidente é um magistrado judicial ou do Ministério Público, nomeado por um período de três anos, renovável, obtida a autorização, consoante os casos, do Conselho Superior da Magistratura ou do Conselho Superior do Ministério Público.
- 3 - Os vogais são designados tendo em atenção a sua reconhecida competência e idoneidade para o desempenho das respectivas funções.
- 4 - O presidente do Conselho da Concorrência poderá, sempre que o julgue necessário, convidar a participar nas reuniões, sem direito a voto, individualidades com especial competência nas matérias a tratar ou representantes de serviços da Administração Pública ou de outras entidades com interesse relevante nessas matérias
- 5 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, sempre que os assuntos a tratar tenham especial relevância em matéria de consumidores, o presidente pode convocar para participar nas reuniões do Conselho um representante do Instituto do Consumidor.

Artigo 15.º

Retribuição e ajudas de custo

- 1 - Os membros do Conselho recebem um abono mensal, de montante a fixar por despacho conjunto dos ministros responsáveis pelas áreas das finanças e do comércio, acumulável com quaisquer remunerações, nos termos da legislação em vigor.
- 2 - Os membros do Conselho e as individualidades que participem nas suas reuniões ao abrigo do disposto nos n.ºs 4 e 5 do artigo anterior terão direito ao abono de transportes e ajudas de custo, nos termos da lei.

Artigo 16.º

Encargos

Os encargos com o funcionamento do Conselho da Concorrência serão suportados pela verbas atribuídas para o efeito no orçamento da secretaria-geral do ministério responsável pela área do comércio.

Artigo 17.º

Apoio

1 - A secretaria-geral do ministério responsável pela área do comércio prestará ao Conselho todo o apoio administrativo de que este carece para o pleno desempenho das suas funções.

2 - O ministro responsável pela área do comércio designará, sob proposta do presidente do Conselho da Concorrência, os funcionários da secretaria-geral ou de qualquer outro serviço do ministério que ficarão especialmente afectos àquele Conselho, um dos quais, pertencente à carreira técnica superior e preferencialmente licenciado em Direito, desempenhará as funções de secretário do Conselho da Concorrência.

Artigo 18.º

Regulamento interno

Compete ao Conselho da Concorrência elaborar e alterar o seu regulamento interno que, após aprovação pelo ministro responsável pela área do comércio, será publicado no *Diário da República*.

Artigo 19.º

Dever de sigilo

1 - No exercício das suas competências a Direcção-Geral de Concorrência e Preços guardará o mais rigoroso sigilo e observará as regras de confidencialidade a que está vinculada.

2 - Os membros do Conselho da Concorrência e as individualidades a que alude o n.º 4 do artigo 14.º ficam sujeitos às regras de confidencialidade aplicáveis aos funcionários civis do Estado relativamente aos factos de que tomem conhecimento no exercício das suas funções.

Artigo 20.º

Impedimentos

Os membros do Conselho da Concorrência estão sujeitos aos impedimentos e suspeições aplicáveis aos juízes.

CAPÍTULO III

Do processo

SECÇÃO I

Processo em matéria de acordos, práticas concertadas, decisões de associações e abusos de poder económico

Artigo 21.º

Normas aplicáveis

- 1 - O processo por infracção ao disposto nos artigos 2.º, 3.º e 4.º rege-se pelo disposto na presente secção e, subsidiariamente, pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro.
- 2 - O disposto na presente secção é igualmente aplicável, com as necessárias adaptações, ao exercício das competências referidas na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 12.º e na parte final da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 13.º.

Artigo 22.º

Conhecimento de infracções

- 1 - Sempre que a Direcção-Geral de Concorrência e Preços tome conhecimento, por qualquer via, de eventuais práticas proibidas pelos artigos 2.º, 3.º e 4.º deverá proceder à identificação dessas práticas e, logo que tenha indícios sérios da sua existência, organizar e instruir os respectivos processos.
- 2 - Todos os serviços da administração central, regional e local e os institutos públicos têm o dever de participar à referida Direcção-Geral os factos de que tomem conhecimento susceptíveis de serem qualificados como práticas restritivas da concorrência.

Artigo 23.º

Competência instrutória

1- No âmbito da sua competência instrutória, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços, salvo as restrições previstas na presente secção, goza dos mesmos direitos e está submetida aos mesmos deveres dos órgãos de polícia criminal, podendo, designadamente:

a) Inquirir os representantes legais das empresas ou das associações de empresas envolvidas, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação que entenda convenientes ou necessários para o esclarecimento dos factos;

b) Inquirir os representantes legais de outras empresas ou associações de empresas e quaisquer outras pessoas cujas declarações considere pertinentes, bem como solicitar-lhes documentos e outros elementos de informação;

c) Proceder, nas instalações das empresas ou das associações de empresas envolvidas, à busca, exame e recolha de cópias ou extractos da escrita e demais documentação que se encontre em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova;

d) Requerer a quaisquer outros serviços da Administração Pública, incluindo os órgãos de polícia criminal, através dos respectivos gabinetes ministeriais, a colaboração que se mostrar necessária ao cabal desempenho das suas funções.

2 - As diligências previstas na alínea *c)* do número anterior dependem de despacho da autoridade judiciária que autorize a sua realização, solicitado previamente pelo director-geral de Concorrência e Preços em requerimento devidamente fundamentado, devendo a decisão ser proferida no prazo de quarenta e oito horas.

3 - Os funcionários que, no exterior, efectuarem as diligências previstas nas alíneas *a)* a *c)* do n.º 1 deverão ser portadores:

a) No caso das alíneas *a)* e *b)*, de credencial emitida pelo director-geral de Concorrência e Preços, da qual constará a finalidade da diligência;

b) No caso da alínea *c)*, da credencial referida na alínea anterior e do despacho previsto no n.º 2.

4 - Sem prejuízo do disposto no n.º 4 do artigo 37.º, os funcionários a que alude o número anterior poderão solicitar a intervenção das autoridades policiais, se esta se revelar necessária.

Artigo 24.º

Suspensão das práticas proibidas

1 - Em qualquer momento da instrução, e logo que a investigação indicie que a prática sobre que incide o processo é gravemente lesiva do desenvolvimento económico e social ou do interesse de agentes económicos ou de consumidores, pode o Conselho da Concorrência, sob proposta fundamentada de entidade instrutora, ordenar preventivamente a imediata suspensão ou modificação da referida prática.

2 - As medidas previstas neste artigo vigorarão por tempo não superior a 90 dias, podendo ser prorrogadas uma só vez, por igual período.

3 - O Conselho da Concorrência solicitará ao Banco de Portugal e, se for caso disso, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, e estes emitirão, no prazo de sete dias, os pareceres a que se refere o artigo 88.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro.

4 - Sempre que estejam em causa práticas de empresas seguradoras, o Conselho da Concorrência solicitará parecer ao Instituto de Seguros de Portugal, a emitir no prazo de sete dias, acerca da actuação da seguradora sobre a qual incide o processo.

Artigo 25.º

Audição

1 - No âmbito da instrução, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços procederá a audiência oral ou escrita das empresas ou das associações de empresas arguidas, para que estas se pronunciem sobre as questões que importam à decisão e sobre as provas produzidas e solicitem as diligências complementares de prova que considerem convenientes.

2 - Na audiência referida no número anterior, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços acautelará o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio.

3 - A Direcção-Geral de Concorrência e Preços poderá recusar a realização de diligências complementares de prova sempre que for manifesta a irrelevância das provas requeridas ou a sua finalidade meramente dilatatória.

4 - Após a audiência referida no n.º 1, pode a Direcção-Geral de Concorrência e Preços, oficiosamente, proceder à realização de diligências complementares de prova desde que assegure o princípio do contraditório.

Artigo 26.º

Conclusão da instrução

1 - Concluída a instrução, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços elaborará o relatório final e remeterá o processo ao Conselho da Concorrência para decisão.

2 - O Conselho da Concorrência, sempre que considerar necessário, poderá solicitar à Direcção-Geral de Concorrência e Preços a realização de diligências complementares de instrução, ou efectuar-las ele mesmo.

3 - Se as empresas arguidas forem instituições de crédito e sociedades financeiras ou suas associações empresariais, o Conselho da Concorrência solicitará ao Banco de Portugal e, se for caso disso, à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, e estes emitirão, no prazo de 30 dias, o parecer a que se refere o artigo 88.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

4 - Tratando-se de seguradoras ou sociedades gestoras de fundos de pensões, o parecer referido no número anterior será solicitado ao Instituto de Seguros de Portugal, que se pronunciará no prazo de 30 dias.

Artigo 27.º

Decisão do Conselho da Concorrência

1 - O Conselho da Concorrência, a sua decisão, poderá:

- a) Ordenar o arquivamento do processo;
- b) Declarar a existência de uma prática restritiva da concorrência e, se for caso disso, ordenar ao infractor que adopte as providências indispensáveis à cessação dessa prática ou dos seus efeitos no prazo que lhe for fixado;
- c) Aplicar as coimas previstas no n.º 2 do artigo 37.º.

2 - O Conselho da Concorrência ordenará ao infractor a publicação das decisões no *Diário da República* e num jornal de expansão nacional ou de expansão regional ou local, consoante a zona de mercado em que se verificou a prática constitutiva da contra-ordenação e a gravidade ou os efeitos desta.

3 - O Conselho da Concorrência enviará ao ministro responsável pela área do comércio e à Direcção-Geral de Concorrência e Preços cópia de todas as decisões tomadas nos termos do n.º 1.

Artigo 28.º

Recurso

1 - Das decisões do Conselho da Concorrência cabe recurso para o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa.

2 - O recurso previsto no número anterior tem efeito meramente devolutivo, excepto no que respeita à aplicação de coimas e à publicação determinada pelo n.º 2 do artigo anterior, cujo efeito é suspensivo.

SECÇÃO II

Procedimento em matéria de controlo das concentrações de empresas

Artigo 29.º

Normas aplicadas

O procedimento em matéria de controlo das concentrações de empresas rege-se pelo disposto na presente secção e subsidiariamente pelo Código do Procedimento Administrativo.

Artigo 30.º

Apresentação da notificação

1 - A notificação prévia das operações de concentração de empresas prevista no n.º 1 do artigo 7.º será dirigida à Direcção-Geral de Concorrência e Preços.

2 - A notificação será apresentada:

a) Em caso de fusão ou constituição de controlo comum, pelo conjunto das empresas participantes;

b) Nos restantes casos, pela empresa ou pelas pessoas que pretendem adquirir o controlo do conjunto ou de partes de uma ou mais empresas.

3 - Da notificação deverão constar as seguintes informações:

- a) Identificação das pessoas individuais e colectivas participantes na operação de concentração;
- b) Natureza e forma jurídica da concentração;
- c) Natureza dos bens ou serviços produzidos;
- d) Lista das empresas que mantenham com as participantes vínculos de interdependência ou subordinação decorrentes dos direitos ou poderes enumerados na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 8.º;
- e) Quotas de mercado em consequência da operação de concentração e base da sua determinação;
- f) Volume de negócios em Portugal das empresas participantes, bem como daquelas a que se refere o n.º 1 do artigo 8.º, relativamente ao último exercício;
- g) Relatório e contas das empresas participantes relativamente aos três últimos exercícios;
- h) Indicação dos principais concorrentes;
- i) Indicação dos principais clientes e fornecedores;
- j) Fornecimento, se for caso disso, das informações que os autores da notificação considerem relevantes para a averiguação do preenchimento das condições enunciadas nas alíneas do n.º 2 do artigo 10.º.

Artigo 31.º

Tramitação

1 - No prazo de 40 dias contados da data da recepção da notificação, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços, após ter procedido à instrução do procedimento respectivo, remeterá o processo ao ministro responsável pela área do comércio.

2 - Se, no decurso da instrução, os elementos constantes da notificação se revelarem incompletos, à luz do disposto no n.º 3 do artigo anterior, ou ainda se o fornecimento de elementos adicionais vier a ser considerado conveniente, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços comunicará tal facto aos autores da notificação e fixar-lhes-á um prazo razoável para completar, corrigir ou fornecer os elementos em questão.

3 - Sem prejuízo do disposto na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 37.º, igual procedimento será adoptado caso sejam fornecidos elementos falsos aquando da notificação.

4 - A comunicação prevista no n.º 2 suspende o prazo referido no n.º 1 do presente artigo, com efeitos a partir do dia seguinte ao do envio da

notificação, terminando no dia da recepção pela Direcção-Geral de Concorrência e Preços dos elementos solicitados.

5 - No decurso da instrução, pode a Direcção-Geral de Concorrência e Preços solicitar a quaisquer outras empresas ou associações de empresas todas as informações que considere convenientes nos prazos que entenda razoáveis.

6 - Até 10 dias antes do termo do prazo a que se refere o n.º 1, a Direcção-Geral da Concorrência e Preços procederá à audiência escrita dos autores da notificação.

7 - Diligências complementares de prova poderão ser solicitadas na audiência escrita pelos autores da notificação, implicando a sua realização a suspensão do prazo previsto no n.º 1.

8 - A suspensão prevista no número anterior inicia-se no dia seguinte ao da recepção na Direcção-Geral de Concorrência e Preços do pedido de diligências complementares e termina no dia em que estas se concluírem.

9 - O disposto nos números anteriores aplica-se com as necessárias adaptações, e sem prejuízo do disposto na alínea c) do n.º 3 do artigo 37.º, aos casos de operações de concentração de cuja realização a Direcção-Geral de Concorrência e Preços tenha conhecimento e que não tenham sido objecto de notificação prévia, sendo, neste caso, de 90 dias contados da data do início officioso de instrução o prazo fixado no n.º 1.

Artigo 32.º

Comunicação ou autorização tácita

1 - No prazo de 50 dias contados da data da recepção da notificação prevista no n.º 1 do artigo 7.º na Direcção-Geral de Concorrência e Preços, o ministro responsável pela área do comércio, se entender que a operação de concentração em causa é susceptível de afectar negativamente a concorrência, à luz dos critérios definidos no n.º 1 do artigo 10.º, remeterá o processo ao Conselho da Concorrência para parecer, devendo na mesma data comunicar tal facto aos autores da notificação.

2 - A ausência da comunicação prevista na parte final do número anterior, no prazo estipulado, valerá como decisão de não oposição à operação de concentração.

3 - Na contagem do prazo referido no n.º 1, não serão incluídos os dias em que o prazo para a instrução se tenha encontrado suspenso por força do disposto nos n.ºs 4 e 8 do artigo anterior.

Artigo 33.º

Parecer do Conselho da Concorrência

No prazo de 30 dias contados da data da recepção do processo pelo Conselho da Concorrência, este devolvê-lo-á ao ministro responsável pela área do comércio, acompanhado de um parecer no qual:

- a) Apreciará se a operação de concentração é susceptível de afectar negativamente a concorrência nos termos definidos no n.º 1 do artigo 10.º;
- b) Ponderará da verificação, no caso concreto, das condições previstas no n.º 2 do artigo 10.º.

Artigo 34.º

Decisão

1 - No prazo de 15 dias contados da data de recepção do parecer do Conselho da Concorrência, o ministro responsável pela área do comércio poderá decidir:

- a) Não se opor à operação de concentração;
- b) Não se opor à operação de concentração, mediante a imposição de condições e obrigações adequadas à manutenção de uma concorrência efectiva;
- c) Proibir a operação de concentração, ordenando, no caso de esta já se ter realizado, medidas adequadas ao estabelecimento de uma concorrência efectiva, nomeadamente a separação das empresas ou dos activos agrupados ou a cessação do controlo.

2 - As decisões previstas nas alíneas *b)* e *c)* do número anterior revestirão a forma de despacho conjunto do ministro responsável pela área do comércio e do ministro da tutela das actividades económicas afectadas pela operação de concentração.

3 - São nulos os negócios jurídicos relacionados com a concentração na medida em que concretizem operações condenadas pelo despacho conjunto que tenha proibido a concentração, que tenha imposto condições à sua realização ou que tenha ordenado medidas adequadas ao restabelecimento da concorrência efectiva

Artigo 35.º

Recurso

Das decisões previstas nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo anterior cabe recurso contencioso para o Supremo Tribunal Administrativo.

Artigo 36.º

Procedimento especial

1 - Sem prejuízo da aplicação das correspondentes sanções, sempre que se verificar que a decisão de não oposição a uma operação de concentração se fundamentou em informações falsas respeitantes a circunstâncias essenciais para a decisão, a Direcção-Geral de Concorrência e Preços iniciará oficiosamente um procedimento com vista à aplicação das medidas previstas na alínea *c)* do n.º 1 do artigo 34.º.

2 - Ao procedimento referido no número anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 31.º a 34.º.

CAPÍTULO IV

Das sanções

Artigo 37.º

Coimas

1 - Sem prejuízo da responsabilidade penal a que houver lugar, as infracções às normas previstas no presente diploma constituem contra-ordenação punível com coima nos termos dos números seguintes.

2 - Constitui contra-ordenação punível com coima de 100 000\$ a 200 000 000\$ qualquer dos comportamentos restritivos da concorrência previstos nos artigos 2.º, 3.º e 4.º.

3 - Constitui contra-ordenação punível com coima de 100 000\$ a 100 000 000\$:

a) O não acatamento de ordem emanada do Conselho da Concorrência ao abrigo do n.º 1 do artigo 24.º;

b) O não acatamento das decisões referidas nas alíneas *b)* e *c)* do n.º 1 do artigo 34.º;

- c) A falta de notificação de uma operação de concentração sujeita a notificação prévia nos termos do n.º 1 do artigo 7.º;
- d) O fornecimento de informações falsas aquando de uma notificação apresentada ao abrigo do n.º 1 do artigo 7.º;
- e) O fornecimento de informações falsas em resposta a um pedido elaborado ao abrigo do n.º 2 do artigo 31.º ou o seu não fornecimento.

4 - Constitui contra-ordenação punível com coima de 100 000\$ a 10 000 000\$:

- a) A oposição às diligências previstas no n.º 1 do artigo 23.º;
- b) A prestação de declarações ou informações falsas em resposta a um pedido elaborado ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 23.º ou do n.º 4 do artigo 31.º.

5 - Constitui contra-ordenação punível com coima de 50 000\$ a 5 000 000\$:

- a) A prestação de declarações ou informações falsas na sequência de um pedido elaborado ao abrigo do n.º 3 do artigo 12.º, bem como a recusa da sua prestação;
- b) O não acatamento da ordem de publicação emanada do Conselho da Concorrência ao abrigo do n.º 2 do artigo 27.º.

6 - O não acatamento pelo infractor da ordem prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 27.º implica a abertura de novo processo com vista à aplicação das coimas previstas no n.º 2 deste artigo.

7 - A coima prevista na alínea b) do n.º 5 será sempre superior ao custo da publicação, que será efectuada pela secretaria-geral do ministério responsável pela área do comércio.

8 - A negligência é punível.

9 - Quando o infractor for uma pessoa singular, os valores previstos nos n.ºs 2 e 5 serão reduzidos a metade.

Artigo 38.º

Competência para aplicação de coimas

Excepto para a aplicação das coimas referidas no n.º 2, na alínea a) do n.º 3 e na alínea b) do n.º 5 do artigo anterior, em que é competente o Conselho da Concorrência, a competência para aplicação das coimas cabe à Direcção-Geral de Concorrência e Preços.

Artigo 39.º

Destino das coimas

As importâncias das coimas cobradas por infracção ao disposto neste diploma reverterão em 60% para os cofres do Estado, em 30% para a Direcção-Geral de Concorrência e Preços e em 10% para a secretaria-geral do ministério responsável pela área do comércio.

CAPÍTULO V

Disposições finais

Artigo 40.º

Norma revogatória

- 1 - São revogados o Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, e legislação complementar, o Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro, e o Despacho Normativo n.º 59/87, de 9 de Julho.
- 2 - São revogadas as normas que atribuam competências em matéria de defesa da concorrência a outros órgãos que não os previstos nos artigos 12.º e 13.º.
- 3 - As normas do Decreto-Lei n.º 422/83, de 3 de Dezembro, são aplicáveis às contra-ordenações praticadas até à data de entrada em vigor do presente diploma, sem prejuízo da aplicação das normas deste que tenham conteúdo mais favorável.

Artigo 41.º

Disposições finais e transitórias

- 1 - As disposições do presente diploma não são aplicáveis às operações de concentração de empresas notificadas nos termos do Decreto-Lei n.º 428/88, de 19 de Novembro, cujos processos de decisão se encontram pendentes à data da entrada em vigor do presente diploma.
- 2 - No caso de serviços públicos, o presente diploma não é aplicável às empresas concessionadas pelo Estado por diploma próprio, no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão.

3 - Mantêm as suas funções, nos termos dos respectivos diplomas de nomeação, o presidente e os vogais do Conselho da Concorrência, bem como os técnicos e demais pessoal afecto ao seu funcionamento.

Artigo 42.º

Entrada em vigor

O presente diploma entra em vigor no dia 1 de Janeiro de 1994.
Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 15 de Julho de 1993.
Aníbal António Cavaco Silva
Jorge Braga de Macedo
Álvaro José Brilhante Laborinho Lúcio
Fernando Manuel Barbosa Faria de Oliveira.

Promulgado em 12 de Outubro de 1993.

Publique-se.

O Presidente da República, MÁRIO SOARES.

Referendado em 14 de Outubro de 1993.

O Primeiro-Ministro, *Anital António Cavaco Silva.*

LEGISLAÇÃO PORTUGUESA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**PORTARIA N.º 1097/93 DE 29 DE OUTUBRO**

O processo de apreciação prévia, por parte do Conselho da Concorrência, dos comportamentos dos agentes económicos com vista a declarar a legalidade dos mesmos ou a sua justificação face ao disposto no artigo 5.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, é de grande importância para a segurança jurídica dos agentes económicos.

Neste termos, ao abrigo do disposto no n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro:

Manda o Governo, pelo Ministro do Comércio e Turismo, o seguinte:

1.º - 1- O Conselho da Concorrência pode, a requerimento de uma ou mais empresas ou de associações de empresas interessadas, declarar a legalidade ou ilegalidade de qualquer acordo ou prática concertada entre empresas ou de qualquer decisão de associação de empresas, bem como declarar verificados os pressupostos de justificação previstos no n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

2 - A declaração de legalidade a que alude o n.º 1 será concedida caso se conclua, com base nos factos comunicados, que não há qualquer violação do disposto no artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

3 - A declaração de inaplicabilidade do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, será concedida de cada vez que, com base nos factos comunicados, se verifique estarem preenchidas as condições previstas no n.º 1 do artigo 5.º do mesmo diploma.

2.º - 1 - Os pedidos de declaração de legalidade e de declaração de inaplicabilidade a que se refere o número anterior deverão ser apresentados em duplicado ao Conselho da Concorrência, em carta registada com aviso de recepção.

2 - As empresas e associações de empresas interessadas poderão subscrever individualmente ou colectivamente o requerimento, bem como fazer-se representar por mandatário.

3 - Se o pedido for subscrito apenas por algumas das empresas ou associações de empresas participantes no acordo ou prática concertada, as decisões a que se refere o n.º 1.º não podem ser emitidas sem que as requerentes provem ter informado as restantes do pedido.

3.º Do pedido de apreciação da legalidade deverão constar:

- a) A identificação das empresas ou associações de empresas requerentes, os seus domicílios ou sedes e a actividade ou actividades exercidas;
- b) A identificação das demais empresas ou associações de empresas participantes no acordo, decisão ou prática concertada, os seus domicílios ou sedes e actividade ou actividades exercidas;
- c) A caracterização da posição das empresas participantes no mercado dos bens ou serviços em causa;
- d) A prova do mandato, no caso referido no n.º 2 do número anterior;
- e) A forma como foram informadas as outras empresas do pedido, no caso referido no n.º 3 do número anterior;
- f) Os elementos caracterizadores do conteúdo do acordo, decisão ou prática concertada, designadamente:
 - 1) Data da celebração, data da entrada em vigor e duração;
 - 2) Descrição pormenorizada dos bens ou serviços em causa e de outros que com eles concorram;
 - 3) Objectivos do acordo, decisão ou prática concertada;
 - 4) Condições de adesão ou de participação e de rescisão ou exclusão;
 - 5) Cláusulas e articulado do acordo;
 - 6) Sanções a aplicar às empresas participantes pelo não cumprimento do acordo, nomeadamente cláusulas penais e suspensão do fornecimento;
- g) Indicação da medida em que o acordo, decisão ou prática concertada diga respeito a:
 - 1) Cumprimento de determinados preços de compra ou de venda, descontos ou outras condições;
 - 2) Limitação ou controlo de produção, do desenvolvimento técnico ou dos investimentos;
 - 3) Repartição dos mercados ou das fontes de abastecimento;
 - 4) Aplicação sistemática ou ocasional de condições diferentes em prestações equivalentes;
 - 5) Restrições da liberdade de comprar ou de vender a terceiros;
- h) Os factos e razões pertinentes que demonstram que o acordo, decisão ou prática concertada não tem por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, no todo ou em parte do mercado nacional, do bem ou serviço;
- i) Os factos ou razões pertinentes que contribuam para a justificação das práticas restritivas, nos termos do n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

4.º O pedido deverá ser sempre acompanhado da cópia do pacto social ou dos estatutos em vigor das empresas ou associações de empresas requerentes, da cópia dos documentos escritos caracterizadores do conteúdo do acordo, decisão ou prática concertada, quando existam, bem como de quaisquer outros elementos convenientes para a apreciação do pedido.

5.º O pedido será enviado pelo Conselho da Concorrência à Direcção-Geral de Concorrência e Preços para organização e instrução do processo.

6.º Nos casos em que se revele particularmente difícil, poderá ser dispensada a indicação do disposto na alínea *b*) do n.º 3.º e a parte correspondente da indicação do disposto na alínea *c*) do mesmo n.º 3.º.

7.º A Direcção-Geral de Concorrência e Preços e o Conselho da Concorrência poderão, em qualquer altura, solicitar todos os elementos adicionais considerados necessários.

8.º O processo, devidamente instruído e fundamentado, será remetido pela Direcção-Geral de Concorrência e Preços ao Conselho da Concorrência, para decisão.

9.º Decorridos 90 dias sem que tenha sido proferida decisão, poderão as empresas ou associações de empresas requerer ao Conselho da Concorrência que o comportamento em apreciação seja considerado provisoriamente válido.

10.º As declarações de legalidade e de inaplicabilidade do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro, vinculam o Conselho da Concorrência dentro dos limites e conteúdo do pedido enquanto não houver modificação das circunstâncias em que as mesmas foram emitidas e na medida em que não tenham sido obtidas com base em informações falsas, sem prejuízo do procedimento penal a que neste caso houver lugar.

11.º Antes de tomar qualquer decisão, o Conselho da Concorrência mandará publicar na 2.ª série do *Diário da República* e num jornal de expansão nacional, a expensas do requerente, o conteúdo essencial do pedido, a fim de que terceiros directamente interessados possam apresentar as suas observações no prazo que for fixado, o qual não pode ser inferior a 30 dias.

12.º O Conselho da Concorrência mandará publicar na 2.ª série do *Diário da República* o conteúdo essencial das declarações de legalidade e de inaplicabilidade do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 371/93, de 29 de Outubro.

Ministério do Comércio e Turismo.

Assinada em 14 de Outubro de 1993.

Pelo Ministro do Comércio e Turismo, *Luis Maria Viana Palha da Silva*, Secretário de Estado da Distribuição e Concorrência.

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	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	vol. 4 n.º 2
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, TÉRCIO SAMPAIO	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	vol. 3 n.º 6
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida	vol. 4 n.º 1
FONSECA, JOÃO BOSCO LEOPOLDINO	Admissibilidade de Atos que limitam a con-	vol. 4 n.º 5

	corrência	
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	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 III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>		vol. 4 n.º 6
ABERTURA		
FERNANDO HENRIQUE CARDOSO	Discurso do Presidente da República	
GESNER DE OLIVEIRA	Discurso de Abertura	
DONALD J. JOHNSTON	Competition Policy and Economic Reform Conference	
RAINER GEIGER	Opening Statement	
PAULO JOBIM FILHO	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	
	Suggested Issues for Discussion	
TRABALHOS APRESENTADOS		
BANGY, AZEEM R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	
BOGO, JORGE	Privatizaciones Y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	
CONRATH, CRAIG W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	
CYSNE, RUBENS PENHA	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	
FERRAZ JR, TERCIO SAMPAIO	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	
FRANCESCHINI, JOSÉ INÁCIO GONZAGA, PEREIRA, EDGARD ANTONIO LACROTERIA DA SILVA, ELENI	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	
LEIDENZ, CLAUDIA CURIEL	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 - 1997	
LONDOÑO, ALFONSO MIRANDA	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	
MATTOS, CÉSAR	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	
MEZIAT, ARMANDO	A Defesa Comercial no Brasil	
NELLIS, JOHN	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	
ROWAT, MALCOLM	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	
SCHYMURA, LUIZ GUILHERME	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	
TAKAHASHI, IWAKAZU	Competition Policy and Deregulation	
TAVARES DE ARAUJO JR., JOSÉ TINEO, LUIS	Integração Regional e Política de Concorrência	
VAZ, ISABEL	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

AC 12/94	RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO	vol. 2 n.º 3
AC 12/94	RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE)	vol. 2 n.º 3
AC 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
AC 06/94	ETERNIT S. A. E BRASILIT S.A.	vol. 2 n.º 3
AC 01/94	ROCKWELL DO BRASIL S. A. E ÁLBARUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO	vol. 2 n.º 4
AC 20/94	CBV INDÚSTRIA MECÂNICA	vol. 2 n.º 4
AC 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
AC 16/94	SIDERÚRGICA LAISA S.A. (GRUPO GERDAU) E GRUPO KORF GMBH (CIA SIDERÚRGICA PAINS)	vol. 2 n.º 4
AC 16/94	REAPRECIÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº16/94 - GRUPO GERDAU - CIA SIDERÚRGICA PAINS	vol. 3 n.º 3
AC 05/94	CARBORUNDUM DO BRASIL LTDA. E NORTON S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO	vol. 3 n.º 4
AC 43/95	FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE CAFÉ	vol. 3 n.º 4
AC 04/94	HLS DO BRASIL SERVIÇOS DE PERFILAGEM LTDA. (HALLIBURTON SERVIÇOS LTDA.)	vol. 3 n.º 4
AC 56/95	JOVITA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	vol. 3 n.º 4
AC 14/94	BELGO MINEIRA, DEDINI	vol. 3 n.º 7
AC 33/96	COPLATEX, CALLAS TÊXTIL	vol. 3 n.º 7
AC 15/94	VELOLME ISHIBRAS S.A..	vol. 3 n.º 7
AC 27/95	K & S AQUISIÇÕES LTDA. E KOLINOS DO BRASIL S/A	vol. 3 n.º 10
AC 41/95	HOECHST DO BRASIL, QUÍMICA E FARMACÊUTICA E RHODIA S.A. (FAIRWAY)	vol. 4 n.º 1
AC 38/95	BASF. S. A.	vol. 4 n.º 3
AC 42/95	ÍNDICO PARTICIPAÇÕES	vol. 4 n.º 3
AC 29/95	PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARAÍBA	vol. 4 n.º 3
AC 58/95	COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA, MILLER BREWING COMPANY E MILLER BREWING M 1855, INC.	vol. 4 n.º 4
AC 83/96	COMPANHIA ANTÁRTICA PAULISTA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBINAS E CONEXOS, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL INC. - ABII, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL HOLDINGINC. - ABIH	vol. 4 n.º 5

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 OUIROS	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 CATARINENSE 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 CORREITÓRIAS 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	REFRÍO 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

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 EUROPEIAS (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

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><i>SIMPÓSIO</i> <i>“PRÁTICAS COMERCIAIS</i> <i>RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO</i> <i>ANTITRUSTE”</i></p>	<p>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><i>SIMPÓSIO</i> <i>“DUMPING E CONCORRÊNCIA</i> <i>EXTERNA”</i></p>	<p>vol.1 n.º 3</p>
<p>Luiz Olavo Baptista Michel A. Alaby Werter R. Faria Maria Isabel Vaz</p>	<p><i>SIMPÓSIO</i> <i>“CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL”</i></p>	<p>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 Elizabeth Farina Jorge Gomes de Souza.</p>	<p><i>SIMPÓSIO</i> <i>“CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A</i> <i>RESOLUÇÃO N.º 1 DO CADE”</i></p>	<p>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><i>TRANSCRIÇÃO DAS PALESTRAS DO</i> <i>II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA</i> <i>CONCORRÊNCIA</i></p>	<p>vol.3 n.º 6</p>

