

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOUTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 4 número 3 março 1997

**I
B
R
A
C**

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Março de 1997

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

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

home page: www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

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

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

Periodicidade: mensal

Catálogo

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

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

DOCTRINA

INFORMAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Alexandre Augusto Reis Bastos..... 3

UMA AVALIAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE FRENTE ÀS FUSÕES E AQUISIÇÕES, A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DOS EUA

Carlos Alberto Bello..... 11

NOVOS ÓRGÃOS REGULADORES: ENERGIA, PETRÓLEO E TELECOMUNICAÇÕES

Pedro Dutra..... 39

JURISPRUDÊNCIA

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 38/95 BASF S.A 55

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS n.ºs 155, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171 e 172/94. DPDE/SDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília 67

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 42/95 Indico Participações S. A. (Anterior Denominação da Supermar Supermercados S.A.) e Fernafela S. A...... 91

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 29/95

PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARÁIBA 105

ACÓRDÃOS E DESPACHOS 125

LEGISLAÇÃO

PORTARIA N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997

Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico 137

PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL 157

ÍNDICE REMISSIVO DOS NÚMEROS ANTERIORES DA REVISTA

DO IBRAC 171

DOUTRINA

INFORMAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Alexandre Augusto Reis Bastos •

Os paradigmas da administração moderna estão centrados na informação, enquanto recurso básico à tomada de decisões e à modernização das organizações. A informação enquanto recurso estratégico, bem econômico e social é a verdadeira alavanca de progresso, de modernidade e de produtividade. A necessidade de centrar a tomada de decisão na informação é essencial ao processo de mudança cultural de qualquer instituição. Por isso, os órgãos componentes do Sistema de Defesa da Ordem Econômica (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF) estão adequando seus métodos e procedimentos de trabalho no sentido de buscar maior agilidade na tomada de decisões com adição de qualidade e produtividade.

Para tanto, a SDE vem tomando, ao longo dos anos, algumas decisões que possibilitam centralizar sua atuação e agilizar as fases dos processos em tramitação (Averiguações Preliminares, Procedimentos Administrativos, Processos Administrativos, Apurações de Atos de Concentração e Atos de Concentração).

Visando à agilidade na tramitação desses processos, a SDE atacou o problema em duas frentes: informatização e atos processuais.

I - INFORMATIZAÇÃO

A SDE está modernizando todo o sistema de controle de dados processáveis por meio de Rede de Dados. Através do processamento descentralizado de todas as informações

• Alexandre Augusto Reis Bastos, economista, é técnico da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

pertinentes, será possível associar-se ao processo corporativo todos os meios externos de tratamento de informações como integradores de sistema de informações. Para que se atinja este objetivo, implementou-se um projeto que contempla redes locais, por segmento, possibilitando interligação entre servidores, estações de trabalho, impressoras e, implementação de comunicação de dados locais e remotos que, respaldados por uma metodologia de processamento distribuído, atenderá às interações dos sistemas e às demandas reprimidas, criando assim uma infra-estrutura padronizada conforme especificações consolidadas e aceitas pela Administração Pública Federal através do PR/MARE/POSIG. Garantirá, portanto, a preservação dos investimentos que deverão seguir os padrões e tendências mundiais. No ano em que se iniciou esse processo, 1995, realizou-se a reengenharia do tratamento de informações da SDE, cujos fundamentos básicos estão fulcrados nas principais tendências, a saber:

1. maior integração entre os órgãos que fazem parte do Sistema de Concorrência - CADE, SDE/MJ e SEAE/MF;
2. conscientização de que informação é um patrimônio estratégico;
3. interface usuário/equipamento/sistemas de informações bastante similar e amigável, independente de equipamento e sistema;
4. interoperabilidade de sistemas com garantia da portabilidade das aplicações entre equipamentos, possibilitando a integração dos sistemas e garantindo alta disponibilidade de uso;
5. conscientização cada vez maior das vantagens do processamento distribuído;
6. renovação dos equipamentos, que tornou o desenvolvimento da tecnologia de rede como alternativa mais viável e coerente;
7. crescente multiplicidade de escolha disponível para soluções e componentes de sistemas;
8. acesso a aplicações de bases de dados externos (FUNAI, Departamento de Polícia Federal, Arquivo Nacional, Imprensa Nacional, IBRAC, PRODASEN, IBGE, e outros);
9. serviço de correio eletrônico e comunicação eletrônica de documentos visando à agilização na

disseminação de informações internas e de comunicação administrativa oficial interna e externa;

10.transparência de arquivos em formatos múltiplos;

11.compartilhamento de periféricos como impressoras, unidades de discos com grande capacidade, scanners, servidores de comunicação e base de dados;

12.acesso a aplicações para extração de informações estratégicas e gerenciais para tomada de decisões, com vistas à implantação de acervo de informações no âmbito da rede local; e

13.aproveitamento de toda a cultura já existente no Órgão referente à microinformática e os investimentos em treinamentos já realizados

II - ATOS PROCESSUAIS

A SDE possui, em sua estrutura regimental, a Inspetoria-Geral, que é uma Unidade de assessoramento ao Gabinete do Secretário, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e o Departamento de Proteção e Defesa Econômica

Devido à alta demanda de reclamações as mais variadas possíveis e à necessidade de maior integração entre o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, o consumidor e os PROCONs está em fase de implantação um projeto piloto juntamente com 8 (oito) PROCON'S cujo objetivo é a implementação de um banco de dados de produção e consumo. Esse banco de dados será um instrumento capaz de dar transparência à oferta de produtos e serviços, envolvendo os consumidores no processo de melhoria da qualidade através das informações disponíveis. O projeto possibilitará aos consumidores realizarem melhores escolhas e exercerem seu poder de compra com vista à melhoria da qualidade de vida, permitindo ainda o reconhecimento da vulnerabilidade a que estão sujeitos no mercado de consumo, da necessidade de transparência e harmonia das relações de consumo e do atendimento de suas necessidades, respeitada sua dignidade, saúde e segurança.

As informações contidas nesse banco de dados atenderão à consolidação do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas; à transparência do Sistema Nacional de Defesa

do Consumidor, identificando as competências e ações dos órgãos e entidades que o integram; às informações previstas no art. 31 da Lei nº 8.078/90 sobre produtos e serviços oferecidos no mercado; à identificação das normas e regulamentos técnicos; à consolidação das leis específicas e gerais que regulamentam as relações de consumo, extraíndo as diretrizes básicas orientadoras para a defesa do consumidor; jurisprudência das decisões administrativas e judiciais relativas à defesa do consumidor; às informações sobre o passivo e riscos ambientais relacionadas a cada produto ou serviço.

No Departamento de Proteção e Defesa Econômica, particularmente nos atos de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884/94, a SDE, juntamente com a SEAE e o CADE, vem trabalhando no sentido de dar uma maior agilidade e, conseqüentemente, maior rapidez, a esses processos.

De acordo com o art 54 da citada Lei, os atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, seja de fusão ou incorporação de empresas, seja de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou agrupamento societário, seja de resultado de dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, que visem à concentração econômica, desde que a participação de empresas ou grupo de empresas envolvidas resulte em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), deverão ser submetidos à apreciação do CADE e poderão ser autorizados desde que atendam às condições previstas nos incisos I a IV do § 1º do referido artigo. A inobservância dos prazos de apresentação (§ 4º do art. 54) será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

A tramitação de um processo inicia-se com a apresentação à SDE, em três vias, da documentação. Esta remete imediatamente à SEAE uma das vias e outra ao CADE. A SEAE terá trinta dias para emitir o seu Parecer Técnico e remetê-lo à SDE para manifestar-se também igual prazo. Logo

após, a SDE encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará dentro de sessenta dias.

Visando acelerar a análise desses atos sem prejuízo para a Administração Pública e para o mercado, os Órgãos de Defesa da Ordem Econômica dispõem de recursos para agir, com sucesso, observando procedimentos próprios de cada um deles.

1ª. A Resolução CADE nº 5 de 28.08.96, que disciplinou as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, criou, em seu art. 2º, a apresentação do requerimento simplificado em um formulário padrão, o qual, além de sintetizar todas as informações contidas na operação a ser analisada em um só documento, reduziu as exaustivas reproduções de cópias de documentos que as empresas eram obrigadas a apresentar e, principalmente, a análise dos técnicos envolvidos naqueles processos.

2ª. A SEAE coordena, todas as terças-feiras, uma reunião conjunta entre CADE, SDE, SEAE e as empresas envolvidas no processo, para tratar da operação e dirimir as dúvidas que por ventura venham a surgir. Estas reuniões são altamente proveitosas porque viabilizam uma importante integração entre os Órgãos de Defesa da Ordem Econômica e as empresas envolvidas, e também permitem maior aprofundamento nas questões específicas ao ato em si. Dúvidas e/ou sugestões são levantadas pelos técnicos envolvidos na apreciação do feito, assim como pelo Conselheiro Relator do Processo e pela Procuradoria do CADE. Por fim, havendo consenso decide-se pela análise sobre a forma simplificada, ou, persistindo dúvidas ou faltando elementos que possibilitem o convencimento, o feito é baixado em diligências, ou passa-se a apreciá-lo sob a ética do formulário completo.

3ª. A SDE, através da Instrução Normativa referente à Portaria nº 5/96, permitiu a divulgação do ato em análise no Diário Oficial da União com o objetivo de colher manifestações de concorrentes, clientes ou quaisquer consumidores ou interessados acerca da operação e tudo que possa subsidiar o exame do ato. Desta forma, devem as empresas manter um acompanhamento contínuo dos atos publicados nos D.O.U. para que ofereçam contribuições aos atos, caso lhe interessem.

Objetivando, ainda, a celeridade, adotou-se a peça do Relatório, como meio ágil, tendo em vista a apreciação prévia da SEAE/MF, tudo em consonância com a Resolução nº 5/96 do CADE e Portaria nº 5/96 da SDE

Para se ter uma noção do tempo de análise dos Atos de Concentração, no ano de 1994, ano de publicação da atual Lei de Defesa da Ordem Econômica, a média do tempo de análise desses atos era de aproximadamente 4 meses para a SEAE e 8,5 meses para a SDE, ou seja, o processo demorava em média 12,5 meses para chegar ao CADE, (é necessário frisar que naquela época a SDE contava com apenas um funcionário para analisar tais processos).

Em 1996, houve uma sensível diminuição em torno de 97,78% no tempo de análise na SEAE e SDE. Concomitantemente houve um aumento de 716,67% do número de novos atos de concentração que ingressaram na SDE. Para exemplificar, tem-se a operação em que o Grupo Alemão Kohap adquiriu o negócio de fitas magnéticas do Grupo Basf. Este ato foi protocolizado na SDE em 23.01.97; em 24.01.97, foram enviadas cópias ao CADE e à SEAE; em 21.02.97, foi publicado o ato convocatório no D.O.U.; em 10.03.97, foi anexado ao processo o Parecer Técnico da SEAE; em 17.03.97, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (Coordenação-Geral de Controle de Mercado e Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos) concluiu seu parecer e, finalmente em 20.03.97, foi publicado no D.O.U. o despacho do Secretário de Direito Econômico enviando o Processo ao CADE para julgamento.

Fica evidente que os Órgãos de Defesa da Ordem Econômica estão preocupados com a melhoria dos trabalhos realizados no âmbito do Poder Executivo. Esforços têm sido enviados em todos os sentidos, tanto através da informatização, de atos normativos (portarias ou resoluções), como através do aperfeiçoamento de recursos humanos em cursos, seminários, palestras e foruns permanentes em defesa da concorrência sob administração do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Como a consequência da maior integração entre esses órgãos, já se observa o fortalecimento cada vez maior de meios para melhor produzir trabalhos eficientes e de qualidade, visando não só a uma rápida resposta à sociedade brasileira,

como à transmissão dessas experiências aos parceiros do MERCOSUL, em atendimento ao Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL, assinado na cidade de Fortaleza em 17.12.96 .

UMA AVALIAÇÃO DA POLÍTICA ANTITRUSTE FRENTE ÀS FUSÕES E AQUISIÇÕES, A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DOS EUA¹

Carlos Alberto Bello ²

Sumário:

Introdução,

1- Histórico;

2- Discutindo os Merger Guidelines

2.1- Os ganhos de eficiência,

2.2- A análise das barreiras à entrada,

2.3- O modelo estrutura-conduta-desempenho - ECD;

3- A regra da razão como método da política antitruste;

4- Propósitos da política e a questão da sua legitimidade .

Introdução

Cabe esclarecer de início que se trata de analisar a política e não a legislação antitruste porque esta tem um caráter bastante sucinto (apenas enuncia princípios) e por isso é dotada de uma flexibilidade que permite diversas interpretações. A política antitruste pode ser entendida tanto como conjunto de diretrizes formuladas a partir de aplicações concretas da lei quanto como articulação entre tais diretrizes e as políticas públicas. Essas últimas podem estar institucionalizadas em leis que especificam tratamentos especiais da lei de concorrência - como na comunidade européia, onde é possível a articulação com as políticas de competitividade, de apoio a setores, regiões ou pequenas e médias empresas - ou podem depender da ação dos governantes de plantão, hipótese certamente pouco virtuosa num regime democrático.

A **primeira seção** dedica-se a situar a atual política dos EUA em perspectiva histórica, expondo brevemente a chamada

¹ Resultado preliminar da pesquisa Democracia e Poder Econômico: A legislação antitruste brasileira diante dos processos de concentração e centralização de capitais à escala mundial, conduzida no CEBRAP com apoio da FINEP.

² Pesquisador do CEBRAP - Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, doutorando em Sociologia pela USP e mestre em Economia pela PUC de São Paulo.

revolução antitruste - a crescente incorporação da análise econômica à atuação das agências. Salienta também que a política tornou-se bastante complexa por ter incorporado diversos fatores cuja ausência de padrões de medida torna sua análise bastante problemática.

A **segunda seção** trata de três fatores que demonstram essa revolução. Ressalta a grande dificuldade em estabelecer padrões de medida para as barreiras à entrada - fator mais importante na análise - e para os ganhos de eficiência, cujas alegações suscitam muita polêmica. Dada a inclusão de vários fatores cuja avaliação é complexa, questiona-se a exclusão da análise sobre o desempenho das empresas - um dos elementos do modelo estrutura-conduta-desempenho, apesar das dificuldades que esta análise também revela.

A **terceira seção** discute a regra da razão como método capaz de superar ou minorar tais dificuldades. Esta regra mostrou-se capaz, inclusive, de lidar com outros problemas relativos às políticas antitruste. A **quarta seção** propõe que a regra da razão pode dar conta dos diversos propósitos atribuíveis a tais políticas, podendo contribuir também para que elas possam desfrutar de legitimidade junto à sociedade.

I - Histórico

Somente em 1968 a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (doravante DA) editou seu primeiro guia para o tratamento das Fusões e Aquisições (doravante F&A), conhecido como *Merger Guidelines*, não havendo até então uma consistente mediação entre os princípios contidos nas leis - necessariamente sucintos e abstratos, dada sua vinculação com a cultura da *common law* - e a complexa realidade econômica em foco. A necessidade de estabelecer padrões de análise resultou em pressuposições pouco rigorosas quanto à probabilidade das F&A darem origem a (ou reforçarem) condutas anticompetitivas.

Como havia incapacidade em tratar legalmente os oligopólios pois colusões tácitas raramente poderiam ser comprovadas, foi adotada uma postura conhecida como a doutrina da insipiência, uma orientação para impedir a formação do poder de monopólio no seu nascedouro ³. Ela

³ Fisher (87) levanta o argumento de que a doutrina da incipiência pode ser vista como uma forma de preencher o vazio no tratamento legal dos oligopólios,

estava fundamentada no modelo estrutura-conduta-desempenho (doravante ECD), cuja lógica básica prevê que estruturas de mercado concentradas ensejam condutas anticompetitivas que possibilitam a obtenção de margens ou taxas de lucro superiores aos níveis observados em condições competitivas. Tratava-se de evitar atos que poderiam fomentar um processo de concentração capaz de, num futuro próximo ou algo remoto, resultar numa estrutura de mercado concentrada provavelmente conducente a práticas não-competitivas ⁴. A literatura examinada (Kwoka & White 94) e os textos da DA e Federal Trade Commission -FTC - afirmam que essa política era consequência do escasso avanço dos estudos de organização industrial (doravante OI) até os anos 70, tornando praticamente ilegal todas as F&A entre 1950 ⁵ e 1968, até mesmo quando as empresas sequer detinham 10% do mercado.

A DA editou o primeiro *Merger Guidelines* baseado no modelo ECD, partindo de dois indicadores de concentração de mercado - a participação das 4 maiores empresas e daquelas envolvidas em F&A. No entanto, isso não representou uma mudança muito significativa pois seria necessário levar em conta outros indicadores, dado que os expressivos avanços dos estudos de OI a partir dos anos 70 salientavam a importância das barreiras à entrada e dos ganhos de eficiência. Por esse motivo, a aplicação da lei ainda é considerada rígida neste período.

O *Merger Guidelines* de 1982 é um divisor de águas frente à política anterior pois contou com grande participação dos economistas da DA e por isso incluiu os indicadores citados

notadamente nos casos de colusão tácita - tipicamente a liderança de preços por uma empresa. Na página 24, o autor mostra a grande dificuldade em tratar de tais casos:

"With the exception of acts designed to exclude new entrants, only explicit or implicit collusive acts can be successfully attacked, and even a win by the government in a collusion case will leave in place the very structure that makes it likely that similar anticompetitive events will occur again."

⁴ Embora não se disponha de dados conclusivos, parece que sua aplicação era restrita ao primeiro elemento (estrutura de mercado) e nele em apenas um aspecto - o exame do grau de concentração de mercado pois pouco se levava em conta as parcelas de mercado das empresas).

⁵ Quando o Celler-Kefauver Act fez valer essa proibição; como até então apenas as aquisições de ações eram vetadas, as empresas realizavam as operações através da transferência de ativos.

acima, articulando melhor os aspectos jurídicos e econômicos. Cinco fatores compõe a análise dessas transações (vide Salop 87); a definição do mercado relevante - qual produto, qual área geográfica a considerar, quais os produtos substitutos, o grau de concentração - medido pelo índice Herfindahl-Hirschmann (maiores detalhes em Kwoka & White 94), os ganhos de eficiência, a intensidade das barreiras à entrada (estes dois fatores analisados mais adiante) e outras características de mercado ⁶.

Essa transformação foi caracterizada na literatura econômica como uma *Antitrust Revolution* (vide Kwoka & White 94), com a análise econômica criteriosa assumindo importância decisiva e eliminando a fraqueza intelectual da política anterior, apoiada em difusos preconceitos contra a grande empresa. Examinaremos essa concepção de revolução na última seção; por ora, é importante ressaltar que a política antitruste tende a ganhar maior consistência com uma maior incorporação das contribuições da OI e seu maior entrosamento com as doutrinas jurídicas.

A maior complexidade dos fatores envolvidos na avaliação dos prováveis efeitos anti-competitivos permitiu que as F&A deixassem de ser consideradas praticamente ilegais. Por um lado, os estudos de OI permitiram combinar os indicadores de concentração com uma avaliação das barreiras à entrada e subsidiariamente com o exame de outros elementos potencialmente facilitadores de colusões entre empresas. Por outro lado, novas teorias no campo liberal (ou não-intervencionista) como a teoria dos custos de transação (vide Williamson 75) e a teoria dos mercados contestáveis (vide Baumol, Bailey & Willig 92) propiciaram respectivamente observar aspectos positivos das F&A - menores custos e/ou maiores ganhos de eficiência - e limitar a importância dos indicadores de concentração como conducentes a comportamentos anticompetitivos.

O formato geral da política manteve-se praticamente o mesmo no *Merger Guidelines* de 1992 ⁷ - elaborado em conjunto

⁶ A heterogeneidade de produtos, uma forte concentração entre os demandantes desse produto, uma pequena difusão de informações no mercado, razoável possibilidade das pequenas empresas ampliarem seu espaço e um histórico nulo das empresas em questões antitruste tendem a favorecer a aprovação da transação, ao contrário de evidências num sentido oposto.

pela DA e pela FTC- introduzindo um outro fator - tendência a aprovar a transação se uma empresa estivesse rumando para a falência, detalhando melhor o fator barreiras à entrada (para que elas fossem pequenas, seria necessário verificar a oportunidade, a probabilidade e a suficiência da entrada) e situando a análise do fator outras características de mercado (renomeado como efeitos potencialmente adversos à competição) logo após a definição do mercado relevante e a apuração dos índices de concentração ⁸.

A aplicação da lei parece ter sido bastante menos rígida desde a "revolução", ficando patentes os esforços das agências para chegar a acordos ⁹. Enquanto a DA questionou apenas 60 transações desde o início do ano fiscal de 1993 até março de 1996, representando menos de 2% dos casos notificados somente em 1995, a FTC (vide Azcuenaga 96) solicitou informações adicionais (chamadas *second request*, o primeiro passo para uma investigação formal) em pouco mais de 2% (79 em 3653) das transações comunicadas e submetidas à avaliação de acordo com o *Hart-Scott-Rondino Act* ¹⁰ nos anos fiscais de 1994 e 1995 (primeira metade).

De acordo com Kwoka & White (1994), tem sido questionados poucos casos de F&A de natureza vertical ¹¹ pois eles raramente ameaçariam os consumidores, assim como as operações de caráter conglomerado (sequer tem sido debatidas) ¹².

⁷ Segundo Salop (87), as alterações introduzidas em 1984 foram pouco significativas.

⁸ Maiores detalhes, vide a íntegra do documento e sua tradução em IBRAC (96a).

⁹ Como consta do seguinte trecho de um relatório da DA (vide DA 96): "*Increased work in the merger area also comes from the Antitrust Division's fundamental belief that working out sensible solutions to competitive problems is better for the business community and the American economy than halting a proposed transaction altogether*".

¹⁰ Trata-se de um exame rápido porque dura apenas 30 dias dos quais pelo menos 7 servem para decidir qual agência federal irá cuidar do caso.

¹¹ Apesar disso, Mary L. Steptoe (vide Steptoe 96 e IBRAC 96c) salienta que as agências passaram a lhes dar maior atenção nos anos 90, comparativamente à ausência de questionamento nos anos 80.

¹² As transações tem natureza horizontal quando se dão dentro de um mesmo segmento produtivo. Tem natureza vertical quando mais de um segmento está

Não há tal consenso quanto às F&A horizontais que envolvem empresas com expressiva participação no mercado; alguns críticos (citados em Kwoka & White, 94) alegam que a aprovação da FTC e da DA às grandes transações nos anos 80 - respectivamente no setor de petróleo e nos setores de aço e aviação - não teriam resultado de adequadas incorporações dos avanços das análises econômicas. Embora haja consenso de que houve permissividade no conservador governo Reagan (vide Kwoka & White 94 e Pitofsky 96), não parece adequado imputá-la à citada revolução, pelo menos se observarmos a evolução dos estudos de OI.

No entanto, não foram elaborados padrões de medidas para avaliar os novos fatores incorporados na análise, como poderemos observar na seção que se segue. Nesse contexto, cotejar os efeitos anti e os pró competitivos continua em princípio dando margem a soluções arbitrárias, pouco fundamentadas ou permissivas, ainda mais se houver interferência de outros órgãos estatais ou da ação subterrânea dos interesses empresariais envolvidos.

Cabe comentar ainda que essa revolução deu uma contribuição aparentemente tênue (através dos fatores contidos nas outras características de mercado - em 1992 denominados efeitos potencialmente adversos à competição) para que a política antitruste pudesse tratar das tácitas colusões oligopólicas, provavelmente a prática anticompetitiva mais comum (vide Kwoka & White 94 e Fisher 87). Dessa forma, a análise econômica ainda tem muito a evoluir para que a política antitruste possa cumprir amplamente os objetivos prescritos pela legislação.

2 - Discutindo os Merger Guidelines

Passaremos agora a examinar as posições de funcionários da FTC e de economistas com relação a dois fatores cuja incorporação foi aspecto fundamental da revolução: os ganhos de eficiência, de caráter altamente polêmico e as barreiras à entrada, proeminentes frente aos demais fatores.

2.1- Os ganhos de eficiência

envolvido e eles estão articulados numa mesma cadeia de produção e comercialização (um fornece bens para o outro ou distribui produtos do outro), conglomeral quando envolver segmentos que não estejam articulados entre si.

A diretora de Planejamento de Políticas Susan DeSanti (vide DeSanti 96), falando a respeito de um relatório da FTC ¹³, ressalta que o objetivo das agências é proteger os consumidores no longo prazo (melhor qualidade e maior escolha de produtos aos menores preços) e por isso o exame dos efeitos imediatos da F&A não é suficiente; citando Williamson (68), lembra que a um monopólio pode interessar baixar os preços após essa transação mas, no longo prazo, só a competição o incentivaria a repassar aos consumidores os ganhos de eficiência (via menor custo ou maior qualidade).

Nesse sentido, o futuro grau de competição no mercado seria a variável chave para analisar quão relevantes seriam as alegações de ganhos de eficiência. Tais ganhos teriam efeitos pró-competitivos se aumentassem a competitividade da empresa em pauta e do mercado onde ela opera (ou se pelo menos ela não diminuísse); eles deveriam afetar a capacidade e o interesse dessa empresa de forma a pelo menos não aumentar a probabilidade de ela exercer seu poder de mercado, de maneira que tais ganhos resultassem em benefícios para os consumidores. A análise teria duas etapas; não bastaria demonstrar que a transação resultaria em ganhos de eficiência plausíveis e substanciais pois eles não seriam bem-vindos se beneficiassem apenas a empresa.

Além de estabelecer o grau futuro de competição como parâmetro central da análise dos ganhos de eficiência, era preciso definir o status desse fator no conjunto de fatores concernentes às F&A. A autora propõe que as partes - a quem (dada a disponibilidade de informações) cabe demonstrar as evidências sobre tais ganhos - os utilizem para rebater a presunção de um provável efeito anticompetitivo mas eles não teriam o poder de desqualificar as evidências anteriores. Poderiam apenas persuadir as agências de que a transação provavelmente não diminuiria o grau de competição; as agências tomariam posição diante do conjunto de evidências e interpretações envolvidas, de forma que a alegação de ganhos de eficiência não teria o status de contraprova.

Seriam considerados os diversos tipos de ganhos possíveis - das economias de escala e especialização da planta

¹³ Relativo à política antitruste nas indústrias high-tech nos mercados globais, preparado a partir de audiências públicas.

até ganhos nos campos da distribuição, da promoção, da administração e da inovação - com a importância e significado de cada um sendo função de sua magnitude e probabilidade, o grau em que eles capacitam a empresa a aumentar (ou a não diminuir) a competição e assim beneficiar os consumidores. Enquanto os dois primeiros tipos são razoavelmente acessíveis e comprováveis e geralmente aumentam a capacidade competitiva da empresa, os demais não desfrutam de tais atributos. Os ganhos administrativos e de inovação aumentam essa capacidade mas são de difícil acesso e comprovação, exatamente o oposto dos ganhos de distribuição e promoção - a redução de custos com marketing e vendas elimina um elemento da competição entre as duas empresas que transacionaram. Os ganhos seriam considerados apenas se não pudessem ser obtidos por outros meios que não uma F&A e resultariam em benefícios para os consumidores, uma vez garantido o aumento ou manutenção do grau da competição.

O conjunto das proposições demonstra a preocupação em examinar o provável grau de competição no mercado, não aceitando que um ganho de eficiência da empresa necessariamente a predisponha a utilizá-lo de forma pró-competitiva, já que a transação pode permitir práticas colusivas entre as empresas remanescentes, tanto mais quanto mais importante seja a empresa incorporada, quanto mais o histórico do segmento tenha sugerido ou mostrado tais práticas. Diante de uma argumentação inerentemente conjectural como essa, delimitar um espaço subordinado à questão dos ganhos de eficiência é uma atitude prudente; avaliações subjetivas baseados em evidências em boa parte conjecturais correm grande risco de erro, ainda mais quando o conjunto de informações coligidas é insuficiente por definição - tanto em termos quantitativos quanto qualitativos.

No entanto, a posição exposta por DeSanti não parece ser a preponderante no *Merger Guidelines* de 1992 pois este limita-se a ressaltar que os ganhos devem resultar da transação e que devem ser maiores quanto maior o risco à competição¹⁴, não sugerindo tanta importância ao grau futuro de competição

¹⁴ Depois de definir o mercado relevante, apurar o índice de concentração, avaliar os efeitos potencialmente adversos á competição e analisar a existência de barreiras á entrada.

nem recorrendo sobre o acesso, a comprovabilidade e o efeito dos diversos tipos de ganhos de eficiência.

Em Kwoka & White 94 foi discutido um caso no qual a alegação de ganhos de eficiência teve importância decisiva nos anos 80 (vide Kwoka 94b). Ela era bastante conjectural pois se baseava na idéia de que a *joint-venture* entre a General Motors GM e a Toyota (corporificada na empresa NUMMI, New United Motor Manufacturing) para produção de carros compactos propiciaria à primeira aprender com a empresa japonesa mais bem sucedida internacionalmente. Não se tratou de alegar ganhos oriundos de economia de escala (plantas já tinham tamanho mínimo) ou da introdução de um novo produto (produziria o Corolla, o principal produto já exportado pela Toyota, a maior vendedora japonesa nos EUA) - aqueles que DeSanti há pouco apontou como os elementos mais relevantes, nem tampouco da redução de custos pois o autor demonstrou ainda que ela alcançaria menos de 5% do valor do carro ¹⁵.

Os ganhos decorreriam da possibilidade de a GM aprender o processo de manufatura japonesa mas o autor mostrou que a NUMMI se restringiria à montagem final e a algumas etapas da estampagem, além do fato de que a alta produtividade do trabalho no Japão e o sistema de controle de estoques não seriam transplantáveis. Diante da elevada probabilidade de cooperação entre as duas empresas - moderação no ímpeto conquistador da Toyota (já restringido pela imposição de cotas às importações) e troca de informações para os diversos mercados onde ambas operam, é quase certo que os alegados ganhos de eficiência não teriam levado a FTC a autorizar a transação se as propostas descritas por DeSanti tivessem sido seguidas. É bastante provável que o poder de pressão da GM foi capaz de forçar uma interferência de outros órgãos estatais, alegando a necessidade de reforçar a competitividade da indústria dos EUA num setor onde ela atingia níveis críticos, num setor de tanta importância econômica e social.

Outros estudiosos também ressaltam o caráter altamente polêmico das alegações de ganhos de eficiência. Salop (87) levanta um conjunto de questões (relativas ao *Merger Guidelines* de 1982), salientando a dificuldade em estabelecer

¹⁵ Porque a NUMMI só agregaria 20% ao valor das peças importadas do Japão mas o custo menor destas seria quase totalmente absorvido pelos maiores salários dos EUA.

um padrão do que seriam evidências conclusivas, a ausência de procedimentos para balancear tais ganhos frente às probabilidades de condutas anticompetitivas, a dúvida se essa argumentação deve ser incluída sempre ou apenas em casos problemáticos e a controvérsia se os ganhos deveriam ser aceitos apenas se beneficiassem os consumidores.

White (87) mostrou-se algo cético quanto a tais alegações ao salientar que as dificuldades de articulação entre duas estruturas e estilos gerenciais podem limitar os aumentos de produtividade e resultar até em deseconomias de grande escala. Lembra ainda que a transação pode incrementar a probabilidade de coordenação oligopolista do mercado como um todo, um risco maior do que cooperação entre as partes que transacionam. Por isso, tais ganhos teriam um status secundário e seriam analisados após a análise dos graus de concentração e das barreiras à entrada.

Fisher (87) atribui o mesmo status a tais ganhos, reforça a necessidade de haver rigor nas evidências (critica a *joint-venture* da GM e Toyota relatada há pouco e salienta que os ganhos poderiam ser obtidos de outras formas) e chama a atenção para o risco de que uma maior aceitação de evidências pouco fundamentadas pode incentivar as empresas a investirem na produção desse tipo de informação, aumentando o risco de ocorrerem equívocos.

Schmalensee (87) discorre sobre a impossibilidade de tais ganhos serem levados em conta plena e suficientemente devido a: 1) os estudos de OI ainda não avançaram o suficiente; 2) as informações são apenas aquelas providas pelas partes envolvidas; e 3) o Judiciário tem dificuldade em lidar com a complexidade dos casos, especialmente com os *trade-offs* entre elementos opostos. Tais problemas impedem calcular os efeitos de curto e de longo prazo da transação em diversas dimensões como preços, custos, diferenciação de produto, troca de informações e taxa/direção do progresso técnico. Como a análise estaria assentada em pressuposições, os ganhos de eficiência deveriam ser analisados como *tie-breakers*, ou seja, apenas em caso de dúvida quanto às evidências sobre o grau de concentração e as barreiras à entrada.

As três posições são bastante complementares no sentido de chamar atenção sobre o caráter altamente conjectural das alegações sobre ganhos de eficiência e por isso estes deveriam ter um espaço bastante secundário na análise das transações; assim como as outras características do mercado (ou

efeitos potencialmente adversos à competição), somente poderiam influenciar uma decisão quando o exame do grau de concentração e das barreiras à entrada não chegasse a resultados claramente conclusivos.

A posição teórica da FTC (texto de DeSanti) parece mais consistente porque se preocupa com os efeitos desses ganhos sobre o grau de competição e não apenas sobre sua existência e magnitude; no entanto, ela não se mostrou muito cautelosa quanto à magnitude desses ganhos como os outros autores, sugerindo uma análise menos rigorosa.

2.2 - A análise das barreiras à entrada

Este é o fator mais decisivo nas análises das F&A sob o *Merger Guidelines* de 1982 segundo Salop (87) pois, embora não fique formalmente patente que o grau de concentração tem menor importância, a facilidade de entrada poderia justificar até uma transação que levasse a um monopólio se o monopolista fosse realmente constrangido por muitos potenciais competidores. Isto também fica patente no *Merger Guidelines* de 1992 pois, se a entrada for fácil, a transação não suscita interesse para a política antitruste e assim normalmente não requererá uma análise posterior¹⁶. As principais questões em discussão são como medir e classificar a magnitude das barreiras.

White (87) sustenta que, embora seja difícil medi-las e quantificá-las, as transações em mercados onde houvesse facilidade de entrada deveriam ser aprovadas, até mesmo se o grau de concentração¹⁷ indicar uma tendência a questioná-la. Deveriam ser considerados como barreiras os diversos investimentos (para alcançar a escala ótima de produção) ou custos (promoção e propaganda) cuja utilização é limitada ao mercado em pauta, portanto irrecuperáveis se a entrada for mal sucedida.

¹⁶ No original, publicado em edição bilingue em IBRAC (96a), “*In markets where entry is that easy (i. e., where entry passes these tests of timeliness, likelihood, and sufficiency), the merger raises no concern and ordinarily requires no further analysis*”. Cabe ressaltar que o Clayton Act, a lei referente a essas operações, foi publicada em IBRAC (96b).

¹⁷ Índice de Herfindahl-Hirschmann superior a 1800 pontos, aproximadamente equivalente a uma participação das 4 maiores empresas igual a 70% do mercado.

Fisher (87) propõe que este seja o principal fator a ser analisado depois da triagem inicial dos casos relevantes, baseada na definição do mercado relevante e no seu grau de concentração. Se as barreiras foram pequenas, a transação seria aprovada; do contrário, seriam examinadas as outras características do mercado - como fatores que facilitam ou dificultam a probabilidade de coordenação tácita entre as empresas - e por fim os ganhos de eficiência - a serem demonstrados pelas partes. Embora não sugira medidas quantitativas, parte de uma definição mais precisa da natureza das barreiras, a partir da clássica definição de Bain (56); elas seriam compostas pelos custos que poderiam permitir lucros elevados às empresas presentes sem induzir outras a entrar no mercado e seriam elevadas se a entrada requerer uma estrutura de custos que exija uma grande escala de produção (ou custos de promoção, por exemplo) e acabe resultando em preços pouco ou não rentáveis. Schmalensee (87) argumenta que a análise das barreiras à entrada dificilmente daria resultados diferentes daqueles apurados no exame do grau de concentração quando este foi considerado elevado ao ponto de requerer maior investigação das agências, de forma que as duas análises seriam complementares.

Dois casos analisados em Kwoka & White (94) permitem observar como a política antitruste lidou com essa questão nos anos 80. A FTC e a Justiça vetaram a aquisição da Dr. Pepper pela Coca-Cola (e em paralelo a proposta de aquisição da Seven-up pela Pepsi) - analisada por White (94), ao aceitarem o argumento de que os custos de promoção e propaganda eram elevados e irrecuperáveis se os novos competidores fossem mal sucedidos no mercado. Outra potencial barreira era o fato de as duas grandes produtoras controlarem diretamente empresas engarrafadoras e assim poderem excluir outras dessas empresas se elas se articulassem com um novo competidor que ameaçasse a posição das duas produtoras. Embora os custos industriais e a tecnologia não fossem barreiras expressivas, ficou demonstrado que havia muitos obstáculos à entrada de novos concorrentes, em consonância com o elevado grau de concentração do mercado ¹⁸.

¹⁸ Esse caso é ainda mais exemplar na medida em que grandes grupos estavam deixando o mercado - o Philip Morris (estava querendo se desfazer da Seven-up), o Procter & Gamble e o R. J. Reynolds (ambos com empresas pouco expressivas), o que torna pouco plausível a argumentação da Coca-Cola (a única que levou o caso

Um outro caso importante, embora não tenha envolvido uma transação do tipo F&A, foi o preenchimento estratégico da capacidade produtiva promovido pela DuPont no mercado de dióxido de titânio (vide Dobson, Sheperd & Stoner 94). Dispondo de uma grande vantagem competitiva por ser a única a dominar o processo de produção mais eficiente, a DuPont pôs em prática uma complexa estratégia para evitar que os atuais e potenciais concorrentes pudessem enfrentá-la. A estratégia veio a público graças a um extraordinário vazamento de informações da empresa e continha três elementos: o anúncio da implantação de uma nova fábrica bem à frente do presumível aumento da demanda, a recusa em licenciar seu processo tecnológico e a manutenção dos preços ao nível dos custos dos concorrentes (obtendo grandes lucros para financiar a estratégia). Embora o conselho da FTC concordasse que a DuPont iria chegar a uma posição monopolista, não considerou (contra a análise técnica anterior do seu staff) que este fato e que a articulação dos três elementos estratégicos sugeriam uma elevada probabilidade de ela vir a praticar preços abusivos no futuro (como de fato foi comprovado), aceitando o argumento de que a empresa se utilizava de procedimentos comuns no mundo dos negócios. A Suprema Corte reforçou a decisão ao declarar que o eventual monopólio não era ilegal porque foi alcançado devido à maior competência da DuPont.

A proeminência alcançada pelo fator barreiras à entrada na Legislação e na literatura citada é portanto bastante problemática devido à grande dificuldade (ou até mesmo inviabilidade) de se estabelecer padrões de medida para pautar a atuação das agências, cuja avaliação torna-se então específica para cada caso e por isso pode acolher argumentos pouco consistentes. A posição de Schmalensee (87) sugere uma forma de minorar este problema; ao propor que a própria lei deve incorporar os princípios econômicos fundamentais, permite pensar que a análise econômica pode ser incorporada de forma mais sistemática pelas agências. O *Merger Guidelines de 1992* avançou nessa direção ao estipular a necessidade de verificar simultaneamente a oportunidade, a probabilidade e a suficiência da entrada de novas empresas. No entanto, o papel primordial das barreiras à entrada parece demandar medidas mais

adiante pois a Pepsi desistiu assim que foi comunicada da objeção da FTC) de que produtores de cerveja que atuavam em diversos segmentos do setor alimentício - como Kraft, Beatrice e Borden - eram entrantes potenciais.

objetivas; a elaboração de estudos setoriais poderia permitir uma classificação dos tipos e da magnitude das barreiras relativas a certas categorias de mercados.

De outro lado, essa discussão pode estar perdendo importância quando se leva em conta que os mercados estão deixando de ser nacionais. No entanto, a contestabilidade dos mercados pode diminuir na medida em que as estratégias empresariais apontem para uma concentração nas atividades julgadas cruciais (no chamado *core business*), processo que vem sendo provocado pelo acirramento da competição em mercados globais em ambiente de crescente incerteza, decorrente das acentuadas flutuações econômicas e financeiras internacionais. Na medida em que essa concentração estiver incrementando o surgimento de oligopólios globais - de acordo com a análise de Chesnais (96) - e que ainda existem segmentos pouco sujeitos à competição internacional ¹⁹, parece ser necessário estruturar melhor o tratamento das barreiras à entrada.

2.3 - O modelo estrutura-conduta-desempenho - ECD.

Ele prevê basicamente que estruturas de mercado concentradas ensejam condutas anticompetitivas e estas possibilitam a obtenção de margens ou taxas de lucro superiores aos níveis observados em setores de perfil competitivo. Na medida em que a política antitruste tem incorporado novos elementos oriundos da análise econômica, torna-se questionável que apenas o desempenho das empresas - basicamente massa, margem e taxa de lucro - não esteja inserido na análise das agências.

O argumento de que não há evidências de uma vinculação sistemática entre grau de concentração e desempenho (segundo Scherer 90, Schmalensee 87 e Fisher 87) é contestado por uma série de pesquisas (de acordo com Weiss 92, um dos economistas que mais se tem dedicado a estudos orientados pelo modelo ECD) que sustentam que essa vinculação não é válida apenas para períodos de elevada inflação e outras circunstâncias específicas ²⁰, apesar da grande

¹⁹ Seja devido à regulação estatal, seja devido às suas próprias características - como a área da Saúde, objeto de grande preocupação nos EUA.

²⁰ Controle de preços ou colinearidade entre a escala de mínima eficiência (minimum efficient scale) e o grau de concentração, os quais tendem a reduzir os lucros gerados.

dificuldade de se dispor de dados adequados ²¹. Além disso, a exclusão do desempenho não faz sentido quando a política antitruste se propõe a examinar diversos elementos em conjunto, quando admite que alegações específicas a cada empresa (notadamente quanto aos ganhos de eficiência) podem alterar um diagnóstico pautado pelas estruturas de mercado (grau de concentração e barreiras à entrada) que também pode ser questionado caso a caso ²². Incorporar o desempenho não significaria necessariamente adotar os nexos causais do modelo ECD, haja vista que várias direções são possíveis (vide Scherer 96) - por exemplo, certas condutas contribuem para a constituição de estruturas de mercado (investimentos em pesquisa e desenvolvimento e táticas legais criam barreiras à entrada) - e elementos que não estão incorporados formalmente também influem - políticas públicas influenciam as estruturas (protecionismo) e as condutas (controles de preços). Weiss (92) aponta que nem mesmo a prática de preços elevados garante maiores lucros pois pode haver aumento de custos numa estrutura de mercado muito concentrada, devido aos custos da competição via propaganda e/ou a um excesso de capacidade ociosa.

Além disso, é evidente que lucros elevados não derivam necessariamente de condutas anticompetitivas pois a capacidade gerencial e as circunstâncias conjunturais podem ser fatores decisivos. Examinar as diferenças e semelhanças entre os desempenhos de empresas do mesmo segmento (levando em conta a parcela de mercado de cada uma) ajudaria muito a esclarecer a questão, além do exame detalhado das informações da empresa em pauta. É claro que nem por isso a análise se tornaria fácil pois é óbvio que alcançar tais lucros depende de alguma capacidade gerencial, notadamente quando tratamos de oligopólios - a existência de práticas colusivas não elimina a competição nem pode abarcar todos os fatores que determinam as taxas de lucro.

²¹ Quanto à concentração, é difícil obter dados de mercados bastante específicos quando os censos trabalham com setores industriais; quanto aos lucros, práticas contábeis podem distorcer os resultados, certamente algo incorretos pela ausência de procedimentos para corrigir os efeitos da inflação. Maiores detalhes em Weiss (91).

²² A definição do mercado relevante é disputável (tanto em termos geográficos quanto aos produtos que podem ser considerados substitutos) e decisões sobre barreiras à entrada não são pautadas por medidas objetivas.

Um segundo tipo de questionamento refere-se à ausência de informações claras ou confiáveis. Quanto à confiabilidade, como as agências não tem livre acesso aos documentos empresariais devido à garantia do sigilo ²³, há um permanente potencial de manipulação e/ou ocultamento das informações relevantes - na medida em que a contabilidade empresarial sofisticou-se muito (vide Noll & Owen (94) sobre o caso AT&T nos anos 80, denominado manipulação de dados frente à regulação estatal), ainda mais quando lidamos com grupos econômicos que possuem diversas plantas e empresas em países e segmentos diferentes. A legislação sobre o sigilo empresarial poderia ser suavizada ²⁴ e os técnicos das agências poderiam ser regularmente capacitados para lidar com essas informações e para poder superar as eventuais manipulações.

Um segundo problema é a inadequação entre a legislação contábil e as demandas da política antitruste; a primeira toma como unidade de conta a empresa como um todo enquanto a segunda é focada em um produto ou num pequeno conjunto deles, para os quais é muito pequena a possibilidade de apurar uma margem ou taxa de lucro ²⁵. O acesso aos dados dos censos oficiais também permitiria minorar este problema.

De qualquer forma, como o objetivo da política antitruste é avaliar a probabilidade ou a existência de condutas anticompetitivas geralmente intransparentes, o desempenho deveria ser incluído para permitir uma análise mais compreensiva, não necessariamente como um estágio intermediário entre as condições que possibilitam tais condutas e os objetivos que elas buscam alcançar. Ainda mais porque as dificuldades em apurar dados confiáveis não ocorrem

²³ Sob o argumento da necessidade de evitar divulgar dados aos concorrentes, o acesso depende de autorizações judiciais que, além de criarem um clima de confronto, permitem obter apenas um conjunto limitado de informações.

²⁴ Por exemplo, permitindo o acesso aos dados dos estabelecimentos que constam dos censos oficiais, a melhor fonte de informações segundo Weiss (91).

²⁵ A polêmica sobre a existência de preços predatórios revela esse problema; para comparar os custos com os preços correntes, uma posição (a partir de Areeda e Turner 75) postula a utilização dos custos marginais de cada produto enquanto outra prefere os custos totais mas aí discute-se muito como apropriar em cada produto uma parte dos custos que na contabilidade se refere a todos ou a muitos eles - como gastos com administração, finanças, propaganda e etc..

exclusivamente para o desempenho; como salienta Schmalensee (87), para levar em conta a alegação dos ganhos de eficiência de forma plena e suficiente, seria necessário calcular seus efeitos de curto e de longo prazo nos preços, custos, diferenciações de produto, taxa e direção do progresso técnico e ainda, se se tratasse de um mercado imperfeito, avaliar quais seriam os custos privados e os custos sociais envolvidos. Como o desempenho é o outro único fator - além do grau de concentração - que pode ser medido quantitativamente, torna-se pouco defensável sua exclusão da política antitruste.

É necessário discutir se o desempenho deveria ser um elemento indispensável a qualquer análise ou se caberia utilizá-lo apenas em casos que exigissem um exame mais aprofundado, já que é preciso pensar no risco de afogar as agências e o Judiciário de forma a comprometer sua capacidade operacional. Parece imprescindível incluir o desempenho quando os ganhos de eficiência forem levados em consideração pois assim poderíamos avaliar os prováveis resultados das empresas em duas dimensões diversas, ao passo que atualmente só a primeira é contemplada ²⁶. Dessa forma, os alegados ganhos de eficiência, se comprovados, poderiam ser avaliados enquanto meio de aumentar a competitividade de uma empresa ameaçada pela concorrência ou enquanto forma de incrementar a rentabilidade de uma empresa a um nível inconveniente, admitindo-se evidentemente posições intermediárias.

3. A regra da razão como método da política antitruste

A seção anterior mostrou a necessidade de tentar superar as dificuldades para estabelecer padrões de medida para os diversos fatores sob análise, consequentemente para hierarquizá-los entre si. Trata-se agora de discutir um método de análise que poderia ser eficaz e, para isso, é preciso discutir inicialmente as características fundamentais das políticas antitruste. A primeira delas é a dificuldade em estabelecer fronteiras entre os fatos legais e os ilegais, aceitáveis ou

²⁶ A segunda é apenas sugerida indiretamente - se for exigido que tais ganhos beneficiem os consumidores, isso implicaria menores preços e evitaria maiores lucros - mas não avalia o desempenho futuro nem tampouco o atual.

inaceitáveis se pensarmos em termos normativos. Como salientaram Baumol & Ordover (1985:254),

"No categorical rule can fully encompass intentions, antecedent and subsequent circumstances and developments, interdependence with actions other than those under immediate consideration, and the host of other pertinent considerations."

O atual chairman da FTC, Robert Pitofsky (vide Pitofsky 95) vai no mesmo sentido ao salientar que

"One of the perplexing problems that antitrust enforcers encounter involves the need to make a call on a transaction - whether to challenge or not - at a time when the alleged anticompetitive effects and the alleged redeeming virtues are highly uncertain."

Exceto pelos raros casos onde é possível obter uma documentação que evidencie a intenção de se praticar uma ação que se busca coibir, a aplicação da lei depende da avaliação dos prováveis efeitos de uma certa ação sobre o grau de competição, caracterizando-se como inevitavelmente instável dado que a regra depende de interpretação. A aplicação da lei é menos problemática em países como os EUA, onde predomina uma cultura jurídica do tipo *common law*, onde os juízes analisam os processos à luz dos princípios contidos na leis e nas jurisprudências anteriores (ao contrário da brasileira que se dedica a tipificar detalhadamente os delitos).

Nesse sentido, Pitofsky observa (no texto já citado) que as agências também estão politicamente autorizadas a atuar com essa orientação.

"After all, Congress was emphatic in directing the enforcement agencies to challenge transactions where the affect "may be to substantially lessen competition" (emphasis supplied) and indicated that its concern was with probabilities and not certainties."

A dificuldade de estabelecer tais fronteiras torna-se ainda maior devido a uma segunda característica das políticas antitruste: a ausência de informações qualitativa e quantitativamente adequadas. Em primeiro lugar, as grandes empresas possuem grande capacidade de ocultar condutas anti-competitivas; organizadas via de regra em mercados oligopólicos, podem coordenar suas ações através de acordos tácitos - uma ou mais empresas liderando ou anunciando antecipadamente reajustes de preços - ou explícitos, de conhecimento restrito aos participantes. Em segundo lugar, a predominância do fator barreiras à entrada e as crescentes

alegações de ganhos de eficiência, de desenvolvimento reconhecidamente insuficiente, tornam limitada a influência do único conjunto de informações razoavelmente consistente - o nível de concentração do mercado e as parcelas de mercado envolvidas.

Em terceiro lugar, as grandes empresas também possuem grande capacidade de alegar que suas condutas expressam motivações ou intenções competitivas (ou ao menos não nocivas à competição), justificando as transações pela perspectiva de reduzir custos e aumentar eficiências. Em quarto lugar, elas podem manipular os dados contábeis-financeiros que são obrigadas a apresentar ao público e às autoridades fiscais, além do simples fato de que tais dados se referem ao conjunto de produtos e plantas da empresa, sem desagregação. Basta pensar na dificuldade de obter dados sobre o custo de um determinado produto, informação crucial para examinar qual margem de lucro está contida num certo preço.

Além disso, podem impor considerável resistência às demandas das agências sob o argumento de que se trata de informações sigilosas; por isso, as agências podem ter grande dificuldade em comprovar a necessidade da obtenção de determinados dados, na medida em que as empresas sempre podem ameaçar recorrer ao judiciário. A ausência de informações representa, portanto, um grande obstáculo para as políticas antitruste; para superá-lo, as agências procuraram inicialmente incorporar análises econômicas cada vez mais minuciosas mas nem estas são capazes de gerar padrões gerais de avaliação, exceto pelos graus de concentração e parcelas de mercado - mas mesmo estes partem de um teste fundamentalmente conjectural²⁷.

Diante dessas características e do problema de estabelecer padrões de medida, e apesar do critério barreiras à entrada ter ganho proeminência frente aos demais, as agências tem crescentemente caminhado no sentido da adoção da chamada regra da razão, que pode ser interpretada como um balanceamento do conjunto de análises e informações

²⁷ Parte da capacidade da empresa - em uma hipotética posição de monopólio - em aumentar seu preço em 5% e o sustentar por um ano, teste que define o mercado relevante e inclui uma análise sobre a elasticidade da demanda e ainda considerações sobre o espaço da competição - entre o internacional e o local, passando pelo nacional e regional.

disponíveis em cada caso, ponderadas segundo as probabilidades de suscitar condutas pró ou anti-competitivas.

Apesar da ausência de padrões aumentar a probabilidade de equívocos quando se adota essa regra, ela parece ser a mais adequada por uma série de motivos, embora se possa discordar da forma pela qual ela tem sido aplicada. Em primeiro lugar, como se trata de avaliar probabilidades de condutas, a aplicação da lei poderia aproximar-se bastante do seu objetivo se fizesse vir à tona as diversas racionalidades subjacentes às análises dos fatores relevantes, confrontando suas pretensões de validade e as diferentes naturezas dos objetivos alegados. Nesse sentido, uma análise mais abrangente do que a atual poderia concluir que uma fusão busca aumentar por um lado a competitividade, por outro a capacidade de exercer maior poder de mercado; em seguida, poderia incluir os demais fatores para avaliar qual direção tenderia a predominar.

Em segundo lugar, as leis enunciam princípios genéricos os quais, por serem ainda menos mensuráveis do que as diretrizes acolhidas pelas agências, poderiam ser aplicados adequadamente pelo Judiciário através da busca das motivações subjacentes.

Em terceiro lugar, o prosseguimento dos estudos de organização industrial e das teorias jurídicas, além da própria produção intelectual das agências, tornam altamente mutável o estoque de conhecimentos relevantes, aumentando o risco da legislação e da política não serem capazes de incorporar os avanços alcançados. Nesse sentido, a maioria dos autores citados que discutiram o *Merger Guidelines* de 1982 (Salop 87, Fisher 87 e White 87, à exceção de Schmalensee 87) não recomenda mudanças no *Clayton Act* precisamente por esse motivo.

Em quarto lugar, a regra da razão em tese permite uma maior participação de entidades ou membros da sociedade civil, na medida em que um exame abrangente permitiria que as agências e o Judiciário dessem espaço para a participação daqueles que pleiteassem deter informações relevantes, além das agências poderem requerer pareceres técnicos para embasar suas posições. Embora Varney (96) mencione alguns casos, parece que essa participação ainda é muito modesta.

Por fim, abre a possibilidade de incorporar as diversas concepções sobre os propósitos da política antitruste (vide o item que se segue); é claro que nem todos são conciliáveis e que algum(ns) deve(m) ser dominante(s) mas ao menos isso

poderia aumentar seu grau de legitimidade e relacioná-la às políticas que certos segmentos sociais gostariam de ver contempladas de forma indireta pela política antitruste.

Cabe ainda salientar que o primeiro argumento de apoio à regra da razão sugere uma maior racionalização do processo enquanto os dois últimos suscitam respectivamente maior participação e maior pluralidade de enfoques, os três abrindo espaço para disputas sobre o sentido da política antitruste, tornando-a mais legítima e mais democrática. Os demais - maior eficiência do Judiciário e maior capacidade de incorporar os novos conhecimentos - atendem às necessidades de torná-la mais operacionalizável e, portanto, ajudam a enfrentar o problema da falta de informações.

4 - Os propósitos da política e a questão de sua legitimidade

A hipótese de estruturar a regra da razão enquanto método da política antitruste faz ainda mais sentido quando se leva em conta que, segundo Kwoka & White (94), não há consenso quanto aos seus propósitos, haja vista o aumento das demandas do setor privado e dos Estados (grande atuação das procuradorias e a elaboração de *guidelines* estaduais). A chamada *Antitrust Revolution* é contestada, entre outros motivos, por significar uma rápida ascendência de objetivos puramente econômicos sem explícita aprovação legislativa. Como a lei apenas enuncia princípios gerais, a política antitruste foi radicalmente modificada pelas orientações das agências sem que o legislativo interferisse, carecendo portanto de uma ampla legitimidade política.

Uma resposta a esse questionamento (embora produzida sem esta intenção) foi enunciada pela comissária da FTC Mary Azcuenaga (vide Azcuenaga 96) ao sustentar que a evolução das diretrizes para tratar das F&A não foi uma revolução porque se deve aos avanços dos estudos de organização industrial. A legislação teria acompanhado o maior conhecimento sobre a realidade econômica; não teria mudado devido à emergência de novas concepções sobre legalidade e ilegalidade. No entanto, tais mudanças significam também uma alteração metodológica, passando de uma análise baseada em dados relativamente objetivos (grau de concentração e parcelas de mercado) para a adoção da regra da razão, um complexo balanceamento de muitas evidências e conjecturas o qual, segundo a própria

autora, não cria uma clara distinção entre transações legais e ilegais.

Na medida em que as agências atualmente se arriscam a fazer uma análise prospectiva de caráter bastante conjectural sem dispor de grande parte das informações necessárias (conforme observamos há pouco) e como as próprias empresas tomam decisões dispondo de poucas informações (conforme Schmalensee 87), essa mudança não está tão fortemente apoiada em evidências ao ponto de caracterizar apenas uma transição técnica, neutra do ponto de vista político.

Por outro lado, é preciso ressaltar que as agências tem propiciado espaços para debates com organizações e pessoas ligados à comunidade de negócios, aos consumidores, aos advogados e aos economistas (vide Pitofsky 96), públicos relativamente qualificados a discutir questões tão complexas, conferindo alguma legitimidade à atuação das agências. De forma mais enfática, a comissária da FTC Christine Varney (vide Varney 96) postula que o governo seria melhor quando cultivasse um contínuo diálogo com a sociedade civil - advogados, economistas, comunidade de negócios e consumidores. Esse diálogo permitiria que o desenvolvimento da teoria do antitruste fosse uma espécie de desenvolvimento da *common law*.

"Rather (rejeitando os cétricos a respeito da capacidade da política antitruste), we should view the development of antitrust theory as akin to the development of the common law, informed and improved by a continuous dialogue between theory and reality, between abstract concepts and the harsh realities of the marketplace, between lawyers, economists, business people and consumers. Consequently, as a New Democrat, I believe that government is at its best when it embraces that continuous dialogue".

Argumenta que a FTC tem valorizado os comentários públicos (todos os casos são obrigatoriamente postos à disposição do público) para avaliar as decisões tomadas, mostrando que eles foram decisivos em três casos. Propiciaram informações que aumentavam os riscos de condutas anticompetitivas quanto à aquisição da PCS pela Eli Lilly ²⁸,

²⁸ Uma empresa farmacêutica adquirindo uma empresa que intermedia toda o setor junto aos consumidores (compras por atacado), uma típica operação de verticalização que tende a reduzir o espaço dos medicamentos das outras empresas.

levando a FTC a optar pelo monitoramento posterior da transação, o que foi saudado como um novo enfoque pelo chairman Pitofsky (vide Pitofsky 95). Trabalhadores da Alpo PetFoods e moradores de Fort Dodge (sede da planta) argumentaram que a planta produziria menos ou até fecharia se a Nestlé tivesse que aliená-la (a solução adotada pela FTC para esta aquisição); aliando novas informações que mostraram maior facilidade de entrada, a FTC decidiu liberar a transação²⁹. Comentários públicos proporcionaram evidências de que a lei para vendas via telemarketing (*Telemarketing Sales Rule*) onerava indevidamente as empresas que agiam corretamente.

Em suma, a comissão considera que a sociedade pode prover sólida evidência e sugestões qualificadas para tratar de questões tão complexas. No entanto, ainda não dispomos de informação suficiente para avaliar em que medida essas interações com a sociedade civil poderiam estar legitimando a atual política antitruste. Ainda assim, parece razoável sustentar que a mudança deveria ter passado por aprovação legislativa porque implica uma nova política, não apenas uma nova forma de interpretar os princípios gerais contidos na lei.

Apenas Schmalensee (87: 45-46) sugeriu que o novo tratamento às F&A deveria levar a uma nova redação da seção 7 do Clayton Act (o autor diz que ela foi proposta pelo governo mas tudo indica não ter sido implementada). A redação atual questiona as transações que *"may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly"*, sugerindo que qualquer probabilidade de reduzir o grau de competição deve ser evitada; como a nova política se preocupa com a capacidade de exercer o poder de mercado (manter preços acima do nível competitivo por um certo período) e com o possível aumento das eficiências, ela caberia melhor na expressão *"significant probability that the merger will substantially increase the ability to exercise market power"* onde *"market power"* seria definido como *"the ability of one or more firms profitably to maintain prices above competitive levels for a significant period of time"*.

Alterar a legislação poderia ser ainda mais necessário ao levarmos em conta que a política anterior refletia atitudes

²⁹ Não ficou explicado como o argumento de que a planta iria fechar contribuiu para a mudança na decisão da FTC; isso sugere que outras empresas não estariam interessadas na planta, o que, junto com a facilidade de entrada, nos leva a crer que o grau de competição seria pouco ameaçado.

como uma antipatia para com a grande empresa, uma intenção de proteger o pequeno negócio, uma intransigência com as F&A. A maioria dos economistas (incluindo Kwoka & White 94) considerava-as bastante inadequadas; a ausência de uma discussão aprofundada sobre o conteúdo de cada caso dificultava a maximização da eficiência econômica que decorre da expansão da grande empresa - através das economias de escala e da intensificação do progresso técnico.

No entanto, desconsiderar tais atitudes faz pouco sentido se não nos indagarmos sobre as motivações subjacentes à elaboração e aplicação da lei; noutras palavras, sobre seu espírito, sobre objetivos sociais que não aparecem nitidamente como tais - em boa medida porque a tradição da *common law* recomenda textos sucintos. Tais atitudes ultrapassam os objetivos específicos da legislação antitruste, quais sejam maximizar o bem-estar do consumidor através da preservação de estruturas de mercado e de condutas pró-competitivas e preservar a mais ampla liberdade de iniciativa econômica.

É bastante plausível supor que diversos segmentos sociais atribuísssem à política anterior outros propósitos como o de limitar o provável poder político e social das grandes empresas, não apenas sobre seu poder de mercado. Não pode ser considerada meramente inadequada uma posição voltada a limitar a influência do poder econômico sobre a esfera política, como se essa última pudesse ser considerada amplamente autônoma. Uma outra posição plausível liga-se aos objetivos de distribuição de renda e da riqueza; questionar a legitimidade da concentração da renda, não se restringindo apenas a garantir que ela não seja alcançada pela redução ou supressão da competição, objeto específico e consensual da política antitruste. Seria uma forma de complementar uma política tributária que poderia estar tendo dificuldades em promover a desejada distribuição. Essas posições antagônicas traduzem a dificuldade de tratar a política antitruste apenas como um meio de fomentar a competição pois de diversas formas emergem demandas para controlar ou diminuir o poder econômico das grandes empresas.

Outra divergência pode ser deduzida a partir da afirmação do *chairman* Pitofsky de que a política antitruste é a política industrial dos EUA (vide Steiger 95); atividades como o estímulo à inovação e a assistência a setores ou empresas em dificuldades teriam um caráter excepcional. Alega-se que proteger indústrias que devem se reestruturar para continuarem

competitivas é em geral prejudicial aos consumidores, ainda mais por estimular a busca por proteção (*rent-seeking*) que pode se eternizar, a depender da força política dos interessados. Essa orientação privilegia o interesse dos consumidores em detrimento dos interesses das empresas e dos trabalhadores, pressupondo que os governos não tem capacidade para praticar uma política industrial seletiva e pautada por regras, concepção similar a de governos como o de Fernando Henrique Cardoso, embora bastante diferente do que ocorre na Europa e no Oriente.

Em suma, parece fundamental assumir que a pluralidade de enfoques é legítima, não cabendo reivindicar um único caminho como "científico" e aos demais imputar intenções populistas ou fraqueza intelectual.

BIBLIOGRAFIA

AREEDA, Philip & TURNER, Donald (1975) - " *Predatory pricing and related practices under Section 2 of the Sherman Act*", **Harvard Law Review** 88 (Febr. 1975).

AZCUENAGA, Mary (1995) - **Merger law enforcement in the evolving antitrust environment**, acessado em set/96 no site da FTC na internet: <http://gopher.ftc.gov>.

BAIN, Joe S. (1956) - **Barriers to new competition**, Cambridge: Harvard University Press.

BAUMOL, William J., BAILEY, E. & WILLIG, Robert (1982) - **Contestable markets and theory of industrial structure**, New York: Harcourt Brace Jovanovich.

BAUMOL, William J. & ORDOVER, Januzs A. (1985) - " *Use of antitrust to subvert competition*", **Journal Of Law and Economics** vol. XXVIII, maio de 1985.

CHESNAIS, François (1996) - **A mundialização do capital**, São Paulo: Xamã.

De SANTI, Susan (1996) - **Competition and Efficiencies in Merger Analysis: Proposal from the Federal Trade Commission in the New High-Tech, Global Marketplace**, acessado em set/96 no site da FTC na internet.

DOBSON, D. C. & SHEPHERD, W. G. & STONER, R. D. (1994) - " *Strategic Capacity Preemption: DuPont - 1980* " in Kwoka & White (1994) op. cit.

DA - Antitrust Division - U. S. Department of Justice (1996) - **Opening markets and protecting competition for America's businesses and consumers: goals and achievements of the Anti-trust Division** - U. S. Department of Justice,

acessado em set/96 no site da DA na internet <http://gopher.usdoj.gov>.

FISHER, Franklin M. (1987) - "*Horizontal mergers: Triage and treatment*", in **Economic Perspectives** vol. 1, number 2, Fall 1987

IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (1996a) - **Revista do Ibrac**, volume 3, número 1 - janeiro de 1996.

----- (1996b) - **Revista do Ibrac**, volume 3, número 2 - fevereiro de 1996.

----- (1996c) - **Revista do Ibrac**, volume 3, número 5 - maio de 1996.

KWOKA, J. E., Jr. & WHITE, L. J. (ed.s) (1994) - **The Antitrust Revolution: The role of economics**, New York: Harper Collins College Publishers.

KWOKA, John E., Jr. (1994), "*International joint-venture: General Motors and Toyota (1983)* ", in **Kwoka & White** (1994), op. cit.

NOLL, Roger G. & OWEN, Bruce M. (1994) - "*The anticompetitive uses of regulation: United States vs. AT&T (1982)* ", in **Kwoka & White** (1994) op. cit.

PITOFSKY, Robert (1996) - **An Antitrust Progress Report for the FTC: Past, Present and Future**, acessado em set/96 no site da FTC na internet.

PITOFSKY, Robert (1995) - **A slightly differentt enfoque to antitrust enforcement**, acessado em set/96 no site da FTC na internet.

SALOP, Steven C. (1987) - "*Symposium on Mergers and Antitrust*", in **Economic Perspectives** vol. 1, number 2, Fall 1987.

SCHERER, F. M. (1996) - **Industry structure, strategy and public policy** (Harpercollins series in economics), New York: Harpercollins College.

SCHERER, F. M. & ROSS, David (1990) - **Industrial market structure and economic performance**, 3rd ed., Boston: Houghton-Mifflin.

SCHMALENSEE, Richard (1987) - "*Horizontal merger policy: Problems and changes*", in **Economic Perspectives** vol. 1, number 2, Fall 1987.

STEIGER, Janet D. (1995) - **The crucial role of competition law and policy in New Europe**, acessado em set/96 no site da FTC na internet.

STEPTOE, Mary L. (1996) - "*Current Antitrust Issues in U. S. Federal Enforcement*", in **IBRAC** (1996b), op. cit.

VARNEY, Christine (1995) - **Reforming and strengthening the merger enforcement process at the FTC**, acessado em set/96 no site da FTC na internet.

WEISS, Leonard W. (1992), (editado por Audretsch, David & Yamawaki, Hideki)- **Structure, conduct and performance**, New York: New York University Press.

WHITE, Lawrence J. (1994), "*Application of the Merger Guidelines: The proposed merger of Coca-Cola and Dr Pepper - 1986*", in **Kwoka & White** (1994) op. cit.

WHITE, Lawrence J. (1987) - "*Antitrust and merger policy: A review and critique*" in **Economic Perspectives** vol. 1, number 2, Fall 1987.

WILLIAMSON, Oliver E. (1975) - **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications**, New York: Free Press.

WILLIAMSON, Oliver E. (1968) - "*Economies as an antitrust defense: The welfare trade-offs*", in **American Economic Review** numero 18.

NOVOS ÓRGÃOS REGULADORES: ENERGIA, PETRÓLEO E TELECOMUNICAÇÕES

Pedro Dutra^{*}

1. Regulação de serviços e de mercados: experiência norte americana e européia; experiência brasileira. 2. Estrutura institucional de órgão regulador: poder; independência; controle; titulares. 3. Os novos órgãos reguladores brasileiros: ANEEL; ABTEL; ANP: políticas, regras processuais de ação; indicação de titulares. 4. O novo modelo regulador brasileiro: difícil conciliação entre o passado e a esperança.

Ao analisarmos no ano passado as declarações do Presidente da República sobre a criação de órgãos reguladores, apontamos o engano em que se baseavam as propostas em elaboração no Executivo, de se construir um modelo nativo próximo à experiência européia, que seria, segundo o Presidente da República, mais conforme à nossa tradição, ao contrário da anglo-saxã. A experiência brasileira caracteriza-se, precisamente, por haver repellido formas democráticas apuradas - fosse a européia, fosse a anglo-saxã - na administração pública em geral e em particular na regulação de serviços públicos e de mercados; preferiu, sempre, um modelo onde a concentração do poder recaísse no Executivo, que por essa razão vem exercendo, na prática, a função regulatória. Com atenuação desse modelo - mas não bastante a uma economia que se quer de livre-mercado -, o governo federal elaborou, com frouxa coordenação, e submeteu ao Congresso Nacional projetos-de-lei de regulação de serviços públicos, de telecomunicações e de energia elétrica, e do monopólio do petróleo, todos prevendo a criação de órgãos reguladores específicos. O projeto relativo à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), já foi transformado em Lei, de n.º 9.427/96;

a Agência Brasileira de Telecomunicações (ABTEL) e a Agência Nacional de Petróleo, (ANP) ainda tramitam no Congresso Nacional. A seguir, analisamos a estrutura institucional desses órgãos, como propostas, e a fixada na Lei n.º 9.427/96.

1. Historicamente, dois fatores determinantes estão à base da criação dos órgãos reguladores: a incapacidade de os mercados, nos quais sobreleve o interesse público sobre o privado, - tais o de serviços públicos concedidos, financeiro, concorrencial, mobiliário, etc. - de, por si, regularem-se, reprimindo abusos por parte dos agentes neles presentes. E a incapacidade de o Poder Executivo por si, a partir de sua estrutura tradicional, - ministérios e órgãos a ele subordinados, ou ao Presidente da República - promover tal regulação.

A conjunção desses fatores deu-se primeiro nos Estados Unidos, onde a forte tradição constitucional, fundada na defesa das garantias individuais, impôs limites à ação do Executivo, o que fecundou a criação de órgãos reguladores independentes em relação àquele poder. Na Europa, a criação de órgãos reguladores verificou-se sob o acento social de suas democracias, o que reclamou para o Executivo o dever de promover a regulação dos mercados afetados pelo interesse público, e assim determinou forma distinta ao aparato regulador, sendo os órgãos criados sem a independência formal em relação ao Executivo encontrada no modelo norte-americano, porém a eles foram estendidos os princípios de excelência e autonomia técnica que distinguem as burocracias desses países democráticos.

No Brasil, a força do autoritarismo próprio de nossa tradição política, traduzida quase sempre no mando pessoal de titulares do Executivo, e muitas vezes no conseqüente desprezo pelos princípios constitucionais que formalmente regem a administração pública, esteve à base da criação dos órgãos reguladores, iniciada na ditadura Vargas. A partir de então, arrogou-se o Governo Federal o dever de regular serviços públicos e mercados, esses, à razão de interesses políticos, seguidamente ampliados, ignorados os critérios técnicos aplicáveis. Portanto, fatores sociais superiores determinantes na criação dos órgãos reguladores, jamais se conjugaram objetivamente na experiência brasileira, ao contrário do

ocorrido nas democracias norte-americana e européias. Entre nós, a necessidade de regular serviços públicos e determinados mercados, quando verificada, foi vista antes como mais uma entre as inúmeras prerrogativas exclusivas do Poder Executivo, no âmbito de sua ação quase sempre incontrastada, e não como uma devida e reclamada prevalência do interesse público sobre o interesse privado; ou seja, o interesse do conjunto de cidadãos em ter serviços públicos eficientes, prestados por empresas privadas, mas nesses reprimidas as condutas abusivas que a experiência mostrou ocorrer se deixada a prestação de tais serviços sem regulação.

A consolidação dos dois fatores históricos determinantes na criação de órgãos reguladores independentes – a incapacidade de os mercados, por si regularem-se e a incapacidade de o Poder Executivo diretamente o fazer – começou a generalizar-se ao final da década de 1980, com a falência do modelo intervencionista estatal, fosse a versão extremada dos países socialistas, a temperada das democracias européias, ou a exacerbada existente no Brasil. Os efeitos desse fenômeno repercutiram sobre todas as experiências. Nos Estados Unidos, traduziu-se em uma busca por um regime de maior competitividade entre os prestadores, sem contudo se ver restringido o poder fiscalizador, já afirmado, dos órgãos reguladores. Na Europa, os países, individualmente, e a União Européia evoluem no sentido de dotar seus órgãos reguladores de maior independência e alcance, como já existe em relação ao órgão europeu regulador da livre-concorrência.

No Brasil, a falência do modelo regulador nativo foi arrematada pelo exemplo mundial, embora a sua inépcia datasse de sua origem. Ainda assim, é expressiva a resistência em admitir-se a regulação independente, de serviços públicos e mercados, como a melhor forma de servir ao interesse público, onde este deve prevalecer - não substituir - sobre o interesse privado. Essa resistência manifesta-se por duas formas, e conta com opositores ideológicos simetricamente dispostos: a primeira, quando se cuida de serviços públicos, credita-se, pontualmente, à mingua de investimentos a razão máxima da falência dos serviços prestados; a segunda, quando se trata de mercados, invoca-se o suposto despreparo da sociedade brasileira em viver em uma economia de livre-mercado, e, portanto, deve o Executivo ainda tutelar os órgãos reguladores.

Em uma e outra forma de resistência, esponta a fraqueza da noção do interesse público como a expressão ordenada da liberdade individual dos cidadãos de decidir, que está à base da livre-iniciativa e da livre-concorrência, ambos princípios constitucionais regentes da economia do país. Assim, as duas formas de resistência acabam por unir as forças de reação a uma regulação independente de serviços públicos e mercados, que tenha por finalidade maior a defesa do interesse público. Isto é, uma ação reguladora promovida por órgão verdadeiramente independente, que vise à proteção do interesse público na forma da Lei, único meio eficaz e democrático de intervenção estatal - do Estado e não do Poder Executivo - capaz de melhor resistir a toda sorte de pressões.

2. A estrutura institucional dos órgãos reguladores pode ser analisada a partir dos três planos principais: do poder, que exercem; da independência, de que dispõem; do controle a que são submetidos; e da seleção de seus membros. Por essa razão, a análise de sua informação legal faz o objeto primeiro na verificação de sua atuação futura.

O poder de fiscalizar permite ao órgão reprimir eventual conduta violadora das normas e obrigações específicas, de empresas sob a sua jurisdição, a elas impondo sanções; o poder de regular possibilita ao órgão emitir normas a incidir sobre fatos e atos próprios do curso da atividade verificada no âmbito de sua jurisdição; e o poder de formular habilita o órgão a sediar, mediando publicamente os interesses diretos, discussões de políticas próprias para o setor sob sua jurisdição, a serem convertidas em normas ou votadas pelo Congresso ou, por delegação, estabelecidas pelo Executivo.

A independência hierárquica do órgão regulador dá-se quando, mesmo formalmente inscrito na estrutura de um determinado ministério, a atuação dele não se subordina, por modo qualquer, ao titular ou a órgão desse ministério; a independência financeira registra-se quando as fontes de recursos do órgão são autônomas, ou, se orçamentária, a ele são carreados diretamente; e a independência decisória tem-se quando de suas decisões cabe exclusivamente recurso ao Poder Judiciário, e não a plano hierárquico superior da administração pública.

O controle do órgão regulador pode ser exercido por três formas: político, quando o exerce o Legislativo, por uma de suas casas - no nosso modelo constitucional, o Senado Federal -, por meio de suas comissões; financeiro, sobre as fontes de receita, e o seu repasse, do órgão; e jurisdicional, relativo às suas decisões, a ser exercido pelo Judiciário ou pela própria administração pública, isto é, pelo Executivo.

A seleção dos membros dos órgãos reguladores considera três critérios: político, se a indicação é privativa do Executivo; de competência, se é precedida de uma aferição objetiva da habilitação técnica específica dos indicados; de representação política, quando é promovida em razão da expressão dos partidos políticos, e, em alguns casos, de entidades representativas de interesses específicos.

3. As normas elaboradas pelo Executivo, que dispõem sobre a criação das três agências aqui referidas, mostram duas características típicas do processo legislativo atual: ausência de análise crítica da experiência anterior; e inexistência de uma diretriz comum, ao contrário da afirmação anterior do Presidente da República. Em relação ao órgão regulador específico, a Lei que criou a ANEEL é, tecnicamente, inferior aos projetos ABTEL e ANP, e os três textos, sem contar a má redação, marca contemporânea do direito brasileiro, ignoram alguns pontos positivos de normas anteriores. A característica essencial das normas criadoras dessas agências está, contudo, no defasado modelo estrutural para elas concebido, e com o qual essas enfrentarão a tarefa inédita de, concretamente, regular os interesses todos, muitas vezes contrários entre si, em uma economia cujo mercado vem de ser liberado, como é a brasileira.

Nesse contexto, analisamos a seguir entre outros, decisivos na estrutura institucional das agências. São eles: a), o modelo de formulação de políticas para o setor; b), a fixação das regras processuais a serem observadas pelas agências em sua ação; e c), a nomeação de seus titulares.

O poder de a) formular políticas específicas para o setor regulado é o mais complexo e significativo desses pontos. Nos termos das normas legais, deverão as agências, mesmo dispondo

de independência decisória, obedecer às regras de uma política específica para cada setor regulado, a ser fixada pelo Presidente da República.

Compare-se o disposto no art. 2º, da Lei n.º 9.427/96 que criou a ANEEL: "A Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal". E o que dispunham as normas anteriores, do período Vargas respectivas a esse mesmo setor - (Dec.-Lei n.º 1.285, de 18 de maio de 1939, e o Dec.-Lei n.º 1.699, de 24 de outubro de 1939, que criou o Conselho Nacional de Águas e Energia): essas atribuíam ao Conselho Nacional de Águas e Energia a proposição de diretrizes para a política do setor de Energia e Recursos Hidráulicos no país. Isto é, mesmo na ditadura Vargas, nesse caso, evitou a Lei concentrar poder exclusivamente nas mãos do Presidente da República, ao contrário do que hoje faz a Lei que cria a ANEEL.

O projeto de Lei que cria a ANP mantém a orientação do Decreto-Lei n.º 391, de 7 de julho de 1938, que subordinava o Conselho Nacional de Petróleo, o órgão regulador do setor, ao Executivo (art. 1º: "O CNP (...) diretamente subordinado ao Presidente da República (...)"). Diz o art. 2º, caput, do projeto de criação da ANP: "Fica criado o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, vinculado à Presidência da República e presidido pelo Ministro de Minas e Energia, com a atribuição de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas destinadas a:(...)".

A mesma ainda inspirada no modelo Vargas acha-se no projeto de Lei que cria a ABTEL, como se tem em seu art. 1º, caput: "Compete à União, por intermédio do órgão regulador e nos termos das políticas governamentais estabelecidas pelo Poder Executivo, organizar a exploração dos serviços de telecomunicações". Aqui o retrocesso configurado nesse comando jurídico dá-se em relação à Lei n.º 4.117/62, que atribuía em seu art. 29, alínea c, competência a um órgão específico e colegiado, o CONTEL, para

"elaborar o plano nacional de telecomunicações e proceder à sua revisão, pelo menos, de cinco em cinco anos, para a devida aprovação pelo Congresso Nacional". (grifo nosso)

O modelo ora proposto mantém vivo, e até acentua, o modelo Vargas, e suscita duas questões, uma de natureza constitucional e outra de natureza política. A primeira consiste na dificuldade em conciliar esse preceito normativo com o comando do artigo 174, da Constituição Federal, que determina que o planejamento estatal - e este será o caso, pois a política, assim considerada, é um plano, que afetará os direitos do conjunto de consumidores e obrigará empresas do setor privado - deve ser forçosamente informado em Lei específica. Aprovado o modelo de órgão regulador (sendo que o relativo à ANEEL já é Lei) nesses termos, abrir-se-á lugar à oposição às regras de planejamento que vierem a ser fixadas pelo Executivo, sendo possível questionar-se, inclusive, a independência decisória das agências em face de uma regra em princípio ofensiva à letra constitucional. A segunda questão, de natureza política, desdobra-se da primeira e está em o Executivo, nos termos das normas propostas, subtrair inteiramente ao Legislativo a prerrogativa constitucional, que é deste Poder, de votar Leis definidoras de políticas setoriais.

O poder do Chefe do Executivo de ele próprio, sem ouvir o Congresso, definir políticas setoriais nasceu na ditadura Vargas, sobrexistiu ao tempo da Carta de 1946, onde não havia o comando hoje presente na Carta de 1988, e as Leis que deveriam regular a ordem econômica constitucional não foram editadas, como então também se esperava. Já o regime constitucional da ditadura militar permitia, expressamente, a intervenção aberta do Estado, leia-se do Chefe do Executivo, na economia, inclusive com a edição de decretos-lei. Além desse fato, como observado em nosso artigo anterior, no regime militar os órgãos reguladores foram avassalados pelas empresas estatais, o que lhes relegou a um ostracismo ainda maior. Sob o regime da atual Constituição, que confinou o planejamento estatal ao setor público, tornando-o apenas indicativo para o setor privado, notou Miguel Reale a pouca atenção dada ao comando do artigo 174, inclusive por parte dos

empresários, os principais críticos da intervenção do governo na economia.(nossos grifos)

O modelo atual além de sua impropriedade a um regime de livre-mercado, flagrante já em sua defasagem histórica, e das questões constitucionais que poderá suscitar, uma vez aprovado irá canalizar toda a pressão de interesses distintos sobre o Presidente da República e Ministros de Estado. E inspirar, como forma de controle parlamentar sobre a função regulatória, a inquisição dos dirigentes das agências e de empresas prestadoras de serviços em comissões de inquérito para esse fim especialmente criadas.

A fixação em Lei da política para cada um dos setores regulados, como requer a Constituição Federal, é, todavia, penosa. A solução mais apropriada a um regime onde se busca, simultaneamente, o concurso da iniciativa privada e a proteção do interesse público, seria permitir às agências reguladoras sediar a discussão ampla sobre a formulação das políticas setoriais, incumbindo-as de colher, em audiências públicas, as propostas de todos agentes - privados e representantes dos consumidores - alcançados pela regulação do setor, e a seguir formularem as agências propostas de políticas para o setor respectivo, encaminhando-as, por intermédio do respectivo ministro de estado, ao presidente da república. E esse, por delegação do Legislativo, poderia promover a transformação de tais propostas em normas. Pela mesma linha, melhor seria expressamente consignar ao Legislativo, no caso às respectivas comissões do Senado Federal, a tarefa de fiscalizar a ação das agências reguladoras. Porém, tanto em um caso como em outro, nem a Lei da ANEEL, nem os projetos relativos à ABTEL e à ANP, prevêem tal possibilidade; ao contrário, são vagas sobre esse ponto e assim revigoram o modelo antigo, próprio de uma economia submetida à intervenção do Governo Federal, e não fundado nos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência e no princípio do controle externo, a efetivar-se sempre nos limites da Lei.

O segundo ponto, b) - a não fixação de normas processuais -, embora de natureza formal, é de fundamental relevância.

Na Lei que criou a ANEEL, acha-se disposto: art. 7º, §

2º: "A administração da ANEEL será objeto de contrato de gestão, negociado e celebrado entre a Diretoria e o Poder Executivo no prazo máximo de noventa dias após a nomeação do Diretor-Geral, devendo uma cópia do instrumento ser encaminhada para registro no Tribunal de Contas da União, onde servirá de peça de referência em auditoria operacional. (...)". Difícil admitir-se a constitucionalidade de tal dispositivo, que aliena a ação administrativa-regulatória do órgão para esse fim criado, sobretudo quando é indiscutível o fato de que a regulação - nela incluída a fiscalização das empresas reguladas - é feita em razão do interesse público, cuja guarda só pode ser feita na forma da Lei que diretamente vincule o agente administrativo ao exercício direto de sua função específica.

A sua vez, o projeto de lei que cria a ANP defere a estipulação do processo administrativo, a pautar a ação ordinária desse órgão, a um decreto do Poder Executivo; diz o art. 20 : "O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento."; e o art. 80 : "O Poder Executivo implantará a ANP, mediante aprovação de sua estrutura regimental, em até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da data de publicação desta Lei."

Com relação à ABTEL, tem-se prescrição análoga: art. 9º: "Caberá ao Poder Executivo instalar a Agência, devendo seu regulamento, aprovado por decreto do Presidente da República, fixar a estrutura regimental."; e no art. 20, I: (grifos nossos)

Não dispondo o sistema jurídico brasileiro de um código de processo administrativo, segue a administração pública regras processuais especialmente criadas em leis ordinárias que regulam a ação de determinados órgãos que nela se inserem, como se tem na Lei 8.884/94, que fixa as regras processuais a serem observadas pelo CADE, o órgão regulador da livre-concorrência, em sua atividade de reprimir e prevenir o abuso do poder econômico. Nenhuma das normas relativas às três agências aqui analisadas contém regras que lhes definam e condicionem, conforme os princípios constitucionais do devido

processo legal e da ampla defesa, a ação ordinária, na aplicação das normas a elas respectivas. Dizem as normas propostas e a Lei relativa à ANEEL, como vimos, que as regras processuais, a serem seguidas por cada uma das agências, serão estabelecidas por decreto presidencial.

Duas conseqüências essenciais deduzem-se desse modelo, ambas negativas. A primeira é, uma vez mais, a concentração do poder em mãos do presidente da república e de ministro de estado, o que, sabidamente, estranha a uma economia de livre-mercado. A segunda conseqüência reparte-se em duas: a possibilidade aberta ao abuso do poder por parte das agências ao aplicarem a Lei, especialmente o poder investigatório e sancionatório que deterão, uma vez que as regras processuais a serem baixadas poderão ser simplesmente alteradas por decreto, o que poderá permitir, por vezes, pressões para alterá-las. E, mais importante, o desprezo que os legisladores legaram a dois institutos já consagrados na experiência brasileira, e indispensáveis na solução dos conflitos surgidos entre órgão regulador e empresas reguladas; são eles, o compromisso de cessação de prática investigada, e o compromisso de desempenho, que permitem obviar a inafastável demora em processos administrativos e, uma vez aplicados, solucionam de forma não traumática os casos mais importantes surgidos no âmbito da aplicação das leis regulatórias.

O compromisso de cessação permite, em qualquer altura do processo administrativo, que o investigado, sem admitir a culpa pelo ato que lhe é imputado, evite o julgamento se comprometer-se, perante o órgão regulador, a não mais praticar o ato que deu causa à instauração do processo. Inspirado no consent decree do direito norte-americano, foi inovadoramente aceito pelo legislador brasileiro na Lei 8.884/94, que regula a livre-concorrência; nos Estados Unidos, dois terços dos processos abertos somente no âmbito da repressão ao abuso do poder econômico resolvem-se por essa forma. O compromisso de desempenho, também admitido inovadoramente na mesma Lei, permite ao órgão Regulador, em determinados casos, negociar com o agente econômico, mediante o cumprimento de obrigações, positivas e negativas, a realização de metas previamente fixadas, visando a um melhor cumprimento dos preceitos legais. Assim, com esses dois institutos, a função regulatória evolui da simples repressão, sempre lenta e

desgastante, para soluções negociadas de forma objetiva e transparente, que consideram primeiramente o interesse público, objeto maior da regulação.

A desatenção do legislador em fixar normas processuais a serem obedecidas pelas agências reguladoras dá-se ante ao reclamo da sociedade pela solução rápida de conflitos. E esse reclamo é, também, uma condição inafastável de uma economia de livre-mercado. Não fora assim, não teriam sido os órgãos reguladores concebidos com estrutura própria, para exatamente serem mais velozes em suas decisões. Por outro lado, sendo a eles conferido o poder de aplicar sanções, o dever de observar, nos processos que instaurem, os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal é estrito e inafastável, e, por essa razão, deveria estar o conjunto das regras processuais, a serem obedecidas pela agências, fixado em suas respectivas normas.

3. A seleção dos integrantes dos colégios decisórios das agências c), enfrenta o emperdenido clientelismo da tradição política brasileira.

Assim dispõe a Lei que criou a ANEEL: art. 5º : "O Diretor-Geral e os demais Diretores serão nomeados pelo Presidente da República para cumprir mandatos não coincidentes de quatro anos, ressalvado o que dispõe o art. 29.

Parágrafo Único. A nomeação dos membros da Diretoria dependerá de prévia aprovação do Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição Federal."

O projeto relativo à criação da ABTEL, diz no art. 21: Os Conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e elevado conceito no campo de sua especialidade, devendo ser nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal."

E o projeto de criação da ANP, diz em seu art.11, §2º: "A ANP será dirigida, em regime de colegiado, por uma Diretoria composta de um Diretor-Geral e quatro Diretores.(...)"

§2º Os membros da diretoria serão nomeados pelo Presidente da República, após aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal, nos termos da alínea f do inciso III do art. 52 da Constituição."

Em princípio, a indicação feita a partir da livre escolha de nomes pelo Presidente da República, a seguir submetidos à aprovação do Senado Federal, é de boa técnica e empregada nos Estados Unidos, país de mais larga e fecunda tradição regulatória. Mas, da experiência brasileira, dois pontos ressaltam negativamente desse modelo. O primeiro é a inclinação do Executivo, com honrosas exceções, em empregar essa prerrogativa como prêmio à atuação política de seus correligionários, quando não resvala a prática em ostensiva premiação de amizades pessoais. O segundo ponto está em que o Senado Federal é usualmente brando nas sabatinas que faz; nos Estados Unidos essas sabatinas são vivamente acompanhadas pela imprensa e assim põem os legisladores em alvo específico do interesse público. No Brasil, embora seja crescente a atenção do Senado Federal, sobretudo em sua função investigatória, a maior parte das sabatinas realizadas reveste-se ainda de um caráter meramente burocrático.

A estipulação de preencherem os indicados requisitos de habilitação técnica, constante nos projetos, é tão antiga quanto pode ser, e tem sido, muita vez, ineficaz. O modelo proposto pelo ex-ministro Piquet Carneiro busca conjugar os critérios de isenção e habilitação, ao sugerir a seleção dos dirigentes por meio de critérios técnicos objetivos, a serem aplicados por uma comissão para esse fim especialmente criada. A essa caberia a seleção dos nomes apresentados ao Presidente da República, que então os indicaria submetendo-os à sabatina do Senado Federal.

No entanto, sequer essa solução ordinária está inteiramente adotada na criação das agências; a maioria dos primeiros dirigentes, à exceção, ao que se sabe, da ABTEL, serão de livre escolha do presidente da república, dispensada a audiência do Senado Federal, ao insustentável, em termos lógicos e jurídicos, pretexto de "implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes".

Aqui também repete-se a experiência anterior: a

indicação dos dirigentes do Conselho Nacional de Petróleo, criado por Vargas em 1938, era de livre escolha do Presidente da República. Dizia, por exemplo, o citado Decreto-Lei n. 395/38: "Fica criado o Conselho nacional de Petróleo, constituído de brasileiros natos, designados pelo presidente da República..."(art. 4).

O modelo Vargas está repetido na Lei que cria a ANEEL, no art. 78: "Na composição da primeira diretoria da ANP, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o diretor-geral e dois diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Minas e Energia, respectivamente com mandatos de três, dois e um ano, e dois diretores serão nomeados conforme o disposto nos §§ 2º e 3º do art.11."

E segue repetido no projeto que prevê a criação da ANP, em seu art. 29: "Na primeira gestão da autarquia, visando implementar a transição para o sistema de mandatos não coincidentes, o Diretor-Geral e dois Diretores serão nomeados pelo Presidente da República, por indicação do Ministério de Minas e Energia, e dois Diretores nomeados na forma do disposto no parágrafo único do art. 5º." (nossos grifos)

4. Os três pontos negativos acima sumariados restringem o efetivo avanço que uma economia de livre-mercado requer e poderia ter sido efetivado na regulação dos serviços afetados pelo interesse público e a serem prestados, a partir de agora, majoritariamente, por empresas privadas em lugar de empresas estatais. Essas limitações atingem a estrutura das agências, pois alcançam a afirmação do poder regulador que é próprio de sua essência; a independência, que se põe como requisito ordinário de sua ação; e a indicação de seu quadro diretor, que é a face viva do relacionamento das agências com a sociedade. A concentração do poder nas mãos do Executivo mostra a fixidez, ainda existente entre nós, da idéia que a este Poder, e não ao Estado, na forma da Lei, cabe a prerrogativa de determinar o rumo da economia do país. E mais: que, ao Executivo cabe preferencialmente interpretar e representar o interesse público. Idéia gasta, mas que anima uma reforma a meio, defasada historicamente, como mostra a influência do antigo modelo Vargas, forjado para uma economia autoritária,

dominada pela ação do Executivo, ao contrário do que hoje se requer, isto é, órgãos reguladores verdadeiramente independentes e atentos aos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre-concorrência, próprios de uma economia aberta e democrática.

Ainda assim, as novas normas reguladoras poderão significar um avanço sobre o estado de coisas anterior. Os colegiados das agências têm assegurado seu poder decisório; às três foram garantidos recursos que, ao menos em tese, irão dotá-las de meios materiais para a sua ação. E, sobretudo no caso da ABTEL, as regras técnicas relativas aos serviços regulados são de boa qualidade e tiveram sua discussão prévia razoavelmente aberta.

No quadro contraditório que se abre, e é fruto da má conciliação entre o moderno e o vencido, novamente tem-se a pensão da espera, de que a atuação dos novos órgãos reguladores, do esforço de seus funcionários sobretudo, venha corrigir as falhas das leis que as criam. A recente experiência brasileira vem mostrando que órgãos reguladores, agindo com transparência, ganham o respaldo da sociedade e podem então proteger, conciliando-os, os interesses dos consumidores e dos investidores privados. E só dessa forma realizam a finalidade maior do Poder Executivo, que é fazer cumprir as normas legais que promovam o bem-estar social.

JURISPRUDÊNCIA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Ato de Concentração n.º 38/95

Interessada: BASF S.A.

Relator: Conselheiro Leônidas Rangel Xausa

DECISÃO

O Plenário, por unanimidade, aprovou o Ato de Concentração nos termos do voto do Sr. Conselheiro Relator.

PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC

Parecer n.º 31, de 12 de junho de 1996

EMENTA

Ato de concentração. Integração horizontal. Incorporação de empresa concorrente. Inexistência de potencialidade de limitação ou prejuízo à livre concorrência, ou de dominação de mercado. Efeitos apreciados pelo CADE. Ato não enquadrado nos pressupostos do “caput” do art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.

1. Submete-se ao exame deste Colegiado, inicialmente por notificação prévia, o ato de compra da participação acionária da empresa ROUTTAND-SCANDIFLEX RESINAS LTDA. e de parte dos ativos da SCANDIFLEX DO BRASIL S. A. INDÚSTRIAS QUÍMICAS pela BASF S.A.

A operação, concretizada em 28.08.95, consistiu na aquisição, pela BASF S. A., da totalidade do capital da empresa ROUTTAND-SCANDIFLEX, que, em ato contínuo à sua aquisição, adquiriu, da SCANDIFLEX DO BRASIL S. A.,

máquinas, equipamentos, instalações e parte do imóvel, desmembrado de sua área industrial. Esses ativos são referentes à fabricação do “sistema de poliuretano” e suas resinas.

A operação, portanto, compreendeu todo o negócio de “sistema de poliuretano”, desde a fabricação (ativos da SCANDIFLEX) à comercialização e distribuição (ROUTTAND-SCANDIFLEX). As participantes atuaram no mesmo mercado, embora, com pequenas margens de “market share”.

A justificativa da transação, pela adquirente, prende-se à necessidade de aumentar sua capacidade instalada, melhoria da produtividade e da qualidade do “sistema de poliuretano”, capacitando-a a competir com seus concorrentes mais fortes, no segmento. Por sua vez, a adquirida alega decisão estratégica de saída do mercado para dedicar-se à produção de plastificantes, produtos que requerem menores investimentos e poucas mudanças tecnológicas.

2. O “sistema de poliuretano” é a mistura, em dosagens adequadas à finalidade de aplicação, de dois componentes:

A - Isocianato modificado, que tem como matérias-primas principais o tolueno diisocianato (TDI) e o metileno difenil isocianato (MDI);

B - resina termofixa à base de Resinas de poliéster e de poliésteres.

Os fornecedores do “sistema de poliuretano” entregam os componentes A e B, cabendo aos clientes a determinação da mistura ideal, na máquina dosadora, para injetar nos diferentes moldes de acordo com a utilização final do produto.

As resinas de poliuretano, obtidas a partir da mistura, têm diversas aplicações e podem ser substituídas por outras resinas termoplásticas. São utilizadas, principalmente, pela indústria automobilística, moveleira, calçadista, na mineração e na construção civil.

A estrutura da oferta do “sistema de poliuretano” é composta por empresas de grande porte, onde as quatro

primeiras, em margem de participação no mercado, são a Dow Química (42%), a Pronor (24%), a Arco (14%) e a Bayer (4%). A Basf e a Roulland, juntas, perfazem 3,83%.

Igualmente importante ressaltar que, em sua maioria, as empresas nesse mercado são ofertante de matéria-prima, conforme parecer da SEAE/MF.

Sob o aspecto geográfico, o mercado relevante alcança todo o território nacional.

Com relação às barreiras à entrada nesse mercado, pela análise dos autos, têm-se que a montagem e a operação de um “sistema de poliuretano” não se condiciona à detenção de patentes do processo produtivo, a tecnologia é conhecida, tornando qualquer produtor de matéria-prima um ofertante em potencial.

Consultados concorrentes e clientes, não se evidenciou qualquer posição desfavorável à operação em exame.

A SEAE/MF, em seu parecer de fls. 145/157, destaca que “o impacto em termos de concentração da oferta da operação em análise é desprezível. Basf e Scandiflex têm reduzidas participações na produção nacional de “sistema de poliuretano” e ainda menor, no mercado de resinas termoplásticas como um todo. Além disso, as empresas concorrentes, além de deterem o controle das matérias-primas, são de grande porte, o que elimina definitivamente a possibilidade de que essas empresas venham a elevar significativamente seu poder de mercado”.

Por sua vez, a SDE/MJ opina favoravelmente à aprovação da operação.

3. O art. 54 e seguintes da Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994 dá competência ao CADE para apreciar atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Em seu § 3º, modificado pela Medida Provisória n.º 1488 de 07.06.96, estabelece o marco legal de 20% de

participação no mercado ou o valor de R\$ 400.000.000 (quatrocentos milhões) relativo ao faturamento bruto anual de qualquer das empresas participantes em atos que visem a qualquer forma de concentração econômica.

Apreciados em seus efeitos no mercado, tais atos, não obstante evidência, potencial ou efetiva, de alguma limitação ou prejuízo à concorrência, poderão ser autorizados pelo CADE, uma vez preenchidas as condições do § 1º.

No caso em tela, a incorporação da Routtand-Scandiflex pela BASF S. A., seguida da compra de ativos da Scandiflex do Brasil S. A., caracteriza-se como um ato de integração horizontal, visto que as empresas participantes atuavam no mesmo mercado relevante. Enquadra-se, portanto, nos indicadores do § 3º, alcançada pela natureza da operação e pelo faturamento bruto anual da adquirente.

No entanto, deles não resultará domínio de mercado. Somadas as participações das duas empresas, o “market share” não excede a 3,83%. Contrapondo-se esse percentual aos significativamente maiores das empresas Dow Química (42%), Pronor (24%), Arco (14%) e Bayer (8%), podemos entender como irrelevante o aumento de 7,24 pontos no índice do HHI.

Sob o ponto de vista da potencialidade de limitação ou prejuízo à concorrência, o panorama revelado nos autos aponta no sentido de entendermos os efeitos da operação realizada, não como restritivos mas ao contrário, altamente favoráveis ao fortalecimento dos níveis de competitividade do segmento examinado. Embora resulte na eliminação de uma empresa, a aquisição da Routtand-Scandiflex e dos ativos da Scandiflex do Brasil possibilitará melhores condições competitivas à Basf S. A. frente às concorrentes de maior poder nesse mercado relevante.

Em face ao exposto, tendo em vista que a operação em exame não evidencia potencialidade de prejuízo ou limitação dos níveis concorrenciais do mercado relevante analisado, e nem resultado que enseje dominação de mercado, esta Procuradoria, em consonância com os pareceres da SEAE/MF e SDE/MJ, manifesta-se no sentido de considerá-la legítima face

à Lei de Defesa da Concorrência, pois, não enquadrada nos pressupostos contidos no “caput” do art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

Brasília, 12 de junho de 1996.

MAGALI KLAJMIC
Procuradora “ad hoc”

**VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR LEÔNIDAS RANGEL
XAUSA**

EMENTA

Ato de concentração. Integração horizontal. Incorporação de empresa concorrente. Inexistência de potencialidade de limitação ou prejuízo à livre concorrência, ou de dominação de mercado. Efeitos apreciados pelo CADE. Ato não enquadrado nos pressupostos do “caput” do art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Legitimidade

I - DA OPERAÇÃO

1. BASF S. A., sociedade legalmente estabelecida no País, em cumprimento ao disposto no art. 54 da Lei n.º 8.884, submete-se à apreciação do CADE, requerimento relativo à compra da empresa Routtand-Scandiflex Resinas Ltda. e de ativos da empresa Scandiflex do Brasil S. A. Indústrias Químicas.

A operação, que se concretizou 28.08.95, fundamentou-se no Contrato de Venda e Transferência de Quotas, através da BASF adquiriu totalidade do capital da empresa Routtand e, sob contratos separados, efetuou à aquisição de uma parcela da propriedade industrial, predial e todos os ativos necessários à fabricação de sistema de poliuretano pertencentes à Scandiflex.

A motivação dos atos de compras pela BASF é a aquisição de maquinários da SCANDIFLEX, de forma a permitir que a adquirente transfira sua unidade fabril localizada na cidade de Guaratinguetá para um parque industrial que disponha

de maior capacidade produtiva. Segundo a BASF, ao dispor de maior capacidade instalada terá condições de ampliar a produção e gerar mais empregos. Por sua vez, a aquisição da carteira de clientes da Routtand-Scandiflex seria uma maneira de “fazer frente à grande concorrência desse mercado”.

A Scandiflex, por sua vez, alega que não dispõe de condições financeiras para investir em inovação tecnológica, o que tem levado à perda de competitividade de seus produtos em relação aos concorrentes.

Tal fato não ocorrerá com a BASF, que tem interesse estratégico em investir na área e possui suporte tecnológico, o que lhe capacita a desenvolver novos produtos mais competitivos em termos de preço e qualidade.

A nova empresa denomina-se Elastogran Ltda.

2. A empresa Routtand-Scandiflex comercializa e distribui resinas sintéticas de aplicação industrial - sistema de poliuretanos, utilizados por diversos segmentos industriais (automobilístico, calçadista, construção civil, moveleiro e mineração), sendo a Scandiflex do Brasil S.A. Indústrias Químicas responsável pela fabricação das referidas resinas.

II - DA ADQUIRENTE

No Brasil, o Grupo BASF é integrado pelas seguintes empresas: BASF da Amazônia, onde produz fitas de áudio e vídeo; COFADE - Companhia Fabricadora de Peças, cujos produtos principais são os elastômeros, INMONT Indústrias Químicas Ltda, fabricante de tintas e complementos da impressão e ISOSEGURO Corretora de Seguros Ltda. que opera na área de seguros.

Em 1994 o Grupo BASF atingiu no País um faturamento de US\$ 945 milhões, operando 14 fábricas, em diversos segmentos industriais, com 6.285 funcionários.

Internacionalmente a BASF atua em 40 países, fabricando matérias-primas e produtos destinados à agricultura, plásticos, corantes, tintas, vernizes, fitas de áudio e vídeo, fármacos, química fina dentre outros. Em 1994, o faturamento

do Grupo BASF no mundo alcançou o montante de DM 46,5 bilhões.

III - DA ADQUIRIDA

A Routtand-Scandiflex Resinas Ltda. iniciou suas operações no Brasil no início dos anos 80, tendo como acionistas a empresa francesa Routtand, na qualidade de fundadora e supridora de tecnologia, e a Scandiflex do Brasil S. A., responsável, desde então, pela fabricação dos referidos produtos (sistema de poliuretanos).

A Routtand-Scandiflex integra o GRUPO DINACO, constituindo-se em sua única empresa industrial. O Grupo DINACO, por sua vez, controla as seguintes empresas: Dinvest Comercial S. A. e Dinaco Comércio e Participações - ambas holding sem atividades operacionais - Dinaco Importações, Comércio S. A. e DIPAR Comércio e Indústria S. A. que opera como distribuidora de produtos químicos e petroquímicos nacionais e importados.

IV - DO MERCADO

1. A resina de poliuretano é obtida a partir do aquecimento prolongado de um isocianato e de um poliol na presença de catalisadores, os quais, após mistura realizadas em máquinas dosadoras, são injetados em moldes produzindo-se a peça desejada.

A peça pode adquirir a consistência baixa e porosa ou maior densidade e compactação. Essa diferenciação nas características físicas do produto, depende das quantidades misturadas dos componentes. Tal mistura é realizada de acordo com os interesses da empresa adquirente com acompanhamento técnico do fornecedor.

O produto poroso ou espumado, de menor resistência ao impacto, é utilizado para produção de isolante térmico ou acústico e para refrigeração, enquanto o produto compacto possui grande resistência à tração e elevada dureza, sendo utilizado na fabricação de peças para a indústria automobilística, revestimentos de pisos industriais e esportivos,

componentes para a indústria moveleira, além de solados para a indústria de calçados.

As diferentes matérias-primas utilizada na produção do “sistema de poliuretano” são ofertadas por estruturas monopólicas ou oligopólicas, sendo a própria BASF uma das empresas fornecedores do mercado. As demais ofertantes são a Oxiteno do Brasil S. A., Rhodia S. A., Bayer do Brasil S. A. e CBP, PRONOR Petroquímica S. A., DOW Química S. A. e ARCO.

Conforme devidamente observado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, a maioria das empresas que opera nesse mercado oferta, também, a matéria-prima.

Em termos de produtos substitutos, tem-se, para isolamento térmico, o poliestireno expandido, a lã de vidro e a lã de rocha. No caso da indústria de calçados, são utilizados como substitutos o etil-vinil acetato, poli-vinil-cloreto, thermoplastic rubler e couro. No segmento de transportes o principal produto substituto é o plástico.

Em 1994 a capacidade instalada no mercado brasileiro de sistemas de poliuretanos foi de 197,5 mil toneladas, sendo que a produção global (excluída a produção de matérias-primas voltadas à exportação) alcançou 123,5 mil toneladas (fl. 145).

As vendas internas do produto e externas de matérias-primas atingiram 148,5 mil toneladas, representando cerca de US\$ 341,5 mil (fl. 145).

No que respeita aos recursos aplicados em investimentos, ampliação, manutenção, etc., tem-se que, em 1992, a BASF aplicou US\$ 260.000, em 93, US\$ 40.000 e, em 94, US\$ 70.000.

2. Em termos de produção, as participações no mercado de poliuretano são as abaixo relacionadas, evidenciando a presença de grandes grupos empresariais.

Empresas que operam mercado	Participação
Dow Química	42
PRONOR	24
ARCO	14
BAYER	8
BASF	2,13
Routtand-Scandiflex	1,7
Outros	8,17

Fonte: Requerentes

A escala eficiente de produção, segundo a Requerente, seria alcançada com a manufatura de 5.000 toneladas/ano, o que requereria um investimento mínimo de cerca de US\$ 10 a 12 milhões.

Os principais clientes da BASF são a PLASCAR (3%), PEMATEC - TRIAGEL (1%), CALOI (1%), PENTEC (1%) e VULCAN Material Plástico (2%), indicando que a demanda é significativamente pulverizada, visto que a participação dos cinco principais clientes alcança apenas 8% do volume de vendas.

Em termos geográfico o mercado relevante é o mercado doméstico.

3. Ao se examinar as barreiras ao ingresso de novas empresas no mercado, há que se ter em conta que as tecnologias do processo produtivo são de domínio público, não estão condicionadas à obtenção de patentes e os investimentos requeridos para instalação de uma unidade fabril com escala eficiente de produção não se apresentam são elevados.

No que respeita à importação das matérias-primas, as aquisições do setor têm ocorrido normalmente, tendo alcançado 25.000 toneladas (US\$ 50 milhões) em 1994.

Com o intuito de avaliar a repercussão da operação no mercado, a SEAE/MF consultou tanto as empresas concorrentes quanto os clientes, não tendo havido nenhuma manifestação contrária à efetivação da presente transação.

V - DOS PARECERES

O parecer da SEAE, no que respeita aos aspectos concorrenciais, observa ser “desprezível” o impacto da operação na concentração da estrutura da oferta, visto que BASF e SCANDIFLEX possuem pequenas participações na produção de sistemas de poliuretanos e também no mercado de resinas como um todo.

Aduz que ocorrerão ganhos de eficiência no mercado, visto que a retirada da Scandiflex, única empresa que não produzia qualquer das matérias-primas utilizadas na fabricação do sistema de poliuretano apresentando-se portanto em desvantagem em relação às concorrentes, será mais do que compensada pela expansão da capacidade produtiva da BASF, empresa esta que produz polioli-poliéster, esta sim, matéria-prima do sistema de poliuretano.

Em vista de tais argumentos, a SEAE manifesta-se pela aprovação da presente operação.

A Secretaria de Direito Econômico, por sua vez, entende que a “realização do negócio somente trará benefícios aos consumidores e à concorrência, pois acarretará em aumento da produção e na melhoria da qualidade dos produtos, além de propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico”.

Finaliza a SDE observando que o ato pretendido, ao alcançar somente 3,83% do mercado de poliuretanos, apresenta-se abaixo daquele patamar (20%) previsto na norma legal, bem como a condição alternativa, segundo ela, “é o faturamento da BASF no mercado relevante de sistemas de poliuretanos”. Conclui, portanto, pela “desnecessidade de aprovação formal”.

A Procuradoria Geral do CADE, através da digna Procuradora Magali Klajmic, assinala que os efeitos da operação realizada não se apresentam como restritivos à concorrência, mas “altamente favoráveis ao fortalecimento dos níveis de competitividade do segmento examinado”. Observa, ainda, que, a par da eliminação de uma empresa do mercado, a transação em exame possibilitará condições de competitividade à BASF em relação às concorrentes que detêm maior poder nesse mercado relevante.

VI - CONCLUSÃO DE VOTO

A operação em exame apresenta-se como um ato de concentração horizontal, já que tanto a adquirente quanto a adquirida operava no mesmo mercado relevante.

A capacidade instalada da BASF anteriormente representava apenas 7.000 t/ano e a da Routtand-Scandiflex 5.000 t/ano, o que totalizava 12.000 t/ano.

Há que se ter presente que a Routtand não dispunha de condições para elevar a produtividade de suas unidades fabris, não investia em novas tecnologias, levando à desatualização tecnológica e à perda de competitividade de seus produtos e, conseqüentemente, à perda de mercado.

Caso a operação não fosse realizada poderia levar à perda de competitividade das empresas (BASF e Scandiflex) visto que, isoladamente, não teriam capacidade produtiva suficiente para enfrentar os grandes concorrentes do mercado relevante.

A par da retirada de uma das empresas que atuava no mercado de sistemas de poliuretanos, esta saída não implicará perda do vigor concorrencial desse mercado. Ao contrário, haverá condições de uma maior disputa entre as empresas, já que a BASF contará com maior capacidade produtiva e se dispõe a ampliar a participação no mercado.

A propósito, a BASF, no último dia 13 de junho, informou a este Conselheiro que está implementando programa de investimento (realizados e a realizar) para o biênio 1995/96 que alcança R\$ 3,7 milhões, sendo R\$ 878.960,00 para saneamento, com prazo de conclusão previsto para o mês de agosto, R\$ 1.331.600 também para saneamento, com prazo de conclusão para outubro/96; tancagem que montará R\$ 1.067.780,00; prédio administrativo que demandará U\$ 400.000,00 e infra-estrutura que alcançará R\$ 60.000.

A reorganização industrial e os investimentos realizados pela BASF ampliaram a capacidade instalada que passou para 20.000 t/ano. Tal capacidade produtiva está

permitindo à BASF elevar sua participação no mercado de poliuretanos, evoluindo de 3,8% em 1995 para 6,8%, já no corrente ano. Para 1998, está previsto uma participação de 9%, alcançando 9,5% no ano 2000.

Essa crescente participação da BASF, ganhando fatias expressivas do mercado, torna claro sua postura agressiva e demonstra que o vigor concorrencial foi acentuado com a realização da operação.

9. Isto posto, acompanho o bem lançado parecer da digna Procuradora Magali Klajmic, concluindo que os efeitos da operação realizada não se apresentam como restritivos à concorrência, mas “altamente favoráveis ao fortalecimento dos níveis de competitividade do segmento examinado”, e que considera a operação “legítima face à Lei de Defesa da Concorrência, pois, não enquadraria nos pressupostos contidos no “caput” do art. 54 da Lei n.º 8.884/94”.

Este é o meu voto.

LEÔNIDAS RANGEL XAUSA
Conselheiro-Relator

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO n.ºs 155, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171 e 172/94.

REPRESENTANTE: DPDE/SDE ex OFFICIO

REPRESENTADAS: Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília

RELATORA: Lucia Helena Salgado e Silva

Brasília, 08 de dezembro de 1995

Parecer n.º 35/95

Processos Administrativos n.º 155, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171 e 172/94.

REPRESENTANTE: DPDE/SDE EX OFFICIO

REPRESENTADOS: Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília - P.A. **155/94**

Exame - Laboratório de Patologia Clínica Ltda. - P.A. **159/94**

Laboratório Pasteur Patologia Clínica S/C - P.A. 160/94

Laboratório Pio X Ltda. - P.A. **161/94**

Lab. Sabin de Patologia Clínica de Taguatinga Ltda. - P.A. **162/94**

Laboratório Sabin de Patologia Clínica Ltda - P.A. **163/94**

Laboratório de Análises Médicas - P.A. **164/94**

Lab. Clínicos de Brasília Vacinas e Imunizações - LACLIB S/C - P.A. **165/94**

Laboratório Guará de Análises Clínicas - P.A. **166/94**

Laboratório Santa Cruz Ltda. - P.A. 167/94

Lab. de Análises Clínicas Carlos Chagas - P.A. **168/94**

Lab. Bandeirante de Análises e Pesquisas Clínicas Ltda. - P.A. **169/94**

Laboratório Imuno Ltda. - P.A. 170/94

Lab. Universal - Pesquisas e Análises Clínicas Ltda. - P.A. **171/94**

Brasiliense - Lab. de Análises e Pesquisas Clínicas Ltda. - P.A. **172/94**

RELATOR: José Matias Pereira, conforme parecer n.º 16/95 da Procuradoria Geral do CADE.

RELATÓRIO DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC

EMENTA: Processos administrativos reunidos por conexão. Aplicação subsidiária dos arts. 103, 105 e 106 do Código de Processo Civil. Acusação de infringência do art. 3º, I, XV e XVII, da Lei n.º 8.158/91. Adoção de tabela de honorários médicos da AMB elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado. Conduta comercial uniforme e concertada entre concorrentes e sindicato de classe para impor a THM prejudica a livre concorrência e confere aos seus participantes poder de regular o mercado em que atuam. Infrações per se. Práticas configuradas.

Cuida-se dos processos administrativos nºs 155, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171 e 172/94, reunidos por conexão em razão do parecer n.º 16/95, da Procuradoria Geral do CADE, em anexo.

Tais processos foram instaurados de ofício pela Secretaria de Direito Econômico - DPDE, contra o SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA, LABORATÓRIO EXAME, LABORATÓRIO PASTEUR, LABORATÓRIO PIO X, LABORATÓRIO SABIN DE PATOLOGIA CLÍNICA, LABORATÓRIO SABIN, LABORATÓRIO DE ANÁLISES MÉDICAS, LABORATÓRIO LACLIB, LABORATÓRIO GUARÁ, LABORATÓRIO SANTA CRUZ, LABORATÓRIO CARLOS CHAGAS, LABORATÓRIO BANDEIRANTE, LABORATÓRIO IMUNO, LABORATÓRIO UNIVERSAL, LABORATÓRIO BRASILIENSE, com base em indícios de violação ao art. 3º, incisos I, XV e XVII, da Lei n.º 8.158 de 8 de janeiro de 1991.

Os fatos que deram ensejo aos processos supra referidos estão vinculados a denúncias formuladas contra entidades que congregam empresas no ramo de saúde e empresas prestadoras de serviços no mesmo segmento, acusadas de inibirem a livre concorrência, através das práticas de fixação e imposição de preços para os serviços médicos e adoção de conduta uniforme e concertada que acabou por regular a oferta de serviços médicos.

Em face das evidências constantes em documentação apresentada, o DPDE/SDE instaurou os vários procedimentos que ora examinamos em conjunto, por sua conexão.

Os processos administrativos acima relacionados tratam de conduta expressa nos documentos de fls. 04/11, em fotocópias, nos quais se evidencia que o SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISAS E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA, em conjunto com os Laboratórios que congrega, impôs aos convênios médicos e usuários a utilização obrigatória da Tabela de Honorários Médicos da AMB e o referencial de 0,21 URVs., idêntico para o Setor.

Tais fatos ocorreram em Maio de 1994, ainda na vigência da Lei n.º 8.158/91, e foram enquadrados como infração ao art. 3º, incisos I, XV e XVII.

Na fase investigatória, foram assegurados o contraditório e a ampla defesa.

As razões de defesa de todos os Representados negam a prática de qualquer infringência à legislação de defesa da concorrência, afirmando, em resumo, que:

- não elaboraram a Tabela de Honorários Médicos, cuja responsabilidade atribuem à Comissão Nacional de Honorários Médicos, composta pela Associação Médica - AMB, Conselho Federal de Medicina e Federação Nacional dos Médicos;

- defendem a aplicação da THM como mecanismo de orientação referencial de parâmetros mínimos no estabelecimento de valores de retribuição do trabalho médico e do reembolso a pacientes e usuários dos serviços prestados com base nos contratos e convênios normalmente firmados;

- a THM é utilizada por órgãos públicos como parâmetro para pagamento dos serviços médicos;

- a THM é mera sugestão de honorários mínimos para se evitar o chamado “preço vil”, infringente à Resolução 089/89 do Conselho Regional de Medicina do Distrito federal;

- os processos em epígrafe alicerçam-se em decisão anteriormente tomada no processo administrativo n.º 061/93, sub judice, em razão do Mandado de Segurança interposto e da concessão de liminar suspensiva;

- a utilização da THM é essencial ao cumprimento dos contratos existentes;

- a fixação do coeficiente 0,21 URVs tem amparo legal;

O Ministério da Fazenda, solicitado a emitir parecer técnico, através da Secretaria de Política Econômica e da Secretaria de Acompanhamento Econômico, em todos os processos, conclui em seu pronunciamento que “a Associação Médica Brasileira não tem característica de ente público, não podendo, portanto, estabelecer preços de serviços das atividades médicas, no país, em caráter oficial”.

Por sua vez, o Sr. Secretário de Direito Econômico, adotando como razão de decidir a manifestação do DPDE, entendeu configurada a infração à ordem econômica, remetendo os presentes autos para julgamento deste Egrégio Conselho.

É o que consta dos processos que ora examinamos.

2. Assim, como fatos relevantes a ensejar nosso parecer, devemos nos ater aos seguintes:

Os laboratórios de análises clínicas, congregados por sua entidade de classe, são acusados de adoção de conduta comercial uniforme e concertada, impondo aos convênios médicos e usuários de seus serviços a utilização da Tabela de Honorários Médicos da AMB e do referencial idêntico acordado para o Setor. Em consequência, foram incursos no art. 3º, incisos I, XV e XVII da Lei n.º 8.158/91, “in verbis”:

“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;

...”

3. Preliminarmente, para melhor compreensão das questões que ora abordamos, devemos explicitar que, nesse mercado, figuram como demandantes os usuários dos serviços de assistência médica, isto é, os pacientes que se utilizam desses serviços, diretamente ou através de entidades contratantes públicas ou privadas, que, nesse caso, são as intermediárias da relação entre demandantes e ofertantes. Esses, os ofertantes, por sua vez, figuram como prestadores dos serviços de assistência médica, caso dos Representados, na hipótese dos autos.

A questão que se coloca de plano é a adoção de tabela de preços como ato prejudicial à concorrência, uma vez que elimina os mecanismos normais de formação de preços no mercado.

Outra questão, igualmente relevante, é a imposição dos valores fixados na THM aos conveniados e/ou usuários dos serviços, em ação coordenada entre concorrentes sob a proteção de entidade representativa de classe, o que, por sua vez, elimina a possibilidade de concorrência entre eles.

Em que pese a sua enfática defesa pelos Representados, as tabelas geram efeitos anticoncorrenciais indubitáveis, e que estão centrados no fato de que seus preços, se tidos como

referenciais mínimos, podem desencorajar a entrada de novos participantes no mercado; e se tidos como máximos, podem acabar se tornando mínimos.

Esta a lição do ilustre Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho, relator do processo administrativo n.º 53/92, que trata de matéria assemelhada, e já julgada por este Egrégio Conselho.

Ainda socorrendo-nos das razões expostas no voto do Conselheiro-relator, e a seu exemplo, escudamo-nos na experiência refletida em decisão da Suprema Corte americana, no caso U.S. x Trenton Potteries Co., que é conclusiva:

“O poder de fixar preço, exercido de forma razoável ou não, implica o poder de controlar o mercado e de fixar preços arbitrários e não razoáveis. O preço razoável fixado hoje pode através de mudanças econômicas e empresariais, tornar-se o preço não razoável de amanhã”.

Este o ponto nodal, sem dúvida inquestionável em qualquer mercado, aqui ou alhures. A tabela de preços confere o poder a quem a elabora, e a quem dela se serve, de controlar preços no mercado ao arrepio das forças reguladoras da lei da oferta e da demanda, contrapondo-se, portanto, a um dos principais objetivos da legislação de defesa da concorrência.

Da mesma forma que a ação coordenada e uniforme entre concorrentes confere, a seus participantes, poder de mercado em grau suficiente para torná-los aptos a modificar, a seu talante, as relações normais em dado mercado. E, se por um lado, cria posição dominante, por outro, desestimula, pela ausência de competição efetiva, a busca pela eficiência técnica e econômica, contrapondo-se, igualmente, aos objetivos da legislação que fundamenta o presente parecer.

Essas práticas, se combinadas, como o caso dos autos, prejudicam a concorrência e causam distorções nas relações de mercado. O dano consubstancia-se na perda da concorrência relativa a preços e no domínio de mercado, artificialmente adquirido, através de acordo entre concorrentes, que lhes propicia o controle regionalizado de mercado.

No caso em tela, os laboratórios de análises clínicas, em conduta expressa nos documentos constantes da peça inicial de cada processo, adotaram comportamento uniforme e concertado entre si, agregados por seu Sindicato de classe, impondo aos conveniados a tabela da AMB e um referencial idêntico acordado para o Setor.

Tais atos, irrefutáveis à vista dos documentos acostados aos processos, são prejudiciais ao mercado em que atuam os Representados, na medida em que não permitem a concorrência relativa à preços dos serviços, desestimulam a busca da qualidade e diversificação, e criam condições potenciais de controle regional desse mercado através da regulação da oferta de serviços.

Devemos reconhecer, entretanto, que essa tem sido uma prática comum em alguns setores da Economia, ainda não afeitos aos novos tempos de mercados livres da intervenção governamental. A adaptação, em alguns casos, torna-se mais lenta pela força do costume arraigado em toda a sociedade.

Apesar disso, não conseguimos vislumbrar nenhuma vantagem que pudesse justificar a manutenção desta THM. Senão, vejamos:

- os preços artificialmente fixados não se mostram compatíveis com os custos efetivos de cada agente econômico. Há diferenças acentuadas nos custos de prestação dos mesmos serviços por empresas diversas, inquestionáveis, como o tamanho das instalações, a diversidade de equipamentos, as estruturas administrativas diferenciadas, a capacidade gerencial e a qualificação profissional.

Nos mercados competitivos, serviços idênticos podem ser produzidos a custos diferentes, gerando, como consequência, maior diversificação na oferta e preços diferentes, dando ao usuário um leque maior de opções. Isso não acontece nos mercados não-competitivos, onde os preços são artificialmente idênticos e uniformemente estabelecidos. Nesse caso, o benefício é deslocado para os ofertantes, em detrimento dos usuários.

No mesmo sentido, a fixação de preços através da THM não beneficia os usuários e nem entidades contratantes, que embora possuam maior poder de barganha, não o exercem se o acesso direto aos prestadores dos serviços contratados está condicionado ao cumprimento de uma tabela previamente acordada.

- os preços artificialmente fixados não levam em conta a qualidade dos serviços e a qualificação profissional de quem os presta, uma vez que o valor pré-estabelecido desestimula a diversificação da oferta, a busca da melhoria e avanço tecnológico. De certa maneira, parte-se do princípio de que todos os estabelecimentos prestam serviços de maneira igual, sem considerar a competição em termos de qualidade profissional e técnica.

Não havendo benefícios para os usuários, observamos, no entanto, que a THM traz benefícios aos ofertantes dos serviços, que, dessa forma, se encontram ao abrigo da competição por preço e, via de consequência, pela qualidade.

Em sua defesa, os representados afirma que a THM serve como referência e orientação para o Setor. Afirmam, ainda, que garante o cumprimento das normas do Código de Ética Médica e da Resolução 089/89 do Conselho Nacional de Medicina.

Permitindo-nos discordar de tais alegações. Não é sob a égide da legislação de defesa da concorrência que as questões pertinentes à ética profissional devem ser analisadas. A defesa dessas questões está submetida a instrumentos próprios, acionáveis pelo órgão competente, que não é este Egrégio Conselho.

Por todo o exposto, nosso entendimento cristaliza-se no sentido de entender a THM como instrumento indutor de condutas anticoncorrenciais. E, como tal, sua adoção e imposição a terceiros legitima atos prejudiciais à concorrência, eis que, interfere indevidamente nos mecanismos de formação de preços, induz à condutas uniformes entre concorrentes, tornando-os aptos a controlar a oferta de prestação de serviços no segmento em que atuam.

Os efeitos de domínio de mercado e prejuízo à concorrência, necessário à configuração dos tipos previstos na Lei n.º 8.158/91, estão consubstanciados na própria neutralização das forças reguladoras da lei da oferta e da demanda, e na eliminação da competição efetiva entre prestadores de serviços médicos, criando aptidão para o controle da oferta nesse mercado.

A comprovação material da conduta está registrada nas fotocópias anexadas em cada peça inicial dos processos em epígrafe.

Assim, temos como caracterizada a infração à ordem econômica, nos termos do art. 3º, incisos I, XV e XVII da Lei n.º 8.158/91, opinando, portanto, pela procedência dos presentes processos administrativos.

MAGALI KLAJMIC
Procuradora “ad hoc”

**RELATÓRIO DA CONSELHEIRA- RELATORA
LUCIA HELENA SALGADO**

O presente relatório trata do Processo Administrativo n.º 155/94, reunido a outros por conexão pelo parecer n.º 16/95, da Procuradoria Geral do CADE e examinado em conjunto com os processos de n.º 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 n.º 8.158/91 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 notificado da instauração do processo (fls. 45), tendo oferecido defesa prévia, às folhas 54 a 81, nos termos descritos logo adiante. 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 no processo 155/94 e 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 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 n.º 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 dos 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 n.º 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 do processo 155/94 - caracterizada como infração à ordem econômica nos termos do artigo 3º, incisos I e XV da Lei n.º 8.158 de 8 de janeiro de 1991.

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

É o relatório.

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

Processos Administrativos. Infração aos incisos I e XV da Lei n.º 8.158 de 8/1/91. Indução à adoção de conduta restritiva à concorrência. Utilização de meios artificiosos para a fixação de preços.

1. A Secretaria de Direito Econômico, SDE, entendeu que o Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília, ao influenciar seus associados a fixarem preços mínimos, através da Tabela de Honorários Médicos (THM), para serviços médicos, laboratoriais e radiológicos, independentemente do padrão de qualidade e porte do estabelecimento, estaria restringindo a concorrência (fls. 12).

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. 3º da Lei n.º 8.158/91.

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;

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 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 freqüentes e difíceis problemas enfrentados por cartéis no mundo real é o acordo em torno de um preço e a conseqüente 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”.³⁰

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 “Associações e sindicatos organizam interesses privados - intermediando-os na relação com o setor público - e geram convenções que orientam comportamento, substituindo o papel anteriormente exercido

³⁰ Neide Terezinha Mallard, “O Cartel” in Revista de Direito Econômico, 21, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Out./Dez. de 1995.

pelo controle de preços”. (Salgado, 1995:25)³¹. 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 concorrência³². 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 americana, 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 I 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

³¹ Lucia Helena Salgado, Política de Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil, texto para discussão 385, IPEA, outubro de 1995.

³² 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, *Antitrust Law - An Economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1976)

restrições não razoáveis”³³. A Corte reconheceu que em joint ventures e outros arranjos 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 salutar, ou seja, desde que represente um procedimento empresarial eficiente e que opere em benefício do consumidor final.

Nos casos em 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)*³⁴.

Até 1970, médicos, advogados, engenheiros e outros profissionais eram tidos como fora da jurisdição do Sherman Act. No caso *Goldfarb* de 1975³⁵, a Suprema Corte condenou uma associação de advogados por violação à seção I do Sherman Act.

A Associação de Advogados da Virgínia, 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

³³ *Broadcast Music, Inc. vs. Columbia Broadcasting System, Inc*, 441 US 1, 1979.

³⁴ W. Kip Viscusi et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, D. C. Heath and Co., 1994.

³⁵ *Goldfarb vs. Virgínia State Bar*, 421 US 773, 1975.

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.³⁶

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 concorrência³⁷.

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 a concorrência. Mesmo que o fizesse, as especificidades que compõe o caso - a natureza de entidade de classe da representada, os custos de transação

³⁶ Observa Horowitz que, nos Estados Unidos, consequentemente, “... mesmo na ausência de qualquer prova de poder de mercado, um arranjo cooperativo que tenha 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 Antitrust Revolution, The Role of Economics, John Kwoka e Lawrence White eds., Harper Collins College Publishers, 1994.

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

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 de Administração 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.

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 da 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 consubstanciada 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 nelas se baseiam demonstram a existência de um agente com poderes suficientes tanto 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-Relator Carlos Eduardo Vieira de Carvalho no Processo Administrativo n.º 53/92: “o preço razoável de hoje pode tornar-se o preço não razoável de amanhã”³⁸.

7. Concluo, portanto, após analisados os autos e a razoabilidade da conduta, à luz da jurisprudência nacional e internacional e com fundamentos no Parecer n.º 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 n.º 8.158/91.

8. Em consequência, determino:

A. Estando devidamente configurada e comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei n.º 8.158/91, recepcionado pela Lei n.º 8.884/94 na forma do inciso II, julgo procedente a representação e, com base no inciso III do art. 23 da Lei n.º 8.884/94, com a redação dada pelo art. 78 da Lei n.º 9.069/95, por ser a mais benigna, condeno o Sindicato de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília a pagar 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.

³⁸ “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).

Na fixação da multa, levo em conta: a natureza não comercial da representada, a recente decisão deste Conselho no processo administrativo n.º 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. n.º 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 8.884/94, que o Sindicato, no prazo de dez dias a contar da publicação desta 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 n.º 8.884/94, a multa diária de R\$ 4.423,50 (quatro mil quatrocentos e vinte e três reais e cinquenta centavos). Encaminhe-se ao D. Ministério Público Federal a decisão na íntegra, para as providências cabíveis, 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. 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

VOTO (vogal) DO CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA

O SENHOR CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA: Trata-se de prática de indução à uniformização de preços, atribuída ao Sindicato representado, mediante ostensiva utilização da tabela AMB de honorários médicos. O caso foi julgado na 2ª Sessão Ordinária, realizada no dia 19 de junho de 1996, conforme acórdão publicado no DO-I 18-7-96, p. 13195. Todavia, como da pauta de julgamento (DOU-I 13.6.96, página de rosto) não constou o nome do advogado, o Plenário, em sessão administrativa realizada no dia 24 de julho do corrente ano e à vista de requerimento da parte, determinou a inclusão do caso em pauta para renovar o julgamento.

2. Preliminarmente, entendo que o advogado goza do direito de ter seu nome incluído na publicação da pauta, modo objetivo de notificá-lo do julgamento e abrir-lhe oportunidade para defesa oral. Se o pormenor não é observado, cabe a anulação do primeiro julgamento, devendo o mesmo caso ser agora reapreciado, sem prejuízo de outros casos já julgados nos quais se fez referência ao primeiro julgamento, ora anulado.

3. Cumpre observar que o advogado que assinou o pedido de renovação de julgamento veio posteriormente a substabelecer, com reservas, ao advogado Arthur Pereira de Castilho Neto. Esse substabelecimento somente veio a conhecimento da Conselheira-Relatora após o despacho pedindo nova pauta. Por isso na publicação da segunda pauta (DOU-I de

26.7.96, p. 13848) não foi incluído o nome do advogado submandatário (substabelecido), que no entanto compareceu à sessão de julgamento de hoje e fez uso da palavra, mais de uma vez e por tempo superior a 15 minutos.

4. No mérito, ouvi atentamente o voto da Senhora Conselheira-Relatora cujos termos seguem o mesmo voto que conduziu o primeiro julgamento. Nele se vê claramente configurada a infração capitulada no art. 3º, inciso XV, da Lei n.º 8.158/91, reproduzida pelo art. 21, inciso II, da Lei n.º 8.884 de 1994. O ilícito decorre da indução de uniformização de preços, praticado por entidade classista, mediante a adoção de tabela de honorários mínimos. Confirmando a minha convicção, acompanho a Relatora, mesmo porque o advogado nada acrescentou da tribuna que pudesse abalar a minha convicção.

5. Em conclusão, preliminarmente anulo o primeiro julgamento e, reapreciando o feito, julgo procedente a representação, com as consequências anunciadas no voto da Senhora Conselheira-Relatora .

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

ATO DE CONCETRAÇÃO N.º 42/95

Requerentes: Indico Participações S. A. (Anterior Denominação da Supermar Supermercados S.A.) e Fernafela S. A.

Relator: Conselheiro Edison Rorigues-Chaves

DECISÃO

O Colegiado aprovou a operação, vencido o voto do Conselheiro Renault de Freitas Castro pela não aprovação do ato, tendo-se considerado impedida de votar a Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva.

PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC

EMENTA

Ato de submetido à apreciação do CADE. Rede de supermercados pertencente à massa falida de grupo empresarial adquirida por Sociedade de participação. Empresas nacionais. Mercado relevante composto por empresas para a comercialização de produtos de higiene, limpeza e alimentos na região do Estado da Bahia. Inexistência de reflexos negativos na estrutura desse mercado. Possibilidade de prejuízo à concorrência ou de dominação de mercado não evidenciada. Ato não enquadrável nos pressupostos do “caput” do art. 54 da Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994.

1. Submete-se ao exame deste Colegiado, a aquisição de 99,9% das ações com direito a voto da empresa FERNAFELA S. A. pela ÍNDICO PARTICIPAÇÕES S. A., envolvendo ativos da cadeia pertencente à UNIMAR SUPERMERCADOS S. A., controlada pelo Grupo Serra da Pipoca que teve sua falência decretada em 21 de janeiro de 1994.

Com a falência, os credores do Grupo Serra da Pipoca, a maioria instituições financeiras, criaram uma empresa de participações, a LAPS PARTICIPAÇÕES S.A., para assumir o controle e a administração de toda a Massa Falida.

Em seguida, a LAPS constituiu a FERNAFELA para incorporar os ativos operacionais da UNIMAR SUPERMERCADOS S. A. incluindo 48 (quarenta e oito) lojas e 2 (dois) restaurantes, todos, no Estado da Bahia, com exceção de uma loja situada em Petrolina, Estado de Pernambuco.

A venda da FERNAFELA para ÍNDICO concretizou-se em junho de 1995, e é o objeto da presente consulta.

2. Como atestam os documentos anexados à petição inicial, nos autos, a operação está contida no Instrumento Particular de Alienação e Compromisso de Alienação de Bens, Compra e Venda de Ações e Outros Pactos, datado de 22 de junho de 1995. Dela, foi notificada a Secretaria de Direito Econômico em 12.07.95, no prazo legal de quinze dias úteis para a sua apresentação aos órgãos de defesa da concorrência, a que alude o § 4º do art. 54 da Lei n.º 8.884 de 11 de junho de 1994.

3. As empresas interessadas justificam a realização do negócio pela preservação da operacionalidade e do valor intrínseco da empresa, pela manutenção do emprego de milhões de pessoas e a normalidade das relações comerciais com os fornecedores, além da garantia de abastecimento nas regiões atendidas.

A atuação da FERNAFELA considerada como atividade de exploração do comércio varejista de produtos de higiene, limpeza e alimentos, primordialmente, é bastante representativa, atingindo a marca de 49% das vendas no Estado da Bahia, em clara posição de liderança.

O Grupo Garantia, por sua vez, controlador da ÍNDICO, apesar de forte participação no contexto mundial, não possui nenhum negócio similar na região.

Observe-se que as Lojas Americanas também do mesmo Grupo, não são consideradas concorrentes diretas dos supermercados, pois, caracterizam-se como lojas de departamento no varejo de descontos que, embora comercializem algumas linhas de produtos coincidentes, concentrou seus esforços de venda em outros segmentos da economia.

O mercado relevante para a análise da operação é composto por empresas que atuam no comércio varejista sob a forma de supermercados, lanchonetes, padarias e restaurantes, no espaço geográfico abrangido pelo Estado da Bahia.

A operação em exame, o parecer da SEAE/MF, “não provocou nenhum aumento no grau de concentração no mercado. A rede de supermercados Unimar já detinha uma participação bastante elevada, que agora passou para o Garantia”.

Ainda, pela avaliação da SEAE/MF, “não se pode deixar de observar que, provavelmente, com a entrada de um grupo forte e dinâmico, como tem se mostrado o Garantia, o grau de concorrência no setor deverá aumentar”.

A SDE/MJ, por sua vez, conclui que “a estratégia foi a de compra de uma empresa em estado falimentar, mas com grande potencial econômico (46,58% do mercado relevante), cujo preço nessa situação. é sabido, não concorre com o de uma empresa financeiramente saudável. Assim, denota-se que revertido o processo falimentar, e essa é a questão viável do negócio, e, se reestruturada, bem gerida e administrada, certamente terá bons resultados”.

Não há registros de barreiras comerciais, financeiras ou tarifárias à entrada de novos concorrentes.

4. A Lei n.º 8.884/94, no caput do seu art. 54 determina que “todos os atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercado relevante de bens ou serviços deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

O CADE poderá autorizar tais atos, desde que atendidas condições prescritas no § 1º do supra citado artigo. Tais condições objetivarão, cumulada ou alternativamente, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços, a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Além do preenchimento dessas condições, o ato realizado deverá trazer benefícios também aos consumidores e usuários finais e não deverá implicar na eliminação de parte substancial do mercado relevante de bens ou serviços, e nem ultrapassar os limites estritamente necessários ao atendimento dos objetivos visados.

O caso em tela configura uma operação consistente na compra de empresa falida, com significativo “market share” por um Grupo altamente agressivo, cuja estratégia vem sendo a de adquirir empresas que ocupam posição destacada no mercado em que atuam, nos diversos setores da economia, criando estruturas societárias independentes para cada novo negócio, controladas por intermédio de “holdings” sem ligações com outras do Grupo.

Não se evidenciou aumento nos níveis de concentração do mercado relevante, considerando que a compradora não possui empresas com atuação nesse segmento.

Da mesma forma, não foi constatado resultado de prejuízo à concorrência ou dominação de mercado, capazes de sujeitar a presente operação a necessidade de autorização do CADE.

Ao contrário, a incorporação de ativos da rede Unimar pela ÍNDICO, preferencialmente à saída desses bens do mercado, deverá resultar em incremento dos níveis de competitividade do setor.

Isto posto, esta Procuradoria, em consonância com os pareceres técnicos da SEAE/MF e SDE/MJ, manifesta-se favoravelmente à transação em epígrafe, por considerar que o ato em exame não foi alcançado pelos pressupostos do “caput” do art. 54 da Lei n.º 8.884/94, devendo, portanto, ser considerado legítimo face à legislação de Defesa da Concorrência.

Brasília, 23 de julho de 1996.

MAGALI KLAJMIC
Procuradora “ad hoc

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

1. Antecedentes

1.1 Em 12 de junho de 1995, em petição assinada por seus ilustres patronos, a empresa INDICO PARTICIPAÇÕES S. A. (anterior denominação da SUPERMAR SUPERMERCADOS S.A.) - com sede em São Paulo, na Rua requereu a Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça, ouvida a Secretaria de Acompanhamento Econômico -- SEAE do Ministério da Fazenda, fosse submetida ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência - CADE a aquisição de 99,9999% das ações com direito a voto da empresa FERNAFELA S. A. (fl. 4 usque 25). Com sede em Salvador, BA, na Rodovia Salvador - Feira de Santana, BR-324, Km 8, os ativos desta incluem as 48 (quarenta e oito) lojas e 2 (dois) restaurantes da cadeia pertencente originalmente à UNIMAR SUPERMERCADOS S. A., anteriormente controlada pela LAPS PATRIMONIAL S.A., com sede em São Paulo, SP, na Rua Hadock Lobo, 478, 1º andar.

1.2 Originalmente controlada por PAES MENDONÇA S. A. a UNIMAR foi transferida, em 9 de outubro de 1992, para a empresa SERRA DA PIPOCA AGROPECUÁRIA LTDA., que participava, por sua vez, de diversas outras sociedades comerciais (GRUPO SPAL) e, até então, era controlada por NORBERTO ODEBRECHT. No final de 1992, foi formalizada a venda da SERRA DA PIPOCA a JOSÉ BARACHISIO LISBOA. Após catorze meses de gestão do novo controlador, a companhia teve decretada sua autofalência pelo MM. Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Jequié, BA, em 21 de fevereiro de 1994 (Processo n.º 066/94). Seu ativo, a época, era composto por participações societárias, além de bens móveis e imóveis.

1.3 Os dois principais ativos da SERRA DA PIPOCA eram as ações representativas do controle acionário da própria

UNIMAR e da empresa INDÚSTRIAS CARLOS DE BRITO S. A. - FÁBRICA PEIXE (operação de industrialização, comercialização, importação e exportação de conservas alimentícias, doces, geléias, xaropes, sucos, etc.). O grupo acumulava um endividamento de mais de US\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de dólares), sendo impossível identificar os passivos provenientes da atividade de varejo, desenvolvida pela UNIMAR e pelas outras controladas, em função do entrelaçamento das obrigações creditícias no GRUPO SPAL e, ainda, em virtude de garantias e empréstimos recíprocos.

1.4 Em levantamento dos bens, direitos e obrigações do GRUPO SPAL, efetuado em 21 de fevereiro de 1994, data da decretação da falência, pela PRICE WATERHOUSE e pelo síndico da massa falida, ficou demonstrada sua complicada situação financeira: o passivo atingia US\$ 241.496.590,00 (duzentos e quarenta e um milhões, quatrocentos e noventa e seis mil, quinhentos e noventa dólares). A inadequada estrutura de capital da companhia, a impossibilidade de geração interna de recursos para servir a dívida e a falta de credibilidade da comunidade em sua gestão já indicavam que a solução negociada seria a única alternativa.

1.5 Para preservar as atividades operacionais da UNIMAR, a quase totalidade dos credores habilitados na falência da SERRA DA PIPOCA se uniu para a criação de uma sociedade, a LAPS, uma empresa holding, que assumiria as obrigações da massa falida e concentraria os ativos desta, para aliená-los, a fim de liquidar as referidas obrigações.

1.6 Em junho de 1994, os acionistas da ÍNDICO apresentaram uma proposta de aquisição da UNIMAR. Essa proposta, alterada por força de negociação realizada, foi objeto de Escritura Pública de Transação e Outros Pactos, data de 2 de dezembro de 1994, prevendo a liquidação negociada de créditos contra a sociedade falida e controlada UNIMAR (fls. 29 usque 78). Desse acordo, lavrado em Juízo, participou a maioria dos credores, a massa falida e proponentes compradores dos principais ativos do GRUPO SPAL prevendo, em síntese:

- todo o segmento operacional da companhia seria transferido para uma nova subsidiária, denominada FERNAFELA S. A.

- as ações da nova subsidiária seriam transferidas à sociedade patrimonial (atualmente LAPS), que seria constituída pelos credores.

- a alienação seria feita a título de dação em pagamento de débitos da companhia a serem assumidos pela sociedade patrimonial.

- a companhia seria liberada dos avais e demais garantias oferecidas aos credores transatores e, em contrapartida daria à sua empresa controladora quitação de percentuais de seus créditos contra ela, na proporção da participação desta no seu capital social.

2. Do negócio

2.1 A transação foi homologada em janeiro de 1995, pelo MM Juízo de Jequié, sendo a dação em pagamento efetivada em maio de 1995. Paralelamente, desenvolviam-se as atividades por parte da LAPS, com vistas à alienação operacional da empresa INDÚSTRIAS CALOS DE BRITTO S. A. - FÁBRICA PEIXE para a empresa KIEPPE INVESTIMENTOS S. A. e da UNIMAR para a ÍNDICO.

2.2 A alienação pela LAPS de 99,9999% do total das ações que compõem o capital da FERNAFELA à ÍNDICO foi concluída em 22 de junho de 1995, pelo preço global de R\$ 157.290.522,44 (cento e cinquenta e sete milhões, duzentos e noventa mil, quinhentos e vinte e dois reais e quarenta e quatro centavos), englobando parcela a vista, dívida de longo prazo, emissão de valores mobiliários (debêntures), assunção de dívida referente aos credores dissidentes da massa falida, parcela condicionada à transferência definitiva para FERNAFELA do direito de uso da marca UNIMAR, e parcela correspondente a assunção, pela empresa ÍNDICO, do saldo total da conta-corrente da UNIMAR.

2.3 A principal justificativa para a operação baseia-se no fato de que a falência da empresa de participações SERRA

DA PIPOCA traria problemas à Região. O objetivo seria o de preservar a continuidade do abastecimento de produtos alimentícios no Estado da Bahia, bem como a manutenção de milhares de empregos que a REDE UNIMAR DE SUPERMERCADOS oferece.

3. A empresa adquirente

3.1 Constituída em 22 de fevereiro de 1994, a SUPERMAR SUPERMERCADOS S. A. - atual denominação da ÍNDICO - é uma companhia aberta de participação, com sede em São Paulo, SP, controlada pela BÓSFORO S. A., que detém 99% de seu capital. Os resultados da ÍNDICO estão vinculados ao desempenho da FERNAFELA, por se constituir em seu único ativo. A BÓSFORO, por sua vez, resultou da cisão parcial da ÍNDICO (hoje SUPERMAR) e é também uma companhia aberta de participações, controlada pela PANDA S. A. cujos principais acionistas - JORGE PAULO LEMANN, MARCEL HERMANN TELLES e CARLOS ALBERTO DA VEIGA SUCUPIRA - são também controladores da VARBRÁS S. A. (outra empresa de participações) e do GRUPO GARANTIA que, além de atuar no segmento financeiro, por intermédio do BANCO GARANTIA, tem negócios nas áreas de bebidas, têxtil e comércio varejista. O principal investimento da VARBRÁS é o controle acionário da empresa LOJAS AMERICANAS S. A.

3.2 A empresa LOJAS AMERICANAS tem 91 (noventa e uma) lojas, duas das quais na cidade de Salvador, BA, que respondem por apenas 2,90% do seu faturamento total. A principal característica da rede é o formato de desconto e de produtos ditos “populares”, com o Departamento de Alimentos apresentando pequena participação no faturamento global (0,70%).

4. A empresa adquirida

Conforme foi dito acima, a FERNAFELA foi constituída em outubro de 1994, com o objetivo de incorporar os ativos operacionais da UNIMAR SUPERMERCADOS S. A. A atividade da FERNAFELA consiste na comercialização de produtos alimentícios e não-alimentícios com a utilização de formatos de hipermercados, supermercados e restaurantes.

Utiliza um sistema misto de distribuição, em que parte das mercadorias é entregue diretamente nas lojas pelos fornecedores e outra nos centros de distribuição, que se encarregam de suprir as necessidades das lojas da rede. Suas vendas são realizadas 51% a vista e o restante a prazo, sendo que 10% mediante cartões de crédito e 4% tickets.

5. Do mercado relevante

5.1 Sob a ótica do produto, seria difícil a delimitação do mercado relevante, dadas as circunstâncias da operação, que envolve rede de comércio varejista, que negocia uma infinidade de itens. Se adotado esse critério, ter-se-ia que considerar um sem número de mercados relevantes. Parece-me mais razoável, assim, considerar apenas o tipo de negócio, verificando-se as possíveis implicações que o ato sob análise acarretará nos atuais padrões de concorrência em sua área de atuação.

5.2 O mercado relevante, portanto, é o do varejo de bens não-duráveis (alimentos, produtos de higiene e limpeza, etc), na Região Metropolitana de Salvador, BA. A UNIMAR possui 48 lojas e dois restaurantes na Região Metropolitana de Salvador, BA, exceto uma loja na cidade de Petrolina, PE. Seu faturamento - que, em 1994, foi de cerca de R\$ 500 milhões - é derivado, basicamente (98,9%), das atividades de varejo no Estado da Bahia. A empresa estoca e comercializa um volume de aproximadamente 18.000 (dezoito mil) itens e possui milhares de fornecedores, sendo que nenhum deles representa mais de 10% das compras realizadas. Neste caso, então - e somente neste -, dar-se-ia a concentração horizontal das atividades varejistas da REDE UNIMAR com as LOJAS AMERICANAS (duas lojas em Salvador). Ali, segundo a adquirente, existem mais de cem estabelecimentos concorrentes de grande e médio porte com mais de dez caixas para atendimento ao público. O mercado varejista é altamente pulverizado com um maior número de concorrentes de pequeno porte. Isso quer dizer que o mercado relevante é bem maior do que o inicialmente estimado.

5.3 Estima-se que, em 1994, o faturamento do segmento baiano de supermercados foi superior a R\$ 1 bilhão. Nos anos 1993/94, a REDE UNIMAR era líder do setor varejista

daquele mercado, com 46,58% de participação. O quadro era o seguinte:

EMPRESA	1993(%)	1994 (%)
Unimar Supermercados	46,55	46,58
Superbox	8,06	9,44
Makro	8,73	9,44
Petit Preço	3,78	5,69
Sogeral	4,81	5,47
Lojas Americanas	4,40	4,90
Messias	4,59	4,59
Cintra & Cia.	4,38	4,30
Outros	14,70	9,58

6. Barreiras a novos concorrentes

6.1 Examina-se, in casu, uma atividade comercial - setor terciário da economia - de bens não-duráveis, voltada para o varejo e para atendimento às necessidades de consumo popular. Nela não existem barreiras como a proteção por patentes, dificuldades na obtenção de matéria-prima, alíquotas de imposto de importação, custos de troca e outros. Amplas são as condições de acesso ao mercado relevante, especialmente se considerar-se que mesmo os pequenos estabelecimentos comerciais varejistas nele podem livremente ingressar ou dele sair a qualquer momento. A UNIMAR não fabrica produtos para vendê-los no varejo, não ocorrendo a verticalização de suas atividades. Suas compras são feitas em base spot, ou seja, compra a compra, não existindo contratos com fornecedores, especialmente de exclusividade.

6.2 No segmento do grande comércio varejista, também não há qualquer restrição ao ingresso de novas redes. O CARREFOUR por exemplo, embora ainda não atue na Bahia, começa a atuar agressivamente em outros Estados do Nordeste. É verdade que, ao contrário do que ocorre no pequeno comércio varejista, para o de grande porte exigem-se elevados investimentos em ativos fixos, mas compatíveis com as

condições econômico-financeiras das grandes redes de varejo em atuação no País. Essa atividade, em nível nacional, cresceu 12% em 1994, enquanto na Bahia apenas 3,5%. Existe, portanto, naquele Estado, grande potencial de crescimento no mercado varejista, onde entraram, nos últimos três anos, três grandes redes ATAKAREJO, CEREALISTA MONTEIRO e SUPERBOX.

7. Pareceres

7.1 Em Parecer Técnico n.º 3/96, de 15 de janeiro deste ano, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda assinala que a compra da REDE UNIMAR não proporcionará ÍNDICO um aumento de seu poder de mercado. Salienta, ao mesmo tempo, que “não se pode deixar de observar que, provavelmente, com a entrada de um grupo forte e dinâmico, como tem se mostrado o GARANTIA (em última análise, o nome controlador da REDE UNIMAR), o grau de concorrência no setor deverá aumentar. Até porque, estas lojas vinham sendo administradas por um grupo falido e posteriormente pelos credores da massa falida. Esse fato naturalmente provoca uma grande desmotivação no gerenciamento de um negócio desse porte, que necessita de uma administração muito atenta às necessidades do público consumidor”. Diz ainda, ao recomendar a aprovação do ato, que “o GRUPO GARANTIA não terá uma participação maior no mercado relevante, pois não possui nenhum tipo de negócio similar ao que acabou de adquirir e, principalmente, no Estado da Bahia”. Não tem totalmente razão, nesse ponto, diante do controle que exerce sobre a empresa LOJAS AMERICANAS S. A., com dois estabelecimentos na Região Metropolitana de Salvador.

7.2 A , Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça, por sua vez, destaca na conclusão de seu Parecer, in verbis:

A Lei n.º 8.884/94, através de seu artigo 54, cuida de preservar a eficiência do mercado e no que diz respeito à integração, assegura essa eficiência ao determinar as condições estabelecidas em seu § 1º, incisos I, II, III e IV e ainda o § 2º, sob as quais o CADE poderá aprovar o Ato de Concentração Econômica.

Dentre essas condições, a relativa ao inciso II diz: “os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores finais ou usuários finais, de outro. “Esse requisito assegura que a eficiência resultante da integração não seja revertida somente em maiores lucros para o produtor, mas, também, ao consumidor, através de melhor qualidade e a preços mais baixos.

A esse respeito, alegam as requerentes, o grande benefício aos consumidores será a maior variedade de produtos que estarão disponíveis na rede de supermercados Unimar, dando-lhes oportunidade de melhor escolha, tanto em relação a qualidade como em relação a preço, além daqueles itens que já eram ofertados em maiores quantidades.

7.3 E assinala, ao final, não haver “encontrado elementos impeditivos à aprovação do ato”, razão pela qual encaminha sugestão “ao Egrégio Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE”, de admissibilidade, vez que as eficiências apresentadas pelas requerentes atendem as condições legais insitas no mencionado diploma legal”.

7.4 E a Procuradoria do CADE, em bem lançado Parecer da Dra. Magali Klajmic, “manifesta-se favoravelmente à transação em epígrafe por considerar que o ato em exame não foi alcançado pelos pressupostos do caput do art. 54 da Lei n.º 8.884/94, devendo, portanto, ser considerado legítimo face à legislação de Defesa da Concorrência”.

É o Relatório.

VOTO

1. A operação de que se cuida enquadra-se na hipótese prevista no § 3º do art. 54, da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Configura, certamente, um ato de concentração econômica passível de exame pelo CADE: a) somente o faturamento da adquirida, em 1994, foi superior a R\$ 500 milhões, que se multiplicaria por muitas vezes, se considerado

o dos demais participantes da operação; b) a participação do GRUPO GARANTIA no mercado relevante de bens não-duráveis na Região Metropolitana de Salvador, passaria para 51,48% se somado o percentual até então detido pela empresa LOJAS AMERICANAS (4,90%) ao da UNIMAR (46,58%). Sou, portanto, pelo seu conhecimento. Não existem, porém, barreiras a entrada de novos concorrentes no mercado, conforme assinalam apud acta os Pareceres de órgãos oficiais de defesa da concorrência.

2. Dispõe o § 2º do mesmo art. 54 que os atos a que se refere o caput poderão ser considerados legítimos e, portanto, aprovados pelo CADE, se atendidas pelo menos três das condições a que se refere o § 1º, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

3. Com base nessa norma, a empresa adquirente acena eficiências que a operação ensejaria, a partir de um investimento de R\$ 24,4 milhões em 1996 e de R\$ 11 milhões em 1997. A maioria consiste na aplicação criteriosa das boas regras da Administração. Não me motivam, por isso, no encaminhamento de meu Voto.

4. Motiva-me, isto sim, como motivo preponderante para o bem comum, a recomendar sua aprovação, a manutenção em funcionamento de uma rede de supermercados envolvida em processo falimentar, com o correspondente resguardo dos empregos de seus funcionários, além do fato de que será praticamente mantida inalterável a situação do mercado relevante de que se cuida. A estratégia utilizada pela adquirente foi a compra de uma empresa em estado falimentar, mas de grande potencial econômico, grande penetração junto aos consumidores e boas expectativas de crescimento no mercado. Deve, assim, também ser analisada sob o prisma social. Se negada sua aprovação, chegar-se-ia, inexoravelmente, ao fechamento das lojas, em virtude da falência de seu ex-controlador, com o agravamento do índice de desemprego em uma região carente de novas ofertas de trabalho. Adicionalmente, com o desaparecimento da REDE UNIMAR, aumentaria a concentração do mercado nas empresas remanescentes.

Es positis,

sou pela conhecimento do Ato de Concentração n.º 42/95, em que são interessadas as empresas SUPERMAR SUPERMERCADOS S. A. (atual denominação da ÍNDICO PARTICIPAÇÕES S. A.) e FERNAFELA S. A. (REDE UNIMAR DE SUPERMERCADOS) e, de meritis, por sua aprovação. É o meu voto.

Sala das Sessões, 31 de julho de 1996

Conselheiro RODRIGUES-CHAVES
Relator

***VOTO EM SEPARADO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS
RANGEL XAUSA***

Acolho a conclusão do Relator, com exceção dos itens 2 e 3 do Voto, cujo conteúdo só se justificaria se presentes no caso alguns dos pressupostos do “caput” do artigo n.º 54 da Lei 8.884/94. Como não estão presentes, o Ato de Concentração é legítimo.

Brasília-DF, 31 de julho de 1996

LEÔNIDAS RANGEL XAUSA
Conselheiro

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 29/95

REF: PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARÁIBA

RELATOR: Conselheiro Edison Rodrigues-Chaves

PARECER n.º 41/96, de 01 de agosto de 1996

DECISÃO

O Colegiado conhece do ato de Concentração n.º 29/95, deixando de examiná-lo no mérito, para devolvê-lo à Secretaria de Direito Econômico com a recomendação de chamamento ao processo da Itaboraí Comercial Exportadora Ltda. e Marvin Investimentos S.A., para que se complete a instrução processual. Determinou, ainda, a extração das cópias indicadas para a abertura do procedimento administrativo a ser aprovado por este Plenário contra as empresas Itaboraí Comercial Exportadora Ltda. e Marvin Investimentos S.A., com vistas a apuração da infração estabelecida no § 5º do art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

PARECER DA PROCURADORA MARUSA FREIRE

EMENTA

Ato de Concentração - privatização - mineração Caraíba S. A. - Alienação do controle para terceiros durante o processo de análise no Sistema SDE/SEAE/CADE - Necessidade de atuação do CADE nos Atos de Concentração decorrentes do Programa Nacional de Desestatização - Ineficácia dos atos não aprovados pelo CADE - Instauração de Processo Administrativo.

Senhores Conselheiros,

Em 28/07/94, a CARÁIBA METAIS S/A adquiriu em leilão público realizado na bolsa de valores do Rio de Janeiro a

MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA.. Do bloco único de cotas representativas do capital social da mineradora 80% ficaram com a CARAÍBA METAIS e 20% foram doados por ela aos empregados. Para cumprir o disposto no edital de privatização, aquela empresa prestou a Secretaria do Direito Econômico as informações previstas no art. 54 do Decreto 724, de 19.01.93.

O processo chegou a este Conselho após manifestação da SEAE (fls. 22 a 32), de 20.07.95, e da SDE (fls. 218 a 249), de 17/01/96, que, inclusive, opinaram pela aprovação do ato em exame, tendo esta última recomendado fosse firmado compromisso de desempenho uma vez que alguns dos requisitos contidos no § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94 não estariam presentes.

Observa-se nos autos que em 07.11.95 (fls. 214 a 218) foi protocolado na Secretaria de Direito Econômico, após solicitação daquele Órgão de que a empresa enviasse os documentos e as informações exigidas pela Portaria 004/95 do Ministério da Justiça - SDE, recém publicada, requerimento da CARAÍBA METAIS no sentido de que fosse reconhecido expressamente que a aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA., por aquela empresa não configurou ato de concentração econômica passível de exame e aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, tendo em vista que a correspondência da empresa que deu início ao processo objetivara apenas cumprir as exigências regulamentares inerentes aos processos de aquisição de empresas estatais, no âmbito do programa nacional de privatização e mais especificamente aquela prevista no artigo 54 do Decreto 724, de 19.01.93.

Em 06/03/96, a CARAÍBA METAIS apresentou requerimento ao Secretário de Direito Econômico (fls. 250), onde informa que o controle societário da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. (agora transformada em MINERAÇÃO CARAÍBA S. A.) fora objeto de alienação às empresas ITABORAI COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e MARVIN INVESTIMENTOS S/A, anexando cópia do “Contrato de Compra e Venda de Ações Ordinárias de Emissão da Caraíba Mineração S. A. e outras Avenças”, datado de 02.02.96 e requer seja declarado precluso o referido processo e determinado o seu arquivamento, face à perda de objeto.

A Secretaria de Direito Econômico concluiu pela remessa do pleito ao CADE, com a sua manifestação sobre a aquisição, para que esta Autarquia decidisse inclusive sobre o requerido pela CARAÍBA METAIS S.A.

Afloram, portanto, duas questões jurídicas que não foram enfrentadas pela SDE e que merecem consideração deste Colegiado ante a necessidade de se aplicá-las ao caso concreto.

a) A atuação do CADE face ao Programa Nacional de Desestatização; e

b) A possibilidade de arquivamento dos pedidos de aprovação de atos de concentração econômica que se enquadrem nos pressupostos do art. 54.

A ATUAÇÃO DO CADE FACE AO PROGRAMA NACIONAL DE DESESTATIZAÇÃO

O Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei 8.031, de 12.04.90, ao redefinir o papel do Estado na economia, procura priorizar a participação da livre iniciativa desprovida de tutela governamental no processo produtivo e econômico do país, permitindo que o Estado se retire dos campos de atividade econômica em que sua presença é desnecessária com vistas a garantir o cumprimento das funções governamentais em consonância com as necessidades sociais e os desafios políticos e econômicos da Nação.

Dos objetivos definidos por aquele diploma legal, podem ser destacados de forma indireta, como bem aponta Nuno T. P. Carvalho em sua obra *As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste*³⁹, alguns princípios que nortearam a elaboração do PND. Entre eles, importam a nossa análise os que determinam que a privatização deve visar a competitividade do parque industrial do país e que deve ser feita de modo a

³⁹ Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1995, pg. 166.

democratizar a propriedade do capital das empresas incluídas no programa.

Nenhum dispositivo especial definindo como seria preservada ou aumentada a competitividade das empresas integra aquela lei, bem como não se estabeleceu legalmente o que se define por competitividade.

Registre-se, desde logo, que este conceito - “competitividade”- deve merecer atenção por parte do CADE, uma vez que tem estado presente em quase todas as novas regulamentações que visam ordenar as atividades econômicas privadas decorrentes das Emendas à Constituição de 1988, especialmente às que se relacionam com as concessões e permissões de serviços públicos.

Embora em sua origem etimológica possa se identificar sua relação com a concorrência, porque deriva de competir, que por sua vez vem do latim *competere* que significa concorrer com outrem na busca de um objetivo, esse tipo de conceito, que a princípio pode ser confundido com um conceito abstrato, é encontrado em larga escala na ciência jurídica, e pode ser qualificado como integrante da categoria dos conceitos determinados pela função, que abrange os conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regulação, com base num princípio determinante, é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável⁴⁰.

E esta identificação, segundo o nosso ordenamento jurídico, só pode ser estabelecida em concordância com os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Assim, a “competitividade” pode ser tomada como sinônimo de livre concorrência no mercado interno ou de reforço da capacidade de a indústria brasileira competir, como um todo, com a indústria estrangeira tanto no mercado internacional quanto dentro do país, como entendeu Nuno T. P. Carvalho.

⁴⁰ Larenz. Karl - *Metodologia da Ciência do Direito*. 5ª ed.. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal, 1983, pg. 587.

Na exposição dos motivos do PND, verifica-se que existia uma expectativa de que os mecanismos naturais do mercado cuidassem do aspecto da livre concorrência e de que a desestatização resultasse naturalmente na ampliação da competitividade, uma vez que a exploração de atividades econômicas pelo Estado teria levado a uma enorme concentração, sem qualquer preocupação com as regras da livre concorrência.

Ocorre que, o baixo nível de poupança da população brasileira não possibilitou a atuação natural desses mecanismos de desconcentração do poder de mercado, desviando-se desse modo o programa do seu objetivo de democratização do capital das empresas estatais.⁴¹

Como o legislador não estabeleceu expressamente o primado da defesa da livre concorrência, embora seja este um preceito constitucional que a lei deva obedecer, e como não existiam critérios claros que pudessem ser aplicados aos interessados tanto no momento de participar dos leilões como no momento de venda das ações, alguns equívocos foram se firmando em relação ao PND, o que levou às seguintes conclusões, também equivocadas:

1) como as empresas que estavam sendo vendidas detinham, muitas delas, posição dominante no mercado relevante, não havia motivo para nova análise da questão do domínio no mercado.

2) como a participação dos interessados nos leilões era precedida de uma inscrição formal, com cadastramento e análises formais, pensou-se que a simples admissão ao leilão já pressupunha uma autorização para a aquisição da posição dominante pelas empresas participantes.

Além disso, tem prevalecido durante todo o programa de privatização o argumento um tanto deturpado, da “failing company defense”, isto é, se não aceitas as condições propostas nos leilões pelas empresas participantes, a empresa a

⁴¹ Mameluque, Leopoldo - *Privatização - Modernismo e Ideologia*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

ser privatizada (muitas vezes, mas nem sempre, em difícil situação financeira) corre o risco sério de não conseguir sobreviver. Este último equívoco é um tanto mais subliminar do que evidente.⁴²

Em janeiro de 1993, para corrigir algumas imperfeições encontradas no programa, foi editado o Decreto 724/93, onde, além de incluir entre as diretrizes para os projetos de privatização a defesa da livre concorrência, (art. 6º, III), incluiu-se um dispositivo sob a epígrafe “Da Defesa da Concorrência”.

Esse Decreto, foi revogado pelo Decreto 1.204, de 29 de julho de 1994, que, embora não repita o elenco de diretrizes para o PND, mantém um dispositivo de defesa da concorrência, com idêntica redação ao do diploma anterior, com atualização apenas no que se refere à citação da Lei n.º 8.884/94:

“Art. 48. Os adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada obrigam-se a fazer com que a sociedade privatizada preste à Secretaria de Direito Econômico (SDE), após liquidação financeira da operação de compra, as informações que possibilitem aferir a aplicabilidade do disposto na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994).”

No que se refere à não repetição das diretrizes do PND, nenhum problema acarreta quanto à aplicabilidade das normas de defesa da concorrência uma vez que, como já mencionamos, esta decorre dos mandamentos constitucionais aos quais a lei e seu regulamento têm de se subordinar.

No plano legal, a atuação do CADE nos processos de privatização decorre da Lei 8.884/94, tendo em vista que a Lei 8.031/90 e nenhum outro diploma legal excluiu a sua competência, e, finalmente, do Decreto 1.204/94, que prevê expressamente a necessidade de sua apreciação em relação aos adquirentes de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada.

⁴² Cit. 1, pg. 168.

Devem, portanto, segundo a Lei 8.884/94, ser submetidos ao CADE todos os atos decorrentes da aquisição de controle acionário da empresa privatizada para que este verifique a aplicabilidade das normas de defesa da ordem econômica, caso se tratem de atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, como prescrito no caput do art. 54, ou de atos a ele equiparados pelo § 3º daquele mesmo artigo.

O CADE, após verificar preliminarmente a aplicabilidade do art. 54, deverá proceder a sua análise considerando que, de certo modo, a concorrência e a liberdade de mercado restavam prejudicadas pela própria participação do Estado, com sua posição de império, na economia e que o processo de privatização contribui para o fortalecimento da economia nacional, uma vez que atingido o seu objetivo o parque industrial do país terá ampliado a sua competitividade. E esse raciocínio justifica o tratamento privilegiado para apreciação desses casos em conformidade com o § 2º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Todavia, como é sabido, nem sempre a iniciativa privada objetiva um reforço de sua capacidade empresarial ao participar do processo de privatização, particularmente em nosso país, cuja história recente registra que uma grande parte da estatização de empresas deveu-se à falta de eficiência do setor privado, cujas empresas por não terem se tornado auto-suficientes recorreram ao Estado para garantir a continuidade das suas atividades.

Principalmente porque o atual programa de privatização permite o uso indiscriminado de títulos da dívida pública, interna e externa, nos leilões de privatização, que apesar de representarem em valor de face o equivalente ao preço pago pelas empresas privatizadas têm valor nominal muito abaixo do seu valor real, o que pode resultar na hipótese de que os adquirentes satisfaçam seus objetivos com a simples aquisição da empresa privatizada, que possui valor patrimonial em alguns casos superior ao preço mínimo dos leilões, para posterior alienação a terceiros, sem qualquer preocupação com o fortalecimento da economia.

Cumpra, então, ao CADE, especialmente nos casos de privatização de empresas que ocupem posição dominante e em setores estratégicos, verificar o que objetivaram as adquirentes ao participarem do programa de desestatização, bem como assegurar, mediante compromisso de desempenho, que as condições exigidas por lei para considerar o ato como legítimo sejam efetivamente cumpridas pelos adquirentes do controle acionário daquela empresa.

Por outro lado, sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou numa situação de prejuízo à concorrência, que não possa ser superado em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o CADE para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua desconstituição total nos termos legais.

DA POSSIBILIDADE DE ARQUIVAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA ENQUADRADOS NOS PRESSUPOSTOS DO ART. 54

Passamos então, a analisar a questão da possibilidade de arquivamento do ato de concentração ora em exame tendo em vista que a empresa que iniciou o processo voluntário - CARAÍBA METAIS alienou a terceiros a empresa adquirida - MINERAÇÃO CARAÍBAS LTDA.

Segundo dispõe o art. 54 da Lei 8.884/94, o CADE deverá examinar os atos ali referidos, com a finalidade de verificar se atendem determinadas condições que ensejam sua legitimidade e resultam em aprovação por parte do Colegiado, ainda que sujeitos a compromisso de desempenho que assegure o cumprimento daquelas condições.

A princípio, perdido o objeto, que no caso se caracteriza pela alienação a terceiros da empresa cuja aquisição por processo de privatização se submete ao exame do CADE, não mais caberia ao CADE se manifestar quanto a sua aprovação. No entanto, segundo determina o § 7º do art. 54, a eficácia dos atos de que se trata aquele artigo condiciona-se à sua aprovação pelo CADE, e isso modifica aquela proposição inicial, pois se ineficaz o ato submetido à aprovação do CADE,

esta falta de eficácia acompanhará todos os demais atos praticados em decorrência do ato ineficaz, não podendo, nenhum dos atos produzir os efeitos jurídicos almejados, até que o ato cuja eficácia depende da aprovação do CADE se torne eficaz.

Ao analisar a eficácia dos atos jurídicos, bem se posiciona Marcos Bernardes de Mello em sua obra *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*:⁴³

“Eficácia jurídica são os efeitos que se irradiam dos fatos jurídicos, e somente fatos jurídicos produzem efeitos jurídicos. Nem a lei, nem os fatos por ela previstos (suporte fático), podem gerar eficácia jurídica isoladamente.

A norma jurídica somente tem o efeito de incidir sobre seu suporte fático. Pela incidência, o suporte fático, ou parte dele, entra no mundo jurídico, porque, juridizado, se transforma em fato jurídico. A norma jurídica, portanto, embora não seja a fonte dos efeitos jurídicos, é quem define qual a eficácia que terá o fato jurídico. Os efeitos do fato jurídico são, assim, os atribuídos pela lei. Se a norma jurídica prescreve certo efeito, nenhum outro fator ou circunstância poderá ampliá-lo, reduzi-lo ou eliminá-lo. Se a lei nega a certo fato jurídico determinado efeito, a ninguém é dado o poder de considerá-lo possível.”

A relação entre eficácia e validade, também foi identificada em Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito* ao considerar que a eficácia da norma jurídica é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade: “A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade. A eficácia é-o no sentido de que deve acrescer ao ato de fixação para que a ordem jurídica como um todo, e bem assim a norma jurídica singular não percam a sua validade. Uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona. Assim, um homem para viver, tem de nascer: mas, para permanecer com vida, outras condições têm de ser preenchidas,

⁴³ 7ª edição revista e atualizada, ed. SARAIVA. São Paulo, 1995, pg. 145.

v.g., tem de receber alimento. Se esta condição não é satisfeita, perde a vida.”⁴⁴

Isto significa que o ato não aprovado pelo CADE, existe no mundo fático, possui validade, mas não é dotado de eficácia jurídica. E existir, valer e ser eficaz são situações distintas em que se podem encontrar os fatos jurídicos, pois se passam em planos diferentes. O fato jurídico existe porque incide uma norma sobre seu suporte fático suficientemente composto. O fato para ser válido ou eficaz precisa existir. O existir, no entanto, independe completamente sua validade ou eficácia. Também não há uma relação essencial entre a validade e a eficácia do fato jurídico. O ato jurídico inválido, quando anulável, produz todos os seus efeitos até que sejam (ato e efeitos) desconstituídos por sentença judicial; mesmo quando nulo, há hipóteses em que é eficaz (casamento putativo, e.g.). Também há situações em que o ato jurídico válido é ineficaz, quanto a seus efeitos específicos, ao menos temporariamente (testamento antes da morte do testador e nos negócios jurídicos sob condição suspensiva antes do implemento da condição, e.g.).⁴⁵ Tudo depende do que dispõe a norma legal.

E a Lei 8.884/94 condicionou a eficácia dos atos previstos no art. 54 à aprovação pelo CADE. A apreciação pelo CADE é, portanto, condição legalmente estabelecida que subordina os efeitos do ato jurídico praticado (art. 114 do Código Civil Brasileiro) e funciona como condição suspensiva da eficácia jurídica desse ato, não se podendo falar em direito adquirido em relação àquele ato, mas de expectativa de direito ou direito eventual enquanto a condição não se verificar, segundo dispõe o art. 118 do CCB.

Aprovado pelo CADE, a eficácia dos atos submetidos à sua apreciação retroage à data de sua realização, pois opera-se o seu aperfeiçoamento.

Nesse sentido, a Lei 8.884/94 sintoniza-se com as disposições contidas no Código Civil Brasileiro no que se

⁴⁴ Kelsen, Hans. - *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Batista Machado, Martins Fontes, São Paulo, 1995, pg. 238.

⁴⁵ Mello, Marcos Bernardes de, *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Validade)*, ed. SARAIVA, São Paulo, 1995, pg. 11/2.

refere a possibilidade de que sejam praticados atos destinados à conservação do direito eventual, e até mesmo de disposição da coisa que se encontra sob condição suspensiva (art. 121, 122 e 128 do CCB). Tanto é assim que, embora a eficácia do ato a ser apreciado pelo CADE esteja condicionada a sua aprovação, o legislador prevê a possibilidade de que estes atos sejam praticados sem condição suspensiva e venham a produzir efeitos perante terceiros, inclusive perante a fazenda pública (§ 9º, do art. 54).

Do mesmo modo que as novas disposições realizadas sobre um ato que se encontra sob condição suspensiva só terão valor se realizada a condição, os atos praticados em decorrência do ato em apreciação pelo CADE só terão valor quando este aprovar o ato sobre o qual pendia esta condição. Tanto é assim que a própria Lei 8.884/94 estabelece, naquele mesmo dispositivo, a responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causado a terceiros, inclusive de natureza fiscal.

Por outro lado, a não aprovação pelo CADE também produz efeitos *ex tunc*, para negar a eficácia ao ato e aos respectivos efeitos perante terceiros, inclusive, de natureza fiscal. Isto significa que a lei nega ao ato não aprovado qualquer efeito. E, segundo, o inciso V do art. 145 do CCB, é nulo o ato jurídico quando a lei lhe negar efeito. E esta nulidade, não decorre de declaração do Plenário deste Conselho, mas de seus efeitos anticompetitivos porque ferem a ordem pública.

E exatamente porque um ato jurídico não pode permanecer por muito tempo sem estar dotado de eficácia tendo em vista a necessidade de obtenção de segurança jurídica para o administrado, o legislador determinou que a não apreciação pelo CADE no prazo de 60 dias, resulta na sua automática aprovação, por força do § 7º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Logo, o simples arquivamento do ato de concentração, cuja eficácia condiciona-se à aprovação do CADE - seja por decisão do Plenário seja por decurso de prazo -, ainda que em razão de alienação promovida pelo interessado que entrou com o requerimento neste Conselho, equivaleria a uma aprovação do ato submetido a sua apreciação, o que conferiria ao ato praticado plena eficácia e excluiria a responsabilidade civil por

perdas e danos eventualmente causada a terceiros, podendo ensejar futuramente a responsabilização dos agentes públicos por omissão.

Por essa razão, esta Procuradoria se posiciona pela impossibilidade de arquivamento de atos de concentração quando atendidos os pressupostos contidos no art. 54 da Lei 8.884/94, especialmente, na hipótese de o requerente ter praticado atos de disposição sobre o objeto do processo em análise no CADE, uma vez que o arquivamento pela perda do objeto e sem pronunciamento sobre o mérito do ato praticado, ressaltados os casos de desconstituição do ato em análise ou de apresentação prévia, implica, por expressa disposição legal, na aprovação daquele ato pelo decurso de prazo.

CONCLUSÃO

No caso concreto, encontram-se presentes os pressupostos legais que determinam a submissão do ato à apreciação pelo CADE, uma vez que trata-se de aquisição de ações representativas do controle acionário da empresa privatizada, nos termos do art. 48, do Dec. 1.204/94, onde a empresa privatizada isoladamente detém uma parcela de mercado relevante - concentrado de cobre no Brasil - superior a 20% - de 75 a 85% -, participação esta crescendo em decorrência da diminuição da participação da Cia. Brasileira de Cobre do Rio Grande do Sul - por causa de esgotamento.

As manifestações da SEAE e da SDE indicam a possibilidade de aprovação do ato examinado mediante compromisso de desempenho, tendo em vista o não atendimento de algumas das condições do § 1º do art. 54. Este compromisso, todavia, não poderá ser firmado tendo em vista que a requerente - CARAÍBA METAIS S. A. - alienou as ações representativas do controle acionário da empresa privatizada - MINERAÇÃO CARAÍBA.

Esta Procuradoria se manifesta, portanto, pela devolução dos autos à SDE, para que complete a instrução processual do ato em análise, mediante o chamamento ao processo das partes que sucederam à CARAÍBA METAIS S. A.

no processo de aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA, uma vez que aquele ato não se havia aperfeiçoado por não ter sido aprovado por este Conselho.

Como a apreciação só poderá ocorrer com a identificação do interessado participante do ato de aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA, que sponte sua deveria ter submetido o ato à apreciação deste Conselho, e das demais informações complementares que se façam necessárias em decorrência daquela alienação, fica mantido o statu quo do ato examinado, cuja eficácia por expressa determinação legal condiciona-se à sua aprovação pelo CADE, bem como a responsabilidade civil da CARAÍBA METAIS S. A. prevista no art. 54, § 9º da Lei 8.884/94, particularmente em relação aos terceiros adquirentes. Interrompe-se, no entanto, o prazo do art. 54, § 6º, da Lei 8.884/94, que só começará a fluir quando o processo voltar a este Conselho regularmente instruído.

Recomenda-se, ainda, que após a identificação e o pronunciamento dos novos adquirentes, sejam os autos encaminhados para a SEAE, para que complemente o seu parecer e, finalmente, voltem com nova manifestação da SDE.

Quanto à alegação de perda do objeto, sequer poderia ser reconhecida no caso em exame, particularmente porque a competência do CADE para apreciar o ato decorrente da lei e não do interesse das partes, de tal maneira que a inobservância dos prazos de apresentação dos atos para exame deste Conselho sujeita as partes à multa pecuniária, sem prejuízo da abertura de processo administrativo nos termos do art. 32, nos termos do § 5º do art. 54.

Por essa razão, antes da remessa à SDE devem ser copiadas e autenticadas as peças de fls. 250/3, 261/2 e 275/6, que contém os elementos necessários à imediata abertura de procedimento administrativo contra a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e MARVIN INVESTIMENTOS S.A., para aplicação de multa pecuniária estabelecida no § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, que nos termos do § 1º, do art. 2º da Lei 6.830/80, é considerada como Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Este é o nosso entendimento.

Marusa Freire
Procuradora-Geral do CADE

RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR EDISON RODRIGUES-CHAVES

1. Em correspondência datada da localidade de Dias d'Ávila a 16 de novembro de 1994 e recebida pela Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça a 9 de dezembro seguinte a CARAÍBA METAIS S/A - empresa brasileira produtora de cobre eletrolítico, localizada na Via do Cobre, 3.700, Área Industrial Oeste, Dias d'Ávila, BA - prestava informações sobre a aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA, no bojo do seu processo de privatização. Consta dos autos que a CARAÍBA METAIS S/A, única produtora nacional de cobre eletrolítico, atua na área de beneficiamento, transformação e refino do minério de cobre, sua comercialização e a de seus produtos. Da matéria-prima básica por ela utilizada, 25% são de origem nacional, sendo importados os restantes 75%. Sua unidade industrial está situada em Dias d'Ávila, junto ao Polo Petroquímico de Camaçari, próximo ao Porto de Aratu. BA.

2. Assinale-se, por oportuno, que essas informações somente foram prestadas por solicitação expressa da SDE, pois a direção da CARAÍBA METAIS S/A, acreditava-se de seu encaminhamento desobrigada, conforme se lê no trecho a seguir transcrito de uma de suas manifestações apud acta (fls. 214 a 218), in verbis:

...
12) - ...o ato da aquisição do controle da Mineração Caraíba não teve, por si só, absolutamente nenhuma repercussão nos mercados brasileiros de concentração de minério de cobre ou de cobre eletrolítico. Destarte, não estão, esta empresa ou a Mineração Caraíba Ltda., "data venia", enquadradas nas situações previstas no artigo 54 da Lei n.º 8.884, de 11/06/94. Conseqüentemente, também não estão

obrigadas ao cumprimento das formalidades previstas na Portaria do [sic] SDE n.º 004/95.

Por todo o exposto, requer a Signatária se digne V. S^a, reconhecer expressamente que a aquisição da Mineração Caraíba Ltda., pela Caraíba Metais S. A. não configurou ato de concentração econômica passível de exame e aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, dispensando, outrossim, ambas as empresas de qualquer formalidade prevista na Portaria do [sic] SDE n.º 004/95.[sublinhei].

3. É evidente o equívoco das Requerentes. A produção brasileira de cobre compete a apenas duas empresas - MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA (85%) e a COMPANHIA BRASILEIRA DE COBRE (15%) - e o faturamento bruto da CARAÍBA METAIS S/A, em 1994, exercício financeiro imediatamente anterior ao da transação, foi de R\$ 567.825.000,00 (quinhentos e setenta e sete milhões, oitocentos e vinte e cinco mil reais), conforme indicado à fl. 284, apud acta. Ora, na forma do art. 54, caput, combinado com o seu § 3º, ambos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, incluem-se entre os atos obrigatoriamente submetidos à apreciação do CADE, “aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultantes em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”[sublinhei]. Como a transação é de molde a ser obrigatoriamente submetida à apreciação deste Colendo Colegiado, inclinei-me a examiná-la.

4. O processo foi-me distribuído em 2 de fevereiro de 1995, aqui ficando no aguardo dos pareceres da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. Ao receber os autos, instruídos pela SDE, verifico, surpreso, que a situação se alterara: a CARAÍBA METAIS S/A, ao responder a um dos pedidos de informações formulados por aquele órgão, pediu, à fl. 250, que o Diretor do Departamento

de Proteção e Defesa Econômica - DPDE da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça declarasse “precluso” o processo e determinasse o seu arquivamento, “face a inequívoca perda de objeto”: o controle societário da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. (posteriormente transformada em Caraíba Mineração S. A.) fora alienado por ela, em 2 de fevereiro de 1996, à ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA - com sede na Av. Tancredo Neves, 1.186, 7º andar, sala 1.401, Salvador, BA - e à MARVIN INVESTIMENTOS S/A - MISA (com sede na Av. Almirante Barroso, 52, 11º andar, Rio de Janeiro, RJ). Somente incidental e acidentalmente, portanto, os órgãos de controle e defesa da concorrência tomaram conhecimento dessa operação. Dela não lhes foi feita comunicação formal.

6. Modificara-se uma situação cuja origem deve ser remontada a 1988, quando a CARAÍBA METAIS S. A. IND. E COM. - que englobava uma metalúrgica, uma mina de cobre e instalações inacabadas para a produção de ácido fosfórico - encontrava-se sob o controle acionário do BNDES e do BNDESPAR, tendo antes pertencido ao GRUPO PIGNATARI. Desencadeado o Programa Nacional de Privatização, promoveu-se a cisão da CARAÍBA METAIS S. A. IND. E COM., dando origem à CARAÍBA METAIS S. A. e à MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. A primeira a ser vendida foi a parte industrial (CARAÍBA METAIS) que, posteriormente, em leilão público realizado a 28 de julho de 1994, adquiriu 80% das quotas da MINERAÇÃO CARAÍBA, sendo os 20% restantes doados aos empregados da empresa. Restabeleceu-se, assim, a integração vertical existente antes da privatização.

7. Antes de haver o conhecimento da nova operação de venda da antiga MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA - atual MINERAÇÃO CARAÍBA S. A. - e de sua compra pela ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e pela MARVIN INVESTIMENTOS S/A - MISA, a SEAE e a SDE manifestaram-se favoravelmente à aprovação do Ato de Concentração n.º 29/95, com a recomendação da segunda de ser firmado compromisso de desempenho pela adquirente, pela ausência de alguns dos requisitos contidos no § 1º do art. 54, da Lei n.º 8.884, de 1994.

8. Às fls. 273 usque 297, ao responder a pedido de informações complementares que lhe foi enviado por este Conselheiro-Relator fl. 272), a CARAIBA METAIS insiste na tese de perda do objeto do processo, tendo em vista a alienação da CARAIBA MINERAÇÃO, por ela anteriormente detido, para a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e a MARVIN INVESTIMENTOS S/A - MISA. Assinale-se, por oportuno, que a referida alienação foi efetivada para duas empresas do mesmo grupo: o controle da CARAIBA METAIS S. A. é exercido pela empresa DIAS D'ÁVILA PARTICIPAÇÕES S. A. (78,69% das ações); e esta é controlada pelas empresas ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA e FINA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S. A. e MARVIN INVESTIMENTOS S. A., cada uma com 33,33% do capital social. Assim, duas das três acionistas da DIAS D'ÁVILA já exerciam o controle derivado da MINERAÇÃO CARAÍBA.

9. A Douta Procuradora do CADE, em bem lançado Parecer da ilustre Procuradora-Geral, Dra. Marusa Freire, ao mesmo tempo em que entende descabida a alegação de perda de objeto do presente processo, manifesta-se, in verbis, “pela devolução dos autos à SDE, para que complete a instrução processual do ato em análise, mediante o chamamento ao processo das partes que sucederam à CARAÍBA METAIS S. A. no processo de aquisição da MINERAÇÃO CARAÍBA, uma vez que aquele ato não se havia aperfeiçoado por não ter sido aprovado por este Conselho.”[sublinhei].

10. Recomenda-se, ainda, a Procuradoria do CADE, que “antes da remessa à SDE devem ser copiadas e autenticadas as peças de fls. 250/3, 261/2 e 275/6, que contém os elementos necessários à imediata abertura de procedimento administrativo contra a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e MARVIN INVESTIMENTOS S.A., para aplicação de multa pecuniária estabelecida no § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, que nos termos do § 1º, do art. 2º da Lei 6.830/80, é considerada como Dívida Ativa da Fazenda Pública”. Oportunas, também, são as observações que faz sobre o papel do CADE nos processos de privatização em curso no País, nem sempre devidamente considerado:

“Cumpre, ... ao CADE, especialmente nos casos de privatização de empresas que ocupem posição

dominante e em setores estratégicos, verificar o que objetivaram as adquirentes ao participarem do programa de desestatização, bem como assegurar, mediante compromisso de desempenho, que as condições exigidas por lei para considerar o ato como legítimo sejam efetivamente cumpridas pelos adquirentes do controle acionário daquelas empresa.

De outro modo, sempre que ficar evidenciado que a privatização resultou numa situação de prejuízo à concorrência, que não possa ser superado em virtude do não atendimento das condições legais, será competente o CADE para negar aprovação ao ato de privatização e até mesmo determinar a sua desconstituição total nos termos legais”. [sublinhei]

É o Relatório.

VOTO

1. A nova situação surgida, com a venda do controle acionário da MINERAÇÃO CARAÍBA S. A. - atual denominação da MINERAÇÃO CARAÍBA LTDA. -, não retira do CADE a competência para a apreciação do ato decorrente do processo de privatização de ambas essas empresas. Especialmente se considerar-se - como foi por mim assinalado no Relatório, acima - que duas das novas controladoras diretas da segunda, já o eram de forma indireta, derivada do controle por elas exercido sobre a acionista majoritária da MINERAÇÃO CARAÍBA S. A., a DIAS D'ÁVILA PARTICIPAÇÕES S. A.

2. Transformo, assim, em diligência o Ato de Concentração n.º 29/95, para devolvê-lo a Secretaria de Direito Econômico - SDE do Ministério da Justiça, com a recomendação de chamamento ao processo das partes que sucederam a CARAÍBA METAIS S. A. no controle acionário da MINERAÇÃO CARAÍBA S. A., a ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e MARVIN INVESTIMENTOS S. A.

3. Sou, também, conforme propõe a Douta Procuradoria, pela extração e autenticação de cópias das peças de fls. 250/3, 261/2 e 275/6, que contém os elementos

necessários à imediata abertura de procedimento destinado a apurar o eventual cometimento da infração definida no § 5º do art. 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, por parte da ITABORAÍ COMERCIAL EXPORTADORA LTDA. e da MARVIN INVESTIMENTOS S.A., sem prejuízo da abertura, pela SDE, “de processo administrativo, nos termos do art. 32”, do mesmo diploma legal.

É o meu voto.

Sala das Sessões, em 7 de agosto de 1996.

Conselheiro RODRIGUES-CHAVES
Relator

ACÓRDÃOS E DESPACHOS

D.O U. 30/12/96

Processo Administrativo nº 49/92

Representante: Labnew Indústria e Comércio Ltda.

Representada: Becton, Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda.

Representação nº 196/93

Representante: Becton, Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda.

Representada: Labnew Indústria e Comércio Ltda.

Averiguação Preliminar nº 0800.018076/94-21

Representante: Becton, Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda.

Relator: Conselheiro Rodrigues-Chaves

Advogados: Drs. José Eduardo Rangel de Alckimin Drs. Antonio Carlos Gonçalves e Flávio Lemos Belliboni

Ementa

Processo Administrativo: Acusação de infração capitulada no art. 21, item XVIII, da Lei nº 8.884, de 1994. Compromisso de Cessação. Aprovação por maioria. Representação e Averiguação Preliminar. Compromisso de cessação. Indeferimento. Cabimento somente após instauração de Processo Administrativo. Previsão do art. 53, “caput”, da Lei brasileira antitruste. Devolução dos autos à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para prosseguimento da instrução. Decisão por maioria.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conhecer e ratificar, por maioria, nos termos de seus respectivos votos e registros eletrônicos realizados, aprovar o Compromisso de Cessação apresentado pela Becton Dickinson Indústria Cirúrgicas Ltda., nos autos do Processo Administrativo nº 49/92 e determinar a suspensão deste, durante o período de vigência daquele. Vencido o Conselheiro Renault de Freitas Castro, que defendia o exame da matéria somente após relatório circunstanciado e voto explicitado do Relator.

Na mesma oportunidade, o Colegiado indeferiu, também por maioria, idênticas propostas, formuladas nos autos da Representação nº 196/93 e da Averiguação Preliminar nº 0800.018076/94-21. Ao mesmo tempo, determinou o encaminhamento dos autos à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para prosseguimento da instrução, vencidos o Conselheiro-Relator e o Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, que aprovavam também as últimas propostas nas suas integralidades. Participaram do julgamento, sob a Presidência do Dr. Gesner José de Oliveira Filho, os Conselheiros Rodrigues-Chaves, Relator; Leônidas Rangel Xausa; Antonio Carlos Fonseca da Silva; Renault de Freitas Castro; Lucia Helena Salgado e Silva; e Paulo Dyrceu Pinheiro, presente a Procuradora-Geral, Dra. Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 18 de dezembro de 1996 (data de julgamento).

RODRIGUES-CHAVES
Conselheiro-Relator

GESNER OLIVEIRA
Presidente do Conselho

(Of. nº 1.186/96)

D.O U. 09/01/97

Recurso de ofício na Representação 132/90

Representante: Vidraçaria Estrela, Klaier Indústria e Comércio Ltda

Representada: Cia Vidraria Santa Marina e Blindex Vidros de Segurança Ltda.

Advogado: não consta dos autos

Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva

Ementa

Representação. Comércio de Vidros. Indícios de negativa de venda, impedindo o desenvolvimento de Empresa. Retorno dos autos a SDE para instauração de processo administrativo. Provimento de Recurso.

Acórdão

Vistos relatados e discutidos estes na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, devolver os autos à SDE para instauração de processo administrativo, visto que há indícios de infração aos incisos IV e VI do art. 21, da Lei 8.884/94, não confirmar o arquivamento e

provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto da Relatora. Participaram do julgamento o Senhor Presidente Gesner de Oliveira e os Senhores Conselheiros Edison Rodrigues-Chaves, Leônidas Rangel Xausa, Antonio Carlos Fonseca da Silva, Renault de Freitas Castro, Lucia Helena Salgado e Silva, Paulo Dyrceu Pinheiro e presente a Procuradora Geral Marusa Freire. Brasília, 18 de dezembro de 1996 (data do Julgamento).

LUCIA HELENA SALGADO E SILVA
OLIVEIRA
Conselheira-Relatora

GESNER
Presidente do Conselho

D.O U. 09/01/97

Processo Administrativo nº 156/94
Representante: DEPDE/SDE ex officio
Representada: Associação Médica de Brasília
Advogado: Marco Antônio Bilibio Carvalho e outros
Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva

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, incisos II e XIV do art. 21. Indução à adoção de conduta restritiva à concorrência. Utilização de meios artificiosos para a fixação de preços.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em conformidade com os votos registros eletrônicos realizados, decidiram aplicar à Associação Médica de Brasília a multa de R\$ 5.308,00 (cinco mil trezentos e oito reais), nos termos do inciso III do art. 23 da Lei 8.884/94 por ser mais benigna, determinando a imediata cessação da prática objeto do processo, ao prazo máximo de dez dias a contar da publicação desta decisão, nos termos do voto da Conselheira-Relatora. Determinou ainda o CADE as seguintes providências a serem adotadas pela Representada, sob pena de multa diária de R\$ 4.423,50 (quatro mil quatrocentos e vinte e três reais e cinquenta centavos). 1. Abstenção de influenciar a adoção por parte de seus associados

da tabela da AMB ou instrumento equivalente de uniformização de preços como parâmetro para a retribuição de seus serviços; 2. Comunicar, no prazo de 10 (dez) dias contados a partir de sua notificação desta decisão, aos seus associados e entidades conveniadas que a tabela existente não deverá mais ser utilizada como parâmetro para a remuneração dos serviços prestados, em virtude de determinação do CADE nesse sentido; 3. demonstrar ao CADE, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação desta decisão, o cumprimento das determinações do Colegiado. Encaminhe-se ao Ministério Público Federal a decisão para as providências de direito, sem prejuízo da competência originária da Procuradoria do CADE. Decisão unânime. Participaram do julgamento o Senhor Presidente Gesner Oliveira e os Senhores Conselheiros Edison Rodrigues-Chaves, Leônidas Rangel Xausa, Antonio Carlos Fonseca da Silva, Renault de Freitas Castro, Lucia Helena Salgado e Silva, Paulo Dyrceu Pinheiro e presente a Procuradora-Geral Marusa Freire. Brasília, 18 de dezembro de 1996 (data do julgamento).

LÚCIA HELENA SALGADO E SILVA
OLIVEIRA

Conselheira-Relatora

GESNER

Presidente do Conselho

D.O U. 24/02/97

Processo Administrativo nº 0800.012720/94-74

representante Associação Brasileira de Citricultores - ASSOCITRUS e
Associação dos Citricultores do Estado de São Paulo - ACIESP

Representada Bascitrus Agro Industrial Ltda e Outras

Relator: Conselheiro Renault de Freitas Castro

Assunto: Avaliação dos Relatórios Trimestrais e Outros

Decisão: O Plenário, por maioria, decidiu referendar o despacho do Conselheiro-Relator que indeferiu o requerimento de fls. 6.219. seja como reconsideração ou como medida cautelar, mantendo todos os efeitos do Despacho do Conselheiro-Relator, de 23.10.96 Por economia processual, julgou, de logo, prejudicada a consulta ou ato de Concentração nº 104/96, a ser oportunamente apreciado pelo plenário Vencido, em parte, o Conselheiro Edison Rodrigues-Chaves, na extensão do seu voto, que adiantou o não conhecimento da consulta ou Ato de Concentração, por entender revogado o instituto da consulta Vencido o Presidente que votou pelo deferimento,

admitindo a possibilidade da apreciação da consulta ou Ato de Concentração após o cumprimento dos devidos trâmites processuais.

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

DESPACHOS DO SECRETÁRIO EM 13 DE JANEIRO DE 1997

Nº 8 - Averiguação preliminar nº 08000.022668/96-44. Representam: SDE “ex-offício”. Representadas: Visa, Mastercard, Sollo, Credicard, Diners e Instituições Financeiras. Advogados: Túlio de Freitas do E. Coelho, Fábio de Souza Coutinho, Francisco Ribeiro Todorov, João Otávio de Noronha, Izaías Batista de Araújo e Outros.

Decisão: Acolho, por seus próprios fundamentos, o parecer da Inspetoria Geral que concluiu estarem, as empresas integrantes do sistema de Cartões de Crédito - VISA, MASTERCARD, SOLLO, CREDICARD E OUTRAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, enviando e ofertando cartões de créditos aos consumidores, sem sua solicitação prévia, induzindo-os a erro e criando-lhes, em consequência, dificuldades financeiras. Tal prática, atenta frontalmente contra o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, seu art. 39, inc. III. Por outro lado, em razão do consumidor não ter conhecimento de que os textos de contratos em geral devem ser elaborados com a maior clareza, de modo a não dar ensejo a equívocos, faz-se necessários, também, que os contratos com as referidas empresas, dos cartões de crédito postos à venda ao público, sejam revistos de modo a evitar que cláusulas contratuais venham a obrigar a outorga de poderes às administradoras, para com terceiros, em nome do consumidor, pactuarem financiamento da possível saldo devedor. Tal prática está também, em franca desarmonia com o art. 51, inciso IV da supracitada Lei, razão pela qual determino a imediata instauração de Processo Administrativo no âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, para impor a medida de cessação da prática lesiva aos interesses dos consumidores, sem o que se aplicarão muitas sucessivas.

Em 14 de janeiro de 1997

Nº 9 - visando dar celeridade ao exame dos Processos relativos a atos e contratos que envolvam Concentração Econômica, e tendo em vista a protocolização do ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08000.027205/96-23 - interessados: SANTISTA ALIMENTOS S.A, IDEAL ALIMENTOS S.A. E ASA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, que se dedicam à beneficiamento

de trigo - Operação Contrato de Promessa de permuta de quotas e outras partes entre a Santista Alimentos S.A. e os sócios quotistas da Ideal Alimentos Ltda.

determino que este Despacho seja publicado, para que se colham manifestações de concorrentes, clientes ou quaisquer consumidores ou interessados, acerca da operação e tudo que possa subsidiar o exame do ato, sobretudo em relação às condições de que trata o § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. As manifestações de verão ser produzidas por escrito e poderão ser endereçadas ao diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Econômica - Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça - Bloco "T" - Edifício Sede, 5º andar - esplanada dos Ministérios - Brasília - Distrito Federal - CEP 70064-900. O prazo para a apresentação das manifestações é de 15 (quinze) dias, a contar do primeiro dia útil seguinte à publicação na Imprensa Oficial do presente Despacho.

HEBE TEIXEIRA ROMANO PEREIRA DA SILVA
Substituta

of. nº 58/97)

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

DESPACHOS DO SECRETÁRIO
EM 13 DE JANEIRO DE 1997

SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

DESPACHOS DO SECRETÁRIO
EM 29 DE JANEIRO DE 1997

Nº 15 - Averiguação Preliminar 08000.016338/94-01. Representante: Organização das Cooperativas de Minas Gerais. Representadas: Indústria de Moagem de Trigo e Distribuidores de Farelo de Trigo. Decisão: De acordo com o parecer do sr. Inspetor-Geral e, diante da impossibilidade de restarem provados os fatos que deram origem à presente Representação, determino o arquivamento dos autos e Recorro de Ofício ao conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme determina o artigo 31, da Lei nº 8.884/94.

Nº 16 - Representação nº 282/92. Representantes: Departamento Estadual de Construções, de Obras e Manutenção - DECOM. Representadas: Elevadores Sur S.A. e Outras. Decisão: De acordo com o Parecer do Sr. Inspetor-Geral que entendeu por insubsistentes as práticas perquiridas no bôjo do presente feito, determino o arquivamento dos autos e Recorro de Ofício ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme determina o artigo 31, da Lei nº 8.884/94.

Nº 17 - Protocolo nº 0158/97/MJ//SDE/IG. Interessado: Empresa de Transporte Marítimos Transtumar Ltda. Denúncias: Interocean - Agência de Navegação Marítima; Palangana - Transporte Marítimos Ltda; Cargonave - Agência Marítima Ltda.; Tibagi - Serviços Marítimos Ltda.; Sindapar - Sindicato das Agências de navegação Marítima de Paranaguá. Decisão: acolho as sugestões do Sr. Inspetor-Geral, que, em análise de Procedimento de Averiguação Preliminar, entendeu estar a Representada praticando atos atentatórios à legítima concorrência do Setor de Contratação de Serviços, inerentes ao transporte de embarcação e outros, com indícios de cartelização através da adoção de conduta comercial uniforme, subordinação da prestação de um serviço a outro e criação de dificuldades para o desenvolvimento e funcionamento de outra empresa, demonstrando abuso de poder econômico, conforme se verifica a seguir: as relações concorrenciais existentes situam-se da seguinte maneira: 1) Os agentes de praticagem, que na realização de sua prestação de serviço prescindem da locomoção náutica para perfeita realização de seu mister; 2) A intermediação das agências de Navegação, representadas pelo SINDAPAR, que contratam os serviços para os armadores, incluindo os de praticagem e os de transportes marítimos; 3) As Empresas de Transporte Marítimos existentes na localidade, que ficam subordinadas à contratação pela intermediação das Agências de Navegação Marítima e 4) A dependência, por seus atos constitutivos, das Empresas de Transporte Marítimo denunciadas, para com as Agências de Transporte Marítima. Em razão da possibilidade de estar ocorrendo venda casada, por ocasião das prestações de serviços do prático junto ao serviço de transporte marítimo, entendendo que, consoante orientação da Diretoria de Portos e Costas, deveria o prático ter a liberdade de escolher o transporte que lhe garantisse a eficácia do serviço,, o que não lhe vem sendo permitido. Os serviços, ora guerreados, confundem-se, no mais das vezes, entre si, pela forma de regulamentação da profissão de praticagem e dos transportes marítimos. Outro ponto que se enfatiza, tornando-se necessário relatar, é que nos processos anteriores se examina o mérito da prestação de serviços exercida pelos práticos e neste se analisa as questões afetas ao transporte marítimo para a realização dos serviços dos práticos e não outros inerentes aos serviços das

lanchas. Registre-se que, em procedimento de Averiguação Preliminar, ora em tramitação no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, esta Secretaria entendeu que, nas questões da prestação dos serviços de praticagem - objeto daquele feito -, em relação aos serviços prestados de transporte marítimo, cabia, aos Práticos, escolher o tipo de embarcação/lancha que melhor lhes aprouvesse, diante dos requisitos de segurança, habilitação técnica, integridade física e conservação da mesma, tudo, diga-se de acordo com o Decreto nº 97.026/88 (Regulamentador da Prestação de Serviço). Tal entendimento visava, diante da preciosidade de prestação de serviços, tanto de praticagem como do transporte de locomoção dos práticos assegurar a integridade física dos agentes de praticagem, vez que, pela dificuldade da tarefa a ser realizada em mar aberto, o princípio norteador seria o da confiabilidade. Com esse raciocínio, pensava-se que a situação do setor econômico estaria acomodada, em perfeita harmonização da relação concorrencial, excetuando-se, por cristalino, a revisão do Decreto Regulamentador retro-mencionado, pelo Ministério da Marinha, a quem aferir compete a eficácia do mesmo, na atualidade econômica. Todavia, por estranhas práticas restritivas realizadas no setor, chegou ao conhecimento da Secretaria que estariam as Empresas de Transporte Marítimos, junto com as Agências de Navegação Marítima, evitando contratar os serviços de transporte marítimo da Denunciante. Tanto é expressão da verdade que, em anexo à Denúncia, pode-se comprovar a existência de correspondências enviadas pelas Agências de Navegação Marítima aos comandantes dos navios, impedindo esses últimos de efetuar qualquer contratação com os agentes de praticagem. Deve-se numa análise mais acurada a ser realizada em sede de Processo Administrativo, verificar a possibilidade de estarem os armadores constituindo Agências de Navegação Marítimas, em território nacional, com o fito de cartelizar o setor, criando dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente. Embora a monitoração do mercado seja de competência desta Secretaria de Direito Econômico, em sede de contraditório, vislumbra-se no presente, a subsistência dos indícios apontados, conforme a seguir se constata: a fixação em acordo com concorrentes de condições de prestação de serviços, esta se operando, conforme demonstrados nos autos, quando se verifica a dependência das Empresas de Transporte Marítimos, por seus estatutos, com determinadas Agências de Navegação Marítima, cujo interesse, mais que provado, tenta o alijamento tanto dos Práticos, como da Empresa Denunciante que se recusam a aceitar o tipo de contratação impositiva, ainda que não solicitado pelas Agências de Navegação. A criação de dificuldade ao regular funcionamento de empresa concorrente, embora intrinsecamente ligada ao aspecto anterior, resta demonstrado quanto as Empresas de Transporte Marítimo determinam o alijamento da Empresa Denunciante, notadamente

pela forma de comunicação com os armadores, expressas pelos fac-símiles, lembrando, por oportuno, que a contratação sempre é realizada pela intermediação das agências de navegação marítima, sendo, de todo, desnecessária a interpelação das empresas contratadas por terceirização. Todavia, os autos evidenciam que esse tipo de serviço - um dos que requer o uso do lancha/ transporte marítimo - tem o custo final, para o consumidor, irrisório, em relação ao custo final de outros serviços realizados pela utilização da lancha. A subordinação de um serviço a outra prestação de serviço distinto, é detectada facilmente pelo fato de a constituição das empresas marítimas estar provocando dependência em relação às Agências de Navegação, patrocinadas pela SINDAPAR. Assim, pelo teor exposto, considerando que a denúncia visa informar as anomalias do setor, torna-se necessário o enquadramento das empresas epigrafadas, nas sanções previstas em Lei, por estar evidente a possibilidade de ingerência entre os agentes econômicos, de um lado porque, embora esteja patente a forma comercial da empresa Interocean - Agência de Navegação Marítima Ltda., as empresas, bem como o SINDAPAR entre si podem estar adotando condutas comerciais defendidas na legislação; de outro lado porque, conforme se verifica, o objetivo da Norma Antitruste é a prevenção e repressão das possíveis distorções ocorridas no mercado econômico. Isto posto, pela comprovada reincidência da danos causados ao regular funcionamento da atividade essencial de praticagem e dos transportes marítimos, somados à segurança portuária e devida prestação dos referidos transportes, determino imediata instauração de Processo Administrativo para apuração dos indícios de práticas previstas nos incisos I e II do art. 20 c/c I, II, V, X, XIV, e XXIII do art. 21, da Lei 8.884/94. Em razão de estarem evidentes os riscos de danos jurídicos causados no setor econômico com veementes reflexos à segurança portuária e de interesse dos contratantes da prestação dos serviços, os armadores, determino, ainda, na forma do art. 52, do supracitada Lei, mediante preventiva, corretiva para o setor econômico, para imediata cessação da prática malévola de restrição à concorrência, de ingerência do SINDAPAR - Sindicato das Agências de Navegação Marítima de Paranaguá por sua representatividade e de seus filiados nas atividades das práticas. Tal medida tem o objetivo de obrigar que tanto o SINDAPAR e seus filiados, e as Agências de Navegação Marítima INTEROCEAN, CARGONAVE e TIBAGI, se abstenham de impor, aos Práticos, a utilização, nos Serviços de Transportes Marítimos, de lanchas de sua propriedade ou de empresas coligadas, ou ainda as que, porventura, tenham, por seus estatutos, o poder de ingerência, umas com as outras, visto que os critérios de segurança e condições de lanchas usadas pela praticagem, é de competência exclusiva do Ministério da Marinha. Pelo descumprimento da Medida Preventiva, ora

adotada, fixo multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) na forma do artigo 25, do referido Diploma Legal.

HEBE TEIXEIRA ROMANO PEREIRA DA SILVA

Substituta

(Of. nº 166/97)

LEGISLAÇÃO

PORTARIA Nº 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997

O MINISTRO DO ESTADO DA JUSTIÇA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 3º do Decreto nº 1.796, de 24 de janeiro de 1996, resolve:

Art. 1º Fica aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 3º Revoga-se a Portaria nº 465, de 16 de setembro de 1992.

NELSON A. JOBIM

ANEXO

REGIMENTO INTERNO DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

CAPÍTULO I CATEGORIA E FINALIDADE

Art. 1º A Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão específico singular a que se referem o art. 19, inciso I, alínea “m”, da Lei nº 8.490, de 19 de novembro de 1992, e art. 2º, inciso III, alínea “d”, do Anexo I do Decreto nº 1.796, de 24 de janeiro de 1996, diretamente subordinada ao Ministro de Estado, tem por finalidade exercer as competências estabelecidas nas Leis nºs. 8.884 de 11 de junho de 1994; 8.078, de 11 setembro de 1990; 9.008, de 21 março de 1995; 9.021, de 30 março de 1995, e na Medida Provisória nº 1.549-28, de 14 março de 1997; e especificamente:

I - formular, promover, supervisionar e coordenar a política da ordem econômica, nas áreas de concorrência e defesa do consumidor;

II - examinar os atos de concentração e apurar, prevenir e reprimir os abusos do poder econômico;

III - zelar pelos direitos e interesses dos consumidores, promovendo as medidas necessárias para assegurá-los;

IV - aplicar a legislação de sua competência para assegurar a livre concorrência, a livre iniciativa e a livre distribuição de bens e serviços;

V - desenvolver e coordenar as práticas resultantes da aplicação da Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, do art. 14 da Lei nº 7.291, de 19 de dezembro de 1984 e dos Decretos-leis nºs. 6.259, de 10 de fevereiro de 1944, e 204, de 27 de dezembro de 1967;

VI - fixar diretrizes de ação às entidades e órgãos vinculados ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor;

VII - orientar, coordenar e articular-se com os órgãos da administração pública, quanto à efetivação de medidas de proteção e defesa da ordem econômica;

VIII - realizar ou promover convênios com órgãos e entidades públicas ou instituições privadas, que assegurem a execução de planos, programas e fiscalização do cumprimento das normas e medidas federais;

IX - promover, desenvolver, coordenar e supervisionar atividades de divulgação e de formação de consciência coletiva dos direitos do consumidor;

X - expedir atos administrativos de sua competência, visando ao fiel cumprimento da legislação;

XI- acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante no mercado relevante de bens e serviços, para prevenir infrações de ordem econômica.

CAPÍTULO II ORGANIZAÇÃO

Art. 2º A SDE tem a seguinte estrutura:

1- Gabinete

1.1- Coordenação de Apoio Técnico-Jurídico

1.2- Coordenação de Articulação Econômica

1.3- Coordenação Administrativa, Orçamentaria e Financeira

1.3.1- Serviço de Execução Orçamentaria e Financeira

1.3.1.1- Setor de Protocolo de Controle Processual

1.3.2- Serviço de Apoio de Pessoal

2- Inspeção-Geral

2.1- Inspeções Regionais

3- Departamento de Proteção e Defesa Econômica

- 3.1- Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos
 - 3.1.1- Divisão de Análise de Práticas Restritivas
 - 3.1.2- Divisão de Análise Técnico-Jurídica
 - 3.1.3- Divisão de Análise de Atos de controle de Mercado
- 3.2- Coordenação-Geral de Controle de Mercado
 - 3.2.1- Divisão de Auditoria e Fiscalização
 - 3.2.2- Divisão de Relações Institucionais
 - 3.2.3- Divisão de Acompanhamento e Análise de Mercado
- 3.3- Coordenação-Geral de Assuntos Econômicos
 - 3.3.1- Divisão de Análise de condutas e Concorrências
 - 3.3.2- Divisão de Auditoria e de Análise Contábil e Estatística
 - 3.3.3- Divisão de Análise Econômica e de Mercado
- 4- Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
 - 4.1- Coordenação-Geral de Supervisão e Controle
 - 4.1.1- Divisão de Fiscalização e Controle
 - 4.1.2- Divisão de Apoio aos Órgãos de Defesa do Consumidor
 - 4.2- Coordenação-Geral de Políticas e Relações de Consumo
 - 4.2.1- Divisão de relações Institucionais e de Consumo
 - 4.2.2- Divisão de Informação e Pesquisa
 - 4.3- Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos
 - 4.3.1- Divisão de Análise Técnico-Jurídica
 - 4.3.2- Divisão de Análise de Práticas Abusivas

Art. 3º A Secretaria de Direito Econômico será dirigida por Secretário, a Inspeção-Geral por Inspetor-Chefe, as Inspetorias Regionais por Inspetor Regional, os Departamentos por Diretor, o Gabinete por Chefe, as Coordenações-Gerais por Coordenador -Geral, as Divisões, os serviços e o setor por Chefe, cujas funções serão providas na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Para o desempenho de suas atribuições o Secretário de direito Econômico contará com um Assistente do Secretário e um Auxiliar, o Inspetor-Chefe com dois Auxiliares, os Diretores com um Assistente cada um e os Coordenadores-Gerais contarão com um Auxiliar cada um.

Art. 4º Os ocupantes das funções previstas no **caput** do artigo anterior serão substituídos, em suas faltas ou impedimentos, apenas por servidores que

possam desempenhar a função na qualidade de substituto, por eles indicados e previamente designados na forma da legislação específica.

CAPÍTULO III COMPETÊNCIA DAS UNIDADES

Art. 5º Ao Gabinete compete:

- I- prestar apoio técnico e administrativo ao Secretário na supervisão das unidades organizacionais pertencentes à estrutura da Secretaria;
- II- propor diretrizes para o planejamento de ação global;
- III- promover a avaliação operacional dos planos e metas em desenvolvimento no âmbito da Secretaria;
- IV- prestar assistência ao Secretário em sua representação política e social;
- V- acompanhar e controlar os documentos e processos encaminhados à Secretaria;
- VI- coordenar e consolidar os relatórios mensal, trimestral e anual, de atividades das unidades organizacionais da Secretaria;
- VII- ordenar as despesas da Secretaria, por delegação de competência do Secretário.

Art. 6º À Coordenação de Apoio Técnico-Jurídico compete:

- I- prestar suporte técnico ao Secretário no controle e cumprimento da legislação relacionada à defesa econômica e do consumidor;
- II- emitir pareceres em assuntos que lhe forem submetidos;
- III- examinar anteprojeto e minutas de atos normativos.

Art. 7º À Coordenação de Articulação Econômica compete:

- I- prestar suporte técnico ao Secretário nas ações de estudo e articulação econômica com os demais da Administração Federal;
- II- coordenar e controlar as ações de política econômica, em conjunto com órgãos e entidades federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, no sentido de fornecer subsídio ao Secretário no combate às infrações de ordem econômico e do consumidor;

III- acompanhar eventuais anomalias de comportamento dos setores econômicos e das relações de consumo, a fim de fornecer subsídios ao Secretário;

IV- prestar suporte ao Secretário sobre documentação e informações econômicas, comerciais, técnicas e estatísticas de países desenvolvido e em desenvolvimento e sobre a legislação pertinente às normas econômicas e das relações de consumo.

Art. 8º À Coordenação Administrativa, Orçamentária e Financeira compete:

I- fornecer subsídio para a consolidação e elaboração da proposta orçamentária da Secretaria;

II- supervisionar e coordenar o acompanhamento orçamentário e financeiro da Secretaria;

III- supervisionar e coordenar as atividades de registro e controle processual;

IV- coordenar as atividades de protocolo e registro de documentos, no âmbito da Secretaria;

V- requisitar, receber, controlar e distribuir materiais de expediente, necessários ao desenvolvimento das atividades da Secretaria;

VI- supervisionar e coordenar as atividades relacionadas aos recursos humanos da Secretaria.

Art. 9º Ao Serviço de Execução Orçamentária e Financeira compete:

I- emitir e controlar financiamentos a requisição de passagens e concessão de diárias;

II- elaborar demonstrativos sobre o acompanhamento orçamentário e financeiro, de acordo com a orientação do Órgão Setorial do Sistema;

III- elaborar a proposta orçamentária anual da Secretaria;

IV- executar e acompanhar o orçamento anual da Secretaria;

V- executar os serviços relativos a requisição, recebimento, controle e distribuição de materiais de expediente e de reprografia;

VI- confeccionar pedidos para compra de material permanente e de consumo e para prestação de serviços, da Secretaria, bem como controlar o registro das despesas realizadas;

VII- controlar a movimentação de bens patrimoniais da Secretaria.

Art. 10. Ao Setor de Protocolo e Controle Processual compete:

- I- registrar e controlar documentos, processos e correspondências recebidas e expedidas, de acordo com as competências de cada Departamento;
- II- preparar certidões, quando devidamente autorizado, de processos e demais documentos sob sua guarda;
- III- fiscalizar e acompanhar o cumprimento dos prazos legais nos processos instaurados;
- IV- receber, registrar, distribuir, controlar e arquivar correspondências e documentos;
- V- prestar esclarecimentos e informações a respeito da tramitação dos processos;
- VI- protocolar os documentos concernentes a denúncias formuladas à Secretaria, constituindo os respectivos processos.

Art. 11. Ao Serviço de Apoio de Pessoal compete:

- I- controlar, orientar e acompanhar as atividades de recursos humanos da Secretaria, em articulação com a SbAA/Coordenação-Geral de Recursos Humanos deste Ministério;
- II- registrar e controlar as alterações de força de trabalho e as informações relativas a frequência, férias, localização, movimentação e designação de servidores;
- III- identificar necessidades de treinamento, de capacitação e de especialização profissional para a elaboração do Plano Anual de Desenvolvimento de Recursos Humanos da Secretaria;
- IV- acompanhar e controlar o encaminhamento de documentos relativos a pessoal, a serem publicados no Diário Oficial da União.

Art. 12. À Inspetoria-Geral compete:

- I- receber denúncias contra a ordem econômica nas áreas de concorrência e consumo, originárias da Secretaria e das Inspetorias Regionais, para serem transformadas em averiguações preliminares;
- II- coordenar a articulação com as entidades civis para o desenvolvimento e implementação de políticas de produção ao consumidor e da ordem econômica;
- III- receber e encaminhar denúncias, consultas e sugestões sobre defesa econômica, no âmbito das Inspetorias Regionais;

- IV- coordenar, orientar e prestar apoio técnico às atividades das Inspetorias Regionais;
- V- estabelecer, no âmbito de cada Inspetoria regional, contatos com órgãos federais, estaduais e municipais;
- VI- manter as Inspetorias Regionais informadas sobre as representações autuadas nas áreas de sua jurisdição;
- VII- propor instauração, bem como orientar na instrução, até o encerramento, das averiguações preliminares, no âmbito da defesa econômica e do consumidor;
- VIII- articular-se com entidades civis para o desenvolvimento e implementação de políticas e proteção ao consumidor e da ordem econômica, ouvido o Secretário de Direito Econômico.

Art. 13. Às Inspetorias Regionais compete:

- I- encaminhar a documentação recebida, no âmbito de suas jurisdições, à Inspetoria-Geral;
- II- praticar atos administrativos necessários ao gerenciamento da Inspetoria Regional;
- III- receber, no âmbito de suas jurisdições, as denúncias de infrações da ordem econômica e contra as relações de consumo, encaminhando-as à Inspetoria Geral;
- IV- articular-se com as entidades públicas e privadas, regionais, estaduais e municipais de defesa do consumidor e defesa econômica, com o prévio assentimento da unidade central da SDE.

Art. 14. Ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica compete:

- I- planejar, coordenar e supervisionar a adoção de medidas que possam coibir atos e práticas contrárias à livre iniciativa e à concorrência;
- II- planejar, coordenar, supervisionar, organizar e promover a formação de consciência dos mecanismos de mercado;
- III- propor o constante aperfeiçoamento e a adequação da legislação pertinente a abuso do poder econômico e defesa da concorrência;
- IV- planejar, coordenar e supervisionar a adoção de medidas, com o objetivo de evitar a elevação dos preços, no caso de condições monopolísticas ou especulações abusivas;
- V- planejar, coordenar, supervisionar e orientar a instrução de averiguações preliminares dos processos administrativos e das

consultas, bem como dos feitos relativos a atos de concentração econômica;

VI- propor a instauração de averiguação preliminar e processos administrativos relativos ao abuso do poder econômico e à defesa da concorrência;

VII- representar ao Ministério Público para fins de adoção de medidas no âmbito de suas competências;

VIII- solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica, para a consecução de seus objetivos.

Art. 15. À Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos compete:

I- coordenar, supervisionar e avaliar a elaboração de pareceres e informações técnicos-jurídicas, no âmbito da competência do Departamento;

II- avaliar os atos sujeitos a publicação oficial e a divulgação;

III- promover estudos para o aperfeiçoamento da legislação sobre abuso do poder econômico e defesa da concorrência;

IV- submeter ao Diretor do Departamento as certidões extraídas dos processos e procedimentos administrativos;

V- supervisionar e acompanhar os prazos legais vigentes dos processos administrativos instaurados;

VI- propor a instauração de averiguação preliminar e de processos administrativos;

VII- avaliar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas;

VIII- manter intercâmbio de informações jurídicas com órgãos nacionais e internacionais, no sentido de aperfeiçoar a legislação.

Art. 16. À Divisão de Análise de Práticas Restritivas compete:

I- analisar e emitir pareceres e informações em processos administrativos sobre eventuais comportamentos restritivos nas relações econômicas;

II- acompanhar a evolução das práticas restritivas no direito comparado;

III- preparar estudos para o aperfeiçoamento da legislação pertinente;

IV- analisar e instruir processos na sua área de atuação;

V- sugerir a instauração de processos administrativos, visando à cessação das práticas de mercado.

Art. 17. À Divisão de Análise Técnico-Jurídica compete:

- I- emitir pareceres e informações em processos relacionadas com a sua área de competência;
- II- propor a instrução dos processos administrativos, tomando por base os atos processuais previstos em lei;
- III- elaborar pesquisa jurídica e manter arquivo da jurisprudência relativa à repressão, ao abuso do poder econômico e à defesa da concorrência;
- IV- apreciar os atos sujeitos a publicação oficial e a divulgação;
- V- supervisionar e acompanhar, junto ao Serviço de Protocolo e Controle Processual, o cumprimento dos prazos legais dos processos instaurados.

Art. 18. À Divisão de Análise de Atos de Controle de Mercado compete:

- I- analisar e submeter à apreciação superior, os atos de instrução processual e as questões de mérito, sugerindo diligências e/ou expedientes;
- II- manter organizados os prazos registrados, de modo a facilitar o andamento tempestivo dos atos, bem como fiscalizar e orientar a perfeita instrução dos feitos.

Art. 19. À Coordenação-Geral de Controle de Mercado compete:

- I- instruir e orientar a elaboração de estudos e a emissão de pareceres e informações em processos relativos a atos de concentração econômica;
- II- instruir e orientar as perícias contábeis e de análise empresarial;
- III- avaliar e controlar os efeitos da fiscalização pertinentes, no cumprimento de determinações legais;
- IV- avaliar e controlar as informações econômicas, comerciais, técnicas e estatísticas, bem como a legislação e procedimentos, pertinentes às normas de concentração econômica;

V- aferir a aplicabilidade de lei relativamente aos atos de privatização, bem como aqueles decorrentes de comunicação feita pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM.

Art. 20. À Divisão de Auditoria e Fiscalização compete:

- I- prestar informações e emitir pareceres técnicos em processos administrativos sujeitos à fiscalização;
- II- executar perícias contábeis e de análise empresarial;
- III- fiscalizar o cumprimento das determinações legais;
- IV- analisar, quando solicitados, balanços e demonstrativos contábeis das empresas;
- V- apresentar laudo técnico sobre auditorias e fiscalizações.

Art. 21. À Divisão de Relações Institucionais compete:

- I- prestar informações e emitir pareceres relacionados com a sua área de competência;
- II- manter documentação sobre informações econômicas, comerciais, técnicas e estatísticas de países desenvolvidos e em desenvolvimento, e sobre legislação e procedimentos pertinentes às normas de concentração econômica.

Art. 22. À Divisão de Acompanhamento e Análise de Mercado compete:

- I- elaborar, desenvolver e fornecer critérios analíticos sobre atos de concentração econômica;
- II- organizar e manter sistemas de informações necessários à análise empresarial.

Art. 23. À Coordenação-Geral de Assuntos Econômicos compete:

- I- planejar, coordenar e controlar as ações de prevenção e repressão relativas ao abuso do poder econômico, que visem à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;
- II- planejar, coordenar e controlar as atividades de pesquisas econômicas, objetivando subsidiar estudos relacionados à política de defesa econômica;

- III- coordenar, supervisionar e orientar a elaboração de estudos e emissão de pareceres econômicos e/ou contábeis e informações sem processos administrativos e averiguações preliminares relacionados com sua área de competência;
- IV- manter intercâmbio de informações econômicas com órgãos nacionais e internacionais, sentido de aperfeiçoar as normas que coíbem os atos vedados em lei;
- V- propor a instauração de averiguação preliminar ou processos administrativos, diante do fato conhecido ou realizado.

Art. 24. À Divisão de Análise de Condutas Concorrenciais compete:

- I- prestar informações e emitir pareceres em assuntos de concorrência;
- II- propor a instauração de averiguação preliminar e de processos administrativos, visando à cessação das formas de dominação dos mercados, e especial a do exercício da concorrência desleal, abusivo de posição dominante;
- III- desenvolver estudos sobre o aperfeiçoamento da legislação de defesa da concorrência;
- IV- manter registros atualizados, controlar os pedidos de diligências requeridas e acompanhar os prazos estabelecidos em legislação.

Art. 25. À Divisão de Auditoria e de Análise Contábil e Estatística compete:

- I- elaborar mapas estatísticos, tabelas, gráficos e quadros demonstrativos básicos para a análise de resultados;
- II- fornecer apoio técnico para o desenvolvimento de atividades de levantamento estatísticos;
- III- prestar informações e emitir pareceres na sua área de competência;
- IV- manter articulação com os órgãos envolvidos no Sistema Nacional de Defesa Econômica, visando a subsidiar o Departamento de Proteção e Defesa Econômica;
- V- emitir parecer sobre dados contábeis, bem como orientar perícias que envolvam atos de agentes econômicos submetidos à apreciação;
- VI- arquivar os dados estatísticos e controlar os pareceres emitidos.

Art. 26. À Divisão de Análise Econômica e de Mercado compete:

- I- prestar informações econômicas e instruir processos administrativos e averiguações preliminares relativos a atos considerados como forma de abuso do poder econômico;
- II- apurar e propor as medidas cabíveis, com o propósito de corrigir as anomalias de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, capazes de afetar direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica;
- III- emitir parecer em assuntos que lhe forem submetidos.

Art. 27. Ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor compete:

- I- planejar, coordenar, elaborar, propor e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor;
- II- receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas denúncias ou sugestões apresentadas por consumidores, entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado;
- III- prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;
- IV- informar, conscientizar e motivar o consumidor, por intermédio dos diferentes meios de comunicação;
- V- instaurar procedimentos administrativos e se for o caso decidir pelo arquivamento;
- VI- solicitar à política judiciária a instauração de inquérito para a apuração de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente;
- VII- representar ao Ministério Público para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de sua competência;
- VIII- levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa contrárias aos interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores;
- IX- solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços;

- X- solicitar o concurso de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica, para a consecução de seus objetivos;
- XI- fiscalizar e aplicar as sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor;
- XII- funcionar, no processo administrativo, como instância recursal nos casos determinados pela norma regulamentadora da Lei nº 8.078/90;
- XIII- propor o aperfeiçoamento da legislação sobre o direito do consumidor;
- XIV- promover e manter articulação dos órgãos da Administração Federal com os órgãos afins dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e com as instituições privadas ligadas à proteção e defesa do consumidor;
- XV- elaborar e promover programas educativos e informativos para os consumidores e fornecedores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;
- XVI- incentivar a criação e desenvolvimento de sociedades civis e associações constituídas para defesa do consumidor;
- XVII- promover estudos constantes das modificações do mercado de consumo;
- XVIII- conceder autorizações de pedidos para distribuição de prêmios, a título de propaganda, mediante vale-brinde, sorteio, concurso ou congêneres;
- XIX- promover e desenvolver ações de fiscalização da distribuição de prêmios, a título de propaganda, mediante vale brinde, sorteio e concurso ou congêneres;
- XX- propor a celebração de convênios de cooperação técnica nacional e internacional, visando a aperfeiçoar os procedimentos no âmbito e à medida da implementação da política nacional de relação de consumo;
- XXI- participar de comissões e comitês nacionais e internacionais, que tratem da defesa e proteção do consumidor, bem como daqueles que visem à celebração de acordos.

Art. 28. À Coordenação-Geral de Supervisão e Controle compete:

- I- planejar, coordenar e supervisionar as ações de fiscalização e controle das infrações concernentes às relações de consumo;

- II- elaborar instruções com o objetivo de adequar e utilizar as normas aplicáveis às relações de consumo;
- III- manifestar-se, quando solicitada, a respeito de sanções administrativas aplicadas pelos respectivos agentes fiscalizadores e órgãos conveniados;
- IV- interagir com os órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, visando a uniformidade de ações e procedimentos no âmbito das atividades de supervisão e controle.

Art. 29. À Divisão de Fiscalização e Controle compete:

- I- propor, coordenar e executar ações de fiscalização, visando coibir as práticas infrativas nas relações de consumo;
- II- constatar as irregularidades e autuar, nos termos da lei, as pessoas físicas e/ou jurídicas que violarem as normas que tratam das relações de consumo;
- III- registrar as constatações e autuações, com vistas a subsidiar os procedimentos administrativos competentes.

Art. 30. À Divisão de Apoio aos Órgãos de Defesa do Consumidor compete:

- I- manter atualizado o Cadastro Nacional de reclamações Fundamentadas;
- II- opinar sobre os meios e mecanismos legais de acompanhamento e controle das sanções aplicadas no âmbito dos órgãos fiscalizadores e conveniados;
- III- manter banco de dados, em nível nacional, de sanções aplicadas pelos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Art. 31. À Coordenação-Geral de Políticas e Relações de Consumo compete:

- I- propor a convocação de fornecedores para prestarem informações sobre questões de interesse dos consumidores;
- II- estabelecer contatos entre fornecedores de produtos e serviços e respectivos consumidores, buscando a harmonia das relações de consumo;

- III- incentivar e coordenar o progresso de criação e estruturação de órgãos públicos, entidades privadas, sociedades civis e associações, constituídos com fim de promover a defesa do consumidor;
- IV- planejar e coordenar o desenvolvimento do Registro Nacional de Órgãos de Defesa do Consumidor;
- V- planejar e coordenar a elaboração de projetos educativos de defesa do consumidor;
- VI- prestar apoio aos órgãos de fiscalização e conveniados na implementação das políticas de relações de consumo;
- VII- propor e coordenar o apoio técnico junto aos órgãos de defesa do consumidor, no que tange a implementação das políticas de relações de consumo;
- VIII- organizar e manter atualizados cadastros e dossiês de entidades autorizadas a realizar sorteios e das empresas autorizadas a distribuir prêmios e congêneres;
- IX- coordenar os atos de autorização e ações de fiscalização relacionados com a distribuição gratuita de prêmios de loteria, captação antecipada de poupança popular e congêneres;
- X- planejar, promover, executar e acompanhar as demais atividades referentes às suas unidades organizacionais.

Art. 32. À Divisão de Relações Institucionais e de Consumo compete:

- I- desenvolver projetos e programas de educação e informação ao consumidor e de fornecedores acerca dos seus direitos e deveres;
- II- elaborar programas de treinamento e prestação de educadores, a fim de capacitá-los a participar e levar adiante os programas e projetos de educação do consumidor;
- III- elaborar textos educativos;
- IV- promover eventos, objetivando incentivar a sociedade na proposição de soluções para seus problemas de consumo;
- V- incentivar e apoiar a criação e organização de órgãos oficiais, entidades e instituições civis de defesa do consumidor;
- VI- preparar as informações econômicas, contábeis e/ou financeiras no âmbito de sua competência.

Art. 33. À Divisão de Informação e Pesquisa compete:

- I- elaborar estatísticas sobre o desempenho do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor para a sociedade de consumo;
- II- subsidiar o banco de dados com informações sobre produtos e serviços colocados à disposição dos consumidores, após análise qualitativa e quantitativa desses produtos e serviços;
- III- intercambiar, com órgãos de outros países, material educativo e informativo de interesse do consumidor;
- IV- pesquisar, elaborar e divulgar estudos que visem a beneficiar o consumidor.

Art. 34. À Coordenação-Geral de Assuntos Jurídicos compete:

- I- planejar, executar e acompanhar as atividades referentes às práticas infrigentes às relações de consumo, na área de sua competência;
- II- propor o encaminhamento de representação ao Ministério Público, para fins de medidas processuais no âmbito de sua competência;
- III- propor o encaminhamento de denúncias à polícia judiciária para as providências no âmbito de suas competências;
- IV- propor aos órgãos competentes a divulgação de infrações contrárias aos interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores;
- V- examinar e emitir pareceres sobre os aspectos jurídicos de textos, acordos nacionais ou internacionais, ajustes e convênios cometidos ao Departamento;
- VI- coordenar a emissão de estudos e pareceres jurídicos;
- VII- propor a instauração de processos administrativos, arquivamentos, celebração de termo de ajustamento e outros atos processuais cabíveis;
- VIII- sugerir o intercâmbio de informações jurídicas com órgãos nacionais e internacionais;
- IX- prestar apoio técnico, nos aspectos procedimentais, aos órgãos conveniados, para a adequada e eficaz aplicação do Código de Defesa do Consumidor;
- X- propor procedimentos a serem pelos órgãos de defesa do consumidor, na esfera de sua competência.

Art. 35. À Divisão de Análise Técnico-Jurídica compete:

- I- emitir pareceres nos assuntos apresentados por instituições representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado;

- II- exarar pareceres em recursos administrativos;
- III- promover estudos sobre anteprojetos de leis, decretos, portarias e regulamentos, que tratem de questões pertinentes às relações de consumo;
- IV- coligir a jurisprudência relativa a proteção e defesa do consumidor;
- V- promover a pesquisa jurídica e manter sob seu controle o setor de informações técnico-jurídicas;
- VI- propor a expedição de certidões extraídas de peças dos procedimentos administrativos e dos protocolos existentes no Departamento.

Art. 36. À Divisão de Análise de Práticas Abusivas compete:

- I- emitir pareceres em processos sobre questões jurídicas pertinentes às relações de consumo;
- II- proceder à instrução dos processos administrativos;
- III- propor a publicação oficial e a divulgação dos atos administrativos de sua competência;
- IV- prestar apoio técnico-jurídico aos órgãos de defesa do consumidor no tocante à instrução de processos administrativos e outros atos processuais cabíveis;
- V- examinar “Termo de Compromisso de Ajustamento” de cessação de práticas infrigentes.

CAPÍTULO IV ATRIBUIÇÕES DOS DIRIGENTES

Art. 37. Ao Secretário de Direito Econômico incumbe:

- I- formular e desenvolver a política de proteção e defesa da ordem econômica;
- II- formular e supervisionar a implementação dos planos de ação da Secretaria;
- III- estabelecer as diretrizes para o cumprimento das leis que regem a defesa da concorrência e do consumidor;
- IV- decidir sobre processos, procedimentos e recursos administrativos que lhe forem submetidos;
- V- manter articulação com órgão e entidades públicas e instituições privadas;

- VI- aplicar penalidades administrativas nos descumprimentos das leis que regem a política de defesa econômica e do consumidor;
- VII- expedir atos administrativos sobre a política econômica e do consumidor, para o cumprimento da legislação vigente;
- VIII- convocar dirigentes de unidades da Secretaria para o exame de questões e fixação de diretrizes e normas, necessárias à condução dos trabalhos;
- IX- assinar convênios, contratos e ajustes, cujo objeto envolva interesses da Secretaria;
- X- coordenar as atividades das unidades organizacionais da Secretaria;
- XI- manifestar-se nas consultas encaminhadas à Secretaria;
- XII- encaminhar ao órgão judicante competente os processos administrativos originários do Departamento de Proteção e Defesa Econômica;
- XIII- decidir em última instância, no âmbito da Secretaria, sobre os processos que envolvam direito do consumidor;
- XIV- responder competências definidas na Lei nº 9.008/95 e no Decreto s/n de 28 de setembro de 1995, que cria a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor e dá outras providências;
- XV- ordenar despesas;
- XVI- instaurar e concluir sindicância e comissões de inquérito, na forma da legislação específica.

Art. 38. Ao Chefe de Gabinete incumbe:

- I- organizar e preparar as matérias a serem submetidas à consideração do Secretário;
- II- coordenar os trabalhos que envolvam o planejamento das atividades de apoio ao Secretário;
- III- supervisionar as atividades das Coordenações, diretamente subordinadas ao Gabinete;
- IV- organizar e manter o arquivo de decisões, ato e pareceres da Secretaria.

Art. 39. Aos Diretores de Departamento incumbe dirigir, orientar, acompanhar, decidir e fiscalizar a execução das competências das respectivas unidades.

Art. 40. Aos Coordenadores-Gerais incumbe coordenar, executar e supervisionar as atividades relacionadas com a sua área de competência.

Art. 41. Ao Inspetor-Geral incumbe:

- I- estabelecer e articular, no âmbito de cada Inspetoria Regional, contatos com órgãos federais, estaduais e municipais ou associações civis, tendo em vista o cumprimento das competências da SDE;
- II- receber, instruir e encaminhar denúncias, consultas e sugestões sobre práticas infrigentes à ordem de defesa econômica e afrontosas às relações de consumo, no âmbito das Inspetorias Regionais;
- III- coordenar, orientar e prestar apoio técnico às atividades das Inspetorias Regionais;
- IV- manter as Inspetorias Regionais informadas sobre as representações atuadas nas áreas de sua jurisdição.

Art. 42. Aos Inspetores Regionais incumbe exercer as atividades delegadas pelo Secretário de Direito Econômico.

Art. 43. Aos Coordenadores e Chefes de Divisão, de Serviço e de Setor incumbe:

- I- orientar, supervisionar, executar e avaliar as atividades das respectivas unidades;
- II- apresentar planos e programas de trabalho;
- III- fornecer informações referentes à área de competência das unidades, que subsidiem o desenvolvimento dos trabalhos e a elaboração de relatórios.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 44. As unidades organizacionais da Secretaria poderão desenvolver outras atividades que lhes forem cometidas.

Art. 45. A Secretaria de Direito Econômico, observada a legislação vigente, estabelecerá complementares relativas ao seu funcionamento e à ordem dos trabalhos.

Art. 46. Os casos omissos e as dúvidas surgidas na aplicação do presente Regimento Interno serão solucionados pelo Secretário de Direito Econômico.

(of. nº. 48/97)

PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL

MERCOSUL/CMC/DEC. N° 18/96

TENDO EM VISTA:

O tratado de Assunção, o protocolo de Ouro Preto, a Decisão 21/94 do Conselho do Mercado Comum a Resolução 129/94 do Grupo Mercado Comum e a Diretiva 01/95 da Comissão de Comércio do MERCOSUL.

CONSIDERANDO:

Que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes requer o estabelecimento de condições adequadas de concorrência:

Que é importante contar com um instrumento comum que preserve e promova a livre concorrência no âmbito do MERCOSUL e, assim, contribua para o cumprimento dos objetivos de livre comércio estabelecidos no Tratado de Assunção.

O CONSELHO DO MERCADO COMUM DECIDE:

Art. 1 - Aprovar o “Protocolo de Defesa da Concorrência do MERCOSUL”, que consta como anexo e é parte integrante da presente Decisão.

Art. 2 - As investigações de dumping realizadas por um Estado Parte relativas às importações originárias de outro Estado Parte serão efetuadas de acordo com as legislações nacionais até 31 de dezembro de 2000, prazo em que os Estados Partes analisarão as normas e as condições nas quais o tema será regulado no MERCOSUL.

Art. 3 - O início das investigações a que faz referência o artigo 2º da presente Decisão será precedido em todos os casos de um aviso prévio ao governo do País exportador envolvido do MECOSUL, o qual poderá manter consultas e oferecer informações complementares para esclarecer o caso.

ANEXO
PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO
MERCOSUL

A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante denominados Estados Partes,

CONSIDERANDO:

Que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes torna imprescindível assegurar condições adequadas de concorrência, capazes de contribuir para a consolidação da União Aduaneira;

Que os Estados Partes devem assegurar ao exercício das atividades econômicas em seus territórios iguais condições de livre concorrência;

Que o crescimento equilibrado e harmônico das relações comerciais intra-zonais, assim como o aumento da competitividade das empresas estabelecidas nos Estados Partes, dependerão em grande medida da consolidação de um ambiente concorrencial no espaço integrado do MERCOSUL;

A necessidade urgente de se estabelecerem as diretrizes que orientarão os Estados Partes e as empresas neles sediadas na defesa da concorrência no MERCOSUL como instrumento capaz de assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica,

Acordam:

CAPÍTULO I
Do Objeto e do Âmbito de Aplicação
Artigo 1

O presente Protocolo tem por objetivo a defesa da concorrência no âmbito do MERCOSUL.

Artigo 2

As regras deste Protocolo aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades que tenham por objetivo produzir ou que

produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes.

Parágrafo único. Incluem-se entre as pessoas jurídicas a que se refere o caput deste artigo as empresas que exercem monopólio estatal, na medida em que as regras deste Protocolo não impeçam o desempenho regular de atribuição legal.

Artigo 3

É da competência exclusiva de cada Estado Parte a regulação dos atos praticados no respectivo território por pessoa física ou jurídica de direito público ou privado ou outra entidade nele domiciliada e cujos efeitos sobre a concorrência a ele se restrinjam.

CAPÍTULO II

Das Condutas e Práticas Restritivas da Concorrência

Artigo 4

Constituem infração às normas do presente Protocolo, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objetivo ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre Estados Partes.

Artigo 5

A simples conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ofensa à concorrência.

Artigo 6

As seguintes condutas, além de outras, na medida que configurem as hipóteses do art. 4º, caracterizam práticas restritiva da concorrência:

- I. fixar, impor ou praticar, direta ou indiretamente, em acordo com concorrente ou isoladamente, sob qualquer forma, preços e condições de compra ou de venda de bens, de prestação de serviço ou de produção;
- II. obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III. regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- IV. dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- V. limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- VI. ajustar preços ou vantagens que possam afetar a concorrência em licitações públicas;
- VII. adotar, em relação a terceiros contratantes, condições desiguais, no caso de prestações equivalentes, colocando-os em desvantagem na coerência;
- VIII. subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;
- IX. impedir o acesso do concorrente às fontes de insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologias, bem como aos canais de distribuição;
- X. exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- XI. realizar compra ou venda sujeita à condição de não usar ou adquirir, vender ou fornecer bens ou serviços produzidos, processados, distribuídos ou comercializados por um terceiro;
- XII. vender, por razões não justificadas nas práticas comerciais, mercadoria abaixo do preço de custo;
- XIII. recusar injustificadamente a venda de bens ou a prestação de serviços;

- XIV. interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem causa justificada;
- XV. destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XVI. abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa.
- XVII. manipular mercado para impor preço.

CAPÍTULO III

Do Controle de Atos e Contratos

Artigo 7

Os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do MERCOSUL e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul.

CAPÍTULO IV

Dos Órgãos de Aplicação

Artigo 8

Compete à Comissão de Comércio do MERCOSUL, nos termos do artigo 19 do Protocolo de Ouro Preto, e ao Comitê de Defesa da Concorrência aplicar o presente Protocolo.

Parágrafo único - O Comitê de defesa da concorrência, órgão de natureza intergovernamental, será integrado pelos órgãos nacionais de aplicação do presente Protocolo em cada Estado Parte.

Artigo 9

O Comitê de Defesa da Concorrência submeterá à aprovação da Comissão de Comércio do MERCOSUL a regulamentação do presente Protocolo.

CAPÍTULO V

Do Procedimento de Aplicação

Artigo 10

Os órgãos nacionais de aplicação iniciarão o procedimento previsto no presente Protocolo de ofício ou mediante representação fundamentada de parte legitimamente interessada, que deverá ser encaminhada ao Comitê de Defesa da Concorrência, justamente com avaliação técnica preliminar.

Artigo 11

O Comitê de Defesa da Concorrência, após análise técnicas preliminar, procederá à instauração da investigação ou referendun da Comissão de Comércio do MERCOSUL, ao arquivamento do processo.

Artigo 12

O Comitê de Defesa da Concorrência encaminhará regularmente à Comissão de Comércio do MERCOSUL relatórios sobre o estado de tramitação dos casos em estudo.

Artigo 13

Em caso de urgência ou ameaça de dano irreparável à concorrência, o Comitê de Defesa da Concorrência definirá, ad referendun da Comissão de Comércio do MERCOSUL, a aplicação de medidas preventivas, inclusive a imediata cessação da prática sob investigação, a reversão à situação anterior ou outras que considere necessárias.

§ 1º. Em caso de inobservância à medida preventiva, o comitê de Defesa da Concorrência poderá definir, ad referendun da Comissão de Comércio do MERCOSUL, a aplicação de multa à parte infratora.

§ 2º. A aplicação de medida preventiva ou de multa será executada pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado.

Artigo 14

O comitê de Defesa da concorrência estabelecerá, em cada caso investigado, pautas que definirão, entre outros aspectos, a estrutura do mercado relevante, os meios de prova das condutas e os critérios de análise dos efeitos econômicos da prática sob investigação.

Artigo 15

O órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado realizará a investigação da prática restritiva da concorrência, levando em conta as pautas definidas no artigo 14.

§ 1º O órgão nacional de aplicação que estiver procedendo a investigação divulgará relatórios periódicos sobre as suas atividades.

§ 2º Será assegurado ao representado o exercício do direito de defesa.

Artigo 16

Aos órgãos nacionais de aplicação dos demais Estados Partes compete auxiliar o órgão nacional responsável pela investigação mediante o fornecimento de informações, documentos e outros meios considerados essenciais para a correta execução do procedimento investigatório.

Artigo 17

Na hipótese de ocorrência de divergências a respeito da aplicação dos procedimentos previstos neste Protocolo, o Comitê de defesa da Concorrência poderá solicitar à Comissão de Comércio do MERCOSUL pronunciamento sobre a matéria.

Artigo 18

Uma vez concluído o processo investigatório, o órgão nacional responsável pela investigação apresentará ao Comitê de Defesa da Concorrência parecer conclusivo sobre a matéria.

Artigo 19

O Comitê de Defesa da Concorrência examinará o parecer emitido pelo órgão nacional de aplicação e, ad referendum da Comissão de Comércio do MECOSUL, definirá as práticas infrativas e estabelecerá as sanções a serem impostas ou as demais medidas cabíveis ao caso.

Parágrafo único - Se o Comitê de Defesa de Concorrência não alcançar o consenso, encaminhará suas conclusões à Comissão de Comércio do MECOSUL, consignando as divergências existentes.

Artigo 20

A Comissão de Comércio do MERCOSUL, levando em consideração o parecer ou as conclusões do Comitê de Defesa da Concorrência, se pronunciará mediante a adoção de Diretiva, definindo as sanções a serem aplicadas à parte infratora ou as medidas cabíveis ao caso.

§ 1º As sanções serão aplicadas pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

§ 2º Se não for alcançado o consenso, a Comissão de Comércio do MECOSUL encaminhará as diferentes alternativas propostas ao Grupo Mercado Comum.

Artigo 21

O Grupo Mercado comum se pronunciará sobre a matéria mediante a adoção de Resolução.

Parágrafo Único - Se o Grupo Mercado Comum não alcançar o consenso, o estado Parte interessado poderá recorrer diretamente ao procedimento previsto no Capítulo IV do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias.

CAPÍTULO VI

Do Compromisso de Cessaço

Artigo 22

Em qualquer fase do procedimento o Comitê de Defesa da Concorrência poderá homologar, ad referendum da Comissão de Comércio do MERCOSUL, Compromisso de Cessão da prática sob investigação, o qual não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Artigo 23

O Compromisso de Cessão conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor de multa diária a ser imposta no caso de descumprimento do Compromisso de Cessão;
- c) obrigação do representado de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo o órgão nacional de aplicação informado sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

Artigo 24

O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o Compromisso de Cessão e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no Compromisso.

Artigo 25

O Comitê de Defesa da concorrência, ad referendum da Comissão de Comércio do MERCOSUL poderá homologar alterações no Compromisso de Cessão, se comprova sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração à concorrência.

Artigo 26

O compromisso de Cessação, as alterações do compromisso e a sanção a que se refere o presente Capítulo serão levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliado o representado.

CAPÍTULO VII

Das Sanções

Artigo 27

O Comitê de Defesa da Concorrência, ad referendum da comissão de Comércio do MERCOSUL, determinará a cessação definitiva da prática infrativa dentro de prazo a ser especificado.

§ 1º Em caso de descumprimento da ordem de cessação, será aplicada multa diária a ser definida pelo Comitê de Defesa da Concorrência, ad referendum da Comissão de Comércio do MERCOSUL;

§ 2º A determinação de cessação de multa, serão levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

Artigo 28

Em caso de violação às normas do presente Protocolo, aplicar-se-ão as seguintes sanções, cumulada ou alternativamente:

I - multa, baseada nos lucros obtidos com prática infrativa, no faturamento bruto ou nos ativos envolvidos, a qual reverterá a favor do órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora;

II - proibição de participar de regimes de compras públicas em quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar;

III - proibição de contratar com instituições financeiras públicas de quaisquer dos Estados Partes, pelo prazo que determinar;

§ 1º O comitê de Defesa da Concorrência ad referendum da Comissão de Comércio do MERCOSUL, poderá ainda recomendar às autoridades competentes dos Estados Partes que não concedam ao infrator incentivos de qualquer natureza ou

facilidades de pagamento de suas obrigações de natureza tributária.

§ 2º As penalidades previstas neste artigo serão levadas a efeito pelo órgão nacional de aplicação do Estado Parte em cujo território estiver domiciliada a parte infratora.

Artigo 29

Para gradação das sanções estabelecidas no presente Protocolo, considerar-se-ão a gravidade dos fatos e o nível dos danos causados à concorrência no âmbito do MERCOSUL.

CAPÍTULO VIII Da Cooperação Artigo 30

Para assegurar a implementação do presente Protocolo, os Estados Partes, por meio dos respectivos órgãos nacionais de aplicação, adotarão mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico no sentido de:

- a) sistematizar e intensificar a cooperação entre os órgãos e autoridades nacionais responsáveis com vistas ao aperfeiçoamento dos sistemas nacionais e dos instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante um programa de intercâmbio de informações e experiências, de treinamento de técnicos e de compilação da jurisprudência relativa à defesa da concorrência, bem como da investigação conjunta das práticas lesivas à concorrência no MERCOSUL;
- b) identificar e mobilizar, inclusive por meio de acordos de cooperação técnicas em matéria de defesa da concorrência celebrados com outros Estados ou agrupamentos regionais, os recursos necessários à implementação do programa de cooperação a que se refere a alínea anterior.

CAPÍTULO IX Da Solução de Controvérsias Artigo 31

Aplica-se o disposto no Protocolo de Brasília e no Procedimento Geral para Reclamações Perante a Comissão de Comércio do MERCOSUL previsto no Anexo ao Protocolo de Ouro Preto às divergências relativas à aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no presente Protocolo.

CAPÍTULO X

Das Disposições Finais e Transitórias

Artigo 32

Os Estados Partes comprometem-se, dentro do prazo de 2 anos a contar da entrada em vigência do presente Protocolo, e para fins de incorporação a este instrumento, a elaboração normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas de Estado que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Partes.

Para este fim, serão levados em consideração os avanços relativos ao tema das políticas públicas que distorcem a concorrência e as normas pertinentes da OMC.

Artigo 33

O presente Protocolo, parte integrante do tratado de Assunção, entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratifiquem e, no caso dos demais signatários, no trigésimo dia após o depósito do respectivo instrumento de ratificação.

Artigo 34

Nenhuma disposição do presente Protocolo se aplicará a qualquer prática restritiva da concorrência cujo exame tenha sido iniciado por autoridade competente de um Estado Parte antes da entrada em vigor prevista no artigo 33?

Artigo 35

O presente Protocolo poderá ser previsto de comum acordo, por proposta de um dos Estados Partes.

Artigo 36

A adesão por parte de um Estado ao Tratado de Assunção implicará, ipso iure, a adesão ao presente Protocolo.

Artigo 37

O Governo da República do Paraguai será o depositário do presente Protocolo e dos instrumentos de ratificação, e enviará cópias devidamente autenticadas dos mesmos aos Governos dos demais Estados Partes.

Da mesma forma, o Governo da República do Paraguai notificará os governos dos demais Estados Partes a data de entrada em vigor do presente Protocolo, bem como a data de depósito dos instrumentos de ratificação.

Feito na cidade de Fortaleza, aos dezessete dias do mês de dezembro de 1996, em um original nos idiomas espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

ÍNDICE REMISSIVO DA REVISTA DO IBRAC

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., RAJJ 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 ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS	vol.. 1 n.º 2

P.A. 07	SERPRO - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS X TICKET - SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO S/C LTDA. E OUTRAS	vol.. 1 n.º 2
P.A. 30/92	SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA X ICI BRASIL S/A.	vol. 2 n.º 1
P.A. 23/91	REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS X XEROX DO BRASIL LTDA	vol. 2 n.º 1
P.A. 01/91	INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. X SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA	vol. 2 n.º 1
P.A. 31/92	TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S/A X FIAT AUTOMÓVEIS S/A	vol. 2 n.º 1
P.A. 10/91	FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA X LUMIX QUÍMICA LTDA	vol. 2 n.º 1
P.A. 32	SDE X VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA E ASSOCIAÇÃO 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
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 SIEESP	vol. 3 n.º 11
P.A. 40/92	REFRIO LTDA X COLDEX S/A	vol. 3 n.º 11
P.A. 20/92	DEP. EST. (SP) CÉLIA C. LEÃO EDELMUTH X EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE CAMPINAS	vol. 3 n.º 11
P.A. 35/92	MP DO ESTADO DO PARANÁ X OUTBOARD MARINE LTDA, HERMES MACEDO	vol. 3 n.º 12
P.A. 211/92	EULER RIBEIRO X DISTR. DE GÁS DO MUNICÍPIO DE BOCA DO ACRE	vol. 3 n.º 12

P.A. 45/91	SDE X SHARP IND. E COM.	vol. 3 n.º 12
P.A. 62/92	DPDE X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO	vol. 3 n.º 12
P.A. 76/92	DAP X AKZO - DIVISÃO ORGANON	vol. 3 n.º 12
P.A. 38/92	PROCON - SP X SHARP ADM. DE CONSÓRCIOS	vol. 3 n.º 12
P.A. 61/92	FEDERAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E CAPITALIZAÇÃO X ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA	vol. 3 n.º 12
P A 49/92	LABNEW IND. E COM. LTDA X BECTON E DICKSON IND. CIRÚRGICAS LTDA.	vol. 4 n.º 2
P A 148/92	Recurso Voluntário KRAFT SUCHARD	vol. 4 n.º 2
P A 68/92	MEFP X ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.	
Representação 83/91	MEFP X ABIGRAF	vol. 4 n.º 2
Consulta 03/93	ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.	vol. 2 n.º 2
CONSULT A 01/93	ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE VALORES, CâMBIO E MERCADORIAS	vol. 2 n.º 2

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	REAPRECIAÇÃO 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

DOUTRINA

ARRUDA SAMPAIO, ONOFRE	Considerações a respeito de processo administrativo	vol. 3 n.º 6
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	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	vol. 3 n.º 5
DUTRA, PEDRO	Defesa da concorrência e globalização	vol. 3 n.º 6

DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	vol. 3 n.º 8
DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	vol. 4 n.º 1
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
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
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	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	vol. 3 n.º 5
GRINBERG, MAURO	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	vol. 3 n.º 8
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
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
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
SOLOIN, 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	

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

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	SIMPÓSIO “PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE”	vol.1 n.º 3
Carlos F. de Magalhães Guilherme Duque Estrada Mauro Grinberg, Pedro Camargo Neto Pedro Wongtschowski Edmondo Triolo Tércio Sampaio Ferraz Leane Naidin Ubiratan Mattos	SIMPÓSIO “DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA”	vol.1 n.º 3
Luiz Olavo Baptista Michel A. Alaby Werter R. Faria Maria Isabel Vaz	SIMPÓSIO “CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL”	vol.1 n.º 3
Carlos Francisco de Magalhães Ruy Coutinho Neide Malard José Del Chiaro Tércio Sampaio Ferraz José Inácio Franceschini Laércio Farina Elizabete Farina Jorge Gomes de Souza.	SIMPÓSIO “CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N.º 1 DO CADE”	vol.3 n.º 1

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.	TRANSCRIÇÃO DAS PALESTRAS DO II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA	vol.3 n.º 6
--	---	-------------

LEGISLAÇÃO

HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES (edição bilingue)	vol. 3 n.º 1
CLAYTON ACT - CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) REGULAMENTO DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS (EEC) 4064/89 SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue)	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 N.º 54, DE 14 DE ABRIL DE 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	vol. 4 n.º 1
- LEI MEXICANA DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER DOMINANTE - REGULAMENTO INTERIOR DA <i>COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA</i>	vol. 4 n.º 1
LEI ARGENTINA: LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	vol. 4 n.º 2

