

# REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES  
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA  
JURISPRUDÊNCIA  
LEGISLAÇÃO***

*volume 4 número 2 fevereiro 1997*

**I  
B  
R  
A  
C**

*DOCTRINA*  
*JURISPRUDÊNCIA*  
*LEGISLAÇÃO*

São Paulo  
Fevereiro 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) 872 2609 / 263 6748  
Fax.: (011) 872 2609

**REVISTA DO IBRAC**

**EDITORIA**

**Diretor e Editor:** Pedro Dutra

**Editor Assistente:** José Carlos Busto

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

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

**Catálogo**

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

CDU 339.19 / 343.53

## SUMÁRIO

### DOUTRINA

#### BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE O COMPROMISSO DE DESEMPENHO

Maurício de Moura Costa..... 3

#### PODER ECONÔMICO: CONCENTRAÇÃO E REESTRUTURAÇÃO

Pedro Dutra ..... 9

#### O PAPEL DO CADE EM FACE DA DESESTATIZAÇÃO

Antonio Fonseca ..... 31

#### O ESTADO, SUAS EMPRESAS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Mauro Grinberg..... 47

### JURISPRUDÊNCIA

#### REMESSA EX OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 83/91

MEFP x ABIGRAF Associação Brasileira da Indústria Gráfica ..... 63

DECISÃO ..... 63

PROCURADORIA ..... 63

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR..... 66

VOTO ..... 68

#### PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 68/92

MEFP x Alcon Laboratórios do Brasil Ltda..... 71

DECISÃO ..... 71

PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC ..... 71

VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA ..... 77

#### PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 148/92

Recurso Voluntário da Kraft Suchard Brasil S.A. .... 79

DECISÃO ..... 79

PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC ..... 79

RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR LEÔNIDAS

RANGEL XAUSA ..... 81

#### PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 49/92

Labnew Ind. e Com. Ltda. x Becton Dickson Indústrias Cirúrgicas Ltda. .... 87

PARECER DA PROCURADORIA ..... 88

PARECER DO CONSELHEIRO RELATOR EDISON RODRIGUES

CHAVES ..... 91

VOTO DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO ..... 117

VOTO DA CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO ..... 120

TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO ..... 123

### LEGISLAÇÃO

LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA - Argentina ..... 133

ÍNDICE REMISSIVO DA REVISTA DO IBRAC..... 149

# DOCTRINA



## **BREVES OBSERVAÇÕES SOBRE O COMPROMISSO DE DESEMPENHO.**

Maurício de Moura Costa<sup>1</sup>

De acordo com o artigo 58 da Lei 8884/94, “o Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1 do referido artigo”. O compromisso estabelecerá “metas qualitativas ou quantitativas” para a empresa, definidas levando-se em conta, dentre outras circunstâncias relevantes, “as alterações no nível de emprego”(art. 58, §1). Ora, dentre as condições estabelecidas no §1 do artigo 54, que o compromisso de desempenho visa assegurar, não consta a referência ao emprego ou à redução de seu índice, mesmo em razão do ato de concentração. A partir deste ângulo, a seguir analisaremos o conteúdo do compromisso de desempenho (2) que não pode estar em desacordo com a sua função (1).

### 1. A função do compromisso de desempenho.

O compromisso de desempenho é um ato que, quando aplicado, só intervém no final de um percurso decisional que começa com a notificação da operação ao CADE. Com efeito, os atos de concentração econômica que atinjam uma determinada dimensão devem ser apresentados (notificados) ao CADE para exame e aprovação (art. 54, §3). O objetivo desta obrigação é de proporcionar um controle preventivo sobre atos considerados como sendo potencialmente perigosos para a livre concorrência. O CADE só poderá aprovar a operação notificada se o ato preencher as condições previstas no §1 do artigo 54, ou seja, se do ato decorrerem eficiências de natureza econômica, se as vantagens obtidas forem repartidas com os usuários, se o ato não provocar mais restrições de

---

<sup>1</sup> O autor é Doutor em Direito (Universidade de Paris II), Mestre em Direito Econômico e Empresarial (Universidade de Paris II) e em Direito Comparado (Instituto de Direito Comparado de Paris) e advogado associado ao escritório Castro, Barros e Sobral Advogados.

concorrência do que o necessário para se obter as eficiências desejadas, e enfim, se não houver eliminação da concorrência.

Convém sublinhar que, mesmo a lei não dizendo expressamente, o CADE deve proceder à uma análise do impacto anticoncorrencial da operação, antes de analisar as eventuais condições de aprovação. Isto porque somente os atos anticoncorrenciais precisam de uma autorização para serem válidos, enquanto que a obrigação de notificação dos atos de concentração independe dos reais efeitos anticoncorrenciais. Ou seja, a obrigação de notificação resulta do §3 do artigo 54, e se aplica aos atos de concentração que atinjam uma determinada dimensão. Uma vez notificado o ato, o CADE deverá verificar se ele é realmente anticoncorrencial. Caso o ato notificado não apresente efeitos nocivos à concorrência, ou ainda, caso os efeitos pró-concorrenciais do ato superem os efeitos anticoncorrenciais, o CADE deverá arquivar o processo, sem maiores exigências, declarando que o ato notificado independe de autorização por não apresentar real perigo à concorrência.

Se, ao contrário, o ato notificado for considerado como efetivamente ou potencialmente anticoncorrencial, o CADE deverá verificar se as condições de aprovação estão atendidas. Não se trata aqui de analisar cada uma destas condições<sup>2</sup>. Por ora é suficiente sublinhar que se trata de um “balanço econômico”, onde o CADE verificará se o ato apresenta benefícios para a economia suficientes para compensar os efeitos anticoncorrenciais da operação de concentração.

Caso a operação apresente um balanço negativo, ou seja, caso ela não atenda as condições estabelecidas no artigo 54, §1, o ato não poderá ser aprovado<sup>3</sup>. Se o ato já tiver sido realizado, o CADE “determinará as providências cabíveis no sentido de que (seja) desconstituído, total ou parcialmente”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Pelo momento remetemos o leitor ao artigo de José Inácio G. Franceschini e Edgard Antonio Pereira, “As eficiências econômicas sob o prisma jurídico”, in *Revista de Direito Econômico*, n. 23, 1996, p. 25. Com relação à Lei 8158/91 ver Tércio S. Ferraz Jr., “A concentração econômica e fiscalização administrativa”, in *Revista de Direito Administrativo*, n. 193, 1993, p. 76 e ss.

<sup>3</sup> Salvo se o artigo 54, §2 for aplicável.

<sup>4</sup> A questão da desconstituição de uma operação de concentração econômica é uma das mais complexas do direito da concorrência. Ver notadamente as dificuldades enfrentadas pelo

Neste caso não há que se falar em compromisso de desempenho.

Se, ao contrário, a operação atender às condições do §1 do art. 54, ou seja, se apresentar um balanço econômico positivo, ela deve ser aprovada<sup>5</sup>. Uma vez aprovado o ato, o CADE definirá um compromisso de desempenho, “de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1” do art. 54.

Verifica-se assim que o compromisso de desempenho é um instrumento negociado entre o CADE e as empresas-parte da operação, após a aprovação desta. Seu objetivo é fazer com que as empresas cumpram as condições que permitiram a autorização de uma operação anticoncorrencial. Isto porque a análise da operação pelo CADE é feita a priori (mesmo que a notificação possa ser feita após a realização do ato), ou seja, antes que os efeitos (benéficos ou não) da operação possam ser verificados. A aprovação sendo feita a partir de conjecturas e previsões, o compromisso de desempenho visa a obrigar a empresa a se esforçar no sentido de atender as condições que permitiram a realização da operação. Como diz a lei, o objetivo do compromisso é de “assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no §1” do art. 54 (art. 58, caput). Não se trata de criar novas condições, mas unicamente de formalizar, em um compromisso, os objetivos de eficiência e as demais condições. Como observou Pedro Dutra, “o objetivo do compromisso de desempenho é de especializar as eficiências previstas em lei”<sup>6</sup>. O conteúdo do compromisso deve respeitar tal objetivo.

## 2. O conteúdo do compromisso de desempenho.

---

CADE no caso Rhodia/Sinasa (decisão AC n. 12/94, de 30.09.94, publicada na Revista do Ibrac, v. 2, n. 3) e no caso Gerdau (decisão AC n. 16/94 de 29.03.95, publicada na Revista do Ibrac, v. 3, n. 1), ou ainda a complexidade da decisão Kolynos (AC n. 27/95, de 18.09.96, publicada na Revista do Ibrac v. 3, n. 10).

<sup>5</sup> A lei diz, na realidade, que o CADE “pode” aprovar a operação. Entendemos, contudo, que o CADE deve aprovar o ato. Neste sentido Pedro Dutra observa que “se o órgão julgador constatar que as eficiências estão presentes e expressas, não pode desaprovar o ato - tem de aprová-lo” (“A concentração do poder econômico”, in *Revista de Direito Econômico*, n. 23, 1996, p. 118). Tal é igualmente a opinião de José Inácio G. Franceschini e Edgard Antonio Pereira, “As eficiências econômicas sob o prisma jurídico”, art. précitado, p. 36. Ao nosso conhecimento, não há opinião em contrário.

<sup>6</sup> “A concentração do poder econômico”, art. précit., p. 118.

Como visto, o objetivo do compromisso de cessação é de assegurar o cumprimento das condições que permitiram a aprovação da operação. Seu conteúdo deve, conseqüentemente, estar em harmonia com seus objetivos. A lei estabelece assim que o compromisso de cessação deve conter “metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos” (art. 58, §2). Tais metas devem ser estabelecidas de tal maneira que os objetivos de eficiência (aumentar a produtividade, melhorar a qualidade dos bens ou serviços, ou ainda propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico) sejam obtidos, e que os benefícios decorrentes sejam distribuídos com os usuários. Quanto às duas outras condições (não eliminação da concorrência, e ausência de restrições de concorrência não indispensáveis), em princípio não haveria razão para que elas fossem formalizadas no compromisso. São condições que tocam à estrutura da operação, e não à sua implementação.

As “metas qualitativas e quantitativas”, ou, de uma maneira mais genérica, as obrigações que devem constar no compromisso, são assim estreitamente vinculadas às condições de aprovação. O compromisso de desempenho “serve para especializar as eficiências que estão no artigo 54, parágrafo 1o. Esta vinculação é inafastável”<sup>7</sup>. No entanto, o §1 do artigo 58 dispõe que “na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes”. Este dispositivo cria uma certa perplexidade, na medida em que a variação do nível de emprego é um elemento estranho às condições de aprovação do ato. Com efeito, a manutenção dos efetivos, ou mesmo a ausência de impacto social não são condições à aprovação da operação.

Convém lembrar que a antiga “Commission de la concurrence”, na França, era encarregada de elaborar um parecer sobre os atos de concentração econômica, fundado em um “balanço econômico-social” destas. Em outras palavras, o parecer seria favorável à autorização da concentração se esta proporcionasse vantagens econômicas e sociais suficientes para compensar os efeitos nocivos à concorrência. Tão logo o

---

<sup>7</sup> Pedro Dutra, “A concentração do poder econômico”, art. précit. p. 118.

primeiro parecer foi publicado, as contradições de um balanço estabelecido ao mesmo tempo sob critérios econômicos e sociais foram denunciadas pelos especialistas, pois o que deveria ser considerado como um elemento positivo sob o ponto de vista social (a manutenção do emprego após a operação) era necessariamente um fator negativo na análise econômica da operação (o aumento da eficiência)<sup>8</sup>. A lei foi rapidamente modificada, de modo que a análise das operações de concentração é feita atualmente unicamente a partir de critérios econômicos, podendo o Ministro da Economia levar em conta os custos sociais da operação (“Ordonnance” francesa de 1986, art. 39 e seguintes).

Atento à tais dificuldades, o legislador brasileiro adotou, à exemplo do legislador francês, o sistema do balanço exclusivamente econômico. Ou seja, dentre as condições necessárias para a aprovação de um ato de concentração que tenha efeitos anticoncorrenciais não existe nenhuma referência à ausência de efeitos sociais negativos. Caso o balanço econômico seja positivo, o ato de concentração deve ser aprovado. O CADE não pode, assim, negar autorização a uma operação que tenha um balanço econômico positivo, mesmo que os impactos sociais negativos que resultem sejam importantes.

Assim, mesmo que o legislador brasileiro tenha se mostrado sensível ao problema do desemprego, declarando que, quando da definição do compromisso de desempenho, o CADE deve levar em conta, dentre outros fatores, “as alterações no nível de emprego”, a aprovação do ato não se subordina a tais considerações. Como já vimos, o compromisso de desempenho só intervém após a aprovação do ato, e para tal aprovação o CADE deve se limitar a verificar a presença das condições do art. 54, §1 (onde a questão do desemprego não é abordada).

Porém, mesmo que o impacto social da operação não deva ser considerado como um critério para a obtenção da aprovação, ele será levado em conta na definição do

---

<sup>8</sup> Antoine Pirovano, “Progrès économique ou progrès social (ou les contradictions du droit de la concurrence)”, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, Ch., p. 145; Michel Glais et Philippe Laurent, “La commission de la concurrence et le contrôle de la concentration - premier avis” in *Gazette du Palais*, doctrine, 1979, p. 477, e ainda Michel Pédamon, “Le droit français de la concurrence et la crise”, in *Gazette du Palais*, 1985, doctrine, p. 543.

compromisso de desempenho das empresas, tal como determina a lei. Isto resulta em última análise da própria Constituição, que determina que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem “a busca do pleno emprego” como um de seus princípios (CF, art. 170, VIII). Assim, ao definir os termos do compromisso de desempenho, o CADE e as empresas-parte da operação deverão estar atentos às variações no nível de desemprego. O CADE deve assim estabelecer, com as empresas, metas qualitativas ou quantitativas que não agravem os custos sociais da operação, e eventualmente compromissos que visem à atenuar tais custos. Isto não significa que o CADE possa subordinar a autorização da operação à ausência de custos sociais, impedir que a empresa dispense seus funcionários, ou mesmo considerar o impacto social da operação como um critério para a sua aprovação (ou não aprovação).

Assim, se o CADE pode pedir à empresa que assuma compromissos com o objetivo de atenuar os custos sociais da operação<sup>9</sup>, isto não pode se tornar uma condição para a aprovação do ato. E inversamente, a aprovação do ato não pode ser transformada em um meio de pressão para se obter da empresa compromissos sociais. Deve-se assim ficar atento para que o impacto social da operação não seja transformado em um dos critérios para a sua aprovação, instaurando-se um sistema de “balanço econômico e social” que o legislador conscientemente escolheu não adotar.

---

<sup>9</sup> Por exemplo, recentemente o CADE condicionou a autorização da compra da Pains pelo grupo Gerdau à adoção por esta de um programa de requalificação profissional e recolocação para todos os trabalhadores cuja perda do emprego esteja associada à operação. Além disto, o CADE assinou um protocolo com a Secretaria de Formação e Desenvolvimento Profissional do Ministério do Trabalho (Sefor), para obter desta uma colaboração técnica na definição e na implementação de tais programas.

## PODER ECONÔMICO: CONCENTRAÇÃO E REESTRUTURAÇÃO

Pedro Dutra\*

- Objeto do controle preventivo do CADE. - Centro e concentração do poder econômico. - Centro do poder, independência e mercado concorrencial. - Controle do CADE: centro do poder e sua órbita. - Efeitos de atos jurídicos inorbitantes ao centro do poder e jurisprudência. - Atos jurídicos inorbitantes e o dever de notificar: incidência do § 4º, do art. 54, da Lei 8.884/94.

1. A empresa A detém o controle acionário da empresa B, e controla também a empresa C.

A empresa C, a sua vez, controla a empresa D.

A empresa B pretende assumir da empresa A o controle da empresa C, para incorporá-la e, a seguir, incorporar a empresa D, hoje pertencente à empresa C.

Desses atos resultará que a empresa A seguirá mantendo o controle que detém sobre a empresa B, que incorporará a empresa C, cujo controle era antes exercido pela empresa A.

Pergunta-se: Incide a regra do artigo 54, da Lei nº 8.884/94 sobre os atos jurídicos que integram as empresas B, C e D?

2. De início, faz-se necessário examinar o artigo 54, da Lei nº 8.884/94, que estipula o controle preventivo a ser exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica -

CADE - sobre os efeitos de atos jurídicos de integração firmados ou a serem firmados por empresas. Diz o artigo 54:

“os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

"Atos, sob qualquer forma manifestados..." são atos jurídicos que empresas entre si celebram no curso de sua atividade ordinária. A forma de tais atos não interessa ao direito da concorrência, sendo antes matéria civil ou comercial, como ao início deixa claro o comando do artigo transcrito. A norma exemplifica esses atos, "sob qualquer forma manifestados", revelando a tendência expositiva do legislador que permeia o texto da Lei nº 8.884/94: "fusão, incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário" (artigo 54, § 3º). A prática registra, entre vários, atos também correntes e que se alinham àqueles, tais a cisão (venda de ativos), joint-venture, contratos de fornecimento ou de prestação de serviços de longa duração, etc.

Em verdade, refere-se a Lei nº 8.884/94 a atos e negócios jurídicos - "Atos e Contratos", diz seu Título VII, Capítulo I - de integração; isto é, atos ou negócios que integrem, em mãos de uma, o poder econômico antes detido por duas ou mais empresas independentes.

Assim o § 3º, do artigo 54, ao especificamente dizer:

"Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica". (grifo meu).

Não quis, portanto, o legislador referir-se a todos os atos e negócios jurídicos celebrados por empresas, mas sim aos atos ou negócios jurídicos de integração que levem à concentração, em mãos de uma empresa, do poder econômico de duas ou mais empresas antes independentes; assim porque,

precisamente desses atos, surtirão efeitos que "possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços" (art.54, caput). E, sendo a restrição à concorrência e a dominação de mercados a finalidade do abuso do poder econômico<sup>10</sup>, deve o CADE não só as reprimir, como também preveni-las.

3. A proteção à livre-concorrência, nos termos da Constituição Federal, art. 173, dá-se pela repressão ao abuso do poder econômico que materializa-se nas condutas infrativas de agentes econômicos; mas, por vezes, tal abuso é prefigurado a partir dos efeitos a irradiar dos atos jurídicos por eles celebrados que promovam concentração do poder econômico por eles detido. A repressão às infrações à ordem concorrencial dá-se mediante a imposição aos infratores - não só empresas, mas a todos os atores presentes no mercado concorrencial, associações, indivíduos, etc. - das penas pecuniárias previstas nos artigos 23 e 26, da Lei nº 8.884/94. Já a função preventiva do CADE verifica-se na apreciação dos efeitos de ato de concentração do poder econômico, a ele submetido nos termos do artigo 54, da mesma Lei, podendo o CADE desconstituir o ato que não aprovar, conforme o § 9º do artigo citado.

A concentração econômica que o citado artigo 54 em seu § 3º refere, é a concentração do poder econômico de duas ou mais empresas, antes independentes. De ordinário, o poder econômico surge espontaneamente; em geral, é ele alcançado pela qualidade dos produtos ou serviços, da administração, do marketing, enfim, por um conjunto de meios eficientes acumulados por determinada empresa e que a ela conferem esse poder, em um processo nomeado pela doutrina norte-americana como *internal growth*. Mas tal poder, em vez de ser acumulado pelo crescimento interno, pode ser integrado de uma empresa à outra, mediante ato jurídico de integração

---

<sup>10</sup> Assim o art. 173, § 4º da Constituição Federal, que diz: " A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros."

celebrado por duas ou mais empresas independentes, ou, em síntese, em razão de ato de concentração<sup>11</sup>.

O poder conquistado por meio de eficiência competitiva - por meio de crescimento interno da empresa - não faz objeto do controle exercido pelo CADE nos termos do artigo 54. Ao contrário: o poder econômico de uma empresa, resultante de sua eficiência competitiva, é saudável, pois traduz, necessariamente, investimentos feitos em seus produtos e serviços oferecidos ao consumidor, que, ao preferi-los, reconhece-lhes a superioridade em relação aos produtos ou aos serviços concorrentes. A Lei brasileira, nesse passo, apenas reconheceu uma verdade concorrencial: em mercados competitivos, onde a disputa pelo consumidor é livre e defendida (sempre na forma da Lei), dificilmente a liderança de determinada empresa deixará de traduzir uma eficiência real, por ela alcançada.

Já o poder econômico de uma empresa, obtido mediante um ato de integração do poder de outra empresa, expressará uma concentração do poder, e não uma acumulação, natural e progressiva, como a que se verifica na hipótese do crescimento interno. Ou seja, o poder econômico que se concentrou, nesse caso, não é um poder nascido e acumulado em razão da eficiência da empresa e havido na disputa pelo mercado, entre concorrentes.

O poder econômico que se integra, mediante um ato de integração, é o poder de uma empresa independente que se transporta ao poder econômico de outra empresa independente - é um poder que de um centro vai ter a outro centro: um poder que se concentra.

4. Observado o mercado onde empresas atuam, vê-se que representam elas centros independentes do poder econômico que encerram, em forma singular - em uma única empresa - ou sob a forma de um grupo de empresas, isto é, duas ou mais sob

---

<sup>11</sup> cf. DUTRA, Pedro. "A concentração do poder econômico: aspectos jurídicos do art. 54, da Lei nº 8.884/94". Palestra proferida no Plenário do CADE, em 11 de julho de 1996 *in Revista do CADE*.

a liderança de uma, como ensinam LAMY Fº.& BULHÕES PEDREIRA:

"O conjunto formado por duas ou mais sociedades interligadas por relações de participação constitui uma estrutura de sociedades, que é hierarquizada - e referida como "grupo de sociedades" quando as relações são de controle (...).

Se o grupo compreende três ou mais sociedades, a estrutura pode ter a disposição de uma cadeia (a sociedade de comando controla outra sociedade que, por sua vez, é controladora de uma terceira) ou de uma pirâmide (a sociedade de comando controla duas ou mais sociedades que, por sua vez, são - em conjunto - controladoras de outra ou outras). Em ambos os tipos de estrutura existem relações de poder de controle direto (entre o controlador do grupo e a sociedade de comando ,e entre duas sociedades) e de controle indireto (entre o controlador do grupo e cada uma das sociedades controladas, ou entre sociedades controladoras e controladas." (in "A Lei das S.A. - pressupostos, elaboração, aplicação". Rio de Janeiro. 1992. p. 78 e 79)

Esses centros de poder representados pelas empresas, ou por um grupo de empresas formado sob a liderança de uma, são centros do poder econômico independentes, ou seja, seus titulares, as empresas, ou grupos delas, são independentes na medida em que definem suas estratégias de investimento - administrativa, de produção, comercial, etc.. A Lei das Sociedades Anônimas apanhou essa realidade e dela identificou os planos de controle entre empresas:

"Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direito que lhe assegure, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores." (artigo 243, § 20, da Lei nº 6.404/76)

A norma societária alemã, fonte da brasileira nesse ponto, é mais clara ao identificar a independência como característica essencial a determinar a capacidade de a

sociedade agir autonomamente, e portanto formar um centro singular e independente do poder econômico:

"Se uma [empresa] dominante, ou uma ou mais empresas dependentes são reunidas sob a direção uniforme da empresa dominante, constituem elas um grupo (...) Empresas entre as quais um contrato de subordinação existe, uma delas é integrada a outra, consideradas como reunidas sob direção uniforme. Presume-se que uma empresa dependente forme grupo com a empresa dominante. Se empresas juridicamente independentes são reunidas sob uma direção uniforme, sem que uma empresa dependa da outra, constituem elas também um grupo; as empresas individuais são empresas agrupadas<sup>12</sup>". (§18. in cf. MUELLER&GALBRAITH. Aktiengesetz - "The German Stock Law". 1976. p. 45).

O centro do poder econômico pode estar, portanto, em um grupo de empresas, ou em uma única empresa, como já reconhece há muito a doutrina jurídica:

"Na realidade, a doutrina reconhece, hoje, que o grupo empresarial representa atualmente a unidade da empresa sob a forma de uma ou de várias sociedades. Sendo a empresa uma unidade econômica de produção ou distribuição de bens ou serviços caracterizada pela existência de uma decisão unitária, essa unidade de decisão econômica, que abrange as sociedades do grupo, caracteriza a existência da empresa, que passa a coincidir e a se

---

<sup>12</sup> "Sind ein herrschendes un ein oder mehrere abhängige Unternehmen, unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einem Konzern (...) Vor einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen ein Konzern bildet. Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das einen Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie auch einem Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen."

identificar não mais com a sociedade, mas com o grupo societário.” (DESPAX, in “L'Entreprise et le Droit”, p. 257 e ss, apud WALD&EIZIRIK, in “A Designação 'grupo de sociedades' e a Interpretação do artigo 267, da Lei das S/A”. Revista de Direito Mercantil. nº 54. p. 56 e 57).

Assim, no mercado as empresas apresentam-se solitariamente, ou sob a forma de um determinado grupo econômico, igualmente independente e unitário em sua expressão econômica, uma vez que as empresas que nele inorbitam subordinam-se a um comando único. Ao formular a teoria da firma, a ciência econômica definiu-lhe o recorte, com que ela se acha no mercado, a partir de seu controle e não da sua roupagem societária, o mesmo fundamento, como vimos, admitido pela ciência jurídica:

"A firma fica demarcada por duas características: I) a existência de uma gerência central que "é responsável pela definição ou alteração da estrutura administrativa da firma, estabelecendo as políticas gerais e tomando decisões sobre aquelas matérias que não tenham sido delegadas a nenhum executivo subordinado ou em relação às quais não tenham sido definidos princípios precisos anteriormente" - esta última categoria incluindo “pelo menos as principais decisões financeiras e de investimento da firma e o preenchimento dos cargos gerenciais mais elevados. (Penrose, 1959, p.16); 2) a existência de um pool, real ou virtual de suas partes constituintes sob o controle da gerência central que é a responsável final por sua aplicação e pelas decisões de investir." (GUIMARÃES, Eduardo Augusto. in “Acumulação e Crescimento da Firma: um estudo de organização industrial”. Rio de Janeiro. 1981. p. 25.)

A norma brasileira de defesa da livre-concorrência admitiu claramente essa realidade, e tomou, como centros do poder econômico distintos, empresas e grupo de empresas,

como se tem em seu artigo 20, § 2º e 3º, ao referir "uma empresa ou grupo de empresas".<sup>13</sup>

A regra jurídica vigente na União Européia, a reger a apreciação dos atos de concentração pelo órgão de defesa da livre-concorrência, apanhou igualmente essa realidade, mas, apurando-lhe a informação normativa, pôs a independência anterior das empresas que vão integrar os respectivos centros de poder econômico como um dos pressupostos a determinar o exame prévio dos efeitos do ato de concentração pelo órgão comunitário de defesa da livre-concorrência. Assim, o artigo 30 do Regulamento nº 4.064/89:

"Article 3

Definition of concentration

1. A concentration shall be deemed to arise where:

(a) two or more previously independent undertakings merge (...)"

(grifo) (Council Regulation EEC 4.064/89.)

Ora, a independência das empresas, anterior à celebração do ato de concentração por parte de seus figurantes, é uma condição óbvia não apenas porque somente centros de poder econômico independentes, de empresas ou de grupos de empresas, podem vir a se concentrar, mas porque somente empresas independentes concorrem entre si. E o poder econômico que mobiliza os órgãos de defesa da livre-concorrência é aquele cujo abuso poderá afetá-la. Vale dizer, o poder econômico, de duas empresas ou grupos de empresas, anteriormente independentes (two or more previously independent undertakings), que, ao se concentrar, poderá,

---

<sup>13</sup> Art 20 (...)

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

como demonstra a experiência, impedir, excluir ou reduzir a concorrência existente ou potencial.

A concentração do poder econômico obtida mediante um ato de concentração será, em consequência, avaliada como um fator cujos efeitos irão incidir sobre o mercado concorrencial, podendo, ou não, vulnerar-lhe ou frustrar-lhe a força dinâmica ou, mesmo, subtrair um agente na disputa concorrencial, ou, ainda, impedir a entrada de novo ou novos concorrentes.

A contrario sensu, se anteriormente ao ato de concentração não forem independentes, uma ou ambas as empresas figurantes no ato jurídico de integração, mesmo se esse revestir-se da forma de incorporação, fusão, cisão, etc., dele não poderão ser irradiados efeitos que importem em concentração do poder econômico, e por essa razão, tais efeitos não serão capazes de, por qualquer forma, prejudicar à ordem concorrencial ou resultar em dominação de mercados relevantes.

Como está claro na doutrina comunitária:

"The most obvious significance of the term merger in this context is that it implies the formation of a single enterprise from undertakings which were previously separate and distinct; and that the formation was a voluntary act by both (or all) sides." (grifo) (DOWNES, T. A. and ELLISON, J.. The Legal Control of Mergers in the EC. London. 1991. p. 35)

5. Importa ao órgão de defesa da livre-concorrência conhecer os atos de concentração do poder econômico firmados por empresas atuantes nos distintos mercados relevantes, para apreciar-lhes possíveis efeitos anticoncorrenciais; porém, tais concentrações só podem se dar mediante a integração de empresas antes independentes, autônomo o poder econômico que cada qual, a sua vez, detinha. Assim, o recorte societário com que tais empresas se acham no mercado concorrencial não é relevante, devendo antes ser considerado se formam elas centros independentes do

poder econômico, que detêm, ou não. Em caso afirmativo, poderá a empresa, como centro do poder econômico que encerra, apresentar-se singularmente, ou o centro do poder econômico apresentar-se sob a forma de grupo, a reunir mais de uma ou mesmo várias empresas, sob o comando central de uma única empresa. Em caso negativo, isto é, não se apresentando como centro do poder econômico independente, as empresas que perfazem atos jurídicos tais os de incorporação, fusão, compra e venda de ações, etc., agem internamente a um mesmo grupo econômico; esse, sim, constitui-se em um centro independente do poder econômico liderado pela empresa que exerce o controle do grupo e que se acha presente em determinado mercado relevante.

A jurisprudência comunitária europeia reconhece esta realidade, qual seja, atos praticados por empresas que não formam centro do poder econômico independente, como em obra notável e recente demonstram ROWLEY & BAKER:

"As defined, a concentration within the meaning of the Merger Regulation is limited to changes in control. Internal restructuring within a group of companies, therefore, cannot constitute a concentration.

In this case, whether the operation is to be considered as an internal restructuring or not depends in turn on the question whether both undertakings were formerly part of the same economic unit (...) Where the undertakings were formerly part of different economic units having an independent power of decision the operation will be deemed to constitute a concentration and not an internal restructuring. Such independent power of decision does not normally exist, however, where the undertakings are within the same holding company." (grifo) (ROWLEY, J. William and BAKER, Donald I. international mergers the antitrust process. London. 1996. v. I, p. 584).

A norma e a jurisprudência européias, nesse passo, seguiram a experiência norte-americana, que, atualizando as normas de defesa da concorrência, foi assim estabelecida pelo legislador na regra contida no artigo 7, do CLAYTON ACT:

“7A. Notificação: pré-concentração e termo de espera (...)

(c) Transações isentas

As seguintes classes de transações são isentas dos requerimentos deste artigo --

.....

(3) aquisições de ações com direito a voto de uma pessoa jurídica na qual o adquirente detenha no mínimo 50% das ações com direito a voto anteriormente à aquisição." (Tradução de DUTRA, Pedro. in Revista do IBRAC: Caderno de Legislação. v. 3. nº 2. fevereiro/96. p. 9)

Na doutrina norte-americana, tais atos jurídicos de integração, sob a forma de aquisição, incorporação etc., celebrados por empresas não independentes, são denominados atos intra-persons, e, como se tem na norma legal daquele país, seus celebrantes são excetuados do dever de notificá-los ao órgão de defesa da concorrência, imposto aos celebrantes de atos de concentração do poder econômico, pela Lei. É o que demonstra WILLARD, no mais completo trabalho de análise jurisprudencial do direito norte-americano da concorrência:

“The more important exemptions (ao dever de notificar ao FTC os atos de concentração) include: (1) acquisitions of goods and realty in the ordinary course of business; (2) acquisitions of voting securities "solely for the purpose of investment" where the acquiring person will not hold more than 103% of the issuer's voting securities; and (3) certain intraperson transactions such as mergers of subsidiaries, repurchases of a corporation's own stock, and creation of wholly-owned subsidiaries, all of which involve acquiring and acquired entities within the same parent."

(grifo) (TOM, Willard K. "Antitrust Law Developments 3rd". American Bar Association. v. 1. 1992. p. 340).

Pela mesma linha, os regulamentos - Rules - baixados pela Federal Trade Commission, como os anotou PRAGER: intra-person transactions, cujos efeitos confirmadamente não exorbitam o grupo econômico, constituem-se exceções ao dever de notificar ao órgão de defesa da concorrência - isto é, são not reportable transactions. (cf. "Premerger Notification Practice Manual". PRAGER, Bruce J., editor. Chicago. 1991. p. 219.)

A Lei canadense é absolutamente precisa ao reconhecer que atos jurídicos entre empresas do mesmo grupo econômico - intra-person transactions - não importam em concentração de poder e, portanto, excluem seus celebrantes do dever de reportá-los aos órgãos de defesa da livre-concorrência. Literalmente, diz o artigo 113, da referida norma:

"The following classes or transactions are exempt from the application on this Part:

(a) a transaction all the parties to which are affiliates of each other."

(cf. CLIFFORD, KAZANJIAN&ROWLEY, in "International Mergers - the antitrust Process". ob. cit. I. pp. 208 e 258)

6. Os atos jurídicos celebrados por empresas que inorbitam um mesmo grupo econômico não são capazes de concentrar poder econômico - e é esta a razão porque a Lei, a doutrina e a jurisprudência norte-americana, a européia e a canadense os tomam por not reportable transactions, atos os quais seus celebrantes estão excetuados de notificar às autoridades de defesa da livre-concorrência.

Qual, então, o alcance dos efeitos de tais atos? Efeitos que ferem apenas a estrutura do grupo econômico: não alcançam o espaço concorrencial e assim não podem alterar a estrutura de mercado relevante algum. São tais efeitos inorbitantes ao grupo; mudam-lhe apenas a feição interna, contidos que estão no âmbito do grupo. Pode-se, em

consequência, dizer que esses efeitos importam em uma reestruturação no interior do grupo - internal restructuring - sem repercussão em seu controle e, menos ainda, sobre a estrutura do mercado concorrencial aonde o grupo se insere.

A jurisprudência brasileira já admitiu que atos jurídicos cujos efeitos inorbitam a um mesmo grupo econômico, celebrados por empresas submetidas ao controle de uma empresa controladora, e mesmo que se invistam de forma de atos de integração não podem importar em concentração do poder econômico, enfatizando que os efeitos desses atos não se projetam sobre o plano concorrencial:

"A operação de incorporação de CBV Nordeste Indústria Mecânica S.A., por sua controladora CBV Indústria Mecânica S.A., ainda que tenha promovido o aumento da participação relativa da incorporadora no mercado relevante, em virtude da absorção das vendas da incorporada, não alterou o índice de concentração daquele mercado. Isto porque, na aferição do grau de concentração dos mercados considera-se, em relação às empresas pertencentes a um grupo, o percentual agregado da controladora e de todas as controladas. A razão dessa agregação reside no fato de que as empresas de um mesmo grupo, não são, na realidade concorrentes entre si, submetidas que estão a um controle comum. A empresa controladora exerce efetivamente seu poder de comando, indicando administradores e traçando as estratégias e diretrizes a serem obedecidas na persecução dos objetivos do grupo. Não há falar, pois, em aumento do poder de mercado, com prejuízo para a concorrência, quando determinado grupo promove uma reestruturação que importa em deslocamento do controle acionário de uma empresa para outra. Essas estratégias constituem matéria "interna corporis" do grupo e buscam, na quase totalidade dos casos, adequar a produção à dinâmica dos mercados, tornando a empresa mais eficiente e competitiva.

Afigura-se-me ser esta a hipótese dos autos, não se enquadrando o ato de incorporação em exame, por isso, entre aqueles que exigem a aprovação do CADE." (grifo) (Conselheira-Relatora: Neide Teresinha MALARD. Ato de Concentração nº 20/04. in Revista do IBRAC. v. 2. nº 4. outubro/1995. p.32 e 33).

Atos jurídicos cujos efeitos inorbitam um mesmo grupo econômico não são capazes de concentrar poder econômico, e portanto não são - não podem ser - atos de concentração. A decisão acima veio somar-se outra, do mesmo CADE, em igual sentido:

"Constata-se, então, que todas as empresas que participaram das citadas operações pertencem ao Grupo Hansen, estando, inclusive, três delas, sob controle direto ou indireto da própria incorporadora, Tubos e Conexões Tigre Ltda.

E, como é conhecido, empresas do mesmo Grupo, por visarem a iguais objetivos, adotam as estratégias do interesse do Grupo, e, por tal razão, não concorrem efetivamente entre si. Enfim, são submetidas a um controle comum.

O que ocorreu, nos casos em exame, foi uma reestruturação promovida pelo Grupo, em algumas de suas empresas, objetivando, segundo reiteradamente informado nos autos, uma racionalização administrativa, através da centralização, na Tigre, de parcelas patrimoniais de outras empresas do Grupo, ou mesmo, como no caso da Hansen Factoring, da incorporação da própria empresa, configurando-se tais atos "como fórmula jurídica mais econômica e adequada" (AC-08194, fls. 03). Dessa maneira, o mercado relevante correspondente à atuação da Tigre não veio a sofrer, como decorrência de tais operações, qualquer impacto anticoncorrencial, já que a empresa incorporada, considerada, por sinal, de pouca expressividade em seu mercado de atuação, atuava sob controle da Cia. Hansen Industrial (também controladora da Tigre),

sendo que as suas atividades, segundo consta do processo, foram absorvidas pela incorporadora. Em suma, os mercados relevantes de atuação - das empresas envolvidas, e com mais ênfase o de tubos e conexões de PVC, área de atuação da Tigre, empresa incorporadora, não sofreram qualquer alteração no que concerne a índices de concentração." (grifo) (Conselheiro- Relator: Carlos Eduardo VIEIRA DE CARVALHO. Ato de Concentração n°s 07, 08, 09 e 10/94. in Revista do IBRAC. Caderno de Jurisprudência Atos de Concentração Econômica. v. 2. n° 4 outubro 1995. pág. 46.)

O CADE aprecia, nos termos da Lei, os efeitos que nascem, ou poderão nascer da integração de um centro do poder econômico independente a outro centro do poder econômico também independente, ou seja, os efeitos irradiados sobre o mercado concorrencial dessa concentração do poder econômico - desse ato de concentração.

A relação existente entre ato de concentração e os efeitos dele irradiados - e que, como diz a lei brasileira, "possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços" - é incidível, como atesta CLARK:

"Antitrust law is concerned with business combinations that pose a threat to competition. From its standpoint, what matters is the major common element between our polar sale and merger: the fact that two businesses once run by separate top managements are now controlled by one top management. Formerly independent decisions about pricing, output, and the like may now be coordinated." (grifo) (CLARK, Robert Charles. Corporate Law. Boston. 1986. p. 418).

O suporte fático (a independência econômica prévia dos figurantes do ato) sobre o qual a regra incide (a apreciação dos efeitos do ato pelo órgão de defesa da livre-concorrência), encontra na doutrina italiana exegese ainda

mais próxima do nosso direito. O reconhecimento de serem os efeitos objeto de apreciação dos órgãos de defesa econômica aqueles dedutíveis, exclusivamente, de atos jurídicos celebrados por empresas independentes que concentram o poder econômico que encerram, não foi, todavia, pacífico naquela doutrina.

Como observa CAIZZO, mesmo diante do disposto no artigo 5, I, da Lei italiana, que diz que os atos de concentração, a serem a ela notificados, referem-se a "duas ou mais empresas", isto é, a empresas independentes, em exata conformidade com o disposto na norma européia, ainda assim a Autoridade italiana - Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato -, até recentemente entendeu que todos os atos de quaisquer empresas, inclusive os atos intra-grupo - intra-groups/affiliates concentrations, na linguagem européia - devessem ser a ela notificados. ( in "International Mergers..". ob. cit. v. I., p. 887 e ss.)

A clara erronia interpretativa desse entendimento da Autorità foi afinal revista, por ela mesma, como reporta o mesmo Autor:

"However, after much criticism the Authority, by means of a decision dated March 28, 1995, established that whenever the concentration occurs between a company (or other entity) and one or more companies in which the former holds, directly or indirectly, more than half the share capital or voting rights (in the ordinary shareholders' meeting) or among companies in which one company (or other entity) holds more than half the share capital or voting rights (in the ordinary shareholders' meeting), the concentration must not be notified to the Authority under the Act.I" (grifo) (ob. cit.. p. 888).

GUIZZI, comentando a correção do entendimento reformador da Autorità, viu na decisão seus aspectos jurídicos essenciais, agora em linha com a melhor doutrina da concorrência:

"Quel che interessa qui mettere in rilievo é piuttosto come questa Autorità nel corso dell'anno appena trascorso, pur ribadendo fondamentalmente il precedente orientamento, abbia tuttavia mostrato [a Autorità] in certe occasioni la tendenza ad ammettere che non possono ravvisarsi gli estremi della concentrazione - proprio per la mancanza dell'effetto tipico che questa produce - là dove tra le imprese protagoniste della vicenda, pur formalmente autonome, esiste già prima dell'operazione un rapporto di condizionamento delle rispettive sfere di azione (... ). In tali circostanze secondo l'Autorità l'operazione non integra gli estremi della fattispecie - e quindi é sottratta all'obbligo di comunicazione - perché non altera gli equilibri di mercato, rimanendo il complesso aziendale sempre nella disponibilità del medesimo soggetto." (grifo) ("Le operazioni di concentrazione: la fattispecie." GUIZZI, Giuseppe. in "Concorrenza e Mercato". Milano. 1995. p. 107).

7. Do poder econômico que a empresa encerra pode nascer o seu abuso, cuja repressão, como vimos, faz o cerne da defesa da livre-concorrência. Acresça-se, desde já, que é do uso do poder econômico que nasce a melhor - a mais livre - concorrência possível.

Ora, se mesmo tendo sido celebrado ato jurídico de integração, o poder econômico não se concentrou, se os centros do poder remanescem independentes, isto é, iguais nos respectivos mercados relevantes, como, então, falar-se da possibilidade de se ter efeitos desses atos prejudiciais à ordem concorrencial ou a resultar em domínio de mercados relevantes?

A resposta a essa questão - que é a questão ora sob meu exame - está dada pelo próprio CADE:

"Inocorrendo, assim, qualquer alteração da estrutura do mercado, inexistente potencialidade

de risco para a concorrência, sendo certo ainda que atos como este não conduzem ao domínio de mercado, no sentido que a lei objetiva prevenir. Ao contrário, tendem a buscar o crescimento interno das empresas do grupo, tornando-as mais competitivas.

Por essas razões, entendo que o ato de incorporação da CBV NORDESTE INDÚSTRIA MECÂNICA S.A., pela CBV INDÚSTRIA MECÂNICA S. A., ora submetido ao CADE, não se enquadra nas hipóteses elencadas no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, prescindindo, assim, para a sua eficácia, da aprovação deste egrégio Colegiado.

O mesmo motivo justifica a não incidência da multa prevista no § 4º do artigo 54 do mencionado diploma, conforme bem asserido pelo ilustre Procurador-Geral do CADE." (grifo) (Voto. Ato de Concentração nº 20/04. Conselheira-Relatora Neide Teresinha MALARD - Revista do IBRAC. v.2. nº 4. outubro/1995. p. 32 e 33).

A decisão, além de ratificar a impossibilidade de existir potencialidade ofensiva de ato jurídico que não seja de concentração do poder econômico, exclui, expressamente, a possibilidade de serem seus celebrantes punidos pela não submissão do ato ao controle do CADE. Em outra manifestação anterior, já havia o mesmo órgão regulador identificado a finalidade de ato semelhante ao da decisão anterior, para nele, igualmente, não ver ofensa à livre-concorrência:

“De acordo com os elementos constantes dos processos, os atos submetidos ao CADE, pela empresa Tubos e Conexões Tigre Ltda., apenas objetivaram a reestruturação interna ou a reorganização de empresas do Grupo Hansen, obedecendo a razões de interesse do Grupo, sob um controle comum, deles não resultando aumento dos índices de concentração nos mercados de atuação das empresas envolvidas. Não se configuram, pois, como passíveis de prejudicar a livre concorrência.”

E, nessa mesma decisão, conclui o Ilustre Conselheiro-Relator que tais atos qualificam-se, à vista da natureza deles, como atos não-notificáveis ao controle do CADE:

“Em conseqüência, entendo que tais atos não exigem, para a sua eficácia, a aprovação deste Plenário, eis que não se incluem entre aqueles que o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 visa a prevenir.”(grifo) (Conselheiro-Relator: Carlos Eduardo Vieira de CARVALHO. Atos de Concentração nºs. 07,08,09,10/94. in ob. cit. p.47)

O dever de as empresas figurantes de atos de concentração notificá-los ao CADE - reportable transactions, do direito norte-americano - está disposto no § 3º e 4º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94:

“Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, (..) que implique participação de empresa ou grupo de empresa resultante em 20% do mercado relevante, ou que qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000,00.” (grifo)

Os índices fixados no § 3º são índices que sinalizam a atuação do CADE. A eles sujeitam-se empresas independentes que celebrem ato de integração do poder econômico, e detenham determinada fração de mercado relevante, ou exibam certo porte econômico, indicados ambos os índices no texto legal. Ora, se o ato jurídico não integra centros do poder econômico de duas ou mais empresas antes independentes, e portanto dele não podem ser irradiados efeitos do poder econômico concentrado, as empresas que celebram tal ato estão desobrigadas de notificá-lo ao CADE.

Reconhecendo esse imperativo de elementar lógica jurídica, as duas últimas decisões do CADE acima transcritas são explícitas em excluir do campo de incidência do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, os atos jurídicos intra-grupos, pois não são

e não podem ser eles atos de concentração do poder econômico, uma vez que as empresas neles figurantes não são empresas independentes e assim não formam centros autônomos de poder econômico que possam vir a ser concentrados.

Pela mesma ordem lógica, se não há o dever de as empresas notificarem atos intra-grupos ao CADE, não poderá haver a possibilidade de virem elas, por esse órgão, ser penalizadas por não os notificar. Isso porque o § 4, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94 incide apenas sobre a omissão em notificar ao CADE os "atos de que trata o "caput" do artigo 54, isto é, atos de concentração, como se tem:

“Os atos de que trata o "caput" deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.”

Assim, deve-se afastar o entendimento no sentido de os índices - 20% do mercado relevante onde atue empresa ou grupo de empresa, ou R\$ 400.000,00 de faturamento bruto anual de qualquer um dos participantes no ato jurídico - alcançarem empresas ou grupo de empresas que celebrem atos jurídicos de incorporação, fusão, etc., mesmo que tais atos não importem em concentração do poder econômico - isto é, não sejam atos de concentração.

Não há como cindir o vínculo, claramente estabelecido, entre o § 4º, do artigo 54, e o caput deste, no qual, inscrevem-se, expressamente, os atos de concentração do poder econômico, exemplificados no § 3º, do mesmo artigo. A admitir-se a cisão desse vínculo, todos atos jurídicos celebrados por empresas ou grupos de empresas alcançadas pelos índices previstos no § 3º, do artigo 54, acima citado, converter-se-ia o CADE em órgão de registro de atos jurídicos, desvirtuada a sua função de exercer o controle sobre atos de concentração do poder econômico. Aliás, a própria Lei nº 8.884/94 reconhece, como não poderia deixar de ser, caber às Juntas Comerciais o registro de atos jurídicos - tais os de

fusão, incorporação, etc., celebrados por sociedades comerciais, como está em seu artigo 56.

Assim, tem-se que, nos termos do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, somente os efeitos irradiados de atos jurídicos que venham a integrar o poder econômico detido por empresa ou grupo de empresas antes independentes, poderão vir a prejudicar a concorrência ou vir a resultar em dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. E, em consequência, apenas tais atos de concentração deverão ser levados à apreciação do CADE pelas empresas ou grupos de empresas que os celebrem, desde que sujeitas essas aos índices estabelecidos no parágrafo 3º, do mesmo artigo 54.

A contrario sensu, os atos que não concentrem poder econômico, ainda que se revistam de forma igual aos atos jurídicos que possam concentrar poder econômico - tais os de fusão, incorporação, aquisição, etc. - não poderão causar prejuízos à concorrência ou resultar em domínio de mercados relevantes de bens ou serviços. E, portanto, as empresas ou grupo de empresas que os celebrem estão desobrigados de levá-los ao controle do CADE, não sendo aplicáveis a elas, celebrantes do ato não concentrador do poder econômico, a sanção prevista no § 40, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94.

8. Verifica-se, já como prática comum, casos de grupos econômicos obrigados também a promover reestruturação interna, isto é, fundir empresas que nele formam, ou uma a outra adquirir à controladora, e posteriormente ser uma delas incorporada, para o fim exclusivo de reduzir custos e alcançar a necessária escala competitiva.

Da mesma forma, os atos jurídicos a serem firmados entre a empresa B, a empresa C e empresa D são atos intra-grupos; atos que visam, exclusivamente, a uma reestruturação interna de um mesmo grupo econômico e cujos efeitos não extravasam o seu âmbito e assim não alcançam o plano concorrencial.

Ainda que se revistam de igual forma, somente os atos jurídicos que concentrem poder econômico independente de duas ou mais empresas são capazes de irradiar efeitos passíveis de restringir a livre-concorrência, ou capazes de

resultar em dominação de mercado, por uma empresa, a empresa concentrada.

A empresa B e a empresa C, como vimos, não se constituem em centros do poder econômico independentes, pois são controladas pela empresa A, líder do grupo que as reúne. Os atos jurídicos a serem celebrados pela empresa B com a empresa C e empresa A não são capazes de integrar poder econômico. Numa palavra: não são atos de concentração do poder econômico estes que celebram.

A jurisprudência do CADE, ao analisar os termos do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, firmou entendimento de que somente são capazes de restringir a ordem concorrencial, ou resultar em dominação de mercados relevantes, aqueles efeitos irradiados de atos de concentração e, por essa linha de entendimento, explicitamente excluiu os efeitos de atos jurídicos - mesmo sendo eles de fusão, incorporação, aquisição, etc. - celebrados por empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, como é precisamente o caso sob exame.

A jurisprudência do CADE, ao excluir da incidência do comando jurídico do artigo 54 ora citado os efeitos de atos jurídicos celebrados por empresas integrantes de um mesmo grupo econômico, afastou, expressamente, a incidência sobre tais empresas ou grupos de empresas das sanções previstas no § 4º, do mesmo artigo 54.

À vista do exposto, pode-se concluir que a aquisição a ser feita pela empresa B à empresa A do controle da empresa C, e a posterior incorporação dessa última pela primeira, e, também, a incorporação da empresa D pela empresa B, são atos jurídicos que não concentram poder econômico e que, portanto, sobre seus efeitos não incide o comando jurídico do artigo 54.

## **O PAPEL DO CADE EM FACE DA DESESTATIZAÇÃO** (Proposta de aplicação simplificada do art. 54 da Lei nº 8.884/94)

Antonio Fonseca<sup>14</sup>

Introdução II. Desestatização e Liberalização III. Papel do CADE IV. Proposta de Aplicação Simplificada do art. 54 da Lei nº 8.884/94

### I. Introdução

No período de 1991 a 1996, o Governo Federal privatizou cerca de 16 empresas, que atuam em setores vitais da economia nacional.<sup>15</sup> Enquanto retrai a participação do Estado na atividade econômica, o programa de desestatização, dentre outras conseqüências, abre oportunidades de investimentos privados tão caros à economia, mas pode concentrar nas mãos de particulares ativos transferidos do Estado, com os riscos de danos à concorrência.

2. A concentração econômica é uma tendência mundial. Ser grande não é um mal em si. Não é menos verdade, porém, que um mercado concentrado tende a ser cada vez mais imperfeito. O monopolista tende a ser ineficiente<sup>16</sup> e abusar do seu poder de mercado. Esse fato justifica um

---

<sup>14</sup> Mestre e doutor em Direito, Procurador regional da República e advogado licenciado, conselheiro do CADE

<sup>15</sup> Quadro Anexo. Dentre os setores econômicos envolvidos, destacam-se: Siderúrgico, Petroquímico, Ferroviário, Elétrico e Fertilizantes.

<sup>16</sup> A teoria econômica estabelece que a ausência de pressão concorrencial pode induzir o monopolista a negligenciar a minimização dos custos de produção por unidade, isto é, a tolerar “ineficiência-X” (manutenção de excesso de capacidade, mordomias para os seus executivos, busca de favores políticos e outras formas de protecionismo).

controle do processo competitivo<sup>17</sup>, inclusive das operações de compra e venda pública de empresas do Estado com poder de mercado.

3. Em mesma sede constitucional, se restringe a participação do Estado na atividade econômica e se estabelece o primado da concorrência, como forma de se inibir o abuso do poder econômico e a dominação de mercados.<sup>18</sup> Esta é a maior evidência jurídica da complementaridade das duas políticas, desestatização e concorrência, embora cada uma ostente escopo específico, estando ambas disciplinadas em leis diversas. A lei de desestatização disciplina a atuação do Estado enquanto agente econômico que, com interesse específico, deixa o mercado.<sup>19</sup> O direito de concorrência formula padrões de convivência ética e democrática entre os agentes econômicos e disciplina a atuação estatal no desmantelamento das barreiras artificiais, em potencial ou concreto, hábeis a beneficiar uns contra outros agentes, num dado mercado.<sup>20</sup>

4. Refletindo essas assertivas, o regulamento da política de desestatização determina que ultimada a privatização, o adquirente da parcela do capital privatizado ou controlador da sociedade privatizada tomará as providências necessárias à aplicação da lei de defesa da concorrência.<sup>21</sup> Para atender a essa previsão legal e em face do número de privatizações ocorridas, vários processos foram formados na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e lá demoram por tempo mais do que o legalmente necessário.

5. Esses processos, a serem decididos pelo CADE, se arrastam na SDE/MJ por mais de três anos.<sup>22</sup> Essa morosidade:

---

<sup>17</sup> A esse propósito, merece destacar que a auto regulação dos mercados nunca foi uma idéia convincente. George Soule, *Ideas of The Great Economists*, p.47, 1952

<sup>18</sup> CF, art. 173 e respectivos parágrafos.

<sup>19</sup> Lei nº 8.031/90

<sup>20</sup> Lei nº 8.884/94

<sup>21</sup> Decreto nº 1.204/94, art. 48

<sup>22</sup> Ver Nota 1.

- provoca insegurança aos investidores, que têm de se submeter a um processo dispendioso e embaraçoso ao seu empreendimento;
- põe em dúvida a funcionalidade da política da concorrência e o papel dos órgãos integrantes do próprio sistema;
- propicia o desenvolvimento de práticas de corrupção no âmbito desse sistema.

6. O presente relatório analisa o problema e oferece uma proposta que respeita as leis vigentes e não afeta o curso normal dos projetos de privatização. A solução de consenso sugerida reflete uma preocupação básica do CADE de responder adequadamente aos legítimos objetivos das duas políticas e envolve:

- um compromisso por parte do órgão responsável pela desestatização de incluir em cada projeto a realização de estudos especializados de impacto sobre a concorrência por cada mercado relevante;
- um compromisso por parte dos órgãos de defesa da concorrência (SDE/MJ, SEAE/MF e CADE) de apreciar os atos de concentração decorrentes das privatizações e aprová-los formalmente em prazo não superior a noventa dias;
- um compromisso de desempenho, por parte da empresa, em termos mediante os quais o CADE exercerá, pelo período de cinco anos, um monitoramento das respectivas políticas comercial, industrial e de eficiências.

## II. Desestatização e Liberalização

### Ordem constitucional

7. Cumpre sublinhar os pontos de contatos da legislação e estabelecer a complementaridade jurídica e econômica das duas políticas (desestatização e concorrência). Se uma complementa a outra, é imperioso que as duas agências

responsáveis pela sua implementação se articulem<sup>23</sup> adequadamente. Para boa compreensão dessa articulação, é de mister esclarecer as intencionalidades objetivadas (sentido lógico) de alguns conceitos constitucionais e legais à luz da leitura econômica dos motivos e efeitos que envolvem as mesmas políticas.

8. Embora não haja conexão lógica entre empresa pública e ausência de eficiência, a prática tem apontado que as duas coisas sempre andam juntas. Daí, tem se tornado uma parêmia cada vez mais verdadeira a superioridade da gerência privada sobre a gerência pública. Sensíveis a essa realidade, os constituintes de 1988 estabeleceram que, fora das hipóteses especificadas na Constituição<sup>24</sup>, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado representa uma exceção do modelo constitucional-econômico. Excepcionalmente, essa exploração direta somente será permitida na presença de imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo definidos em lei.<sup>25</sup>

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

10. Dando conseqüências aos cânones constitucionais, o programa de desestatização representa uma reordenação estratégica do Estado na participação da economia. A exploração direta em certas atividades, por razões históricas ou contextuais, deixa de atender a exigências

---

<sup>23</sup> A julgar pela observação das práticas administrativas, pode-se afirmar que, de ordinário, o desenvolvimento de uma articulação útil fica prejudicado pelo pendor egoísta das autoridades. Os resultados são inadequado *enforcement* da lei e desvio de escopo das políticas públicas. O acervo que se vê no Anexo reflete a nocividade da desarticulação que, em algumas situações, pode ser categorizada como espécie de “contravenção” administrativa, expressa mediante omissão injustificada (art. 44 da Lei nº 8.031/90 e art. 26 da Lei nº 8.884/94).

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

<sup>25</sup> CF, art. 173, *caput*.

de segurança nacional e interesse coletivo relevante. O modelo preponderante, então, é de liberalização.

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

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

### Ordem legal

13. A desestatização interessa ao cidadão enquanto contribuinte e consumidor. Como contribuinte, o cidadão espera melhor retorno da parte do seu patrimônio reservada aos encargos do Estado. Para o consumidor, a desestatização cria uma possibilidade de maximização dos benefícios líquidos

---

<sup>26</sup> CF, art. 170, *caput*, inciso IV e parágrafo único.

<sup>27</sup> Parágrafo único do art. 170 da CF.

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

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

proporcionados por preços mais competitivos e melhoramento da qualidade dos bens ou serviços produzidos pela sociedade privatizada. Não adianta transferir ativos só para melhorar o perfil da dívida pública sem nenhuma contribuição para a eficiência econômica. Daí, somente sob essa dupla ótica, do contribuinte e do consumidor, a desestatização pode realizar o desideratum da ordem econômica.<sup>30</sup>

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

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

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

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

---

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

<sup>31</sup> Lei nº 8.031, art. 1º.

<sup>32</sup> Art. 54, § 2º da Lei nº 8.884/94.

### Análise econômica

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

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

18. Dois estudiosos americanos<sup>36</sup> daquela experiência confirmam a teoria. A tônica da sua obra é a necessidade de rigoroso controle do comportamento de maximização do lucro pelas empresas privatizadas com domínio de mercado.<sup>37</sup>

19. A análise teórica desenvolvida por Vickers e Yarrow sustentam que, em termos de eficiência, a preferência pela propriedade privada sobre a propriedade pública mais se justifica em mercados onde a concorrência prevalece.<sup>38</sup> Os benefícios da concorrência se faz sentir pela atitude no

---

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

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

<sup>35</sup> Ob. cit., p. 37.

<sup>36</sup> John Vickers and George Yarrow, *Privatization, and Economic Analysis*, MIT Press, 1988.

<sup>37</sup> Idem, p. 8.

<sup>38</sup> Ob. cit., p. 426.

tratamento de custos e preços, aquela provocada pelo ambiente concorrencial.

20. No capítulo conclusivo da sua obra, os mesmos autores escrevem que “the economics of privatization cannot be separated from the economics of competition and regulation.” Eles concluem, em caráter mandatório, que a privatização seja acompanhada de medidas adequadas para reduzir custos e conter o poder de mercado. Em outras palavras, os autores sentenciam: “unless effective competition and/or regulation are introduced, the privatization of firms with market power brings about private ownership in precisely the circumstances where it has least to offer.”<sup>39</sup>

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

### III. Papel do CADE

22. Não é possível falar do papel do CADE fora da intencionalidade objetivada no arcabouço normativo que orna a ordem econômica nem estabelecer o alcance da competência da agência e oferecer esclarecimentos tópicos sobre o mesmo assunto ignorando os argumentos precedentes.

#### Alcance da competência do CADE

23. Quatro pontos devem ser esclarecidos: o CADE é mais do que um tribunal administrativo; o papel do CADE não é definido apenas na Lei nº 8.884/94; zelar pela observância e aplicação da Lei nº 8.884 não é função privativa do CADE; aos poderes públicos constituídos o CADE solicita providências mas não impõe nem expede ordens.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> Ibidem, pp. 426/427.

<sup>40</sup> A competência do CADE prevista no art. 54 não precisa ser necessariamente refletida a partir da extrema medida do desfazimento da operação. O Plenário do CADE tem demonstrado, ao longo do tempo, grande sensibilidade às políticas públicas. O CADE, na verdade, não pode desfazer uma operação de privatização. Essa é uma tarefa que, em suma, caberá à Justiça (CF, art. 5º, inc. XIX). Se ocorrer a oportunidade de desfazimento de uma

24. O fato de a Lei impropriamente definir o CADE como “órgão judicante”<sup>41</sup> tem contribuído para a formação de uma imagem de tribunal administrativo atribuído ao órgão, mas o CADE é mais do que isso. O CADE aprecia e decide as infrações estrito sensu à ordem econômica, examina ato de concentração, oficia às autoridades na busca de medidas saneadoras, peticiona ao Poder Judiciário como parte ou assistente, responde a consultas e instrui o público.

25. Essas funções estão definidas na Lei 8.884/94 e podem ser completadas por leis esparsas. Por exemplo, a Lei nº 7.347/85 trata da ação civil pública que pode ser utilizada para reparar danos causados à ordem econômica, podendo a medida judicial ser requerida por autarquia cujo mandato incluía a proteção do bem jurídico que se deseja preservar.<sup>42</sup>

26. O bem jurídico objeto da defesa da ordem econômica é compreendido pelos mercados, que constituem uma forma de patrimônio público nacional. Como tal, o zelo pela ordem econômica inclui-se também na competência constitucional do Ministério Público.<sup>43</sup> Ademais, a garantia de direitos não se realiza ou não se aperfeiçoa, nas democracias, senão mediante a atuação do Poder Judiciário. Daí, o CADE não é o único órgão a zelar pela ordem econômica e, por conseguinte, ele não tem o monopólio da aplicação da Lei nº 8.884. Em outras palavras, essa Lei não foi feita para ser aplicada somente pelo CADE. Isto significa que a aplicação da Lei em algumas situações não possa ser feita pelo CADE mas somente pelo Judiciário, embora com o auxílio dele. O concurso do Judiciário, todavia, não exclui totalmente o papel do CADE.

27. A questão da competência do CADE pode ser também explorada em face do art. 15 da Lei nº 8.884/94. Segundo esse dispositivo, a Lei se aplica também às pessoas jurídicas de direito público, “bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas.” Em razão do seu poder

---

privatização, o CADE usará como base legal a Lei nº 8031, não a Lei 8884/94, para promover a medida. Especulação em torno dessa possibilidade, todavia, é um delírio que desafia a mais comezinha inteligência.

<sup>41</sup> Art. 3º.

<sup>42</sup> Inc. V do art. 1º e inc. II do art. 5º

<sup>43</sup> CF, art. 219 e inciso III do art. 129.

legal de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e expedir ordens, teria o CADE a capacidade de constringer entidades de direitos públicos?

28. Se no exercício constitucional do seu poder regulamentar, uma entidade pública, por atos de estado ou de governo, causa uma infração lato senso à ordem econômica, não é prático nem juridicamente possível que o Plenário do CADE possa ir além de expedir recomendações ou solicitar providências para o cumprimento da Lei,<sup>44</sup> após simples procedimento de apuração ou verificação da infração, ou ainda de qualquer providência administrativa. Se debalde o seu esforço, está aberta a via extrema do Judiciário. O uso de outras jurisdições, via atuação auxiliar, não exclui nem diminui o papel do CADE como guardião da ordem econômica, sendo certo que, na República, nenhuma autoridade goza de poderes absolutos.

29. O sentido dessa digressão é que a busca de uma solução de consenso, em articulação com outros órgãos, para assegurar o melhor resultado na aplicação da Lei de Concorrência, não somente atende ao ditame do bom senso e da conveniência administrativa, como também é perfeitamente compatível com o amplo papel do CADE

#### Papel do CADE: pontos e contrapontos

30. A inconveniência do exercício desse papel tem sido acenada em foro não convencional, sob argumentos superficiais tais como retardamento do PND, configuração estrutural, legitimidade do leilão e exclusão da Lei de Concorrência pela Lei de Desestatização.

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

---

<sup>44</sup> Inciso X do art. 7º

32. Dir-se-ia que nada muda se a sociedade privatizada já detinha poder de mercado. Não é bem assim. Posição dominante nas mãos do Estado tem o propósito de maximizar bem-estar social, definida por imperativos da segurança nacional e relevante interesse coletivo, conforme especificado na Constituição e em lei.<sup>45</sup> Posição dominante nas mãos do particular tem o propósito de maximizar o lucro. Ainda que se possa falar de função social da empresa ou da propriedade, certo é que os dois propósitos encerram compromissos antagônicos subsumidos a padrões altruístas em contraposição a padrões egoístas, respectivamente. Daí o equívoco palmar da proposição, feita alhures, de que a transferência de ativos na direção Estado/iniciativa privada, por não mudar a configuração estrutural de mercado, escapa do controle preventivo das concentrações.

33. A legitimidade da aquisição de ativos via leilão de desestatização, em face da Lei 8031, é relativa. O ato precisa também ser legitimado em face da lei da concorrência. Conclusão diversa, isto é, que exclua a operação do crivo do art. 54 da Lei 8.884, ofende o princípio do tratamento igualitário;<sup>46</sup> mais do que isso, nega os postulados básicos da ordem econômica e da teoria que a informa.

34. Resta a exegese ou hermenêutica da lei no tempo e no espaço. Parece um despautério dizer, como se leu alhures, que o Programa Nacional de Desestatização (PND) é um regime especial, por isso exclui as regras gerais de defesa da concorrência. A conclusão é um primor de imprecisão. A regra, secular, é que “a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-a, explícita ou implicitamente.”<sup>47</sup> O princípio está hoje desdobrado,<sup>48</sup> embora conservado o mesmo conteúdo.

35. Em termos claros, uma lei só revoga, total ou parcialmente, outra lei quando expressamente o declare ou estabeleça algum elemento de incompatibilidade. A Lei nº

---

<sup>45</sup> CF, art. 173.

<sup>46</sup> CF, art. 173 § 1º.

<sup>47</sup> Redação original do art. 4º das disposições introdutórias ao Código Civil. O dispositivo é reprodução de idênticos princípios inscritos no direito português (Ord., 3, 64, lei de 8 de agosto de 1769).

<sup>48</sup> Parágrafos 1º e 2º do art. 2º da LICC (Dec 4.657/42).

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

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

37. As leis são também fontes de relações jurídicas, isto é, estabelecem um regime dentro do qual pessoas se vinculam a outras, em situações concretas de comportamento, num plano de coordenação ou subordinação. As duas Leis em apreço abrem espaço para formação de centenas de relações jurídicas, de diferentes naturezas. No essencial, a Lei de Desestatização qualifica uma relação de coordenação entre comprador privado e vendedor público, enquanto a Lei de Defesa da Concorrência qualifica uma relação de subordinação entre um controlador (agência ou autoridade da concorrência), de um lado, e o agente econômico ou auxiliares, do outro lado. No conceito de auxiliares são incluídas as autoridades públicas, que de alguma forma possam contribuir para a perpetração de uma ofensa, em sentido lato ou estrito, à ordem econômica. Até

prova em contrário, não há identidade de relação entre as centenas de situações de vínculos jurídicos que ambos os textos ostentam.

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

#### IV. Proposta de Aplicação Simplificada do Art. 54 da Lei nº 8.884/94

##### Justificativas e fundamentos

39. A proposta persegue a realização de um estudo prévio de cenário de mercado, de modo a permitir uma resolução simplificada e rápida do exame dos atos de concentração decorrentes de operações de privatização. A realização de estudo prévio permite ainda um entrosamento de políticas, resultante de uma atuação articulada das agências envolvidas, preservadas as respectivas atribuições e liberdade de atuação. Como resultado, espera-se alcançar uma simplificação de procedimentos, tornando desnecessária a participação de advogados e garantindo uma redução de custos para a clientela e para o CADE.

40. O estudo prévio, aqui identificado como RICO, encontra perfeito respaldo legal. No âmbito da Lei de Desestatização, o órgão gestor está autorizado a contratar “outros serviços especializados necessários à execução das desestatizações”<sup>49</sup> O RICO seria um estudo especializado em

---

<sup>49</sup> Lei nº 8.031, art. 21, inc. IV.

face da necessidade legal de “justificativa da privatização” e de observância do objetivo fundamental da “competitividade”.<sup>50</sup> Segundo o regulamento, a Comissão poderá especificar outras informações ou elementos, objetos de divulgação, para salvaguarda do interesse público.<sup>51</sup> Essas informações se inserem naquelas que possibilitam “aferir a aplicabilidade do disposto na Lei nº 8.884/94”.<sup>52</sup> A não observância da Lei de Defesa da Concorrência representa esvaziamento da cláusula de conservação do mercado interno, como categoria de patrimônio público.<sup>53</sup>

41. O fundamental é que o investidor, ao participar de um leilão de privatização, poderá calcular, com absoluta segurança, os riscos que correrá em face do controle preventivo do processo competitivo a que está sujeito. Não haverá mais demora na apreciação. Isso exclui a situação de favor que o investidor possa eventualmente se submeter. O sistema ficará menos vulnerável a expedientes corruptivos. O acervo de processos pendentes desaparecerá. Nada disso ocorrerá se não houver uma solução de consenso em torno dos termos abaixo especificados.

### Linhas Básicas

42 A Comissão Diretora se comprometeria a, no curso do processo de desestatização, elaborar estudo especializado de impacto sobre a concorrência (Relatório de Impacto sobre a Concorrência - RICO). Na modelagem da operação e do respectivo edital seriam observadas as recomendações produzidas pelo RICO.

- a) O RICO projetaria um cenário de mercado e avaliaria os impactos decorrentes da possível aquisição por potenciais compradores e, se necessário, recomendaria medidas restritivas, a serem inseridas no edital de desestatização ou manual de instrução que o acompanhar, para assegurar o cumprimento das condições legais.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Lei nº 8.031, art. 1º, inc. IV e letra “a” do art. 12.

<sup>51</sup> Decreto nº 1.204, § 5º do art. 28.

<sup>52</sup> Art. 48 do Dec 1204.

<sup>53</sup> CF, art. 218 c.c. art. 23-I.

<sup>54</sup> Parágrafos 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

- b) Na elaboração do RICO, o CADE, SDE/MJ e SEAE/MF poderão ser consultados, a critério da Comissão Diretora e/ou BNDES. Para esse fim, os primeiros colocarão à disposição dos últimos o apoio necessário solicitado.

43. O CADE se comprometeria a apreciar formalmente a operação, para cumprimento do art. 54 da Lei nº 8.884/94. O exame se louvaria no RICO e em parecer conjunto da SDE/MJ e SEAE/MF.

- a) O parecer se limitaria a verificar o cumprimento de requisitos formais a serem especificados em resolução do Plenário do CADE. Os requisitos formais incluirão documentação da privatização e da empresa ou consórcio adquirente e da sociedade privatizada, política comercial, política industrial e eficiências. Requisitos específicos poderão ser estabelecidos para o caso de privatização de sociedade concessionária ou permissionária de serviços públicos.
- b) Comissão formada por um técnico da SDE e da SEAE, presidida pelo primeiro, ofereceria parecer conjunto, no prazo de trinta dias. Na hipótese de divergência do técnico da SEAE, este se limitaria a indicar as razões do dissenso.

44. A empresa ou o consórcio vencedor do leilão apresentaria requerimento, independentemente de advogado, para cumprimento de exigências, incluídas no edital de desestatização ou manual de instrução que o acompanhar, e afinal assinaria compromisso de desempenho perante o CADE cujos termos seriam por este definidos.

- a) O compromisso, vigente por um período de cinco anos, consistiria no monitoramento pelo CADE da política comercial e/ou industrial e do plano de realização de eficiências. As alterações dessas políticas também serão trazidas à apreciação do CADE. O monitoramento poderá ser dispensado se da privatização não resultar concentração superior a vinte por cento do mercado relevante. O termo de compromisso poderá contemplar condições específicas para o caso de privatização de sociedade concessionária ou permissionária de serviços públicos.
- b) O monitoramento, de responsabilidade do CADE, poderá contar com a participação ou acesso de um representante do

órgão gestor (BNDES). Sendo defeso ao CADE interferir na liberdade da empresa na formulação das suas políticas, o monitoramento se limitaria à avaliação dessas políticas do ponto de vista da concorrência e adoção de medidas inibidoras dos eventuais efeitos ruinosos delas decorrentes.

## O ESTADO, SUAS EMPRESAS E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

MAURO GRINBERG

### I. INTRODUÇÃO:

1. O direito da concorrência empresarial rege, em princípio, as atividades de particulares ou, em se tratando de empresas do Estado, as atividades daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito, ou seja, concorrendo (pelo menos potencialmente) com particulares.

2. Todavia, a interferência do Estado na atividade econômica, seja como agente econômico, seja no exercício de sua atividade reguladora (tipicamente estatal), deve igualmente ser considerada como abrangida pelo direito da concorrência empresarial.

3. Procura-se aqui examinar as formas pelas quais o Poder Público pode - e deve - ser alcançado pelo direito da concorrência empresarial.

### II. O PODER PÚBLICO COMO AGENTE ECONÔMICO:

#### A. BRASIL:

4. Estabelece o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994: “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado (...)”; isto significa que as pessoas jurídicas de direito público - ou seja, o Poder Público em suas várias manifestações - estão sujeitas ao direito da concorrência empresarial.

5. A Lei nº 4.137, de 1962 - que vigorou integralmente até 1991 e parcialmente até 1994 -, também abrigava o conceito de sujeição do Poder Público, mas apenas como agente econômico e não como ente regulador (neste último caso exercendo função tipicamente estatal).

6. Com efeito, estabelecia o respectivo artigo 6º: “Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos”.

7. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE já decidiu, sob a vigência daquela lei, que “qualquer empresa, ainda que estatal, que viole as leis da concorrência ou pratique atos caracterizadores de abuso do poder econômico está sujeita à jurisdição do CADE” (Sindicância nº 75, decidida em 08.10.87, conforme JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI em “Introdução ao direito da Concorrência”, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, página 171).

8. O mesmo feito, transformado no processo administrativo nº 89, obteve do CADE, sendo relator o Conselheiro MAURO GRINBERG, a seguinte decisão: “A competência do CADE deriva de lei. Assim, não tendo as sociedades de economia mista qualquer privilégio estatal, só auferindo as prerrogativas administrativas, tributárias e processuais que lhes forem concedidas especificamente em lei, estão sujeitas à competência do CADE, na forma dos artigos 6º e 7º da Lei 4.137, de 1962” (Diário Oficial da União de 14.08.89, em extrato, e JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, obra citada, página 174).

9. Interessante processo envolveu uma autarquia, sendo que, na averiguação preliminar nº 140, decidida em 05.11.87, sendo Relatora a Conselheira ANA MARIA FERRAZ AUGUSTO, foi proferido o entendimento segundo o qual “a autarquia que exerça atividade definida pela lei de criação como de natureza econômica está sujeita à jurisdição do CADE” (JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI: obra citada, página 168).

10. Entretanto, a autarquia acima citada foi extinta, tendo suas atividades e sua competência sido transferidas para a própria União Federal, o que ocasionou o seguinte voto no

processo administrativo nº 90, sendo Relator o Conselheiro GEORGE MARCONDES COELHO DE SOUZA: “É de ser reconhecida a incompetência superveniente do CADE se a lei extingue entidade que seria responsável por prática anticoncorrencial e transfere para a União Federal direitos, créditos e obrigações de que era titular aquela. O CADE integra a União e, por isso, não pode proferir decisão com efeitos jurídicos sobre a União” (Diário Oficial da União de 12.06.89, em extrato, e JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCESCHINI, obra citada, página 173).

11. Pelo que acima se vê, tanto na lei em vigor - Lei nº 8.884, de 1994 - quando na Lei nº 4.137, de 1962 - que vigorou integralmente até 1991 e parcialmente até 1994 - o Poder Público não escapa da aplicação do direito de defesa da concorrência enquanto agente econômico.

## B. UNIÃO EUROPÉIA:

12. Recordando-se que os artigos 85 e 86 do Tratado de Roma versam sobre a defesa da concorrência, verifica-se que o artigo 90 do mesmo Tratado estabelece:

“1. No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 7º e 85 a 94, inclusive.

2. As empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse econômico geral ou que tenham a natureza do monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de fato, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade.

3. A Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-membros, quando necessário, as diretivas ou decisões adequadas”.

13. Explica JOÃO MOTA DE CAMPOS o que aparentemente era uma novidade: “Isto significa que o Tratado proíbe a essas empresas, em princípio, qualquer participação em acordos ou práticas concertadas susceptíveis de falsear a concorrência no seio do mercado comum, bem como qualquer prática que possa ser qualificada como abuso de posição dominante” (“Direito Comunitário”, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1988, página 472).

14. O mesmo autor prossegue esclarecendo que “utilizamos aqui a expressão ‘empresas públicas’ no sentido mais lato do termo, abrangendo nela também as empresas de economia mista e os estabelecimentos públicos de caráter industrial e comercial e, nomeadamente, os monopólios nacionais (...)” (obra citada, páginas 472/473).

15. Sobre o mesmo artigo, manifestam-se JOCHEN THIESING, HELMUTH SCHROTER e INGFRID F. HOCHBAUM: “L’art. 90 vise (...) à garantir que les Etats membres n’utilisent pas leur propre position à l’égard desdites entreprises pour les inciter à un comportement contraire au traité, ou que ces entreprises n’exploitent pas leur relation particulière avec l’Etat pour violer le traité. La disposition précise que les entreprises publiques, de même que les entreprises privées, son justiciables de la même façon des dispositions du traité, notamment de ses règles de concurrence. Elle revêt, en outre, une importance particulière du fait qu’elle regit de comportement des Etats membres en tant qu’entrepreneurs. Enfin, l’art. 90 vise à garantir que les Etats membres n’utilisent pas lesdites entreprises pour violer des dispositions du traité qui les concernent eux-mêmes, en particulier celles en matière d’aides que les entreprises ne peuvent enfreindre directement” (“Les Ententes et les Positions Dominantes dans le Droit de la C.E.E.”, adaptação do alemão para o francês de RAYMOND DUMEY, edição Jupiter/Navarre, Paris, 1977, página 275).

### C. CONCLUSÃO PARCIAL:

16. Assim, quando o Estado atua na economia como um agente econômico sujeito às leis de mercado e

consequentemente sujeito à concorrência dos demais agentes econômicos, não pode alegar sua condição estatal para eximir-se do alcance do direito de defesa da concorrência.

17. O que se tem, em suma, nesta hipótese, é a atuação do Estado - inclusive e sobretudo através de suas empresas estatais - como empresário e consequentemente concorrente.

### III. O PODER PÚBLICO COMO ENTE ADMINISTRATIVO:

#### A. INTRODUÇÃO:

18. Trata-se aqui de enquadrar o Poder Público, não mais como empresário e agente econômico, mas sim no exercício de sua função objetiva, dentro do conceito de Administração Pública em sentido estrito, atendendo às necessidades públicas e exercendo a sua função administrativa.

19. Para melhor compreensão do objetivo aqui traçado, explica MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO que “são as seguintes as características da administração pública, em sentido objetivo:

1. é uma atividade concreta, no sentido de que põe em execução a vontade do Estado contida na lei;

2. a sua finalidade é a satisfação direta e imediata dos fins do Estado;

3. o seu regime jurídico é de direito público” (“Direito Administrativo”, Editora Atlas, São Paulo, 1990, página 53).

20. É legítimo, neste ponto, o questionamento a respeito do cabimento da colocação do problema, uma vez que o Poder Público, no exercício de tais funções, não participa da concorrência como agente econômico.

21. Vale lembrar, entretanto, que o Poder Público, mesmo na sua atividade administrativa em princípio estranha à atividade econômica, pode, como tal, exercer influência e alterar a estrutura do mercado, o que lhe é vedado.

22. Exemplo vivo é a hipótese do ponto de contato entre o direito das licitações e o direito da concorrência empresarial, que aqui deve ser examinado; o intuito não é o de fazer doutrina ou criar polêmica mas tão somente o de lançar a idéia ao debate, deixando que a importância do tema venha a atrair melhores participantes.

23. Assim, o Tribunal de Contas da União - TCU tem emitido julgamentos a respeito de procedimentos para aquisições de bens e serviços, por parte de entes públicos sujeitos à sua jurisdição, sem licitação ou com a sua dispensa.

24. Exemplos são o acórdão proferido no processo nº 674,030/92-3 (“contratação irregular de firma para promoção de congresso sem licitação”) (Diário Oficial da União de 05.03.96, páginas 3.668/3.669) e o acórdão proferido no processo nº 525.072/95-0 (“dispensa de licitação ilegal”) (Diário Oficial da União de 18.03.96, páginas 4.535 a 4.537).

25. Não se tem por objetivo aqui comentar as decisões do TCU, de resto costumeiramente diligente na verificação do bom cumprimento dos procedimentos licitatórios.

26. O que se quer aqui é salientar que a existência de uma infração contra a lei das licitações - sobretudo pela ausência ou dispensa de licitação - pode eventualmente implicar igualmente na existência de uma infração concomitante contra a ordem econômica.

## B. CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO:

27. Estabelece o artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994, que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”: “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

28. O que se quer demonstrar é que a escolha de um único ofertante, sem a realização de processo licitatório e na dependência de determinadas circunstâncias, pode implicar na verificação de ato punível em decorrência da aplicação do disposto no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994.

29. É evidente que o exame das circunstâncias é fundamental para a caracterização da infração; todavia, é importante observar que se pode estar diante de caso típico de eliminação da concorrência por meio da escolha arbitrária de um único ofertante.

30. A hipótese fica mais clara ainda nos casos em que o único possível adquirente de um determinado bem, em quantidades que justifiquem a existência dos ofertantes, é o Poder Público; os exemplos são vários, como nos casos de medidores de água ou energia, grandes transformadores, asfalto e outros.

31. Nestes casos, o Poder Público é o grande comprador, sendo certo que a sua eventual escolha por um dos ofertantes, sem a realização da licitação exigida ou com a sua dispensa irregular, implica na eliminação da concorrência no setor em tela.

32. Entretanto, verificada em tese a possível existência de uma infração contra a ordem econômica, punível pelo Poder Público, como fazer para colocar o próprio Poder Público sob a égide da lei ferida?

33. De certa forma, o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994, dá a resposta abstrata: “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

34. É evidente que a redação do artigo 15 demonstra que a lei tem por objetivo atingir também o Poder Público, uma vez que, além de mencionar expressamente as pessoas jurídicas de direito público, trata dos casos de monopólio legal.

35. Tais casos de monopólio legal são previstos no artigo 177 da Constituição Federal; ora, como são outorgados

à União Federal e como o artigo 15 da Lei nº 8.885, de 1994, estabelece a sua sujeição à referida lei, obviamente o Poder Público também pode estar sob a mira do direito da concorrência empresarial, inclusive e sobretudo por ajudar a causar a eliminação da concorrência.

36. Isto pode ocorrer, por exemplo, se, em uma determinada aquisição, o Poder Público escolher arbitrariamente um fornecedor, sem a realização da licitação ou com a sua dispensa; estará, neste caso, alterando a estrutura do mercado, ao eliminar, de forma ilegal (e abusiva), mesmo não sendo agente econômico, a concorrência do setor econômico envolvido.

### C. SANÇÃO:

37. Tem-se aqui, porém, uma portentosa dificuldade, que se revela na aplicação das penalidades previstas na lei, até porque a aplicação da lei presume a sanção.

38. Com efeito, o artigo 23 e o respectivo inciso I da Lei nº 8.884, de 1994, estabelecem que “a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas”: “no caso de empresa, multa de 1 a 30 por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

39. Resta evidente que o Poder Público não tem faturamento sobre o qual possa ser calculada determinada multa, o que torna impraticável, desde logo, a sua cobrança.

40. A hipótese de punição prevista no inciso II do artigo 23 - multa aplicada contra o “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa” - igualmente não se revela de utilidade pois a multa aplicada contra o administrador é calculada através de uma porcentagem sobre aquela devida pela empresa; a impraticabilidade de uma gera a impraticabilidade consequente da outra.

41. Observa FÁBIO ULHOA COELHO que “da Administração Pública, somente se encontram sujeitas às penalidades da legislação antitruste as pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista, as

empresas públicas e as fundações, federais, estaduais ou municipais” (“Direito Antitruste Brasileiro”, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, página 41).

42. Existe, assim, uma aparente incompatibilidade entre a sujeição do Poder Público aos ditames da lei e a impossibilidade de aplicação da sanção contra esse mesmo Poder Público; como resolvê-la, permitindo que os órgãos de aplicação do direito da concorrência empresarial - a Secretaria de Direito Econômico - SDE, do Ministério da Justiça, e o CADE - possam cumprir a sua obrigação de defender a concorrência contra os atos, mesmo partindo do Poder Público, que visam a sua eliminação?

43. É o mesmo FÁBIO ULHOA COELHO que procura dar resposta à contradição: “Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las às sanções” (obra e página citadas).

44. Prossegue o mesmo autor: “Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios” (obra e página citadas).

45. Pode-se discutir a questão da isonomia constitucional, ou isonomia recíproca entre as pessoas jurídicas de Direito Público, uma vez que, de acordo com o artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” “instituir impostos sobre” “patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”.

46. Ora, a multa decorrente de infração contra a ordem econômica não é imposto e nem é aplicável sobre patrimônio, renda ou serviços de quem quer que seja.

47. De qualquer forma, subsiste intransponível a dificuldade de ser aplicada a multa, porque esta deve ser calculada sobre o faturamento e as pessoas jurídicas de Direito Público obviamente não têm faturamento.

48. Persiste, se for o caso, a infração praticada na outra ponta, isto é, pelo contratante beneficiado pela aquisição irregular de bens ou serviços; entretanto, deve o Poder Público ficar livre de qualquer sanção se e quando violar a sua própria lei?

49. Observa JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, comentando a responsabilidade do Estado no direito comunitário europeu, perante o Tratado de Roma: "(...) são possíveis duas situações: uma em que, apoiando-se nas legislações nacionais, as empresas privadas aproveitam para criar ou aumentar as restrições à concorrência. A outra situação é aquela em que as empresas privadas são constrangidas ou obrigadas pelo Estado a adotar determinado comportamento" ("Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias", Coimbra Editora, 1992, página 83).

50. Inicia a resposta o mesmo autor: "Nem o art. 85 (nem o art. 86) nos elucidam sobre tais situações. No Acórdão da Indústria Europeia do Açúcar, Suiker Unie, de 16/12/75, Processo nº 40/73 e outros, Colect. 1975, p. 1663, o TJCE admite que não é repreensível uma coligação entre empresas, desde que seja a consequência de uma medida adoptada pelo Estado, seja ela de natureza legislativa, administrativa ou regulamentar. Nessa medida, o comportamento restritivo da concorrência não poderá ser imputado às empresas, mas ao Estado" (obra e página citadas).

51. Apesar de reconhecer que o Tratado de Roma não prevê a punição expressa dos Estados-membros por infração concorrencial, observa JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES que "o Tratado impõe aos Estados que não adoptem nem mantenham em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil daquelas disposições. Tal obrigação dos Estados resulta da interpretação do art. 3º, alínea f, art. 5º e arts. 85 e 86 do Tratado" (obra citada, página 84).

52. Trazendo a matéria para o direito brasileiro, parece que estamos trilhando o caminho óbvio: o Poder Público tem a obrigação de cumprir o direito, no caso o direito da concorrência empresarial, evitando o patrocínio de ações que possam levar à eliminação da concorrência.

53. Por óbvia que seja, essa obrigação, sob outro ângulo, encontra-se no artigo 36 da Lei nº 8.884, de 1994: "As

autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedades de economia mista são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência”.

54. De qualquer sorte, o Poder Público não pode estar imune à aplicação da lei; com efeito, a execução das decisões do CADE não deve ser apenas a que se refira à cobrança de multa, já que existe também a execução específica.

55. Assim, dispõe o art. 46 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração”.

56. Como se pode verificar, a condenação pela prática de infração contra a ordem econômica inclui quatro itens, dos quais dois apenas são relativos a multas, sendo os dois outros relativos a providências que devem ser tomadas pelos infratores; no que diz respeito às multas, o Poder Público está obviamente livre, mas, no que diz respeito às providências que devem ser tomadas, o Poder Público está a elas obrigado.

57. Mais ainda, o Poder Público está obrigado a cumprir as providências determinadas pelo CADE, sob pena de execução, que pode evidentemente ser a execução específica.

58. Aplica-se aqui o disposto no artigo 48 da Lei nº 8.884, de 1994: “Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao Presidente do CADE, que determinará ao Procurador Geral que providencie sua execução judicial”.

#### D. CONCLUSÃO PARCIAL:

59. O que se pode concluir aqui é que, verificando-se hipótese de inexistência de licitação ou de sua dispensa irregular, quando é necessária a licitação, pode ocorrer, além da violação da legislação específica das licitações, a violação da legislação da concorrência empresarial.

60. Essa violação pode ter como agentes não apenas o concorrente beneficiado como também o Poder Público favorecedor da eliminação da concorrência através da contratação sem licitação ou de sua dispensa irregular.

61. Enquanto o concorrente beneficiado pode ser punido não apenas pela aplicação de multa como também pela determinação de cessação da prática, o Poder Público pode ser punido apenas pela determinação de cessação da prática, sob pena de execução judicial específica.

62. É evidente que a hipótese das licitações é apenas uma - e provavelmente a mais evidente - daquelas em que o Poder Público, enquanto Administração, pode interferir nas estruturas dos mercados, favorecendo uns concorrentes em detrimento de outros e assim eliminando a concorrência e favorecendo a dominação dos mercados, fazendo incidir, portanto, o direito da concorrência empresarial.

63. Existem outras hipóteses, entretanto, como, por exemplo, a concessão de licença de localização a uma empresa e a negação da mesma licença a outra, a fiscalização e autuação apenas de determinados estabelecimentos por eventuais infrações sanitárias, a menção de determinadas marcas ou determinados estabelecimentos por autoridades, etc.

#### IV. CONCLUSÃO:

64. Diante do que vai acima colocado, é de se concluir que o Poder Público e seus agentes - inclusive as chamadas empresas estatais - estão abrangidos pelo direito da concorrência empresarial, tanto na qualidade de agentes econômicos (quando o são), quanto na qualidade de agentes da Administração, exercendo função tipicamente estatal, desde que pratiquem atos que levem ou possam levar à eliminação da concorrência ou à dominação dos mercados.

MAURO GRINBERG, nascido em São Paulo em 27 de janeiro de 1945, graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, ex-assessor jurídico do Ministério da Fazenda nas negociações de contratos de empréstimo internacionais envolvendo a República Federativa do Brasil, membro fundador e diretor do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo - IBRAC, membro do Instituto dos Advogados de São Paulo - IASP.

Área de Concentração: Direito da Concorrência, Direito “Antidumping”, Direito Administrativo.



# **JURISPRUDÊNCIA**



**REMESSA EX OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº  
83/91**

RELATOR: CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA  
REPTE.: MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E  
PLANEJAMENTO - MEFP  
REPDA.: ABIGRAF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA  
INDÚSTRIA GRÁFICA  
PROC.: ADVOGADOS JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA E  
ÁIDA S. B. VARELA

**EMENTA**

PRÁTICA FORMATIVA DE PREÇOS ARTIFICIAIS - Lei nº 8.158/91, art. 3º - I e Lei nº 8.884/94, art. 21-XI. 1 - Ainda que caracterizada como ilegal, a remessa de circulares a empresas associadas contendo elementos de custos de matéria-prima, produtos e serviços gráficos, foi descontinuada pela representada. 2 - Improvimento da remessa ex officio.

**DECISÃO**

O Plenário, à unanimidade, decidiu negar provimento à remessa ex officio.

Brasília, 26.6.96.

GESNER OLIVEIRA, Presidente

ANTONIO FONSECA, Conselheiro-relator

**PARECER DA PROCURADORIA**

PARECER Nº 27/95  
REPRESENTAÇÃO Nº 83/91  
REPRESENTANTE.: MEFP/SNE/DAP  
REPRESENTADO.: ABIGRAF - Associação Brasileira da  
Indústria Gráfica

Trata-se de recurso de ofício interposto pela Sra. Secretária de Direito Econômico, substituta, que, adotando como razão de decidir nota técnica constante dos autos, determinou o arquivamento da Representação nº 83/91, instaurada contra a ABIGRAF - Associação Brasileira da Indústria Gráfica, recorrendo de ofício a este Egrégio Conselho, por força do art. 39 da Lei nº 8.884/94.

A Representação em epígrafe originou-se do ofício nº 00460 de 16 de agosto de 1991, do, então, Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento - MEFP, através de sua Secretaria Nacional de Economia. O referido documento solicitava investigação de possíveis irregularidades na formação dos preços dos serviços gráficos, praticados pela ABIGRAF - Associação que congrega o setor.

A Secretaria de Direito Econômico, exercendo sua atribuição legal, iniciou apuração dos fatos, que resumiram-se no envio de circulares aos associados da ABIGRAF, com informações dos reajustes de preços dos diversos tipos de papéis utilizados nos serviços gráficos, bem como dos aumentos acordados em Câmaras Setoriais, dando ensejo à interpretação de que tais práticas induziriam à conduta uniforme entre concorrentes.

A Representada alegou em sua defesa que existem 13.500 empresas prestadoras de serviços gráficos, no país, de grande, médio e pequeno porte. Alegou, ainda, desconhecer os preços e condições de pagamento que praticam e que contratam livremente.

As circulares enviadas aos associados limitavam-se a informar o aumento de preço do material utilizado na prestação de seus serviços, de forma a orientá-los na formação de seus custos.

Por sua vez, a nota técnica de fls. 323/325, referendada pelo Sr. Diretor da DPDE/SNE, e adotada com razão de decidir pela Sra. Secretária de Direito Econômico, substituta, é conclusiva quando diz:

“Desta feita, subentende-se que as práticas imputadas à Representada não causaram nenhuma anomalia no setor da ordem econômica, face à eficaz interferência do Poder Público na ação de fiscalizar, coibir e corrigir possíveis atitudes atentatórias ao comando legal.

Outrossim, é bom que se ressalte a pronta aceitação da Representada em dirimir tais dúvidas, levando-se ao entendimento que das ações governamentais em defesa da livre concorrência, os administrados tem-se portado a garantir o estatuído no art. 170 da Carta Magna de 1988”.

Em nosso entendimento, não foge razão à decisão recorrida.

A época da presente denúncia, agosto de 1991, caracterizava-se como de plena transição do regime de preços controlados pelo Governo para a liberdade na economia.

É de se supor que os agentes econômicos ainda não estivessem inteiramente ajustados às novas regras. Natural, portanto, que a Representada continuasse a utilizar-se de circulares para informar aos seus associados os valores dos produtos utilizados para serviços gráficos, com o fim de subsidiá-los na composição de seus custos, como anteriormente vinha fazendo, sem que, com esse comportamento, se vislumbrasse intenção de induzi-los na formação dos seus preços finais.

Tal prática, entretanto, poderia acabar por influenciar a livre fixação dos preços no setor. Por tal razão, entendeu a SDE/MJ, no despacho do seu Secretário, em 5 de novembro de 1992, determinar sua abstenção.

No caso dos autos, a vigilante atuação da SDE/MJ contou com a plena colaboração da representada, pois, como podemos observar às fls. 304/305, a ABIGRAF informa que deixou de emitir as circulares questionadas em abril de 1992, adiantando-se à própria determinação da Secretaria de Direito Econômico.

Isto posto, entendemos como não configurada qualquer prática danosa à concorrência no mercado de serviços gráficos que, por sua própria estrutura, é bastante competitivo.

Da mesma forma, a significativa interrupção da prática questionada, em inequívoca demonstração de pronta aceitação aos novos tempos, não nos permite identificar existência do objeto de domínio de mercado, prejuízo à livre concorrência ou aumento arbitrário de lucros, necessários à caracterização de ilicitude face à Lei nº 8.158/91, vigente à época dos fatos.

Assim, esta Procuradoria opina pela improcedência da presente Representação e pelo conseqüente improvimento do recurso de ofício. Acatadas suas ponderações, pelo arquivamento dos autos.

Rio de Janeiro, 28 de setembro de 1995.

MAGALI KLAJMIC  
Procuradora

De acordo. Se das práticas imputadas à representada não se vislumbra nenhuma ofensa à ordem econômica, incabível o processo administrativo com base na legislação de defesa da concorrência.

Brasília, 5 de outubro de 1995.

REMESSA EX OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 83/91  
RELATOR: CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA  
REPTE.: MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E  
PLANEJAMENTO - MEFP  
REPDA.: ABIGRAF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA  
INDÚSTRIA GRÁFICA  
PROC.: ADVOGADOS JOSÉ CARLOS DE OLIVEIRA E  
ÁIDA S. B. VARELA

### **RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR**

1. Trata-se de remessa da decisão de f. 331, do r. titular da SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE que arquivou o processo administrativo instaurado com base na lei nº 8.158/91, contra a ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA GRÁFICA - ABIGRAF, em virtude de representação apresentada em 16 de agosto de 1991 pelo então MINISTÉRIO DA ECONOMIA, FAZENDA E PLANEJAMENTO - MEFP, por intermédio da sua Secretaria Nacional de Economia, por suposta infração ao art. 3º, inciso I, da referida Lei.

2. Na representação, a autoridade fazendária oficiante encaminhou à SDE cópia da circular nº 18/91, emitida pelo presidente da ABIGRAF que indicava elevação de custo direto de matéria prima básica do setor e recomendava o repasse dos reajustes lá indicados aos preços dos produtos e serviços gráficos, em ordem a assegurar uma certa margem percentual de lucro (f. 1).

3. Em resposta à solicitação de esclarecimentos formulada pela SDE (f. 5), a representada alegou ser uma entidade de natureza federativa que reúne empresas de grande, médio e pequeno porte em todo o País. Ela justificou, ainda, que as circulares serviam apenas de informação dos índices de aumento de preço do material utilizado na prestação de seus serviços, sendo livre a margem de lucro adotada (fls. 7/8).

4. Em audiência de instrução, a representada comprometeu-se a alterar os termos utilizados nas circulares, em ordem a adequar a sua redação à legislação vigente (f. 32). Em manifestação preliminar sobre as modificações prometidas, a SDE concluiu que a nocividade não era redacional. A alteração formal das circulares não afastava os efeitos indesejáveis à concorrência. Por isso, o então titular da SDE assinou o prazo de dez dias, sob pena de instauração de processo administrativo, para que a representada se abstinhasse de induzir custos, por intermédio de remessas a suas associadas de gravames (elementos de custos) alegadamente levantados junto a fornecedores (fls. 181/182).

5. A representada comunicou a suspensão da remessa das circulares (fls. 304/305), embora reiterasse o seu caráter meramente informativo. Provocada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE (relatório de fls. 308/310), a ABIGRAF reafirmou que deixou de emitir as circulares em questão a partir de abril de 1992. A deliberação de emití-las era de caráter informal, i.e., sem registro em atas. Assim, a deliberação de não mais emití-las também não foi registrada em ata (fls. 320/321).

6. Em despacho de 19 de janeiro de 1995 (f. 334), a SDE acolheu proposta de sua assessoria (fls. 323 - 325) e determinou o arquivamento dos autos, que foram remetidos a esse eg. Conselho para a necessária revisão (f. 331).

7. No CADE, o processo foi distribuído ao então Conselheiro Marcelo Soares e recebeu parecer da douta Procuradoria pela confirmação da decisão monocrática (fls. 341-343).

8. Depois do fastio ao qual o Conselho foi submetido, o processo foi redistribuído (fls. 345/351). Observando haver decorrido quase dois anos de compromisso assumido pela ABIGRAF, determinei diligências, na condição de novo relator, para certificar o estado das coisas. As associadas, em número representativo das regiões Norte, Nordeste, Sul e Sudeste, responderam a questionário onde asseguraram gozar de total independência quanto a política de preços e afirmaram a facilidade de acesso de novas empresas ao mercado (Apenso, vol. I). A ABIGRAF, segundo algumas das inquiridas, tem sido usada apenas como ponto de apoio jurídico para assuntos trabalhistas.

9. É o relatório. Distribua-se cópia aos eminentes Conselheiros, com as cautelas de praxe.

**REMESSA EX OFÍCIO NA REPRESENTAÇÃO Nº 83/91**

REPTE.: MEFP/DAP

REPDA.: ABIGRAF - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INDÚSTRIA GRÁFICA

PRÁTICA FORMATIVA DE PREÇOS ARTIFICIAIS - Lei nº 8.158/91, art. 3º - I. Lei nº 8.884/94, art. 21-XI. 1 - Ainda que caracterizada como ilegal, a remessa de circulares a empresas associadas contendo elementos de custos de matéria-prima, produtos e serviços gráficos, foi descontinuada pela representada. 2 - Improvimento da remessa ex officio.

**VOTO DO CONSELHEIRO ANTÔNIO FONSECA**

1. O SENHOR CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA - RELATOR - A revogada Lei nº 8.158, de 1991, classificava como infração à ordem econômica o estabelecimento artificial de preços, com o objetivo ou efeito de dominar mercados, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros (art. 3º, inciso I).

2. No direito vigente, a regra está reproduzida no art. 21 inciso XI, conjugado com o art. 20, ambos da Lei nº 8.884, de 1994.

3. No caso em apreço, a representada abandonou a remessa de indicadores de custos, que eram comunicados às empresas associadas através de circulares. Esse fato impediu a instauração de processo administrativo e foi suficiente a autorizar o arquivamento da representada. Ademais, o caráter impositivo dos elementos constantes das circulares não ficou incontestado. Isso equivale a dizer que a caracterização da infração legal acima descrita sequer restou afirmada fora de qualquer dúvida razoável.

4. Do exposto, nego provimento à remessa ex officio.



**Processo Administrativo nº 68/92**

Representante: DAP/MEFP

Representado: ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.

Relator: Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho

**DECISÃO**

O Plenário decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício e pelo consequente arquivamento do autos

***PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC***

EMENTA: Processo Administrativo. Acusação de infringência ao art. 3º, inciso I da Lei nº 8.158/91. “Maquiagem” de produto. A configuração do ilícito está vinculada à potencialidade da empresa para modificar a dinâmica do mercado. Em ambiente concorrencial, a alteração não substancial de produto é estratégica exclusivamente empresarial, fugindo ao alcance da legislação de defesa da concorrência. Ilícito econômico não caracterizado. Proposta de arquivamento dos autos. Recurso de ofício desprovido.

Trata-se de recurso de ofício interposto pelo Sr. Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que, adotando como razões de decidir os argumentos técnicos de fls. 182/183, determinou o arquivamento do Processo Administrativo nº 68/92, instaurado a contra a ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL, recorrendo a este Egrégio Conselho por força do disposto nos arts. 31 e 39 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.

Relatam os autos que o Departamento de Abastecimento e Preços - DAP do MEFP, através do ofício DAP nº 0043192 de 02.07.92, encaminhou denúncia de reajuste desproporcional de preços no lançamento de nova apresentação do produto NUTRACORT, fabricado pela Representada, por considerar elevado o percentual de 179,99% por grama.

Com base nessas informações, a Secretaria de Direito Econômico/MJ iniciou suas investigações abrindo a Representação nº 169/92, que, posteriormente, ensejou o Processo Administrativo ora em exame.

Chamada a apresentar sua defesa, a Representada alegou, em resumo, o seguinte:

- É fabricante do produto NUTRACORT, corticóide de uso tópico, classificado no IMS como D7A e registrado na Divisão Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde em 08.08.88, nas apresentações “1% creme derm”. CT Pote c/. 50 gr. e “1% creme derm”. Bg. c/. 60 gr.

Em 08.12.89 requereu o cancelamento dessas apresentações e o registro de novas (bisnagas de 15 gr. e de 30 gr.), justificando a modificação com a alegação de que o produto se tornaria mais competitivo em relação aos seus concorrentes - todos com apresentações de 15 gr. - e que a quantidade seria suficiente para o tratamento completo para todas as indicações terapêuticas pertinentes.

Os novos registros e o cancelamento requerido foram deferidos através da Portaria nº 27 de 06.09.90, publicada no D.O.U. de 14.09.90, sem que o produto tivesse sido lançado no mercado, em qualquer das apresentações.

Em 30.01.91, atendendo à solicitação do DAP/MEFP, através do Telex-circular nº 04/09/91, a Representada enviou àquele órgão a tabela de preços de todos os seus produtos, para vigorar em Fevereiro/91. Nessa tabela não constou o produto NUTRACORT, pois, os registros das apresentações de 50 e 60 gr. já tinham sido cancelados e as apresentações de 15 gr. e 30 gr. ainda não tinham sido lançadas no mercado.

Em 17.10.91, atendendo ao determinado pela Portaria nº 430 de 03.06.91, enviou ao DAP/MEFP documentação relativa ao produto NUTRACORT na apresentação de 15 gr., reiterando, na ocasião, o pedido de exclusão das apresentações de 50 gr. e 60 gr.

- O produto NUTRACORT foi, efetivamente, lançado no mercado em junho de 1991, na apresentação de 15 gr.

- Durante o período de junho/91 a novembro/91, a apresentação de 60 gr. continuou a constar das Portarias Publicadas pelo MEFP, apesar dos reiterados pedidos de exclusão.
- A denúncia do DAP/MEFP baseou-se no preço da apresentação de 60 gr., indevidamente fixado pelo governo àquela ocasião, uma vez que o produto já estava com o registro cancelado desde 14.09.90, tanto que, na época da liberação, sequer foi atualizado pela empresa.
- O preço efetivamente praticado do produto NUTRACORT de 15 gr. era de CR\$ 97,74 por grama, e nunca chegou ao patamar de CR\$ 128,27 considerado pelo DAP.
- Os preços da apresentação de 60 gr., se tivessem sido atualizados após a fase de congelamento, chegariam a valores compatíveis com os praticados na apresentação de 15 gr.
- A participação do produto na subclasse D7A é de 1,01% e representa apenas 0,7% no faturamento da empresa.
- Os produtos concorrentes têm apresentações em tubos/bisnagas de 15 gr., quantidade mais adaptada ao esquema posológico do produto.

O Ministério da Saúde, através de sua Secretaria de Vigilância Sanitária, informa que “a apresentação do produto NUTRACORT, em bisnagas de 15 gr., atende a um tratamento completo de grande parte dos quadros nos quais o uso da corticoterapia tópica está indicado, o que se constitui em justificativa bastante para a existência do seu registro neste Ministério”. (fls. 153/154).

O Ministério da Fazenda, chamado a prestar informações e parecer técnico, conclui que “a solicitação de cancelamento desta apresentação se deu por uma estratégica mercadológica e não por um problema de preço, conforme justificativa da própria empresa em sua Defesa Prévia, item 3.2, página 7: “... tendo em vista uma melhor adequação ao esquema posológico e maior competitividade com produtos similares no mercado”. (fls. 177/180).

O Sr. Secretário de Direito Econômico, com base nas notas e pareceres técnicos constantes dos autos, considerou insubsistente a conduta imputada à Representada, decidindo pelo arquivamento do feito e recorrendo de ofício à este Egrégio Conselho, nos moldes dos art. 31 e 39 da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.

É o que dos autos consta.

Ensejando nosso parecer, impôs-se o entendimento das questões aqui abordadas confrontadas com a legislação de defesa da concorrência.

Ao lançar efetivamente no mercado o produto NUTRACORT, corticóide para uso dermatológico em bisnagas de 15 gr. substituindo as apresentações de 50 gr. e 60 gr. que, anteriormente, pretendia comercializar, a empresa ALCON foi acusada de infringir as disposições contidas no art. 3º, inciso I, da Lei nº 8.158/91, vendo-se, em sua conduta, prática nociva de “maquiar” o produto, utilizando-se de modificação não substancial em sua apresentação, com o objetivo de aumentar arbitrariamente seus lucros.

Observe-se que o citado dispositivo legal considera infração à ordem econômica o estabelecimento de preços mediante a utilização de meios artificiosos, tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominação de mercado, prejuízo à livre concorrência ou aumento arbitrário de lucros. Por conseguinte, sob a égide da Lei nº 8.158/91, vigente à época dos fatos, só configurar-se-á a prática ilícita punível administrativamente, se produzido o resultado ou comprovado os efeitos de dominação de mercado, prejuízo à concorrência ou aumento arbitrário de lucros.

Na exegese deste artigo, sobressai o caráter finalístico da legislação, onde a intenção do agente é considerada face à constatação do efetivo dano à concorrência.

Portanto, a caracterização da conduta, com vistas ao referido art. 3º, inciso I, deverá estar vinculada à prévia existência de características personalíssimas da empresa sem as quais não se consubstanciará a ilicitude. Seriam, essas características personalíssimas, aquelas que a tornam capaz de modificar o

mercado relevante, de forma a gerar os efeitos anticoncorrenciais previstos em lei.

No caso, por pressuposto, a empresa deverá estar em posição dominante em tal grau, que a coloque confortavelmente imune às forças reguladoras da lei da oferta e da demanda no mercado em que atua, permitindo-lhe a utilização de estratégias artificiosas para, sem riscos, estabelecer a alavancagem de sua margem de lucros.

No exame dos autos, não reconhecemos tal condição.

A ALCON, ao estabelecer suas estratégias de preço e comercialização, não esteve, em nenhum momento, ao abrigo das reações das forças de mercado. O produto em pauta compete com similares perfeitos das empresas Schering e Stiefel, e com similares terapêuticos das empresas Glaxo, Eli Lilly e Bristol. Tem-se, portanto, como fácil e rápida a sua substituição pelo consumidor, dada a variedade de produtos de outros fabricantes. A participação do produto no mercado relevante está em torno de 1,01%, sendo menor do que a dos seus concorrentes (fls. 179).

A caracterização do ilícito está vinculada à capacidade potencial que a empresa teria de influir e modificar a dinâmica do mercado em que atua, impondo suas próprias regras, insubmissas aos efeitos da lei da oferta e da demanda. Não podemos reconhecer, no caso dos autos, essa potencialidade que é uma das essencialidades do tipo.

Sob a ótica dos produtos farmacêuticos de uso oftalmológico e dermatológico, a posição da empresa ALCON no “ranking” é significativa. No entanto, a nosso ver, a participação de 1% do mercado relevante não lhe confere a aptidão necessária para influir na dinâmica desse mercado.

No mesmo sentido, além de não reconhecer condições potenciais para a modificação da dinâmica do mercado relevante em que atua a empresa ALCON, entendemos que também não se estabeleceu o nexo da causalidade necessário entre a conduta - alteração na apresentação do medicamento combinada com aumento desproporcional de preços - e o objeto da ação ou seu efeito no mercado.

A empresa, ao adequar seu produto às mesmas quantidades dos produtos concorrentes, evidentemente, pretendeu torná-lo mais competitivo, sem prejuízo ao consumidor, uma vez que a Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde considerou a bisnaga de 15 gr. “atende a um tratamento completo de grande parte dos quadros nos quais o uso da corticoterapia tópica está indicada”.

A mudança na apresentação do produto parece-nos justificada quando a confrontamos com os produtos concorrentes, todos em bisnagas de 15 gr.

Com relação ao alegado aumento desproporcional de preços, também, não o temos como caracterizado. A embalagem de 60 gr. não pode ser considerada como parâmetro, pois, a própria empresa a teve como antieconômica, o que ficou evidenciado pelo fato de nunca ter sido comercializada e pelo cancelamento do registro em setembro/90.

Deve ser levado em conta, igualmente, que a fixação do preço do produto na embalagem de 15 gr., lançada nove meses depois do cancelamento do registro anterior, teve que considerar uma outra conjuntura, após novo plano econômico, quando os preços dos medicamentos estiveram sob intervenção governamental.

A par disso, em regime de liberdade econômica, mercados onde se configura ambiente concorrencial, como o caso em tela, o reconhecimento do “preço razoável” ou “preço de equilíbrio” passa a ser de ato de estratégia exclusivamente empresarial, fugindo ao alcance da legislação de proteção à concorrência.

Em face ao exposto, não reconhecidas as condições personalíssimas que isentem a Representada do efeito regulador da Lei da Oferta e da Demanda, bem como, não estabelecido nexo de causalidade entre a prática denunciada e os objetos previstos no caput do art. 3º da Lei nº 8.158/91, esta Procuradoria opina pelo desprovemento do recurso de ofício e pelo conseqüente arquivamento dos autos.

Brasília, 6 de maio de 1996

Magali Klajmic

Procuradora “ad hoc”

Processo Administrativo nº 68/92

Representante: DAP - MF

Representada: Alcon Laboratórios do Brasil Ltda.

Relator: Conselheiro Leônidas Rangel Xausa

### ***VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA***

Lanço este voto curtíssimo, sob a inspiração do velho Machado: “com a pena da galhofa e a tinta da melancolia”.

Trata-se de expediente administrativo surrealista, iniciado em 02.07.92, através de Ofício do Departamento de Abastecimento e Preços do então Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, que gerou uma representação na SDE, ensejando Processo Administrativo instaurado em 28.10.92, com informações favoráveis ao representado, tanto do Ministério da Fazenda, como do Ministério da Saúde. Devidamente arquivado pela SDE em 18.05.95. Recurso “Ex officio” desacolhido pelo parecer da douta Procuradoria desta Casa que propõe o definitivo arquivamento.

O procedimento que relato me foi distribuído em 16.06.96, e discute, essencialmente, a seguinte questão transcendental: cabe punição a Laboratório por comercialização, que nunca ocorreu, de 1 bisnaga dermatológica?

Após 47 meses e 219 folhas decidiu-se que não. Pelo que acolho nos seus termos o relatório e o parecer da Procuradoria, determinando o arquivamento.

É o voto.

Brasília, 14e junho de 1996.

Leônidas Rangel Xausa  
Conselheiro-Relator



**Processo Administrativo nº 148/92**

Recurso Voluntário

Representada: KRAFT SUCHARD BRASIL S.A.

### ***DECISÃO***

O Plenário, por unanimidade, conheceu do recurso, dando-lhe provimento parcial, para cassar a decisão impugnada.

#### **PARECER DA PROCURADORA MAGALI KLAJMIC**

PROCURADORIA

Parecer nº 28/96

***EMENTA:** Recurso voluntário interposto contra Medida Preventiva aplicada com fundamento no art. 52 da Lei nº 8.884/94. Não demonstrados os pressupostos legais. Revogação.*

Trata-se de recurso voluntário, tempestivamente interposto pela KRAFT SUCHARD BRASIL S.A., ao Plenário do CADE, contra os Despachos nºs 18/96 de 26.03.96 e 81/96 de 27.05.96, ambos do Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, nos autos do Processo Administrativo nº 148/92. O primeiro deles, ao concluir a fase investigatória, entendeu procedente a Representação e aplicou a Representada a Medida Preventiva prevista no art. 52 da Lei nº 8.884/94, consistente na cessação da prática de utilização de tabelas verticais de preços, determinando o seu recolhimento no prazo de 10 (dez) dias úteis para a região centro-sul e de 15 (quinze) dias consecutivos para o resto do País, sob pena de pagamento de multa diária, estipulada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O segundo, Despacho nº 81/96, restaurou a integralidade do anterior, tendo em vista a suspensão dos prazos processuais para a apreciação do CADE, determinada por Medida Preventiva.

Em suas alegações, a Recorrente insurge-se contra a adoção da Medida Preventiva,

alegando, em resumo, afronta à ordem jurídica e não atendimento aos pressupostos legais para sua interposição

O presente recurso veio a este Colegiado e foi distribuído, por sorteio, ao Conselheiro Leônidas Xausa, que o encaminhou para parecer desta Procuradoria.

É o relatório.

A medida adotada pela SDE/MJ foi aplicada com base na citada Lei nº 8.884/94, que prevê em seu art. 52, que “em qualquer fase do processo administrativo, poderá o Sr. Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante aprovação do Procurador-Geral do CADE, adotar Medida Preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo”.

Trata-se, portanto, de um instrumento jurídico de que se vale o órgão competente, dentro da discricionariedade que lhe é conferida pela norma legal, para o restabelecimento de situação concorrencial no mercado.

Como pressuposto para a sua aplicação, há que existir, potencial ou efetivamente, indício ou fundado receio de lesão no mercado. Tem-se, no entanto, que a lesão deverá ser irreparável, ou de difícil reparação, ou de tal ordem que torne ineficaz o resultado final do processo.

A Medida Preventiva constitui providência acautelatória, e como tal, impõe-se a demonstração, não só da sua necessidade face aos efeitos gerados nas relações concorrenciais do mercado, como, mais do que isso, impõe-se a valoração do grau e do alcance desses efeitos, para caracterizá-los à luz do “caput” do citado art. 52.

Em nosso entendimento, por tais razões, a Medida Preventiva não deve prosperar, eis que indemonstrados os efeitos que a justificariam.

Com relação ao pedido de arquivamento, prejudica-se o seu exame, na medida em que o mérito deverá ser apreciado por ocasião do julgamento do processo administrativo pelo Plenário deste Colegiado.

Brasília, 31 de maio de 1996.

MAGALI KLAJMIC  
Procuradora “ad hoc”

### **Processo Administrativo nº 148/92**

Recurso Voluntário

Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo e Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo

Representada: KRAFT SUCHARD BRASIL S.A.

### **RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR LEÔNIDAS RANGEL XAUSA**

*EMENTA: Recurso voluntário contra decisão da SDE que encaminha para julgamento processo administrativo, e impõe Medida Preventiva. Aplicação Subsidiária do CPC Pedido Liminar de natureza cautelar. Direito do recorrente de ver seu recurso apreciado antes do termo final para cumprimento da Medida. Ausência dos pressupostos do art. 52 da Lei. Provimento parcial, quanto à preliminar, para dar-lhe acolhimento e cassar a decisão da SDE. Quanto ao mérito, ordenar o processamento na forma da lei.*

1. Recurso contra o ato do Sr. Secretário de Direito Econômico que, no Processo Administrativo nº 148/92, determinou a remessa do processo ao CADE para julgamento, e ao mesmo tempo, aplicou Medida Preventiva para efeito de, em 10 (dez) dias, proceder ao recolhimento, das tabelas de preços dos sorvetes Kibon praticados ou

sugeridos pela representada, ora recorrente. Tudo no apoio nos arts. 21, II, XI e 52 da Lei 8.884/94. Cominada a multa diária de R\$ 5.000,00 em caso de descumprimento.

2. Em síntese, a recorrente ostenta os seguintes fundamentos:

a) as referidas tabelas não veiculam imposição mas sim meras sugestões de preços sem comprometer a concorrência;

b) a prova do caráter sugestivo reside na dispersão dos preços médios dos produtos Kibon no mercado relevante - fato que levou a SUNAB a atestar inexistência de uniformização de preços;

c) a Lei nº 8.884/94 não recepcionou o critério per se de ilegalidade;

d) a decisão impugnada não qualifica estatutariamente a conduta da recorrente e padece de argumentação lógica (ausência de motivação);

e) ofensa aos princípios da isonomia e proporcionalidade, que exigem imposição de semelhante gravame aos agentes econômicos em mesma situação;

f) ausência de lesão ao mercado;

g) descabimento da Medida Preventiva.

3. Pede a “urgente apreciação do recurso” quanto à Medida Preventiva e, no mérito, “de ponto”, o arquivamento do processo.

É o relatório.

#### VOTO

#### Quanto ao Mérito

4. O pedido de arquivamento, “de ponto”, é evidentemente extemporâneo e impertinente.

Implica o julgamento do fundo da questão, o que só se poderá dar após a tramitação regular nesta Casa, prevista no art. 42 e s.s. da Lei nº 8.884.

Indefiro, pois, o pedido, nos termos em que formulado, determinando o processamento regular do feito até final apreciação pelo plenário.

#### Quanto ao Pedido Preliminar

5. O apelo de revogação da Medida Preventiva se reveste das características típicas de pedido liminar de natureza cautelar.

E sendo a Lei omissa quanto ao procedimento, aplico na espécie, subsidiariamente, os princípios e normas do Cód. Proc. Civil, especialmente aqueles do livro III (art. 83 da Lei nº 8.884). Sem prejuízo a Princípios Gerais do Direito e à Ordem Constitucional.

O presente recurso não tem efeito suspensivo (art. 52 da Lei nº 8.884). Assim, nesta parte o retardamento da decisão pelo CADE, para além do prazo de início do cumprimento da Medida Preventiva frustraria seu próprio objeto, tornando o recurso imprestável e sem efeito prático. Tal a essência da questão.

Constitui, pois, inegável direito do recorrente, em tese, ter seu pedido liminar julgado antes do termo final do prazo.

6. A par do conceito processual, as tutelas de urgência, de qualquer tipo, representam uma conciliação entre duas exigências quase sempre contrastantes, a da celeridade e de justiça, ou, na formulação clássica da CALAMANDREI, a opção “entre fazer logo, porém mal, e fazer bem”.

E, “in casu” o conteúdo da reclamação põe ao julgador a avaliação de dois tipos de danos em virtual conflito, cabendo apreciá-los dentro do princípio da “livre convicção”.

De uma parte, a imposição da Medida Preventiva apóia-se teoricamente e legalmente no “indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo” (art. 52 da Lei nº 8.884).

Por outra, o dano presente no pedido do representado é o de ver retiradas, neste momento, suas tabelas, ditas sugestivas, após cerca de 4 anos de processo administrativo, para eventualmente vê-las com direito a retornar em tempo próximo, caso seu recurso seja acolhido no mérito por este Colegiado.

O “periculum in mora” não está demonstrado pela autoridade recorrida, nem genericamente nem nas condições expressas na Lei. Parece razoável a alegação do recorrente de que “tendo sempre presente que as medidas preventivas são funcionalmente equiparáveis às liminares expedidas em ação cautelar, ação civil pública ou mandado de segurança, em razão de sua natureza cautelar em regime de urgência, pode-se afirmar, com segurança, que, salvo no caso de surgirem fatos novos no decorrer do processo, quanto mais longo for o tempo da instrução, mais tênue se torna o receio de que a conduta investigada produza efeitos lesivos ao mercado de sorte a ensejar a adoção de medida preventiva. Deve, assim, ser tomada a providência cautelar contemporaneamente ao conhecimento dos fatos que autorizariam a sua imposição. A concessão da medida decorridos vários anos de instrução, durante os quais não surgiram fatos novos, é incompatível com a natureza jurídica do instituto, constituindo puro ato de arbítrio, principalmente quando praticado sem a indispensável motivação e o devido suporte nas notas técnicas que lhe serviram de fundamentação”.

Ou ainda, a de que a lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, prevista no art. 52 da mencionada Lei, não pode ser equiparada à infração da ordem econômica, pois, se assim fosse, a adoção de medidas preventivas seria obrigatória em todos os processos administrativos, o que seria um contra-senso.

Como falar, pois, em “lesão irreparável” ou de “difícil reparação” ao mercado, ou de risco de tornar “ineficaz o resultado final do processo” quando a Medida somente foi adotada na própria decisão final da SDE?

7. Assim, no balanço entre os danos potenciais ao mercado, contidos na decisão do Sr. Secretário de Direito Econômico, reparáveis a curto prazo, em tese, e os danos atuais à representada, na hipótese de eventual resultado favorável no mérito - inclino-me - por entender que o prejuízo maior a se tutelar é o da recorrente.

Não se trata de equiparar riscos ao interesse público a riscos a interesses privativos abstratamente. Trata-se, “in concreto”, de sopesar danos virtualmente causáveis ao mercado com aqueles infligíveis não só ao representado, mas como alegado, igualmente, ao próprio mercado e ao consumidor.

Em suma, manter a Medida Preventiva, neste momento, próximo da decisão de mérito, importaria, essencialmente, em antecipar-lhe o julgamento, impondo medida de caráter satisfativo, sob forma tutelar. O que não parece ser a decisão mais acertada.

8. Do exposto, e “ad cautelam”, conheço do recurso para dar-lhe provimento em parte, cessando a Medida Preventiva do Senhor Secretário de Direito Econômico de fls. 1030 em todos os efeitos, por não demonstrados os pressupostos do art. 52. Como, de resto, enfatiza a promoção da douta Procuradoria.

Intime-se. Publique-se. Após o que, seja processado o julgamento do mérito com nova vista à Procuradoria.

É o voto.

Brasília, 05 de junho de 1996.

LEÔNIDAS RANGEL XAUSA  
Conselheiro-Relator



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA  
ECONÔMICA - CADE**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 49/92**

Representante: Labnew Indústria e Comércio Ltda.

Representada: Becton, Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda.

Advogados: Drs. Antonio Carlos Gonçalves e Flávio Lemos Belliboni

*Ementa*

*Representação. Venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo. Compromisso de cessação de prática sob investigação. Lei nº 8.884, de 1994. Art. 53. Prerrogativa das partes, em qualquer fase processual, sem que implique confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. Compromisso aceito pelo Plenário. Decisão unânime.*

*Acórdão*

Vistos, relatados e discutidos estes autos, na conformidade dos votos e notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, determinar a suspensão do processo diante de Compromisso de Cessação a ser celebrado pela Representada, submetido a Plenário pelo Conselheiro-Relator. Participaram da sessão, sob a Presidência do Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Rodrigues-Chaves, Relator; Leônidas Xausa; Antonio Fonseca; Renault de Castro; Lucia Helena Salgado e Silva; e Paulo Dyrceu Pinheiro. Presente a Sra. Procuradora-Geral do CADE, Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 18 de dezembro de 1996 (data de julgamento).

Rodrigues-Chaves  
Relator

Gesner Oliveira  
Presidente

## PARECER DA PROCURADORIA

PARECER N° 78/96  
PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 49/92  
REPRESENTAÇÃO N° 196/93  
AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR N° 0800.018076/94-20  
REPRESENTANTES: LABNEW INDÚSTRIA E COMÉRCIO E  
BECTRON, DICKINSON INDÚSTRIAS CIRÚRGICAS LTDA.  
REPRESENTADAS: AS MESMAS

EMENTA: COMPROMISSO DE CESSAÇÃO - PEDIDO  
ADEQUADO AOS TERMOS DO ART. 53 DA LEI 8.884/94 -  
DEFERIMENTO OPORTUNO.

Senhora Procuradora-Geral,

Labnew Indústria e Comércio e Becton, Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda. requereram a realização do Compromisso de Cessação previsto no art. 53 da Lei n° 8.884/94, com a conseqüente suspensão dos processos em epígrafe.

2. O pedido veio acompanhado de proposta, onde se encontram consignadas as obrigações das empresas compromissárias.

3. O Compromisso de Cessação se constitui em uma faculdade que gera direito subjetivo em favor da empresa que está respondendo a processo administrativo. Ressalte-se que o dispositivo legal não trata do exame do mérito da infração, como requisito para a realização do referido compromisso.

4. O instituto em questão tem natureza processual, em que pese a sua natureza substantiva, consubstanciada pela impossibilidade de aplicação da pena, uma vez que o processo será extinto após o compromisso das condições impostas. Assim, ratificamos, inegável é a sua

natureza processual, tendo em vista que é causa suspensiva do processo. (art. 53 § 2º, da Lei nº 8.884/94).

5. Numa breve divagação comparo o preceito da Lei nº 8.884/94 com o contido no art. 89 da Lei nº 9.099/95. Esta norma prevê a suspensão condicional do processo penal se preenchidos os requisitos insertos no art. 89 da mesma. Por outro lado, o preceito da Lei nº 8.884/94 menciona apenas as condições que, necessariamente, deverão ser impostas, sendo que o único requisito exigido para a realização do compromisso de cessação será a existência do processo administrativo (art. 53). Assim, diante desse preceito legal, inexigível será o exame do mérito.

6. Alguma dúvida pode emergir da expressão “processo administrativo” constante da Lei, uma vez que a mesma faz distinção entre Processo Administrativo e Averiguação Preliminar (art. 32). Em sentido lato, a Averiguação Preliminar é processo administrativo, razão pela qual entendemos que o compromisso de cessação poderá ocorrer na fase preliminar.

7. Corroborando, a própria Lei nº 8.884/94 prevê a realização do compromisso perante a SDE, dando arrimo para o nosso posicionamento, no sentido de que o compromisso de cessação poderá se concretizar durante a Averiguação Preliminar. Não bastasse, os processos em epígrafe tratam dos mesmos fatos, o que viabiliza a inclusão de todos os procedimentos no compromisso de cessação.

8. Formalmente, o pedido encontra fulcro no art. 53 da Lei nº 8.884/94, bem como na proposta apresentada, uma vez que cumprido os requisitos extrínsecos, manifestados pela inclusão de todas as cláusulas obrigatórias constantes do artigo mencionado.

9. Quanto à forma, tenho por admissível a realização dos compromissos no mesmo termo, pois os fatos são conexos, envolvendo somente as duas empresas que se acusam mutuamente. É certo que o acompanhamento das condições impostas às empresas compromissárias dependerão da formação de procedimentos apartados, a fim de facilitar a fiscalização do cumprimento das condições. Entretanto, os mencionados procedimentos de acompanhamento do

cumprimento das condições não importam em processos administrativos autônomos, sendo formados unicamente para a facilitação do desenvolvimento das atividades do CADE.

10. Não vejo razão para a exigência da publicação de edital que costumeiramente precede a realização do Compromisso de Cessação. Tal formalidade é inócua porque as condições fixadas contém a cláusula “rebus sic satantibus”, “ex vi” o disposto no art. 53, § 3º, da Lei nº 8.884/94. É certo que os direitos protegidos na lei nuper-citada pertencem a toda coletividade, interessando a todos os brasileiros. Todavia, in casu, as duas empresas se acusam mutuamente de estarem praticando venda de produtos abaixo do preço de custo, o que, ao menos imediatamente, não desperta nenhum interesse dos consumidores finais dos produtos em sua cessação.

11. A venda abaixo do preço de custo interessa ao Direito Econômico, tendo em vista que emerge o risco da existência de interesses escusos por parte da empresa, tal qual a dominação futura do mercado, vindo a vender seus produtos com preços exorbitantes. Dessa forma, o escopo da intervenção estatal na atividade econômico, por meio da formação do processo administrativo, é a proteção do interesse comum, sendo que tal interesse deixa de existir pela cessação da prática econômica proibida.

12. Merece destaque a Cláusula Terceira, Subcláusula quarta, que apresenta uma tabela indicativa para prática de preços mínimos, sendo que estes estão especificados no anexo I, tudo relativo à referida proposta. O aspecto que diz respeito a fixação de preços mínimos é essencialmente econômico, merecendo melhor avaliação pelo Plenário do egrégio Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a fim de que a Autarquia não passe exercer funções atípicas que a desgastem.

13. Finalmente, há de ser ressaltada a informação de que esta Procuradoria está examinando os autos para decidir sobre a existência de indícios de possíveis crimes, uma vez que foram apresentados alguns documentos nesta Autarquia, os quais noticiam fatos novos que devem ser estudados cuidadosamente, a fim de saber se é cabível a apresentação, ao Ministério Público, da notitia criminis.

14. Ante o exposto, trata-se de instituto de natureza jurídica processual que autoriza às partes se livrarem do ônus do processo, sem importar em confissão no que se refere a matéria de fato e o reconhecimento da ilicitude da conduta analisada, razão pela qual o pedido deve ser acolhido, mas com as reservas relativas aos preços mínimos estabelecidos.

À apreciação superior.

Brasília, 26 de novembro de 1996.

Sidio Rosa de Mesquita Júnior  
Procurador do CADE

De acordo. Adoto o Parecer de nº 78/96 da lavra do Douto Procurador Sidio Rosa de Mesquita Júnior. Junte-se aos Processos nele referenciados.

Quanto ao memorial entregue a esta Procuradoria, encaminhe-se à Secretaria de apoio ao Plenário para ser autuado em separado a fim de que receba a manifestação jurídica mencionada no item 13 deste Parecer.

Ao Conselheiro-Relator.

Brasília, 27 de novembro de 1996

Marusa Freire  
Procuradora-Geral do CADE

**PARECER DO CONSELHEIRO RELATOR EDISON  
RODRIGUES CHAVES**

Memorando

DATA: 14 de agosto de 1996

PARA: Senhor Presidente Gesner Oliveira, Senhores Conselheiros Leônidas Xausa, Antonio Fonseca, Renault de Castro, Lucia Helena Salgado, Paulo Dyrceu Pinheiro e Senhora Procuradora-Geral Marusa Freire

DE: Conselheiro Rodrigues-Chaves

ASSUNTO: PA N° 49/92

Excelentíssimos Senhores,

Encaminho a V. Exas., para sua apreciação, cópia do Relatório Preliminar elaborado por minha Assessoria, sobre o Processo Administrativo n° 49/92, em que são interessadas as empresas BECTON DICKINSON IND. CIRÚRGICAS LTDA. e LABNEW INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Pretendo submeter o caso a amplo debate, em audiência pública a ser realizada entre os dias 11 e 13 de setembro próximo. Antes, encaminharei as partes interessadas as perguntas a serem formuladas por este Colendo Colegiado e por elas esclarecidas durante a referida reunião. Peço-lhes, assim, que as indagações de V. Exas. me sejam endereçadas até o dia 5 vindouro.

No dia 18/9/96, encaminharei a V. Exas. meu Relatório final, planejando levar o processo a mesa, para julgamento, no dia 25/9/96.

Atenciosamente,

Conselheiro RODRIGUES-CHAVES

Processo Administrativo n° 49/92

Representante: Labnew Indústria e Comércio Ltda

Representada: Becton Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda

Relator: Conselheiro Rodrigues-Chaves

Senhor Conselheiro-Relator,

1. Trata-se de representação oferecida por Labnew Indústria e Comércio Ltda, doravante simplesmente denominada Labnew, sociedade de direito privado, com sede em Campinas, SP, contra a Becton Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda, doravante denominada apenas Becton

Dickinson, sociedade de direito privado, com escritórios na cidade de São Paulo, SP, multinacional de origem americana (E.E.U.U) acusada da prática criminosa de “dumping” em produto específico para a coleta de sangue a vácuo, de fabricação e tecnologia da Labnew.

2. Diz a representante que o mercado mundial é dominado praticamente por 03 (três) empresas multinacionais: Termo Corportation, Becton Dickinson e Sherwood Medical. A Labnew apesar de possuir a mesma tecnologia, ainda não conseguiu se despontar no mercado internacional. É a única fábrica da América Latina na atualidade, e foi fundada para diminuir a dependência brasileira aos produtos importados.

3. Argumenta que as constantes investidas da Becton Dickinson, tentando eliminar a Labnew do mercado, lhe obrigou a trabalhar com margens reduzidíssimas de lucro, desenvolver técnicas bem apuradas de redução de custos e, criar tecnologias próprias para depender cada vez menos da externa.

4. Em 1990, a Becton Dickinson decidiu fechar sua “fabrica de vácuo”, em Juiz de Fora - MG, demitindo seus funcionários, porque seus custos eram superiores aos da Labnew. Naquela época os dois produtos tinham a mesma qualidade, porém, o produto que a Becton Dickinson passaria a importar era tecnologicamente superior ao brasileiro.

5. Informa a representante, que, com essa atitude, a Becton Dickinson não deixou o mercado, e sim se aproveitou da debilidade da indústria nacional, para colocar um produto tecnologicamente superior, subsidiá-lo e vendê-lo por preço abaixo do mercado, impedindo que a Labnew por falta de recursos, se equipasse a tempo para concorrer com os produtos produzidos no “primeiro mundo”.

6. Diz também, que a Becton Dickinson, não satisfeita, passou a treinar os seus funcionários a fazerem comparação entre dois produtos, e induzir os funcionários públicos a modificar o perfil de solicitação do produto, forçando a desclassificação da Labnew nas concorrências públicas.

7. Afirma que com a colocação no mercado de um produto importado, sem preencher os requisitos da Lei de Proteção a Consumidor, utilizou as caixas com dizeres em inglês, sem se preocupar com informações importantes que caracterizavam a utilização do produto. Foi encontrado etiqueta deste produto importado, dizendo ser estéril e outra nacional com não estéril. Em seguida, os editais de licitação começaram a aparecer com estéril

8. Recentemente a Becton Dickinson passou a trazer um “novo” produto chamado “hemogard”, dizendo tratar-se de novidade. Com uma notável rapidez os editais são novamente modificados e surgem preferências sobre uma inovação sem qualquer relevância utilizada apenas para redução de custos. Tanto que a Termo Corporation e a Sherwood Medical não são afetadas por essa opção de produto.

9. Argumenta a representante que a estratégia da Becton Dickinson para derrubar a Labnew na área técnica, não deu certo. Principalmente depois que ela lançou um novo produto, o VACUM II, sistema de última geração que colocou a Labnew em igualdade de condições com as demais empresas do ramo.

10. Segundo a representante a Terumo Corporation, através de seu representante legal, também notificou ao D.A P. irregularidades praticadas pela Becton Dickinson na manipulação de preços, deixando claro que esta empresa não abre mão de práticas ilegais para dominar o mercado.

11. A Labnew encomendou à Price Waterhouse, empresa de consultoria empresarial, um estudo sobre apuração de preço mínimo de comercialização de produtos importados. Foram enviados “faturas proformas” da Terumo Corporation e Sharewood Mrdical, obtidas após negociações com as referidas empresas para viabilizar os menores preços e o melhor aproveitamento do uso do “cointainer”, a fim de reduzir o custo do transporte (frete). Na pesquisa não foram conseguidas faturas proformas da Becton Dickinson. Foram juntadas algumas cotações de distribuidores internacionais e listas americanas que comprovam preços bem superiores, praticados por esta empresa no exterior.

12. A partir desses preços, a Price forneceu a Labnew um relatório indicando o verdadeiro ponto de equilíbrio entre receita de venda de importados e seus respectivos custos. Foi pedido para que não fosse contemplado a margem de lucro, mesmo sabendo dos riscos, pois, devido à instabilidade econômica, a qualquer momento a reposição dos estoques estariam ameaçada. O que a Labnew queria mesmo era saber o preço mínimo que um importador poderia chegar.

13. A pesquisa resultou no seguinte: o menor preço apurado foi o da Sharewood Medical. A Interlab S/A, empresa que comercializa este produto no Brasil, costuma cortar os tubos a vácuo, no mínimo, 30% a mais que o preço indicado pela Price, ratificando a veracidade dos estudos realizados.

14. Diz a representante, que os preços praticados pela Becton Dickinson nas últimas concorrências, fls. 21, dos autos, cotado o seu produto na Prefeitura Municipal de São Paulo por Cr\$ 163, 03 ou US\$ 0,054, que representa cotar um tubo no Brasil 40% mais barato que a Terumo Corporation consegue produzir nos Estados Unidos e Japão, isso desconsiderando quaisquer despesas com encargos fiscais de importação ou custo com frete.

15. Em decorrência, esclarece a representante o que é um “sistema para coleta de sangue a vácuo”: trata-se de um produto constante de um tubo de ensaio e vários outros componentes, ou seja um tubo de vidro especial, tratado internamente com substâncias antiaderentes atiradores da coagulação sangüínea, silicone, tampa atóxica e impermeável a gases, anticoagulante liofolizados, vácuo no seu interior que determina com absoluta precisão o volume de sangue a ser aspirado, etiqueta assinalando tipo do produto, volume de aspiração número de lote e prazo de validade, manual de instruções com todas as informações pertinentes a utilização do produto, etc., totalizando nove componentes.

16. Argumenta também a representante que, a Becton Dickinson tem praticado preços tão absurdamente baixos que chegam a ser inferiores aos preços da matéria-prima utilizada na confecção dos produtos, aqui no Brasil, chegando a preocupar a forma “legal” de importação e

comercialização interna da Importadora Becton Dickinson no Brasil.

17. Por fim, requer a Labnew que seja determinado a Becton Dickinson que se abstenha de efetuar “dumping”, concorrência desleal e ilícita, de interferir deslealmente nas concorrências públicas, com referência aos produtos mencionados nessa representação e efetuar oferta aos produtos já mencionados por si ou por distribuidoras por preços irrealis e notoriamente subsidiados com facilidade ilícita.

18. As providências acima poderão ser objeto de COMPROMISSO DE CESSAÇÃO, sob pena de continuidade do processamento da presente, até o final, quando será fixado prazo para que a empresa indicada cesse a prática dos atos de dumping, concorrência desleal e concorrência ilícita, com a aplicação das penalidades legais cabíveis, inclusive intervenção, independente das ações cíveis e penais não só decorrentes dos fatos pretéritos.

19. Às fls. 152/158, apud acta. A Secretária de Direito Econômico - SDE/MJ, exarou Nota Técnica, manifestando pela abertura de processo administrativo e notificação da Representada para apresentação de defesa.

20. A representada ofereceu defesa aduzindo que em preliminar da impossibilidade de exame da questão pelo DNPDE, por estar feito provavelmente “sub judice”. Pela nulidade do processo administrativo, em virtude de afronta ao devido processo legal e cerceamento de defesa. Portanto requer seja recebido a defesa previa como esclarecimentos da Becton Dickinson, sob pena de nulidade.

21. Nos fatos argumenta a Becton Dickinson serem falsas as alegações da Labnew, de praticar “dumping”, concorrência desleal e ilícita, assim como de ofertar seus produtos por preços irrealis e notoriamente subsidiados com finalidade ilícita.

22. Diz que iniciou sua produção no Brasil da linha vacutainer em 1976, em Juiz de Fora. Que o sistema de coleta a vácuo é composto de 3 peças: um tubo, um adaptador, e uma agulha de duas pontas, teve seu desenvolvimento de vendas a partir de 1986, com a preocupação do usuário na

contaminação de doenças infecto-contagiosas, iniciando-se um processo crescente de conversão do mercado tradicional (seringa + agulhas) para o sistema a vácuo.

23. Com a abertura das importações, a Becton Dickinson em 1990, desativou a sua unidade para os produtos da linha Vacutainer em Juiz de Fora. O produto importado tinha custos inferiores aos que eram produzidos no Brasil, devido ao grande volume de produção, face a automação no sistema de produção das fábricas dos Estados Unidos.

24. Ressalta que a participação percentual do sistema de coleta a vácuo é pequena em relação ao mercado brasileiro, conforme abaixo:

Ano 1992		
Coletas de sangue	80.000.000	100%
Coletas com seringas	60.000.000	75%
Coletas a vácuo	20.000.000	25%

25. Informa a representada que com a abertura das importações a concorrência ficou mais acirrada, o que efetivamente acontece desde os últimos dois anos, com seringas descartáveis, vez que o mercado está tumultuado pela grande variedade de marcas de diferentes procedências a preços altamente competitivos.

26. diz também que essa nova tecnologia de coleta de sangue a vácuo foi importada, sendo que o produto da Becton Dickinson é composto por:

- tubos estéreis;
- tubos já etiquetados, com nº lote, data de validade;
- volume de aspiração, código de catálogo;
- fabricante;
- tipo de anticoagulante ou ausência do mesmo;
- tubos pediátricos;
- tubos especiais;
- tubos com gel separador; e
- tubos com tampa protetora hemogard, cujo benefício maior é evitar que o técnico da coleta e do laboratório tenha contato

com a amostra coletada, evitando-se risco de contaminação (AIDS, meningite, etc.).

27. A representada às fls. 222, alega que concorria com Vacutainer da Becton Dickinson a New Vácuo, produzida pela Labnew. Que está última produzida única e exclusivamente os tubos, ao passo que as agulhas eram adquiridas de diferentes fabricantes, como Terumo e Misawa, sendo colocadas em sua embalagem para serem comercializadas como se fossem da marca New Vácuo.

28. Alega também a representada que o final de 1990 e início de 1991, começaram a chegar ao Brasil os produtos da Sherwood, distribuídos pela Interlab de São Paulo, além de produtos da Terumo, principalmente agulhas oferecidas por diferentes distribuidores em todo o País. Os distribuidores fizeram importação direta dos fabricantes dos Estados Unidos para clientes no Brasil. Portanto não só o mercado de seringas tradicionais ficou mais concorrido com a abertura das importações, tornando o mercado global extremamente competitivo, incluindo aí os dois mencionados: coleta a vácuo e o coleta tradicional por meio de seringa.

29. Conclui dizendo que as alegações de concorrência desleal e ilícita é leviana e que o processo instaurado pelo DPDE sobre as denúncias formulados pela Terumo resultou em arquivamento.

30. Diz ainda, que as afirmações da Labnew quanto a sua tecnologia de um sistema de última geração que a colocou em igualdade de condições com as demais empresas do ramo não são verdadeiras, posto que os tubos do Sistema Vacutainer produzidos pela Becton Dickinson, tem um vidro especial de parede espessa que reduz os riscos de quebras acidentais. Esses tubos são equipados com uma nova e exclusiva tampa Hemogard constituída por uma rolha de borracha especial, recoberta por uma luva plástica que protege as mãos do profissional contra contratos com o sangue contido no interior do tubo, proporcionando maior segurança e confiabilidade.

31. Esclarece a Becton Dickinson que além de colocar à disposição do profissional médico um curso de técnicas de coleta de sangue, a nova linha de tubos Vacutainer

são bem superiores, equipados com a tampa Hemogard, que elimina virtualmente os riscos de exposições as amostras potencialmente contaminadas de sangue e aos resíduos que podem estar contidos na parte interna da rolha de borracha e nos bordos externos do tubo ou por respingos. Além disso, os tubos Vacutainer são fabricados com vidro especial de paredes espessas. A tampa possui características excepcionais que aumentam a proteção e a segurança do profissional durante a manipulação de amostras de sangue, dentre outras características como:

- Superfície externa estrais que facilitam a sua remoção com total segurança.
- Novo desenho que obriga o profissional a utilizar ambas as mãos, evitando a manipulação com apenas uma delas; e
- O desenho em forma de capuz evita o pinçamento da luva do profissional, entre a rolha e o tubo Vacutainer.

32. Às fls. 225/227, no mérito alega que ficou configurado o cerceamento de defesa, já que o processo foi instaurado com base na nota técnica que considerou apenas as infundadas alegações da Labnew. E, argumenta também que quanto ao mercado todas as vezes que um número inicialmente limitado de fornecedores divide um determinado mercado, o acréscimo de um novo fornecedor fará diminuir a participação original dos que inicialmente o dividiam, podendo até mesmo alijar desse mercado. Hoje o mercado nacional está dividido está dividido na proporção de 3 para 1, e que o sistema a vácuo representa apenas 8% no faturamento da Becton Dickinson.

33. Quanto a tipificação da infração, a Becton Dickinson diz não ter praticado no Brasil preço inferior ou se quer próximo daquele praticado nos Estados Unidos, afinal o custo real do produto para a representada no Brasil haverá de ser sempre maior, face despesas adicionais para efetivar-se a importação, conforme demonstra às fls. 230 e 233, calando-se portanto a voz incriminadora da Labnew, que acusa da prática de “dumping”, concorrência desleal ou ilícita, infrações indicadas nos incisos I, XIII e XIV, do artigo 3º, da Lei nº 8.158/91.

34. Por fim, pede a representada sigilo e confiabilidade sobre as informações prestadas, pois revelaria

os seus preços adquiridos no exterior, uma vez que participa de concorrência pública. Diz ter prestado os esclarecimentos solicitados pelo DNPDE. Requer a expedição de ofício ao Foro Judicial da Comarca de São Paulo, para constatar a existência de alguma ação cível intentada pela Labnew, versando sobre o mesmo assunto deste processo. Requer também produção e juntada e provas e testemunhal, perícia econômica,

35. Conclui pedindo que o processo seja sumariamente arquivado, com base nas preliminares argüidas, bem como de pendência no Poder Judiciário de decisão sobre a mesma matéria, ou se for o caso, recebida apenas como esclarecimentos, face ao risco de nulidade por vício do processo.

36. Às fls. 428/436, Vol. II, a Labnew apresenta defesa centrada em levantamento feitos por Auditores contratados e também em dados fornecidos pelo Landed Cost para a Becton Dickinson, concluindo que através dos contratos de fornecimento, foi possível evidenciar com absoluta clareza a prática de “dumping”. Além, de outro fato muito importante foi a constatação do “underselling”, mesmo para os produtos com elevada margem de “dumping”(documentos dos levantamentos, inclusive feito por tradutor juramentado anexos).

37. Em 08 de dezembro de 1992, a representante às fls. 627/639 requereu adoção imediata de MEDIDA PREVENTIVA contra a representada por vender tubos por esta produzidos a preços inferiores aos por ela praticados em seu país de origem configurando “dumping”. E que a partir deste ponto, uma vez ingressado no território nacional, sua venda a preço abaixo do de custo constitui “underselling”, que portanto o código Anti - “Dumping” não cuida de “revenda” do produto importado no País, mas sim de “introdução desse produto no território nacional. Sem providências imediatas, nos termos da Lei a Representada, sem concorrente nacional e impedindo o surgimento de competidores externos, poderá passar à confortável situação de Monopolista no Brasil, oportunidade em que poderá praticar os preços que melhor aprouver a seu arbítrio, independentemente das influências do mercado.

38. A representante diz que a Becton Dickinson está controlando cerca de 75% do mercado (informação esta prestada em Juízo, da qual se arrependeu ao oferecer sua defesa prévia, quando deliberadamente a sonogou ao DPDE), a primeira providência da Representada foi, como visto, estocar grandes quantidades de produtos importados a preços de “dumping”, objetivando, como demonstrado, suprir o mercado a preço de “underselling”, de modo a lhe ensejar a comercialização do produto em condições monopolistas após a eliminação da Representante, qualquer que seja a definição do processo.

39. Portanto, requer a Representante que determinem à Representada, até o final do julgamento do presente feito pelo Egrégio Conselho Administrativo de Defesa Econômico - CADE, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991, quando estáo será condenada e comandada a permanentemente cessar o abuso do poder econômico por ela continuamente perpetrado, ordenando de ofício o imediato recolhimento a seus depósitos de todos os produtos entregues “em consignação” a clientes, ou de qualquer outro acordo, suspendendo-se, desta forma todas as avenças, sem prejuízo da livre comercialização dos produtos pela Representada, contra efetivo pagamento, de acordo com as condições normais de mercado e a preços livres de “underselling”, e que seja impedida de efetuar novas importações até o exaurimento de seus atuais estoques, cuja comercialização seja condicionada a efetivo pagamento de acordo com as condições normais de mercado e a preços livres de “underselling”, oficiando também a DECEX no sentido de considerar suspensas as Guias de Importação ainda não utilizadas em sua totalidade e de se abster de emitir novas Guias, salvo na hipótese de comprovação, de esgotamento de estoques. Por fim requer adoção de pagamento de multa diária em caso de descumprimento da medida preventiva em todo ou em parte, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 12 da lei nº 8.158/91.

40. A Representada às fls. 689/707, apresenta replica as informações da Labnew, argumentando que são investidas da Representante em convencer o DPDE, posto que corre perante a 31ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, o Processo nº 1.685/92, motivo pela Labnew contra a Becton Dickinson cujo peça inicial é verdadeira cópia da Representação por ela apresentada ao DPDE. Quanto o

levantamento da Price Waterhouse, com os dados oferecidos pela Labnew não ficou provado, portanto tenta convencer que “dumping” é a introdução da mercadoria no País importador a preços abaixo daqueles praticados no país exportador. Por último contesta lembrando que as medidas preventivas requeridas pela Labnew somente beneficiariam a ela própria que, segundo afirma, é a única concorrente da Becton Dickinson, ficando o mercado à mercê de uma empresa que tenta de todas as maneiras utilizar-se dos órgãos públicos para eliminar a concorrência e monopolizar o setor que, graças a Becton, tem ainda preços compatíveis com as condições precárias do sistema de saúde nacional, requerendo no final o arquivamento do processo.

41. A Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda às fls. 792/801 examinou os autos e apresentou parecer técnico destacando que a Becton Dickinson além de comprar seus produtos a preços de “dumping”, não cobre seus custos de comercialização, por ela mesma indicados na sua defesa, vale ressaltar que pela sua maior participação no mercado a Becton é formadora de preços, pois tem a possibilidade de impor margens desejadas sugerindo que seja integrado ao presente feito os resultados da investigação conduzida pela CTT/MICT, dada a sua competência para apurar a prática de “dumping” e conclui pelas medidas cabíveis para neutralizar os efeitos danosos na concorrência e no mercado, geradores pela política de preços efetivada pela Becton Dickinson Indústrias Cirúrgicas Ltda.

42. A Secretária de Direito Econômico - SDE/MJ, às fls. 802/819, nas preliminares considera a Circular nº 416, publicada em 23 de novembro de 1992 no DOU, da Secretária Executivo do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo existência de indícios suficientes de ocorrência de “dumping” e de ameaça de dano a indústria doméstica. E que o mercado de tubos para coleta de sangue à vácuo no Brasil é composto apenas pelas empresas arroladas neste processo como representante e representada, manifesta pela adoção de imediata medida preventiva prevista no art. 12 da Lei nº 8.158/91, consistindo em:

a) que a empresa Becton Dickinson cesse imediatamente a prática de preços que vem adotando, estabelecendo para seus

produtos, preços compatíveis com seus custos de importação e comercialização interna.

b) no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação, deverá apresentar a este Departamento, os preços que passarão a ser praticados, para os produtos de códigos 6430, 367.667 e 367.724, a título exemplificativo, discriminando cada item utilizado na composição dos mesmos.

c) revisão dos preços ajustados no mesmo sentido do exposto no item 1 das Cartas de Compromissos de Fornecimento e Compra de Produtos Vacutainer/Microtainer, firmados entre a Becton e seus clientes, via distribuidores, comprovando a este DPDE esta providência no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da notificação.

43. A Representada apresentou às fls. 832/855, recurso Administrativo ao Ministro da Justiça da Decisão adotada pela SDE para que o receba nos efeitos suspensivo e devolutivo, para o fim determinar a revogação da r. decisão recorrida. A decisão imposta pela SDE foi objeto de recurso ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, nos termos do art. 21 da Lei 8.158/91, recebido no efeito devolutivo, o recurso administrativo, concedendo a empresa Labnew o prazo de 10 dias para contra-arrazoar o mencionado recurso. A Consultoria Jurídica/MJ, conclui pelo improvimento do recurso hierárquico. O Despacho do Ministro de nº 63, legítima a decisão que aplicou a medida preventiva. Consequentemente negou provimento ao recurso hierárquico, despacho devidamente publicado no DOU.

44. A Representada às fls. 998/1.009, Volume IV, requereu estender os efeitos da Medida Preventiva aos distribuidores no referido processo, evitando, com isso que a Becton via travessa, utilize a rede de distribuidores, como aliás vem fazendo, e que seja os distribuidores sujeitos ao pagamento de multas diárias (“astreinte”) na forma dos § 1º e 2º do art. 12, da Lei nº 8.158/91.

45. A Representante às fls. 1.329/1.335. Volume V, requereu aplicação de multa por descumprimento da Medida Preventiva, de acordo com o § 1º art. 12, da Lei nº 8.158/91, e que em função deste descumprimento seja a representada

considerada inidônea para fins de licitações públicas de acordo com o § 1º do art. 7, “a”, Lei nº 8.158/91.

46. Face a manifestação acima a Representada requereu às fls. 1545/1556 indeferimento do pleiteado pela Labnew, por total falta de amparo fático e jurídico, como restou sobejamente demonstrado. A Becton cumpriu bem como vem cumprindo, às medidas preventivas decretadas pela D. Secretaria de Direito Econômico, quer na comercialização em questão, quer em qualquer outra.. Portanto requer o indeferimento da aplicação de multa à Becton Dickinson por suposto descumprimento das medidas preventivas.

47. Em 29.4.93, a Becton informou que em vista de ter firmado contrato anteriormente a adoção da medida preventiva, vinha regularmente fornecendo seus produtos. Após a decretação das medidas preventivas e para evitar a prática de atos que pudessem vir a descaracterizar o cumprimento das referidas medidas a Becton, pleiteou, ao Distrito de Saúde de Ermelindo Matarazzo, o cancelamento da Nota de Empenho nº 01.588.1, entretanto teve seu pleito indeferido pelo Diretor daquele Distrito de Saúde, conforme r. decisão publicada no Diário Oficial do Município de São Paulo de 18.2.93. Além de ser indeferido o pedido de cancelamento, foi aplicada a Becton pena de multa no montante de 10%, tendo em vista recusa da Becton em retirar a nota de empenho. A r. decisão em processo administrativo na esfera federal, não obriga o Município de São Paulo, princípio constitucional, preconizado no art. 18 da Magna Carta, em especial, a autonomia municipal do art. 30 do mesmo diploma, portanto o pedido da Becton foi indeferido, determinando-se inclusive o prosseguimento do fornecimento de produtos decorrentes da “Ata de Registro de Preços nº 13/92 - SMS” Correndo o risco de ser declarada inidônea, o que impossibilitará de participar de novas concorrências públicas. A comercialização de produtos decorrentes da referida licitação não está adstrita as medidas preventivas posteriormente decretadas. Os efeitos somente a partir de 30.12.92, isto é após a decretação de tais medidas. Os efeitos são “ex nunc”. As medidas não podem atingir o contrato formalizado anteriormente pela Becton Dickinson com a Prefeitura de São Paulo.

48. A Secretária de Direito Econômico - SDE, às fls. 1.604/1613, Volume VI, fala sobre o pedido incidental, concluindo que a medida preventiva em questão não tem força para suplantiar o ato jurídico perfeito. Por fim conclui às fls. 1649, sejam os autos encaminhados à Inspetora Regional do DPDE no Rio Grande do Sul, por encontrar-se lá pessoal habilitado em ciências contábeis, para criteriosa análise sobre as questões de mérito que envolvem este processo, ou seja verificação da ocorrência de “underselling” nos preços apontados pela empresa representada, tanto no período anterior à adoção da Medida Preventiva, quanto posterior, assim como dos preços indicados em compromisso de cumprimento a Medida Preventiva.

49. A Representante às fls. 1.650/1665, requereu aplicação de multa por descumprimento da Medida Preventiva de acordo com o § 1º, do art. 12, da Lei nº 8.158/91 e que em função desse descumprimento seja a Representada considerada inidônea, para fins de licitação pública, de acordo com o § 1º, do art. 7º “a”, da Lei nº 8.158/91.

50. A Labnew alega às fls. 1.686/1721, Volume VII, que o realinhamento de preços foi insuficiente para cobrir os custos de comercialização usuais de mercado daí conclui que não atendeu a determinação da Medida Preventiva. Que o reajuste ocorrido ficou muito aquém dos valores obtidos com a observância dos percentuais usuais de mercado. Que seja aplicado multa pelo descumprimento da Medida Preventiva - realinhamento de preços que os tornassem compatíveis com seus custos de importação e comercialização - torna-se necessário que de imediato essa SDE, determine a representada que efetue novo realinhamento, sujeitando-a ao pagamento da multa diária até que tal determinações já atendida. É necessária a sua extensão a toda a rede de distribuidores. Requerendo a final aplicação de multa à representada, em face da manifesta insuficiência do realinhamento de preços ocorrida, determinando que novo reajuste seja realizado, com observância, ao menos, dos acréscimos usuais de mercado, sob pena de aplicação de multa diária; ou alternativamente. Aplique multa a representada pela inobservância dos preços por ela mesma informados à SDE com sendo os vigentes a partir da adoção da Medida Preventiva; e imediata extensão da Medida Preventiva aos distribuidores da representada, uma vez caracterizada ação

conjunta para permitir a continuidade da prática do “underselling”.

51. A Secretária de Direito Econômico - SDE, às fls. 1.749/1765, “manifesta entendimento que deve-se considerar a data de pagamento da fatura e não a data da nota fiscal, para análise dos pontos enfocados pois, a toda compra corresponde um pagamento e quando a Becton importa seus produtos tem que vendê-los no Brasil, por um valor em CR\$ que seja suficiente para cobrir os custos de importação, comercialização e ainda, auferir o suficiente para remunerar a atividade e repor seus estoques, e se for considerada a data de venda (nota fiscal) o valor auferido será insuficiente. Concluindo especialmente quanto ao aspecto do descumprimento da media preventiva já que a empresa efetuou realinhamento em seus preços mas, conforme demonstrado, este foi insuficiente para os fins propostos.

52. A Representada às fls. 1.772/1773, diz que diante do descumprimento por parte a Becton da medida preventiva adotada pela SDE, e mantida pelo Ministro da Justiça, para que cessasse imediatamente com a prática de preços adotada, estabelecendo preços compatíveis com seus custos de importação, sob pena de aplicação de multa diária. Todavia, a medida não foi acatada, como já asseverado. Impõe-se, pois, a aplicação da multa, bem como a extensão da medida aos distribuidores. Consequentemente, a demora na adoção das sanções legais está a causar grande dano a requerente, que tem experimentado sensíveis prejuízos em razão da prática danosa já apontada. De outra parte, ao que se evidencia, a mera aplicação da multa não está tendo poder dissuasório, já que a representada continua a praticar o ilícito danoso já apontado. Sendo assim, requer que nos termos do art. 7º, § 1º, alínea “a”, da Lei 8.158/91, seja declarada a inidoneidade da representada para fins de licitação ou contratação.

53. A Becton Dickinson às fls. 1.777/1.792, apresenta esclarecimentos dizendo que vem cumprido às medias preventivas, que a Nova Técnica possui premissas equivocadas especificamente no tocante (i) aos percentuais de despesas administrativas e comerciais, para composição dos custos dos produtos importados pela Representada, (ii) ao “Landed Cost” médio dos produtos (iii) à comparação do valor

na data de recebimento com os preços mínimos indicados a esse D. Departamento, que incluem em seus cálculos expectativa inflacionária de 26%; e (iv) às vendas parceladas em 20,30 e 40 dias, que propiciariam desconto inexistente, uma vez que na média, tratam-se de vendas como se fossem em 30 dias. Portando tomando-se como base os corretos parâmetros indicados na presente manifestação, verifica-se que a Becton, de forma alguma, subestimou os “Landed Cost” médios indicados por ocasião da decretação da média preventiva e, igualmente não houve o insuficiente realinhamento de preços para fins proposto. E, ainda, que o alegado descumprimento da medida preventiva não ocorreu.

54. A Becton Dickinson às fls. 1.795/1.800, faz juntada de interpelação feita a Vara Cível de São Paulo, requerendo a citação da Price Waterhouse, em 23 de novembro de 1993.

55. A Secretária de Direito Econômico - SDE, às fls. 1814/1820, sugere que a Representada tome ciência desta nota oficiando para oferecer ao Departamento, cópia de todas as DI's do ano de 1993 e demais considerações que entender necessárias.

56. A representada às fls. 1824/1832, do Volume VIII, esclarece tal nota com as seguintes considerações desenvolvidas:

a) os percentuais utilizados foram extraídos do Demonstrativo de Resultados da Becton Dickinson, exercício de 1991 pelo Departamento Técnico da Tarifas e apresentados a este DPDE. Como sendo dados oficiais retirados de documentos públicos da empresa.

b) que os dados utilizados como parâmetro para composição de preços e constantes do Demonstrativo de Resultados auferidos pela empresa no ano 1991, isso com relação a todos os produtos que integram a sua linha de fabricação.

c) que os percentuais constantes do referido demonstrativo dizem respeito à empresa como um todo, e não pode ser utilizado especialmente para uma linha de produtos, ou seja tubo para coleta de sangue a vácuo “vacutainer”, objeto do presente feito, que representa somente, 4,75% de todos os

produtos comercializados pela Becton. E o “Vacutainer”, diferente dos demais produtos que são fabricados pela empresa, é importado pronto e acabado, para ser comercializado.

d) que resta claro que cada empresa tem direito a utilizar seus critérios para definir a composição de custos e formação de seus preços de venda para cada linha de produto por ela comercializado, sendo fabricado aqui no Brasil ou importado, pronto e acabado, para simples revenda, como aliás é o caso em questão.

e) que a composição e formação de preços de venda, observa percentuais oficiais e decorrentes de legislação específica, como imposto de importação, ICMS, PIS, etc.

f) que os demais elementos, tais como despesas comerciais, administrativas e margem de lucro, dependerão da própria estrutura organizacional de cada empresa, que para tanto, observará seus critérios relativos a fabricação e comercialização de seus produtos, bem como os critérios geralmente aceitos e utilizados pelas empresas de auditoria.

g) dentro destes critérios é que a empresa poderá definir os respectivos percentuais, que devem ser observados para a formação do preço de seus produtos a possibilitar cobrir todos os custos, e, ainda, permitir a continuidade de suas atividades.

h) assim teve em 1991, despesas administrativas e comerciais da ordem de 23,15% (7,66% e 15,448%, respectivamente). Portanto no tocante a cada linha de produto os percentuais são diferentes, pois não se pode generalizar tais despesas para produtos completamente distintos.

i) dentro deste contexto, deve ser levado em consideração o fato de que o tubo “vacutainer”, como dito, é importado, pronto e acabado, para ser vendido. Assim possui tal produto uma estrutura administrativa/comercial específica e diversa dos demais.

j) que os demonstrativos de resultado - exercício de 1991, traduzem realmente, dados oficiais no tocante a Becton. Todavia, o que se analisa perante esse Departamento é a linha

de tubos para coleta de sangue à vácuo “vacutainer”, que representa, somente 4,75% do faturamento da Becton.

1) Inicialmente as importações eram feitas via aérea ficando O L C muito alto, porém a partir de 1993 vem sendo feito de transporte marítimo, conseqüentemente o “Landed Cost”, é significativamente menor.

Com esses esclarecimentos a representada diz que de forma alguma subestimou o “Landed Cost”, tampouco houve insuficiente realinhamento de preços e, principalmente, a Becton não descumpriu as medidas preventivas decretadas, devendo o pleito da Labnew ser integralmente indeferido.

57. Foi solicitado a Becton Dickinson cópias das notas fiscais de vendas à vista dos produtos de códigos 367.724, 367.753 e 6430, efetuadas nos meses de janeiro e fevereiro/93. Respondeu dizendo não praticar venda à vista dos produtos da linha “vacutainer”, a não ser em casos muito excepcionais que, de qualquer forma, não ocorreram nos meses de janeiro e fevereiro de 1993. Esclarece ainda, que não existe produto de código 367.753 e que, o produto objetivado deve ser o de código 367.653. Se coloca à disposição de encaminhar cópia das notas fiscais das vendas à prazo, realizadas nos meses em questão e relativas aos produtos indicados no referido ofício nº 329/94.

58. A Labnew às fls. 2.626/2.627, dirige ofício à Secretária de Direito Econômico/MJ, informando sobre Memorial dirigido à Polícia Federal, pelos Deputados Federais Dr. Dércio Kmop e Dr. Nilton Baiano, referente às questões do contrabando envolvendo a empresa Becton Dickinson. Neste Relatório foram apuradas variações de 5 a 91% nos fretes marítimos de um mesmo produto, injustificáveis pois ocupam a mesma área de um container. Os dados levantados revelam a grande habilidade da Becton em alocar despesas aos seus Custos de Internação de maneira a atender suas mais obscuras necessidades.

Alega que analisando mais detalhadamente os dados existentes nas planilhas contendo os Custos de Internação da Becton, observa-se que 12% dos LC's apresentados não cobrem nenhuma despesa: 29% considerando-se as Despesas Aduaneiras de 7,5%, adotadas pelo DTT/SECEX como sendo

as usuais de mercado, durante as investigações anti-dumping, 79% dos LC's só conseguem absorver o imposto de Importação e as Despesas Aduaneiras. Apenas para lembrar são necessárias, no mínimo, quatro despesas para obter o Custo de Importação, ou seja: frete, seguro, imposto de importação e despesa aduaneira.

Informa, também que em levantamento realizado para o DPDE, informou o Dr. Daniel Plamplona, coordenador da seção, que referido trabalho não constitui resultado de investigação. E que o trabalho do Dr. Ricardo Isidoro se prendeu a simples conferência dos dados fornecidos pela Becton, contestando, nesta oportunidade, erros na conversão do dólar.

59. A Representada às fls. 2.644/2.659, em atendimento ao Ofício /DEPDE/Nº 438/94, responde suas perguntas e informa que o Imposto Adicional de Importação de até 54,13%, recém-adotado pelo DTT/SECEX, não foram agregados na base de cálculos para o estabelecimento dos Custos de Internação do produto, não resta dúvida de que as análises econômicas seguramente serão prejudicadas. Diz que surge nova revelação: a matriz da Becton nos Estado Unidos reduziu, ainda mais, os seus preço de exportação para o Brasil em plena vigência da Medida Preventiva adotada pela SDE, e o mesmo instante que estava sendo submetida às investigações anti-dumping. No pedido pede a aplicação de multa a representada, por descumprimento da Medida Preventiva, determinando um novo realinhamento seja realizado, com observância dos acréscimos usuais de mercado, e agora adicionando a sobretaxa previstas na Portaria nº 556 do Ministério da Fazenda, sob pena de aplicação de multa diária, ou alternativamente; aplique multa à representada pela inobservância dos preços por ela própria informados a SDE como sendo os vigorantes a partir da adoção de Medida Preventiva e, extensão da medida preventiva aos distribuidores, uma vez que caracterizada ação conjunta para permitir a continuidade da prática do underselling, conforme demonstrado em petição de fls. 1.686 e seguintes.

60. O Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE/SDE às fls. 2.690/2.695, ao analisar as questões suscitadas às fls. 2.633, teceu algumas considerações julgadas relevantes no tocante a preços e moeda adotada, pois os preços a serem considerados, se o da data do efetivo

pagamento da fatura ou o estampado na nota fiscal, vale ser dito que é prática comum registrar contabilmente as vendas e as contas a receber delas decorrentes na ocasião da emissão das notas fiscais de vendas, que é praticamente simultânea à entrega (embarque ou despacho) das mercadorias.

Diz que as despesas financeiras embutidas nos preços das transações a prazo, em relação aos correspondentes preços à vista, têm sido um dos problemas de mais difícil solução pela contabilidade, na apuração dos resultados das empresas.

A contabilidade, conforme já salientado, baseia-se nos documentos que suportam essas transações, registrando-as pelos valores constantes dessas notas fiscais e faturas, o que é obrigatório pela nossa legislação, notadamente a relativa ao Imposto de Renda, IPI, ICMS, e outros, o que provoca distorções significativas nas operações das empresas. A legislação ignora que a mesma venda, se fosse à vista, seria contratada por um valor menor, já que as empresas embutem nas à prazo a inflação esperada no período, e por vezes o custo dos juros reais do mesmo período. Nos países de moeda forte, torna-se de importância fundamental nos países com inflação, quando os índices inflacionários e os juros embutidos tendem a ser bem maiores e, conseqüentemente, maiores as distorções. Essas taxas visam minimizar, pelo menos, a perda com a inflação esperada no período da venda até o recebimento. Nas transações a prazo com juros embutidos, a prática normal é de proceder na contabilidade a uma redução desses ativos ao seu valor atual ou presente, mediante a técnica do desconto. Essa técnica não é nova, decorre dos conceitos de avaliação de ativos a valores de saída. A doutrina contábil diz que quando a cobrança e transformação em dinheiro exigem um período de espera (prazo de vencimento), o valor atual ou presente desses ativos a receber é inferior ao valor final que se espera cobrar e quanto maior o prazo, menor o valor atual. O valor atual se determina pelo processo de desconto, ou seja no caso vertente o preço que o DPDE deve considerar para a análise de “underselling” é o da nota fiscal, avaliados pelo seu valor líquido de realização. No caso presente para efeito da análise, os valores das receitas devem ser convertidos em dólar americano, pela taxa cambial corrente na data do evento (venda e recebimento).

61. A representada às fls. 2.746/2752, submete à apreciação a SDE, proposta de compromisso de cessação nos seguintes termos:

Considerando que, foi instaurado pela SDE, por despacho publicado no “Diário Oficial da União” em 09.07.92, o processo administrativo nº 49/92, em decorrência de representação formulada por suposta prática de “underselling”, incorrendo em alegada violação à ordem econômica.

A representada, para a efetivação da proposta, às fls. 2749, suscita o artigo 53 da Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que autoriza, em qualquer fase do processo de investigação de infração à ordem econômica, pela SDE, ad referendum do Conselho de Defesa Econômica - CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, não importa em confissão quanto à matéria de fato, nem no reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

O compromisso de cessação suspenderá o processo enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação, e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições nele estabelecidas. Ressaltando que, os termos serão irrevogáveis e irretroatáveis, na conformidade de como se regerá suas cláusulas:

a) A Becton se obriga a não praticar preços pelo prazo 06 (seis) meses, inferiores aos preços dos produtos, por elas comercializados e constantes das anexas listas de preços, denominadas anexos 01 a 03, e rubricados pela Becton e pela SDE, que passarão a fazer parte integrante do presente compromisso de cessação.

b) No presente instrumento, estabelece a Multa diária no valor correspondente a 5000 (cinco mil), Unidades Fiscais de referência - UFIR, a ser imposta pela SDE à Becton, no caso de descumprimento do compromisso de cessação.

c) A Becton se obriga ainda, a apresentar trimestralmente, relatório sobre a sua atuação no mercado, especificamente, em relação aos preços de comercialização dos produtos constantes nos anexos 01 a 03 praticados no período, bem como, manter a SDE devidamente informada sobre

eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividade e localização.

d) O processo administrativo nº 49/92, permanecerá suspenso enquanto estiver em curso o presente compromisso de cessação, e será arquivado ao término do prazo de 06 (seis) meses, contados da data da assinatura do instrumento, se cumprido o compromisso.

62. A representada, às fls. 2.754/2.776, apresenta defesa final, requerendo em face da apresentação de proposta de compromisso de cessação, seja determinado o sobrestamento do processo, a fim de que, a requerida proposta seja apreciada pelo DPDE, e que com a aprovação da SDE e com o ad referendum do CADE; consubstanciará o compromisso de cessação.

Que sejam indeferidos todos os pleitos da Labnew, uma vez que foi amplamente demonstrado o cumprimento das medidas preventivas, e seja levado o presente feito à elaboração de relatório final e julgamento. Requerendo, a produção de todas as provas pela Becton, por meio de seu arrazoado de defesa prévia, no tocante ao mérito. Por fim, requer o seu arquivamento.

63. A SDE às fls. 2.784/2.814, analisa a proposta de compromisso de cessação, manifesta-se, concluindo que, os preços praticados pela empresa, à época, não eram compatíveis com os custos de importação e comercialização interna.

E, considerando que, segundo o parecer técnico do Ministério da Fazenda, as duas empresas concorrentes, no mercado de coleta de tubos de sangue à vácuo eram Becton Dickinson e Labnew, sendo que a primeira, por sua posição no mercado era formadora de preços e portanto tendo a possibilidade impor margens, entende-se pela subsistência de fortes indícios e infração à ordem econômica, especificamente no art. 3º inc. I, XIII e XVI da Lei nº 8.158/91, infrações estas, contempladas também no art. 20 inc. I, II e IV, por meio de condutas elencadas no art. 21, itens IV, V, XVIII da Lei 8.884/94.

64. O DPDE às fls. 2.816/2.819, concluí que, estando devidamente instruindo o processo e uma vez caracterizada a conduta inflacionaria praticada pela

Representada, devem os autos ser encaminhados ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para o devido julgamento, nos termos do disposto no art. 39 da Lei nº 8.884/94 c/c o art. 7º da MP nº 530, já reeditada.

Manifesta-se, aduzido que a remessa dos autos ao CADE, não resultará, em absoluto, em qualquer prejuízo à representada, no que diz respeito à celebração do pretendido “Compromisso de Cessação”, já que este pode ser firmado, tanto pela SDE como pelo próprio CADE. Além do mais, se este fosse firmado no âmbito dessa Secretaria de Direito Econômico, estaria condicionado ao referendo do CADE.

Diante disto, com a remessa dos autos ao CADE, este Conselho poderá analisar, preliminar, a proposta de cessação de prática formulada pela Representada, bem como a análise técnica já elaborada por este DPDE, reunindo maiores condições de celebrar o compromisso de cessação.

65. Quanto ao compromisso de cessação proposto, o Secretário de Direito Econômico, se manifesta no sentido de inadimiti-lo, em face da análise técnica procedida às fls. 2.784/2.794, no âmbito da SDE.

E que, como observado às fls. 2.819, a proposta encontra-se distanciada na análise feita pelo DTT e pelo DPDE no que diz respeito ao “Landed Cost” além de a esta altura, importar em retardamento do feito, já que qualquer negociação no âmbito do SDE deverá ser submetido ao CADE, quando o processo já se encontra maduro para o relatório final.

Finalmente, adota expressamente ao CADE para o julgamento, acrescentando ainda, que, conforme salientado às fls. 2807/2812, por descumprimento a medida preventiva adotada no curso do procedimento. Oficie-se ao Ministério Público, nos termos e para os fins do artigo 12 da MP nº 750 de 06 de Dezembro de 1994, bem como a Procuradoria da Fazenda Nacional, para a inscrição da Dívida Ativa e respectiva cobrança.

66. A Representada, às fls. 2.827 a 2.848 em resposta à decisão de fls. 2.820/2.821, exarada pela SDE, e uma vez que foi distribuída em 07.10.93, representação da Becton Dickson contra a Labnew, e por despacho teve seu

processamento sobrestado até o julgamento final deste processo administrativo, sem que tenha sido levado em consideração as denúncias feitas pela Becton Dickson dos atos de concorrência desleal e infrigentes à ordem econômica, praticados pela Labnew, requer a reconsideração de parte daquela decisão de fls. , uma vez que o r. despacho de fls. 2.816/2.819 não atentaram para diversos fatos constantes e comprovados nos autos, ou se de outra forma entender para que seja a presente recebida como recurso voluntário a ser encaminhado ao plenário do CADE, como previsto no § 2º, do art. 52 da Lei nº 8.884/94.

67. A Representada às fls. 2.840/2.843, requer a confidencialidade dos anexos em separados apresentados à SDE mantidos fora dos autos, e que seja submetido a proposta de termo de compromisso de cessação à apreciação do plenário do E. CADE.

68. A Representada às fls. 2.861/2.862, requer ao Conselheiro Relator/CADE, que se determine a devolução do presente processo a D. SDE, para que aprecie a petição da Becton datada de 19.12.94, como de direito.

69. O Conselho Relator/CADE, às fls. 2.863/2.864, em sua apreciação, indeferiu o pedido de devolução do processo administrativo à SDE. Recebendo-o, em contrapartida, como recurso voluntário da decisão atacada, de vez que, interposto no prazo de 05 (cinco) dias, estatuído pelo art. 52, § 2º da Lei Brasileira Antitruste.

70. Às fls. 2.869, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional/MF., dirige ofício ao Presidente do CADE esclarecendo que, a inscrição do crédito como Dívida Ativa da União, no caso vertente, de acordo com a Lei nº 8.884/94, em seu art. 10, é da competência da Procuradoria do CADE.

71. Às fls. 2870/2884, a Labnew requer ao E. CADE, adoção de medida preventiva nos termos do art. 52 da Lei Antitruste Brasileira, determinando-se à representada, que se abstenha de, direto ou indiretamente, praticar preços inferiores ao seu custo, sob pena de incidir multa diária que se pede seja fixada em grau máximo 100.000 (cem mil) UFIR's, conforme estabelecido pelo art. 25 daquele diploma legal. Finalmente, requerendo, que cópia da presente e de seus

anexos, com exceção dos dados confidenciais, sejam encaminhados ao Min. Público Federal, para serem adotadas as medidas cabíveis no âmbito daquela Instituição.

72. O Conselho Relator do CADE às fls. 2.982, Volume 10º, em despacho abre vista às partes Representada e Representante pelo prazo de 5 dias, com o pedido de informações de fls. 2.983/2.984 e fls. 2987 respectivamente.

73. A representante às fls. 2.991/3.003, ratifica as informações já prestada em todos os volumes do processo, acrescentando que no intuito de demonstrar a importância do mercado de tubos para coleta de sangue a vácuo, a representante salienta que esse produto é utilizado em 75% das coletas de sangue atualmente realizadas no Brasil, sendo que o uso de seringas e frascos ou tubos de ensaios se restringe aos restantes 25%.

74. Por fim, a Becton Dickinson propõe novamente ao CADE a celebração de “Termo de Compromisso de Cessação”, objetivando manter, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrencias do mercado coleta de sangue a vácuo, obrigando-se a proteger as condições concorrenciais do mercado coleta de sangue a vácuo, obrigando-se daqui por diante a abster-se de práticas ou condutas que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado ou aumentar arbitrariamente os lucros, e cumprindo fielmente as obrigações aqui estabelecidas, pelo prazo de 2 (dois) anos.

75. Não foram, ainda, apreciados neste Relatório Preliminar as questões de ordem econômica, nem pretendemos, abordar o mérito do presente processo. Faremos posteriormente no Relatório Final.

76. Este breve relato do processo, que já acumula 10 volumes e mais de 3.457 páginas, é para subsidiar um posicionamento preliminar dos demais Conselheiros e suscitar possíveis dúvidas e indagações, que serão oportunamente encaminhadas às partes.

Brasília, 14 de agosto de 1996.

MARIA DOS ANJOS ALVES QUARESMA  
Assistente Processual

**VOTO DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS  
CASTRO**

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 49/92  
REPRESENTANTE: Labnew Indústria e Comércio  
REPRESENTADA: Becton Dickinson Indústrias Cirúrgicas  
Ltda.

REPRESENTAÇÃO Nº 196/93  
REPRESENTANTE: Becton Dickinson Indústrias Cirúrgicas  
Ltda.  
REPRESENTADA: Labnew Indústria e Comércio

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR Nº 08000.018076/94-21  
REPRESENTANTE: Labnew Indústria e Comércio  
REPRESENTADA: Becton Dickinson Indústrias Cirúrgicas  
Ltda.

RELATOR: Conselheiro Edison Rodrigues-Chaves

**PEDIDO DE VISTAS: CONSELHEIRO RENAULT DE  
FREITAS CASTRO**

**VOTO**

1. A Minuta de Termo de Compromisso de Cessação submetida ao Plenário do CADE em Sessão Ordinária realizada em 11 de dezembro, tendo em um único instrumento, como compromissárias, as empresas Labnew e Becton Dickinson, decorre de três procedimentos. O primeiro diz respeito ao Processo Administrativo nº 49/92, originário de representação formulada por Labnew contra Becton Dickinson por prática de “underselling”. O segundo trata da Representação nº 196/93, em que Becton Dickinson apresenta denúncia contra Labnew pela mesma prática. Este procedimento foi apensado ao citado processo administrativo. O terceiro e último procedimento, Averiguação Preliminar nº 08000.018076/94-20, resultou de uma reiteração de denúncia apresentada por Labnew contra

Becton Dickinson, razão pela qual também foi apensada ao Processo Administrativo nº 49/92.

2. Prevê o art. 53 da Lei nº 8.884/94, “*verbis*”.

“Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada” (Grifei).

Como pode se constatar da leitura do dispositivo acima transcrito, o compromisso de cessação requer para sua celebração a existência de processo administrativo, ou seja, a presunção de indício de prática anticoncorrencial é pressuposto para a celebração do compromisso.

Verifica-se que o procedimento existente contra Labnew nada mais é que uma simples representação, que, indevidamente apensada ao Processo Administrativo nº 49/92, não legitima a celebração do compromisso, portanto não assegura que a conduta imputada à empresa tenha sido objeto de suficiente investigação para que se possa concluir pela necessidade de instauração do competente processo administrativo.

3. O compromisso de cessação constitui-se em instrumento que tem por objetivo restaurar, de pronto, as condições concorrenciais no mercado.

Este instrumento preserva a posição de defesa do indiciado, visto que, uma vez celebrado, não importará confissão quanto à maneira de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta sob apuração.

Diferentemente das formas normais de por termo ao processo administrativo - improcedência ou procedência da representação (condenação) -, a celebração de compromisso de cessação pelo indiciado importará na suspensão do processo, o qual, ao término de um prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo, aí sim será arquivado.

Como se pode concluir, não se trata apenas do Plenário aprovar uma Minuta de Termo de Compromisso de Cessação a ser assinado pelo indiciado; muito mais, trata-se de decisão Plenária que importará na suspensão e, depois, no arquivamento de um processo administrativo.

Assim considerado, igualmente ao que se sucede quando do julgamento de processos administrativos, devem os Conselheiros, bem como a Procuradora-Geral ter conhecimento dos fatos que constituem o processo e as diligências nos autos realizadas - Relatório - bem como das razões que ensejaram o Conselheiro-Relator a aceitar compor com indiciada - Voto.

4. Isto posto, meu voto é no sentido de que a Representação nº 196/93 seja encaminhada à SDE para que, em entendendo aquela Secretária pela existência de indício de prática restritiva, instaure o competente processo administrativo contra a empresa Labnew.

5. Quanto ao Processo Administrativo nº 49/92, manifestar-me-ei sobre eventual proposta de compromisso de cessação a ser celebrado nos autos quando for este termo trazido a Plenário acompanhado de relatório e voto do Relator, apresentados de forma que permita a formação de juízo sobre tão complexa matéria e sobre as razões da proposta aceita pelo Conselheiro-Relator.

Finalmente, sugiro que seja verificada a conveniência de que o Termo de Compromisso de Cessação que se pretende firmar seja colocado à disposição de terceiros na Secretaria do CADE, por um prazo a ser determinado pelo Conselheiro-Relator, para que, em havendo interesse, sobre o instrumento se manifestem. Tal diligência deve ser precedida de publicação no Diário de Oficial da União, assegurando a necessária transparência a atos dessa natureza.

É o meu voto.

Brasília, 18 de dezembro de 1996.

RENAULT DE FREITAS CASTRO  
Conselheiro

## **VOTO DA CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO**

Processo Administrativo nº 49/92

Representante: Labnew Indústria e Comércio Ltda.

Representada: Becton Dickinson Ind. Cirúrgicas Ltda.

Averiguação Preliminar nº 0800.018076/94-20

Representante: Labnew Ind. e Comércio

Representada: Becton Dickinson Ind. Cirúrgica Ltda.

Representação nº 196/93

Representante: Becton Dickinson Ind. Cirúrgica Ltda.

Representada: Labnew Ind. e Comércio Ltda.

Relator: Conselheiro Edison Rodrigues-Chaves

Voto Vogal da Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva sobre a minuta de compromisso de cessação no Processo Administrativo n. 49/92.

1. Eu já tive oportunidade de manifestar meu desconforto com a minuta de termo de compromisso de cessação examinado na última sessão. Eu mantenho minhas razões de decidir, já expostas e a serem incorporadas em voto escrito ao processo, para rejeitar a proposta apresentada de compromisso de cessação envolvendo igualmente as empresas Labnew e Becton & Dickinson.

2. A proposta de compromisso de cessação de prática, envolvendo as duas empresas, apresenta inconsistências lógicas que prejudicam a compreensão de seu alcance.

3. Não é clara a racionalidade econômica da venda por preço abaixo do custo, o que corresponde ao objeto

da mútua acusação, por parte de duas empresas que compartilham um mercado

4. A prática de underselling só faz sentido econômico como parte de uma estratégia, empreendida de forma unilateral, para dominação de um mercado. Nesse caso, a firma calcula que os ganhos futuros que obterá, uma vez afastado do mercado o concorrente, descontados ao valor presente, serão maiores que as perdas realizadas com a cobrança temporária de preço abaixo do custo. Assim, para identificar a existência do ilícito seria necessário evidenciar a ocorrência da estratégia.

5. De outra parte, a cobrança simultânea de preço abaixo de custo por parte de duas empresas ocorre, de forma mais verossímil, como um “acidente de percurso” em uma “guerra de preços” entre empresas que disputem acuradamente um mercado. Ao perceberem as perdas que involuntariamente estão realizado no processo concorrencial, as firmas podem procurar chegar a um acordo, de modo a cessar a concorrência em preços. Esta, lembre-se, é historicamente a origem do instituto do cartel, em sua forma clássica.

6. A proposta de compromisso de cessação, tal como apresentada, implica a chancela por parte do CADE, de um acordo para cessar a concorrência em preços entre as empresas Labnew e Becton & Dickinson no mercado de tubos de vidro para coleta de sangue à vácuo. Como tal é inaceitável, por agredir frontalmente os objetivos da defesa da concorrência, ao dar respaldo legal a um acordo entre empresas com potencial de dano evidente à concorrência. Há fortes indícios que o acordo de natureza privada, ao qual se propõe ganhe estatuto público com a chancela do CADE, encobre nova infração à ordem econômica, tipificado no inciso primeiro do artigo 21 da Lei 8.884/94.

7. Entendo, contudo, que tratamento em separado dos casos que vieram a mesa, respeita ao mesmo tempo o direito da representada de procurar firmar compromisso de cessação a qualquer tempo e, de outro lado, a obrigação da autoridade administrativa de investigar suficientemente para verificar a procedência ou não de acusações, a presença ou não de indícios de dano ao bem público representado pelo

mercado. Afasta, por outro lado, o tratamento em separado, a suspeita de que o compromisso entre as empresas encubra novo ilícito. Entendo que a disposição da Labnew em firmar conjuntamente com a Becton & Dickinson compromisso de cessação é motivada mais pela intenção de alcançar uma solução para o problema que enfrenta do que pelo temor da continuidade e do resultado do processo. Por essa razão, rejeito a proposta de termo de cessação envolvendo a Labnew e a Becton & Dickinson.

8. Considero aceitável proposta alternativa, em que são tratados em separado o processo, a representação e a averiguação preliminar em exame sendo estas últimas remetidas à SDE, para que se dê prosseguimento à investigação. Quanto ao compromisso proposto referente ao processo de nº 49/92, com os adendos efetuados pelo Conselheiro Fonseca, considero razoável e concordo com que seja firmado pela Becton-Dickinson perante o CADE.

É o meu voto  
Brasília, 18 de dezembro de 1996.  
Lucia Helena Salgado e Silva  
Conselheira do CADE

## TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Pelo presente instrumento, de um lado, o CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, neste ato representado por seu Presidente Gesner José Oliveira Filho, conforme disposto no inciso VII, do art. 8º, da Lei 8.884/94, de 11 de junho de 1994, doravante designado CADE e, de outro, BECTON DICKINSON INDÚSTRIAS CIRÚRGICAS LTDA., doravante designada BECTON DICKINSON, sociedade por quotas de responsabilidade limitada, com sede na Cidade de Juiz de Fora, Estado de Minas Gerais, na Avenida Presidente Juscelino Kubtscheck, 273, inscrita no C.G.C.M.F. sob nº 21.551.379/0001-06, neste ato representada por seus Diretores Celso Rocha Villas Boas, brasileiro, casado, administrador de empresas, portador da Carteira de Identidade R.G. nº 3.369.087, inscrito no C.P.F.M.F. sob nº 066.735.038-15; e Emmanuel Santana Barbosa, brasileiro, casado, administrador de empresas, portador da Carteira de Identidade R.G. nº M 310.370 SSP/MG, inscrito no C.P.F.M.F. sob nº 057.389.546-53; bem como assistida por seus procuradores Antonio Carlos Gonçalves, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/DF sob nº 392-A Sup., e Flávio Lemos Belliboni, brasileiro, casado, advogado, inscrito na OAB/DF sob nº 1.423-A Sup., ambos com escritório no Setor Comercial Sul, Quadra 1, Bloco “I”, Edifício Central, 6º andar, em Brasília, Distrito Federal, na qualidade de representada no processo administrativo nº 49/92, em que se lhe imputam a infração contra a ordem econômica prevista no inciso XVIII, do artigo 21 da Lei nº 8.884/94, consubstanciada na suposta prática “underselling” (preços abaixo de custo de fabricação), na comercialização de tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo (tubos de vidro “Vacutainer”), importados por BECTON DICKINSON da BECTON DICKINSON & COMPANY, sediada nos Estados Unidos da América e, atualmente, também da BECTON DICKINSON UK Limited, sediada em Plymth, Inglaterra, considerando que nenhuma decisão de mérito foi tomada pelo CADE, no referido processo, tendo em vista o disposto no artigo 53, da Lei nº 8.884, de 13.6.1994, resolveram celebrar o presente Termo de Compromisso de Cessação, aprovado pelo

Plenário do CADE na 27ª Sessão Ordinária, realizada no dia 18 de dezembro de 1996, cuja ata faz parte integrante deste instrumento, em conformidade com as seguintes cláusulas e condições:

## DA PRESUNÇÃO LEGAL

### CLÁUSULA PRIMEIRA

A celebração deste Termo de Compromisso de Cessação, conforme expresso no art. 53, da Lei 8.884/94, não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada.

## DO OBJETO

### CLÁUSULA SEGUNDA

Este Termo de Compromisso de Cessação tem por objeto manter, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais do mercado relevante de tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo, obrigando-se a BECTON DICKINSON DAQUI por diante, a abster-se de práticas ou condutas que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado ou aumentar arbitrariamente os lucros, cumprindo fielmente as obrigações aqui estipuladas e fixando o CADE, para tanto, os padrões de concorrência que regerão o referido mercado durante o prazo de vigência deste Compromisso, aos quais adere a BECTON DICKINSON.

## DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS

### CLÁUSULA TERCEIRA

Para a consecução do objeto deste instrumento, a BECTON DICKINSON assume a partir da assinatura deste Termo de Compromisso de Cessação, a obrigação de praticar preços, na comercialização de tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo, que estejam em conformidade com seus custos de importação e comercialização.

## DAS OBRIGAÇÕES NEGATIVAS

## CLÁUSULA QUARTA

A BECTON DICKINSON assume, a partir da assinatura deste Termo de Compromisso, as obrigações negativas estabelecidas nas subcláusulas desta Cláusula.

### SUBCLÁUSULA PRIMEIRA

A BECTON DICKINSON se compromete, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, a se abster de praticar preços inferiores aos preços de custo de importação e comercialização para os tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo - linha "Vacutainer".

### SUBCLÁUSULA SEGUNDA

Os de custos para efeitos de fiscalização, poderão ser reduzidos caso haja efetiva redução nos custos de importação e comercialização interna dos produtos, mas desde que a BECTON DICKINSON comprove que a manutenção das condições previamente contratadas provocara excessiva onerosidade à empresa, e que tal redução não acarretara prejuízo para o mercado.

### SUBCLÁUSULA TERCEIRA

Assume a BECTON DICKINSON as obrigações do presente instrumento, uma vez que:

- (i) os custos variam em razão dos diferentes custos de frete na importação dos produtos, bem como em razão da Portaria nº 556/93, baixada pelo Ministro da Fazenda, publicada em 19.10.1993, que estabeleceu direito antidumping na importação de tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo provenientes dos Estados Unidos da América, na forma de sobretaxa de imposto de importação abaixo especificadas, o que não ocorre para os produtos provenientes de importações da Inglaterra:

“CÓDIGO DA TAB	ESPECIFICAÇÃO	DIREITO ANTI-DUMPING
3822.00.9900	“Ex” 001 - Reagente para teste de coagulação hematológica, a base de gel ou citrato de sódio tamponado, acondicionado em tubo de vidro esterilizado com cobalto e rolha siliconizada, próprio para coleta de sangue a vácuo	48,60%
3822.00.9900	“Ex” 002 - Reagente para teste de glicose a base de oxalato de potássio e fluoreto de sódio, acondicionado em tubos de vidro de vidro esterilizado com cobalto e rolha siliconizada, próprio para coleta de sangue a vácuo	8,63%
3822.00.9900	“Ex” 003 - Reagente para testes hematológicos à base de sais de EDTA, acondicionado em tubo de vidro siliconizado ou não e rolha siliconizada, próprio para coleta de sangue a vácuo	54,13%
7017.90.9999	“Ex” 001 - Tubo de vidro transparente, incolor, estéril, siliconizado ou não, com rolha siliconizada e capacidade voluntária de até 20 ml, próprio para coleta de sangue a vácuo	34,42%

(ii) a composição dos custos está relacionada à atual alíquota de imposto de importação de 14% conforme Portaria do Ministro da Fazenda nº 507, de 23.9.1994, publicada no “Diário Oficial” da União em 26.9.1994; e

(iii) para fixação dos custos são levados em consideração todos os cálculos de despesas de importação dos tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo, provenientes dos Estados Unidos da América e da Inglaterra.

## DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

### CLÁUSULA QUINTA

A BECTON DICKINSON assume as obrigações aqui estabelecidas em seu nome, de seus prepostos, terceiros contratados e empresas subsidiárias, cujos atos sejam de sua responsabilidade, contratual ou legalmente supervisionar, controlar ou deles ser informada, dando-lhes, para tanto, ciência do inteiro teor deste Termo de Compromisso de Cessação.

## DAS INFORMAÇÕES AO CADE

### CLÁUSULA SEXTA

A BECTON DICKINSON, além de todas as informações que lhe forem solicitadas pelo CADE durante o prazo de vigência do presente Compromisso de Cessação, compromete-se a elaborar e enviar ao CADE, relatórios semestrais, a contar da data de assinatura do Termo de Compromisso, sobre sua atuação no mercado, especificamente em relação aos preços dos tubos de vidro para coleta de sangue a vácuo, por ela comercializados e praticados no período, relatórios esses a serem submetidos ao CADE, até 30 (trinta) dias após a data do semestre vencido.

### SUBCLÁUSULA PRIMEIRA

Para efeito de verificação das informações a serem prestadas nos relatórios a serem apresentados semestralmente em conformidade, com o caput desta cláusula, será contratada, mediante concordância prévia do CADE, empresa de auditoria independente ou de consultoria de notária especialização, que após realizar inspeções nos escritórios e nas instalações da BECTON DICKINSON, emitirá parecer a respeito, e os honorários para tal mister serão arcados pela BECTON DICKINSON.

### SUBCLÁUSULA SEGUNDA

Eventuais mudanças na estrutura da BECTON DICKINSON em seu controle acionário ou administrativo, em suas

atividades ou sem sua localização, deverão ser comunicadas de imediato ao CADE.

#### SUBCLÁUSULA TERCEIRA

No caso de informações e relatórios incompletos ou evasivos, o CADE intimará a BECTON DICKINSON a complementar as informações faltantes, no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

#### SUBCLÁUSULA QUARTA

Se não apresentadas as informações solicitadas, o CADE, sem prejuízo da penalidade estabelecida na Cláusula Oitava, da mesma forma contratará auditoria independente, indicada pelo plenário do CADE, para realizar vistoria nos escritórios ou instalações da BECTON DICKINSON, que arcará com os honorários dos profissionais contratados para tal mister.

#### SUBCLÁUSULA QUINTA

As informações, documentos e relatórios que, de acordo com este Termo de Compromisso de Cessação, devam ser enviados ao CADE, serão entregues, na Autarquia, no Anexo II, do Ministério da Justiça, 2º andar, em envelope fechado, com a inscrição “confidencial”, assegurando-se o sigilo em seu recebimento e guarda, endereçado ao Conselheiro Relator, responsável pela fiscalização do cumprimento do presente Termo de Compromisso de Cessação.

#### DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

#### CLÁUSULA SÉTIMA

O processo ficará suspenso durante o período de vigência do Compromisso de Cessação, sem qualquer decisão de mérito, podendo ter continuidade se a BECTON DICKINSON deixar de cumprir quaisquer das obrigações aqui estabelecidas, sem prejuízo da execução judicial de que trata o § 4º, do art. 53, da Lei nº 8.884/94.

#### SUBCLÁUSULA ÚNICA

O descumprimento das obrigações assumidas neste Termo será apurado mediante processo regular, assegurado à BECTON DICKINSON, o amplo direito de defesa.

## DAS MULTAS

### CLÁUSULA OITAVA

Pelo descumprimento das obrigações assumidas, neste Termo de Compromisso de Cessação, a BECTON DICKINSON ficará sujeita a multa diária, enquanto perdurar eventual descumprimento, no valor de 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente, nos termos do artigo 25, da Lei nº 8.884/94.

## DA DURAÇÃO DO COMPROMISSO

### CLÁUSULA NONA

As obrigações pactuadas no presente instrumento serão rigorosamente cumpridas pela BECTON DICKINSON, durante o prazo de 36 (trinta e seis) meses, contados da assinatura do presente Termo.

### SUBCLÁUSULA ÚNICA

Terminado o prazo assinalado no caput, desta Cláusula Nona, a BECTON DICKINSON entregará ao CADE, no prazo de 60 (sessenta) dias, relatório final sobre sua atuação no mercado, de conformidade com as obrigações assumidas, acompanhado de toda a documentação necessária à demonstração de suas afirmações.

## DO ARQUIVAMENTO

### CLÁUSULA DÉCIMA

Aceito o relatório final o processo será arquivado, sem qualquer decisão sobre o mérito da representação, obedecidas as normas regimentais do CADE.

## DA PUBLICAÇÃO

### CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA

Este Termo de Compromisso de Cessaçãõ será publicado em sua integra no Diário Oficial da União.

E, por estarem de acordo, assinam este Termo em duas vias de igual teor e forma, perante as duas testemunhas abaixo indicadas, presentes a tudo.

Brasília, 8 de janeiro de 1997

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA  
Gesner José de Oliveira Filho  
Presidente

BECTON DICKINSON INDRIAS CIRÚRGICAS LTDA

Celso Rocha Villas Boas  
Antonio Carlos Gonçaves

OAB/SP n 27.568  
OAB/DF n 392-A Sup

Emmanuel Santana Barbosa  
Flávio Lemos Belliboni  
OAB/SP n 88.210  
OAB/DF n 1.423-A Sup

TESTEMUNHAS

1. - Maria Abadia Alves  
OAB/MG  
53.953

2. - Krysia Aparecida Avila  
RG: 1.379.219  
SSP/DF

# LEGISLAÇÃO



ARGENTINA

LEY N° 22.262

**LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

(De 1 de agosto de 1980)

CAPÍTULO I.- ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY; art.1 a 5.

CAPÍTULO II.- INSTANCIA ADMINISTRATIVA.

Sección I.- Comisión de Defensa de la Competencia; art.6 a 16.

Sección II.- Procedimiento; art.17 a 31.

CAPÍTULO III.- INSTANCIA JUDICIAL.

Sección I.- Ejercicio de las acciones -  
Procedimiento aplicable; art.32 a 40.

Sección II.- De las penas en caso de delito; art.41 y 42.

CAPÍTULO IV.- DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y  
COMPLEMENTARIAS; art.43 a 48.

LEY N° 22.262

Buenos Aires, 1 de agosto de 1980

En uso de las atribuciones conferidas por el artículo 5° del  
Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional,

EL PRESIDENTE DE LA NACIÓN ARGENTINA SANCIONA  
Y PROMULGA CON FUERZA DE LEY

**LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

CAPÍTULO I  
ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

Art. 1°- Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.

Art. 2°- A los efectos de esta ley se entiende:

- a) Que una persona goza de una posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional o, cuando sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial.
- b) Que dos o más personas gozan de posición dominante en un mercado cuando para un determinado tipo de producto o servicio no existe competencia efectiva entre ellas, o sustancial por parte de terceros, en todo el mercado nacional, o en una parte de él.

Art. 3°- Quedan en particular incluidos en el artículo 1°, en tanto se den las condiciones previstas en el mismo, los actos y conductas enumerados en el artículo 41.

Art. 4°- Los damnificados por los actos prohibidos por esta ley podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios ante la justicia con competencia en materia comercial, a partir de la fecha en que:

- a) Estuviese firme la resolución prevista en el artículo 19;
- b) Se hubiese dictado la resolución aprobatoria prevista en el artículo 24;
- c) Se hubiese dictado la resolución prevista en el artículo 26;
- d) Estuviese firme la resolución prevista en el artículo 30.

No obstante, transcurridos dieciocho (18) meses de la iniciación de la instrucción, los damnificados podrán ejercer la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios,

El plazo de prescripción será de dos (2) años, a partir de la fecha en que la acción civil pueda ser ejercida, conforme a lo establecido en el presente.

Art. 5°- Quedan excluidos del artículo 1° los actos y conductas que se atengan a normas generales o particulares o a disposiciones administrativas dictadas en virtud de aquéllas.

## CAPÍTULO II INSTANCIA ADMINISTRATIVA

### Sección 1

#### Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

Art. 6°- Crease en el ámbito de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia.

Art. 7°- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia estará integrada por un (1) presidente, y cuatro (4) vocales, designados por el Ministro de Economía. El presidente será uno de los Subsecretarios de la Secretaria de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales. Los vocales durarán cuatro (4) años en sus funciones, pudiendo ser renovada su designación.

Art. 8°- Dos de los vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia serán abogados y dos profesionales en Ciencias Económicas, con reconocida versación en las materias propias de esta ley. Deberán tener treinta (30) o más años de edad y cuatro (4) años de ejercicio de la profesión. Tendrán una remuneración equivalente a la de los jueces nacionales de primera instancia y estarán sujetos a las previsiones del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública, salvo lo dispuesto en la presente ley.

Art. 9°- Los vocales de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrán ser removidos, durante la vigencia de sus mandatos, por decisión de un jurado presidido por el Procurador de Tesoro de la Nación e integrado con cuatro (4) miembros abogados, con diez (10) años de ejercicio de la profesión, nombrados anualmente por el Poder Ejecutivo Nacional quienes seguirán en el ejercicio de sus funciones en tanto no sean reemplazados. La causa se formará

obligatoriamente si existe acusación del Poder Ejecutivo Nacional o del Presidente del Tribunal y sólo por decisión del jurado si la acusación tuviese cualquier otro origen. El jurado dictará normas de procedimiento que aseguren el derecho de defensa y el debido trámite de la causa.

Son causas de remoción:

- a) Mal desempeño de sus funciones;
- b) Desorden de conducta;
- c) Negligencia reiterada que dilate la sustanciación de los procesos;
- d) Comisión de delitos que, a juicio del jurado, sean incompatibles con la función;
- e) Inaptitud;
- f) Violación de las normas sobre incompatibilidad.

Las funciones de los miembros del jurado serán ad-honorem.

Art. 10.- Los miembros de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no serán recusables, pero deberán excusarse de intervenir en los casos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En caso de excusarse el Presidente será reemplazado por otro de los Subsecretarios de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, designado por el Ministro de Economía. En el supuesto de excusación de alguno de los vocales, el Ministro de Economía proveerá a la designación de un suplente en el termine de diez (10) días.

Art. 11.- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá ejercer sus facultades cualquiera sea el lugar del país en que se hubieren realizado los hechos.

Art. 12.- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia queda facultada para:

- a) Realizar estudios relativos a la competencia, estructura y dimensión de los mercados;
- b) Requerir a las autoridades nacionales, provinciales o municipales la información que juzgue necesaria;
- c) Citar a los presuntos responsables y a los testigos, recibirles declaración y realizar careos;

- d) Realizar las pericias necesarias para la investigación sobre libros, documentos, papeles de comercio y sobre los demás elementos conducentes a la investigación, controlar existencias, comprobar orígenes y costos de materias primas u otros bienes;
- e) Solicitar opiniones e informes a personas o entidades privadas sobre las conductas investigadas, costumbres existentes en la materia u otros asuntos de interés relacionados con la investigación;
- f) Celebrar audiencias con la participación de denunciante, damnificados, presuntos responsables, testigos y peritos;
- g) Solicitar al juez competente embargo de bienes;
- h) Disponer, en cualquier estado del proceso, como medida preventiva, que las personas físicas imputadas ya sea directamente o por su participación o cooperación en otros actos cometidos por personas de existencia ideal, no puedan ausentarse del país sin su previa autorización. La decisión será recurrible ante los tribunales previstos en el artículo 27, concediéndose el recurso en relación y sólo con efecto devolutivo.

Las facultades previstas en los incisos c), d), f), g) y h) de este artículo sólo podrán ejercerse con motivo de la investigación de hechos comprendidos en el artículo 1°.

Art. 13.- Para el ejercicio de las facultades previstas en los incisos c) y f) del artículo anterior, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública. Si para el ejercicio de las demás facultades previstas en dicho artículo fuese necesario practicar allanamientos o efectuar secuestros, deberá solicitarse la orden respectiva al juez competente. Este se expedirá acerca de la procedencia de la medida solicitada en el término de cuarenta y ocho (48) horas corridas, habilitando día y hora, si correspondiere. Tal orden no será necesaria para los allanamientos y secuestros en edificios o lugares públicos, y en negocios, comercios, locales, centros de reunión o recreo, y establecimientos industriales o rurales abiertos al público, con excepción de las partes destinadas a habitación o residencia particular.

Art. 14.- El Presidente de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrá designar en cada caso un delegado que tendrá a su cargo la instrucción. Los delegados

instructores podrán ser funcionarios nacionales, provinciales o municipales.

Art. 15.- La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia llevará un registro de las medidas previstas en los artículos 16, 26, 28, 29 y 30, donde se consignarán los datos de los responsables y las medidas adoptadas a su respecto.

Art. 16.- Los que obstruyan o dificulten la investigación o no cumplan los requerimientos de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia podrán ser sancionados por el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales con multas de hasta diez millones de pesos (\$ 10.000.000). Cuando a juicio de la autoridad interviniente se haya cometido la infracción mencionada, se dará vista de la imputación al presunto responsable, quien deberá efectuar los descargos y ofrecer pruebas en el plazo de cinco (5) días. La instrucción estará a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. Cumplida la prueba o desestimada por improcedente, el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales dictará resolución, la que será recurrible ante los tribunales previstos en el artículo 27, concediéndose el recurso en ambos efectos y en relación,

## Sección II Procedimiento

Art. 17.- La instrucción será iniciada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de oficio o por denuncia presentada ante ésta.

Art. 18.- Si la instrucción se iniciara de oficio se procederá a una relación de los hechos que la motivan. Si se iniciara por denuncia, ésta deberá contener los requisitos exigidos por el Código de Procedimientos en Materia Penal.

Art. 19.- El Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales podrá, previo dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y por resolución fundada, desestimar la denuncia cuando de su sola exposición resultar que los hechos no encuadran en el artículo 1°. La decisión será recurrible por el

denunciante en la forma y ante los tribunales previstos en el artículo 27. Si el Tribunal considerase improcedente la desestimación de la denuncia, devolverá las actuaciones al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales a fin de realizar el trámite previsto en esta Sección.

Art. 20.- La relación de los hechos o la denuncia a que se refiere el artículo 18 serán notificadas al presunto responsable para que en el término de quince (15) días dé las explicaciones que estime pertinentes.

Art. 21.- La instrucción proseguirá salvo que el presunto responsable dé explicaciones satisfactorias.

Art. 22.- El presunto responsable podrá:

- a) Solicitar durante la instrucción la realización, de las diligencias que estime pertinentes para su descargo, debiendo resolverse inmediatamente sobre su procedencia;
- b) Participar en las diligencias que se practiquen, excepto que mediante resolución la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia disponga el secreto de la instrucción;
- c) Ser asistido por letrado.

Art. 23.- Concluida la instrucción se correrá traslado de las actuaciones, al presunto responsable por el término de treinta (30) días para que efectúe su descargo y ofrezca prueba. Cumplida la prueba si fuere pertinente dentro de los treinta (30) días subsiguientes la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia producirá un informe al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales aconsejando el temperamento a seguir.

Art. 24.- Hasta el vencimiento del plazo para la contestación del traslado a que se refiere el artículo anterior, el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese inmediato o gradual de los hechos investigados o la modificación de aspectos relacionados con ellos, el que será considerado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. A estos efectos, podrá convocar a una audiencia verbal con la participación del presunto responsable, en cuyo transcurso se podrán ofrecer modificaciones a la propuesta. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

dictaminará acerca de la propuesta y elevará las actuaciones al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales para su decisión, la que en el caso de ser aprobatoria dará lugar a la suspensión de la instrucción y a la adopción de medidas tendientes a vigilar el cumplimiento del compromiso.

Art. 25.- Transcurridos tres (3) años de cumplimiento del compromiso a que se refiere el artículo anterior se archivarán las actuaciones.

Art. 26.- Cuando no se propusiere un compromiso en la forma prevista en el artículo 24, se rechazare la propuesta o el compromiso fuere incumplido, el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, previa disposición de las medidas para mejor proveer que considere convenientes, mediante resolución fundada podrá disponer:

- a) Que no se innove respecto de la situación existente;
- b) Ordenar el cese o la abstención de la conducta imputada;
- c) Aplicar una multa de quinientos mil pesos (\$ 500.000) a mil quinientos millones de pesos (\$ 1.500.000.000), la que podrá elevarse hasta un veinte por ciento (20 %) por encima del beneficio ilícitamente obtenido;
- d) Solicitar al Juez Nacional en lo Penal Económico de la Capital Federal o a los Jueces Federales del interior del país, según sea el domicilio de la sociedad, la disolución y liquidación de la misma.

Art. 27.- Las medidas previstas en el artículo anterior podrán aplicarse conjuntamente. Serán apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico de la Capital Federal o ante las Cámaras Federales correspondientes en el resto del país. El recurso se interpondrá y fundará por escrito dentro de los cinco (5) días de notificada la medida y se concederá en relación y en ambos efectos, salvo respecto de la decisión prevista en el inciso a) del artículo anterior, en cuyo caso se concederá con efecto meramente devolutivo.

Las actuaciones serán elevadas al Tribunal dentro de los dos (2) días siguientes. Tratándose de una medida incluida en el inciso b) del artículo anterior, el Tribunal deberá expedirse en el término improrrogable de veinte (20) días.

La medida del inciso d) del artículo 26 no será apelable. El recurso procederá contra la resolución judicial disponiendo la disolución y liquidación de la sociedad.

Art. 28.- El incumplimiento de las medidas previstas en los incisos a) y b) del artículo 26 facultará al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales para imponer, previo traslado al presunto responsable por el plazo de tres (3) días y dictamen de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, una multa diaria de hasta quince millones de pesos (\$ 15.000.000) sin perjuicio de la sanción penal que pudiera corresponder. La multa podrá reducirse o dejarse sin efecto en caso de que el presunto responsable justifique total o parcialmente su proceder y acate la medida. Contra la resolución que la ordena podrá interponerse el recurso de apelación previsto en el artículo 27, con efecto meramente devolutivo.

Art. 29.- Si los hechos investigados encuadran en los supuestos previstos en el artículo 41, c) en caso de incumplimiento de las medidas dispuestas de conformidad con los incisos a) y b) del artículo 26, el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales dispondrá el pase de las actuaciones a la justicia competente, dentro del plazo de diez (10) días.

Art. 30.- Si en oportunidad de dictarse la resolución prevista en el artículo 26 el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales considerase que los hechos investigados no encuadran en las prescripciones del artículo 1º, ordenará el archivo de las actuaciones, con notificación al denunciante si lo hubiere, quien podrá apelar la medida en la forma y ante los tribunales previstos en el artículo 27. Si el Tribunal considerase improcedente el archivo de las actuaciones, las devolverá al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales para que inicie la acción establecida en el artículo 33 o cumpla con las medidas de prueba que se le indiquen.

Art. 31.- Las medidas dispuestas de conformidad con los artículos 26, 28 y 29 se publicarán en el Boletín Oficial por un (1) día.

## CAPÍTULO III INSTANCIA JUDICIAL

### Sección I

#### Ejercicio de las acciones - procedimiento aplicable

Art. 32.- Las acciones para la imposición de las sanciones establecidas en el artículo 42 no podrán ejercerse ante el órgano judicial competente sin la sustanciación previa del procedimiento administrativo regulado en el Capítulo II, Sección II.

Art. 33.- La iniciativa de la acción penal por infracción al artículo 41 y en los casos previstos en los artículos 28 y 29 compete exclusivamente al Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales,

Art. 34.- Serán competentes para entender en el procedimiento judicial referido a los delitos mencionados en el artículo 33 los jueces en lo Penal Económico de la Capital Federal o los jueces federales del interior del país según sea el lugar de comisión del delito.

Art. 35.- El procedimiento administrativo previo interrumpe el plazo de prescripción de la acción penal, el que será de seis (6) años. El término comenzará a correr nuevamente a partir de los dieciocho (18) meses de iniciada la actuación.

Art. 36.- Remitidas las actuaciones por el Secretario de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales, el juez competente dará curso al proceso conforme al procedimiento plenario establecido en el Código de Procedimientos en Materia Penal.

Art. 37.- Tanto la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales como las personas damnificadas podrán actuar como parte querellante.

Art. 38.- Formulada la acusación, el juez podrá dictar la prisión preventiva del imputado y adoptar medidas cautelares sobre sus bienes,

Art. 39.- Tanto las medidas previstas en el artículo anterior como las sentencias definitivas que se dicten serán comunicadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia a los efectos previstos en el artículo 15.

Art. 40.- Cualesquiera fueren las decisiones que se adopten en la instancia judicial prevista en este capítulo, ellas no afectarán las resoluciones firmes adoptadas en la instancia administrativa previa.

## Sección II De las penas en caso de delito

Art. 41.- Serán reprimidos con las sanciones previstas en el artículo 42 los siguientes actos o conductas, siempre que encuadren en el artículo 1°.

- a) Fijar, determinar o hacer variar, directa o indirectamente, mediante acciones concertadas, los precios en un mercado;
- b) Limitar o controlar, mediante acciones concertadas, el desarrollo técnico o las inversiones destinadas a la producción de bienes o servicios, así como la producción, distribución o comercialización de los mismos;
- c) Establecer, mediante acciones concertadas, las condiciones de venta y comercialización, cantidades mínimas, descuentos y otros aspectos de la venta y comercialización;
- d) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones u operaciones suplementarias que, por su naturaleza y con arreglo a los usos comerciales, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- e) Celebrar acuerdos o emprender acciones concertadas, distribuyendo o aceptando, entre competidores, zonas, mercados, clientelas o fuentes de aprovisionamiento.
- f) Impedir u obstaculizar, mediante acuerdos o acciones concertadas, el acceso al mercado de uno (1) o más competidores;
- g) Negarse, como parte de una acción concertada y sin razones fundadas en los usos comerciales, a satisfacer pedidos concretos, para la compra o venta de bienes o servicios, efectuados en las condiciones vigentes en el mercado de que se trate.
- h) Imponer, mediante acciones concertadas, condiciones discriminatorias de compra o venta de bienes o servicios, sin razones fundadas en los usos comerciales;

- i) Destruir, como parte de una acción concertada, productos en cualquier grado de elaboración o producción, o los medios destinados a extraerlos, producirlos o transportarlos;
- j) Abandonar cosechas, cultivos, plantaciones o productos agrícolas o ganaderos, o detener u obstaculizar el funcionamiento de establecimientos industriales o la exploración o explotación de yacimientos mineros, como parte de una acción concertada;
- k) Comunicar a empresas competidoras, como parte de una acción concertada, los precios u otras condiciones de compra, venta o comercialización bajo las cuales deberán actuar dichas empresas.

Art. 42.- Los actos o conductas comprendidas en el artículo 41 serán reprimidos con las siguientes penas, las que podrán aplicarse independiente o conjuntamente:

1. Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por personas físicas:

- a) Prisión de uno (1) a seis (6) años;
- b) Multa de un millón quinientos mil pesos (\$ 1.500.000) a tres mil millones de pesos (\$ 3.000.000.000) la que podrá elevarse hasta el doble del beneficio ilícitamente obtenido.

2. Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de personas de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona ideal, se impondrá:

- a) Multa de un millón quinientos mil pesos (\$ 1.500.000) a tres mil millones de pesos (\$ 3.000.000.000) que podrá elevarse al, doble del beneficio ilícitamente obtenido, la que se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible;
- b) Prisión de uno (1) a seis (6) años, que será aplicada a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes,

síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible.

Podrá imponerse como sanción complementaria inhabilitación de tres (3) a diez (10) años para ejercer el comercio, que será extensivo a los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible, inhabilitándolos asimismo para actuar en los mencionados cargos o funciones por el mismo plazo.

En los casos de penas de multa, se deberá computar la aplicada en virtud del artículo 26, inciso c).

#### CAPÍTULO IV DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y COMPLEMENTARIAS

Art. 43.- Serán de aplicación las disposiciones del Libro I del Código Penal y las del Código de Procedimientos en Materia Penal, en cuanto sean compatibles con las disposiciones de la presente ley. No serán de aplicación las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos.

Art. 44.- Las funciones de investigación y administración serán desempeñadas por organismos dependientes de la Secretaría de Estado de Comercio y Negociaciones Económicas Internacionales con el personal que se les asigne de acuerdo con la estructura que disponga el Poder Ejecutivo Nacional.

Art. 45.- Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a actualizar semestralmente, por intermedio del Ministerio de Economía los montos previstos en la presente ley, tomando como base de cálculo la variación registrada en el Índice de Precios al, por Mayor, Nivel General, confeccionado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos.

Art. 46.- Derógase la Ley N° 12.906. Las causas en trámite, en sede administrativa o judicial, a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, continuarán sujetas a la Ley N° 12.906.

Art. 47.- La presente ley entrará en vigencia a los ciento veinte (120) días de su publicación.

Art. 48.- Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

VIDELA  
Martínez de Hoz  
Rodríguez Varela

## COLABORAÇÕES

Orientação editorial: regras a observar

A REVISTA DO IBRAC está aberta aos especialistas da área, para a publicação de artigos sobre Direito Econômico e Economia.

A partir do próximo número, somente serão publicados artigos inéditos, que deverão ser encaminhados ao Editor, com carta anexa de autorização da publicação. É indispensável o envio de disquete de microcomputador, com a gravação do trabalho. A publicação dos artigos não será remunerada. O recebimento do artigo, cujos originais não serão devolvidos, não implica a obrigatoriedade de sua edição.

Juntamente com as colaborações, deverão ser enviados resumos curriculares de seus autores e local de trabalho, bem como um sumário do tema desenvolvido.

- As notas de rodapé deverão ser numeradas seqüencialmente, e a bibliografia, ao final do artigo, ser elaborada em lista única e alfabética. Em ambos os casos, será observada a seguinte ordem:
- Monografias (livros, folhetos, relatórios etc. considerados no todo) SOBRENOME DO AUTOR, Prenome do autor. Título: subtítulo. Edição.  
Local de publicação (cidade), Editora, ano de publicação.  
Número dos volumes ou páginas compulsados.  
Exemplo:  
GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

- Capítulo de livros e folhetos (autor do capítulo diferente do responsável pelo livro no todo)  
SOBRENOME DO AUTOR do capítulo, Prenome do autor do capítulo. Nome do capítulo. In: SOBRENOME DO AUTOR do livro, Prenome do autor do livro. Nome do livro. Edição. Local de publicação (cidade), Editora, ano de publicação. Volume, capítulo, página inicial-final da parte.

Exemplo:

ARAÚJO, Nádia de. O direito do comércio internacional e o Mercosul. In: RODAS, João Grandino, Coord. Contratos internacionais. 2ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995. Pp. 279-303.

- Capítulos de livros e folhetos (único autor para todo o livro)  
Substitui-se o nome do autor do livro por um travessão de três toques, após o “In”.

Exemplo:

ACKEL FILHO, Diomar. Espécies de “writ”. In: \_\_\_. Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data. São Paulo, Saraiva, 1988. Pp. 8-10.

- Capítulo ou parte sem título próprio

Exemplo:

REY, L. Como redigir trabalhos científicos. São Paulo, E Blucher, 1972. Cap. 4, pp. 34-36

- Partes de enciclopédia e dicionário (verbetes)

Exemplo:

FERREIRA, A B. H. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1975. P 335.

Trabalho apresentado em eventos científicos (congressos, simpósios, jornadas etc.) SOBRENOME DO AUTOR do trabalho, seu Prenome. Título: subtítulo. In: NOME DO CONGRESSO, número, ano, local de realização. Título da publicação. Local de publicação (cidade), Editora, página inicial-final, do trabalho.

- Artigo de publicações periódicas

SOBRENOME DO AUTOR, Prenome do autor. Título do artigo. Título do periódico, número do volume, página inicial-final, ano.

Exemplo:

SANTOS, Antônio Carlos Coelho dos. Empresas e concorrência. Revista de Direito Econômico. Ano I, nº 1, p. 5-8, 1975.

- Artigo de jornal

**SOBRENOME DO AUTOR**, Prenome do autor. Título do artigo. Título do jornal, Local, dia, mês, ano. Número ou título do caderno, seção ou suplemento, página inicial-final.

Exemplo:

TACHINARDI, Maria Helena. Questão agrícola divide Mercosul. Gazeta Mercantil. Brasília, 25.07.95. Caderno A, p. 1 e caderno B, p.16.

Com a presente uniformização das normas referenciais - usadas na maioria das publicações científicas - , presente a RDE não só facilitar consultas às obras citadas nos artigos por ela divulgados, os próprios trabalhos de sua edição.

O Editor

## 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., RAJ COM E IND DE TAMPAS METÁLICAS LTDA	vol. 1 n.º 1
P. A. 38	SECRETARIA DE JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DE SÃO PAULO X SHARP ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIOS S/C LTDA. E SHARP DO BRASIL S/A INDÚSTRIA DE PRODUTOS ELETRÔNICOS	vol. 1 n.º 2
P. A. 12	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X ACHÊ LABORATÓRIOS	vol.. 1 n.º 2
P.A. 29	SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X ACHÊ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A	vol. 1 n.º 2
P. A. 13	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA	vol.. 1 n.º 2

	X PRODOME QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA	
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 nº 11
P.A. 121/92	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO X SIEEESP	vol.3 nº 11
P.A. 40/92	REFRIO LTDA X COLDEX S/A	vol. 3 nº 11
P.A. 20/92	DEP. EST. (SP) CÉLIA C. LEÃO EDELMUTH X EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE CAMPINAS	vol. 3 nº 11
P.A. 35/92	MP DO ESTADO DO PARANÁ X OUTBOARD MARINE LTDA, HERMES MACEDO	vol. 3 nº 12
P.A. 211/92	EULER RIBEIRO X DISTR. DE GÁS DO MUNICÍPIO DE BOCA DO ACRE	vol. 3 nº 12
P.A. 45/91	SDE X SHARP IND. E COM.	vol. 3 nº 12
P.A. 62/92	DPDE X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO	vol. 3 nº 12
P.A. 76/92	DAP X AKZO - DIVISÃO ORGANON	vol. 3 nº 12
P.A. 38/92	PROCON - SP X SHARP ADM. DE CONSÓRCIOS	vol. 3 nº 12
P.A. 61/92	FEDERAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E CAPITALIZAÇÃO X ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA	vol. 3 nº 12
CONSULTA 03/93	ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.	vol. 2 n.º 2
CONSULTA 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 nº 3
AC 12/94	RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE)	vol.2 nº 3
AC 11/94	YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA, E CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE DO ESTADO DE PERNANBUCO	vol.2 nº 3
AC 06/94	ETERNITI S. A. E BRASILIT S.A.	vol.2 nº 3
AC 01/94	ROCKWELL DO BRASIL S. A. E ÁLBARUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO	vol.2 nº 4
AC 20/94	CBV INDÚSTRIA MECÂNICA	vol.2 nº 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 nº 4
AC 16/94	SIDERÚRGICA LAISA S.A. (GRUPO GERDAU) E GRUPO KORF GMBH (CIA SIDERÚRGICA PAINS)	vol.2 nº 4
AC 16/94	REAPRECIÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº16/94 - GRUPO GERDAU - CIA SIDERÚRGICA PAINS	vol.3 nº 3
AC 05/94	CARBORUNDUM DO BRASIL LTDA. E NORTON S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO	vol.3 nº 4

AC 43/95	FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE CAFÉ	vol.3 nº 4
AC 04/94	HLS DO BRASIL SERVIÇOS DE PERFILAGEM LTDA. (HALLIBURTON SERVIÇOS LTDA.)	vol.3 nº 4
AC 56/95	JOVITA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.	vol.3 nº 4
AC 14/94	BELGO MINEIRA, DEDINI	vol.3 nº 7
AC 33/96	COPLATEX, CALLAS TÊXTIL	vol.3 nº 7
AC 15/94	VELOLME ISHIBRAS S.A..	vol.3 nº 7
AC 27/95	K & S AQUISIÇÕES LTDA. E KOLINOS DO BRASIL S/A	vol.3 nº 10
AC 41/95	HOECHST DO BRASIL, QUÍMICA E FARMACÊUTICA E RHODIA S.A. (FAIRWAY)	vol.4 nº 1

## DOCTRINA

ARRUDA SAMPAIO, ONOFRE CARLOS DE	Considerações a respeito de processo administrativo	vol. 3 nº 6
BOURGEOIS , H. J	European community competition policy: the impact of globalization	vol. 3 nº 5
CARVALHO, CARLOS EDUARDO VIEIRA DE	Apuração de práticas restritivas à concorrência	vol 1 nº 4
CASTAÑEDA , GABRIEL	The mexican experience on antitrust	vol. 3 nº 6
DOBLER, SÔNIA MARIA MARQUES	Infração à ordem econômica: preço predatório	vol.3 nº 5
DUTRA, PEDRO	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	vol.3 nº 5
DUTRA, PEDRO	Defesa da concorrência e globalização	vol.3 nº 6

DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	vol.3 nº 8
DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	vol.4 nº 1
DUTRA, PEDRO	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	vol.4 nº 1
FARIA, WERTER R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	vol.3 nº 8
FARINA, ELIZABETH	Globalização e concentração econômica	vol.3 nº 6
FARINA, ELIZABETH	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	vol.3 nº 8
FARINA, LAÉRCIO	Do processo administrativo da natureza do ato	vol.3 nº 6
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	vol.3 nº 6
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida	vol.4 nº 1
FRANCES CHINI, JOSÉ INÁCIO GONZAGA	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico ( inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	vol.3 nº 6
GARCIA, FERNANDO	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	vol.3 nº 5
GRINBER G, MAURO	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	vol.3 nº 5
GRINBER G, MAURO	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	vol.3 nº 8
HOWE, MARTIN	The British experience regarding the defence of	vol.3 nº 8

	competition	
LAFER, CELSO	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	vol. 3 n.º 9
MAGALH ÃES, CARLOS FRANCISCO DE	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE ( atos de concentração e outros)	vol.3 n.º 6
MALARD, NEIDE TERESINH A	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, MARIO 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
SCHUART Z, LUIS FERNAND O	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	vol.3 n.º 5
SOLON, ARY	Diferenciação de preços	vol.3 n.º 8
STEPTOE,	Current antitrust issues in U.	vol.3 n.º 5

MARY LOU	S. federal enforcement	
STEPTOE, MARY LOU & WILSON, DONNA L.	Developments in exclusive dealing	vol.4 n.º 1

### 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 Sampáio 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 Vas	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	SIMPÓSIO "CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N.º 1 DO	vol. 3 n.º 1

Elizabeth Farina Jorge Gomes de Souza.	CADE”	
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 nº 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 Nº 54, DE 14 DE ABRIL DE 1947)	vol. 4 nº 1
- LEI MEXICANA DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER DOMINANTE - REGULAMENTO INTERIOR DA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA	vol. 4 nº 1

