

Nêle, repetimos, ainda sem julgamento, foi requerido o arquivamento dos seguintes documentos: cópia xerográfica autenticada da ata da Assembléia Geral Extraordinária de 31 de março de 1971; certidão expedida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo; o certificado de arquivamento da referida Ata; fôlhas do *Diário Oficial* do Estado de São Paulo contendo a publicação dessa Ata bem como a certidão de arquivamento ainda na Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Houve por bem a Colenda 1.<sup>a</sup> Turma manter o deferimento anterior dos processos 16.582/3 e encaminhá-los à Digna Presidência que me designou Relator e Revisor o Vogal MARCO AURÉLIO.

É o relatório.

### VOTO DO RELATOR

Com o devido respeito que nos merecem os pronunciamentos da digna Procuradoria Regional, ousamos negar provimento ao recurso por ela manifestado.

O processo n.º 16.582 cuidou apenas da proposta de incorporação de uma sociedade, com sede na Guanabara, por outra, estabelecida em São Paulo.

O segundo processo, de n.º 16.583, trata da extinção da sociedade incorporada.

Tentar impugnar a incorporação, alegando que no caso só seria cabível a “fusão” das sociedades, que o deferimento do pedido fere o Decreto 57.651/66 e a Lei 4.137, de 10-9-62 (Regula a repressão ao Abuso do Poder Econômico) e pelas demais razões aduzidas pela digna Procuradoria, só poderia ser conhecido o recurso (estamos dizendo “conhecido” e não “provido”) quando da apreciação do pedido de arquivamento da ata da Assembléia Geral Extraordinária da mesma incorporação, o que foi feito pela Junta Comercial de São Paulo, deferindo o arquivamento.

Não cabe à JUCEG recorrer da decisão da Junta Comercial de São Paulo. Uma Junta Comercial não pode pretender anular o arquivamento deferido por outra. O recurso, em tal caso, interposto para o Ministro da Indústria e Comércio, é privativo do Departamento Nacional de Registro do Comércio, na forma do item *h* do art. 4.º do nosso Decreto n.º 57.651.

Ademais, cabem as seguintes ponderações:

A esclarecida Procuradoria teme que pela incorporação ou fusão (como quer) de duas tradicionais empresas da indústria farmacêutica, cristalinamente comprovado pertencerem-se mutuamente as ações formadoras de seus capitais, aglutinadas numa nova denominação social mas deixando claras suas denominações anteriores — tal fato venha a caracterizar o abuso do poder econômico.

O Governo Federal, todavia, não compartilha de tal temor, pois vem de baixar o Decreto-lei n.º 1.182, de 16 deste mês, concedendo uma série de favores fiscais às fusões e incorporações de pessoas jurídicas,

inclusive aos casos de transferência de controle do capital de sociedades, como meio de efetivar ditas fusões e incorporações.

Entendemos que uma coisa é “poder econômico” e outra, bem distinta, é “abuso” dêsse poder econômico.

A comprovação da existência do truste, a mais subjetiva possível, não pode ser feita pelas Juntas Comerciais, que para tanto não estão aparelhadas. A tarefa, que só pode ser perquirida após o efetivo exercício da atividade nociva ao país, com tôda a série de exame de provas e indícios, cabe ao CADE, o único órgão em condições de fazê-lo.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica, entre suas atribuições, tem as de proceder a averiguações, apurar a existência de quaisquer atos que constituam abusos do poder econômico, ordenar providências, efetuar pesquisas e estudos que o habilitem a determinar a influência que, sobre a economia nacional, exerçam as margens de lucro obtidos pelas empresas e sua aplicação em lucros distribuídos e lucros reinvestidos, bem como aplicar penalidades.

Cumpra ainda referir que a Lei n.º 4.137, em seu art. 7.º (Da Fiscalização) diploma específico sobre a matéria, proíbe o arquivamento pelos órgãos do registro do comércio, apenas de atos de que não constem: a declaração precisa de seu objeto, capital de cada sócio e forma de sua realização, nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas, local da sede, nomes dos diretores e qualificação, prazo de duração da sociedade e o número, espécie e valor das ações. Nada mais é exigido!

Face ao exposto, mantemos o arquivamento dos processos ns. 16.582 e 16.583, recomendando o retorno à Egrégia 1.<sup>a</sup> Turma do de n.º 17.044, a fim de ser decidido sobre o arquivamento dos documentos já mencionados no Relatório: cópia xerográfica autenticada da Ata da Assembléia Geral Extraordinária da incorporação, certidão expedida pela Junta Comercial de São Paulo; certificado de arquivamento da referida ata, fôlhas do *Diário Oficial* do Estado de São Paulo contendo a publicação da ata, bem assim a certidão de arquivamento ainda naquela Junta.

É o nosso voto.

### CERTIDÃO

Certifica a Secretaria Geral que decidiu o Plenário, por maioria, negar provimento ao recurso interposto pela Procuradoria para manter o arquivamento deferido pela 1.<sup>a</sup> Turma. Em 12 de agosto de 1971. LUIZ IGREJAS, Secretário-Geral da JUCEG.

### RAZÕES DO RECURSO APRESENTADO PELA PROCURADORIA AO MINISTRO DA INDÚSTRIA E DO COMÉRCIO

A questão suscitada no recurso desta Procuradoria Regional e a sua fundamentação legal são inteiramente pertinentes, e não foram ilididas, *data venia*, pela decisão do Egrégio Plenário.

O que se sustentou no recurso foi que, nos termos da lei n.º 4.137/62, é considerada abuso do poder econômico a eliminação total ou parcial da concorrência, “por meio de” ato de concentração de empresas.

Ora, nos termos do artigo 53 e parágrafos do decreto-lei 2.627/40, “cumpre ao Registro do Comércio examinar se, no ato de constituição (ou reforma ou alteração, v. § 3.º) da sociedade anônima ou companhia... figuram cláusulas contrárias à lei, ordem pública, ou aos bons costumes”. Esse poder de polícia é da essência das atribuições do Registro do Comércio. Em decorrência dêle, não pode o Registro do Comércio deixar de exercer a fiscalização cabível, impondo exigências, ainda que não expressamente previstas em lei, para esclarecimento de fatos que envolvam a possível violação das normas legais, sob pena de denegação do arquivamento.

Os fatos que levaram a Procuradoria Regional à convicção de uma violação da lei, no caso em exame, consistem em que a incorporação ou fusão de duas grandes empresas que operam no mesmo mercado geográfico e com os mesmos produtos constitui necessariamente uma eliminação parcial da concorrência, resultante do desaparecimento da competição entre elas.

Como adverte BENJAMIN M. SHIEBER (*Abusos do poder econômico*, Ed. Rev. dos Tribunais, S. Paulo, 1966), aliás citado pela recorrida nas suas contra-razões de fls. . . . :

“... quando passamos ao preceito apontado com o abuso do poder econômico: “eliminar... parcialmente a concorrência” deparamos com graves problemas de interpretação que devem ser enfrentados para determinar o alcance desta norma legal. O emprêgo da palavra “parcialmente”, ou outra que tenha o mesmo sentido, é necessário para que a lei antitruste atinja sua finalidade de amparar a concorrência. A falta de uma palavra desta natureza permitiria restrições sérias à concorrência, quando não atingissem o grau de monopólio ou de dominação do mercado. *Tais restrições, ainda que não chegassem à dominação do mercado, acarretariam aos consumidores, às empresas concorrentes, atuais e potenciais, e à nação, as consequências nocivas que a política antitruste visa a afastar.* (pág. 70, § 3.º).

E, mais adiante:

A restrição da concorrência que resulta de uma concentração horizontal é evidente.

À pág. 164, doutrina mais o autor:

Vê-se que concentração de empresas pode resultar em restrições sérias à concorrência, e que a proibição de restrições da con-

corrência decorrente de concentração de empresas é uma parte importante de uma política em prol da concorrência. E existe outra razão visando a inclusão de concentração de empresas como um meio proibido de alcançar restrições de concorrência. Realmente, é falha uma lei antitruste que proíbe acordos em restrição de concorrência mas não atinge concentração de empresas, da qual resulta uma restrição. Sob uma lei redigida para coibir acordos mas não concentrações, a execução da proibição de acordos em restrição da concorrência teria o efeito de *motivar a eliminação da concorrência por meio da concentração de empresas.*

Não faltariam verbas para persuadir até os mais relutantes a vender sua empresa àquela que vai sobreviver à concentração, pois as compras das empresas a serem adquiridas poderiam ser feitas numa base de preços altíssimos, preços que não têm relação com seus valores reais. Depois da concentração e a consequente eliminação da concorrência todos os participantes podem ressarcir-se por meio dos altos preços que a nova empresa passa a cobrar. Isto já aconteceu. (*op. cit.*, pág. 164).

O exemplo narrado abaixo pelo autor citado se refere a período bem anterior à vigência do *Clayton Act* que visa, dentre outras coisas, a impedir a concentração de empresas:

“... Em fevereiro de 1901, sob a égide de Morgan, doze sociedades e uma centena de filiais foram reunidas por uma *holding*, a United States Steel Corporation. A nova companhia emitiu imediatamente ações e obrigações de um valor nominal de 1.400 milhões de dólares, enquanto o valor bolsista das sociedades fundadoras não ultrapassava 800 milhões... Resultou disso uma supercapitalização, e durante anos a U. S. S. Corporation só distribuiu um dividendo mínimo (RICHARD LEWINSOHN *op. cit.*, pág. 57).

Ainda com estes longos anos de dividendos mínimos, já faz muitos decênios que o ativo da U. S. S. Corporation chegou ao ponto de dar uma base sólida ao que foi originalmente supercapitalização. Estes fatos nos levam a concluir que uma lei antitruste que trata só de acordos em restrição da concorrência, omitindo-se de tratar da concentração de empresas, é uma lei que por si só incentiva a eliminação da concorrência por meio de tais concentrações.

Na regulamentação da lei antitruste o legislador brasileiro não comete este erro. Tratou de uma maneira abrangente o problema da concentração como meio de alcançar restrições da concorrência” (B. M. SHIEBER, *op. cit.*, pág. 165).

É fora de dúvida que o caso de que se trata é de concentração de empresas. Que as empresas concorriam no mesmo mercado não só quanto aos produtos, como quanto à área geográfica em que se situam — o eixo Rio-São Paulo, segundo os pareceres trazidos à colação pela recorrida. E que a combinação contraria o texto do artigo 2.º, item I, letras a, b, c, d, f, da lei n.º 4.137/62, pois, nos dizeres do excedente trabalho de BENJAMIM SHIEBER: “os termos da lei têm um âmbito além das ações nocivas ao bem comum; um âmbito que, como vimos, abrange toda aquisição de uma empresa por um concorrente dele, ainda que esta aquisição não tenha qualquer efeito, atual ou potencial sobre o mercado.”

E, quanto a este aspecto, importantíssimo, por sinal, equivocou-se seriamente a recorrida nas suas bem elaboradas contra-razões, ao sustentar que esta Procuradoria Regional não provou o abuso do poder econômico. O ônus da prova é dela. A esta Procuradoria Regional compete tão-somente apontar, nos termos do artigo 53 da lei de Sociedades Anônimas, as cláusulas contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes, existentes nos documentos trazidos a registro e propor a denegação de arquivamento, ou recorrer da decisão que o deferir.

Ora, se a uma leitura da lei se verifica que a concentração de empresas é fato proibido, como demonstrado através do excelente estudo de BENJAMIN SHIEBER, cabe à recorrida provar, através de autorização e do registro do ato impugnado, no CADE, a sua inocuidade.

Como se colhe de recente decisão da Suprema Corte dos EE. UU. no caso *Brown Shoe Co. v. U. S.* (370 U. S. 294, Relator *Chief Justice WARREN*, decidido em junho de 1962), a legislação antitruste proscree as fusões e incorporações que apresentem a *probabilidade*, e não a *certeza* (veja-se bem) de resultar numa diminuição da concorrência. O que ressalta de todo o texto do acórdão é a probabilidade do efeito e não a certeza do mesmo, quase impossível de se ter por antecipação, que caracteriza o abuso do poder econômico.

Mantivemos a palavra probabilidade, usada no texto (*probability*) porque é uma expressão da doutrina antitruste nos EE. UU.

Diante da lei brasileira pode dizer-se que os promotores da concentração de empresa criam o risco de diminuir a concorrência e é justamente esse risco que a lei proíbe que se assuma; o risco de produzir o efeito, “por meio de” concentração de empresa. Não é necessário aguardar o resultado, basta que haja a probabilidade de sua ocorrência.

Ou, no dizer do Relatório do Comitê Nacional do Procurador Geral para o estudo das Leis Antitruste de 31 de março de 1955 (*The Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws, U. S. Government Printing Office, 1955*):

“Torna-se desnecessário que o govêrno especule sobre o que se passa na cabeça dos promotroes da concentração; ou provar que a empresa adquirente praticou atos imorais ou predatórios; ou mostrar que, como resultado da concentração a

empresa adquirente obteve tal grau de contrôlê que passou a ter poder bastante para excluir competidores ou fixar preços... Segue-se que não é necessário provar *reais* efeitos anticompetitivos, mas apenas uma *razoável probabilidade* de uma substancial diminuição da concorrência, ou *tendência* para a formação de monopólio... O intento da lei é eliminar as tendências monopolísticas no seu começo e bem antes de produzirem os efeitos que justifiquem os procedimentos previstos na Lei Sherman”. (pág. 117/118).

Note-se que, na lei brasileira, há nítida distinção entre dominar os mercados e eliminar a concorrência, total ou parcialmente.

Uma coisa é a dominação de mercados, outra é a eliminação da concorrência. A primeira acarreta a segunda, mas não vice-versa. A eliminação da concorrência não importa em dominação do mercado. É, quando muito, um estágio inicial do processo. A eliminação total da concorrência não significa, necessariamente, a dominação de mercados, se outros fatores interferem, como, por exemplo, a existência de produtos similares, ou a possibilidade de substituição cômoda de um produto por outro.

Mas, não obstante, a lei veda qualquer das formas de abuso, porque o propósito é não só preservar a competição em benefício do consumidor, que sai ganhando em opções de preço e qualidade como o de manter a acessibilidade do mercado a outros concorrentes potenciais.

A eliminação parcial da concorrência por meio de concentração de empresas é um processo cumulativo, que tende a desequilibrar o mercado pelo crescimento relativo de um grupo econômico e o conseqüente enfraquecimento relativo de seus competidores. Com algum tempo passam êstes a transferir ao grupo mais forte a sua parcela do mercado.

Como um ímã atrai as limalhas de ferro, os conglomerados vão absorvendo os demais, ou levando-os ao desaparecimento puro e simples, até que o mercado se fecha com os poucos remanescentes, que não tardam a entrar em naturais acôrdos para divisão do mercado e sobrevivência e prosperidade recíprocas.

Tal processo, ou se tolhe no começo, ou nunca mais.

A história econômica dos cartéis e monopólios está aí para demonstrá-lo.

Não se trata, no caso, de atribuir à recorrida tais propósitos. Mas de ilustrar o problema em seus aspectos compulsórios. Esta é a tendência natural dos conglomerados, ainda que as suas primeiras intenções sejam as mais puras.

Outro argumento utilizado pela recorrida foi o da sua participação percentual nos mercados. Contra esse expediente também nos previne a decisão da Suprema Corte americana, no caso *Brown Shoe Co. v. U. S.* citado, com a experiência de mais de oitenta anos de julgamentos sobre o tema. Raciocina aquêlê Tribunal no sentido de que a lei reflete um cuidado consciente do legislador em evitar o recurso a padrões exclusivamente

matemáticos na determinação dos efeitos sobre a concorrência produzidos pela concentração.

Com efeito, as estatísticas, em casos dessa natureza, induzem facilmente a erros de interpretação, quando não de transcrição.

Não dispõe esta Procuradoria Regional de elementos para verificação dos dados oferecidos. Como quer que sejam, embora pareçam modestos, é visível a colocação do grupo resultante da incorporação como o terceiro maior complexo no ramo.

Aliás, o autor do único estudo de caráter científico da lei antitruste brasileira, BENJAMIN M. SHIEBER, transcreve a fls. 183 do seu trabalho a justificativa de uma emenda apresentada durante a tramitação do projeto que veio a ser a Lei n.º 4.137 de 1962, nos seguintes termos: "Em nenhuma lei esse dispositivo caberia tão bem e tão adequadamente quanto na lei antitruste. Porque ocorrem, de fato, no setor das matérias-primas necessárias ao fabrico de medicamentos, certos monopólios que estão produzindo, com a contribuição de outros fatores, os seguintes e terríveis resultados: 1) o enfraquecimento e a desnacionalização da indústria farmacêutica nacional, e 2) o brutal encarecimento dos remédios fabricados à base das mencionadas matérias-primas monopolizadas por certas empresas ou grupo de empresas. A imediata supressão deste nefasto abuso do poder econômico é imperativo do interesse nacional que vem duramente atingido neste setor fundamental que é o da saúde pública (22 de setembro de 1961, *Diário do Congresso Nacional*, Sec. I, Suplemento ao n.º 163, pág. 20)".

O argumento mais impressionante levantado pela recorrida e acolhido pelo E. Plenário é o dos incentivos oferecidos pelo Governo Federal às fusões e incorporações de empresas.

A primeira vista, parece colidir a atual orientação do Governo Federal com a Lei 4.137, de 1962. Mas tal não ocorre. Em primeiro lugar, a Lei 4.137 proíbe as incorporações e fusões em termos amplos e genéricos. Mas faculta ao CADE aprová-las e registrá-las, se verificar, após os necessários estudos, que delas não resultará diminuição da concorrência. Nada impede, por outro lado, que o Governo abra exceções à regra geral prescrita no art. 2.º, item I, da lei antitruste, quando e se entender conveniente. Mas, tais exceções não revogam a norma geral. Seria tomar a nuvem por Juno ver no recente Dec.-lei n.º 1.182, de 16-7-71, uma revogação da Lei n.º 4.137/62.

Concede esse recente decreto-lei incentivos fiscais à pessoas jurídicas para fins de fusão ou incorporação *consideradas de interesse nacional*. Esta cláusula condicionante é a própria razão de ser do referido diploma legal. Para verificação da condição acima foi criada a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas — COFIE, no Ministério da Fazenda. Por outro lado, as isenções previstas dependerão *obrigatoriamente*, nos termos do art. 4.º, do decreto-lei, da abertura do capital das empresas interessadas, salvo se o Conselho Monetário Nacional julgar que as ações da incorporadora devem estar sujeitas a restrições de circulação, destinadas a preservar tais ações sob controle de capitais nacionais.

A um simples relance de olhos se verá que a recorrida não satisfaz as condições acima.

Ademais, a COFIE já baixou resolução especificando as exigências, requisitos e ritos a que deverão submeter-se as empresas para obtenção dos favores do Dec.-lei n.º 1.182/71, ressaltando-se dentre eles: conquista e ampliação de mercados externos, redução de preços no mercado interno, fortalecimento do mercado de capitais.

Diante do exposto supra é forçosa a conclusão no sentido de que o Decreto-lei 1.182/71 tem destino e finalidades específicos, inteiramente distintos e divorciados dos propósitos e efeitos da incorporação em exame neste processo.

Ademais, o item 11 da Resolução citada, é explícito quanto ao problema abordado nestes autos ao declarar que a *COFIE zelará para que a aplicação do Dec.-lei n.º 1.182/71 não resulte em concentração empresarial que possa vir a afetar o equilíbrio do mercado*. Este último dispositivo parece lançar uma pá de cal no equívoco gerado talvez pelas notícias de jornal e reafirmar a posição do Governo Federal no sentido da manutenção da repressão aos abusos do poder econômico, consubstanciada na Lei n.º 4.137, de 1962.

Cabe ainda, refutar a alegação do douto relator do voto vencido de fls. de que negar registro às atas impugnadas pela Procuradoria Regional seria julgar os atos praticados pela Junta Comercial do Estado de S. Paulo.

Tal não é, *data venia*, da reconhecida cultura do ilustre Relator. O fato de a E. Junta de São Paulo ter arquivado as atas de assembléias referentes ao mesmo problema, mas da empresa sediada naquele Estado, nada tem a ver com o caso destes autos. A Junta de São Paulo julgou primeiro e decidiu segundo a sua própria competência. Esta Procuradoria Regional não impugnou a decisão de São Paulo. O que se impugna é o registro nesta JUCEG de ata de empresa sob sua jurisdição que infringe a lei. Do mesmo modo que a decisão da JUCEG, se proferida primeiro, não condicionaria a da Junta de São Paulo, a desta última não pode condicionar a da Junta da Guanabara. Trata-se de jurisdições distintas decidindo, segundo suas competências, sobre atos distintos.

Nessas condições, Sr. Presidente, requer a Procuradoria Regional a V. Exa. que submeta ao E. Plenário, em grau de revisão, o presente recurso para reforma da anterior decisão do Colégio de Vogais que manteve o registro deferido pela Colenda 1.ª Turma, e denegação do arquivamento da ata impugnada e documentos conexos e consequentes ou que, em caso de desprovimento do presente recurso seja ele encaminhado ao Exmo. Sr. Ministro da Indústria e do Comércio para apreciação e decisão final.

Rio de Janeiro, GB, 23 de agosto de 1971.

CELSON SOARES CARNEIRO  
Procurador Regional Chefe