CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — ACÔRDO DE INTEGRAÇÃO VERTICAL DE EMPRÊSAS

— Não depende de aprovação do CADE o acôrdo de integração vertical de emprêsas para fins econômicos.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Processo n.º 20.080 — 70

PROCESSO N.º 20.080-70

Requerente: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

Requerida Flumipesca — Indústria Fluminense de Pesca S. A.

Relator: Conselheiro J. C. de Mendonça Braga.

DECISÃO

Resolvem os membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica reunidos em sessão de julgamento, acolher, por unanimidade, o voto do Conselheiro Relator que entendeu não se enquadrar em qualquer dos itens do art. 74 da Lei 4.137-62, e, pois independer de aprovação e registro no CADE, para a sua validade o acórdão de integração vertical de que resultou a constituição da emprêsa Flumipesca — Indústria Fluminense de Pesca S. A.; tanto mais que o respectivo objetivo social refere-se a uma atividade econômica definida como de "base", pelo Decreto-lei n.º 221-67, e que vem recebendo uma série de franquias e estímulos da parte de legislação federal específica. Também, por unanimidade, foi aprovada a imediata comunicação da íntegra da decisão supra à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, a fim de que a tramitação do registro do contrato de constituição daquela emprêsa de pesca não sofra mais retardo.

Sala das Sessões, 16 de abril de 1970. — Conselheiro *Tristão da Cunha* — Presidente. — Conselheiro *J. C. de Mendonça Braga*, Relator. — Conselheiro *Raul de Góes*. — Conselheiro *Gratuliano Brito*, Conselheiro *Geraldo de Rezende Martins*.

Fui presente: *Dr. Vicente Tourinho*, Procurador-Geral.

PROCESSO N.º 20.080-70

Requerente: Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro.

Requerida: Flumipesca — Indústria Fluminense de Pesca S. A.

Relator: Conselheiro J. C. de Mendonça Braga.

RELATÓRIO

O presente processo originou-se de um Ofício de n.º GP-26-70, da Presidência da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, solicitando o pronunciamento dêste Egrégio Conselho, nos têrmos do artigo 74 da Lei núme-

ro 4.137, de 10 de setembro de 1962, sôbre a "Escritura de aumento de Capital Social, admissão de sócios, conferências de bens e transformação de sociedade por quotas de respensabilidade limitada em sociedade por ações, de interêsse da emprêsa Flumipesca — Indústria Fluminense de Pesca Sociedade Anônima e que fôra apresentada àquele órgão para o competente registro. Anexos ao citado ofício, que leva a data de 4 de fevereiro do ano em curso, vieram cópias fotostáticas devidamente autenticadas, da "Escritura" objeto da consulta e do "Parecer" expedido a respeito pela Diretoria da Divisão Jurídica do Registro de Comércio do Estado do Rio de Janeiro.

2. Protocolado, com as formalidades requeridas, foi o Ofício em questão encaminhado à Presidência dêste Conselho, que, aos 18 dias do mesmo mês, despachou, às fls. 14 dos autos, requerendo o competente pronunciamento da Douta Procuradoria-Geral.

3. No dia seguinte, isto é, a 19 de fevereiro p. p., o Dr. Vicente Tourinho, DD. Procurador-Geral dêste órgão, determinava ao Dr. Procurador Walter Brunetta que emitisse parecer.

4. Em 4 de março seguinte, juntou o Dr. Procurador Walter Brunetta o seu "parecer", que se encontra às fls. 15-17 dos autos, e no qual Sua Excelência opina "pelo pronunciamento favorável do CADE", por ver, "no caso "sub judice" o protótipo daquilo que, tècnicamente, se denominou de "integração vertical", a qual — no seu entender — "ao invés de provocar equilíbrio de produção com o consumo, regular mercado, padronizar a produção, etc., etc. (artigo 74 da Lei n.º 4.187-62), virá, por certo, proporcionar uma melhoria de produção que só beneficiará o próprio mercado consumidor". De notar, a contradição em que incorreu Sua Excelência, em seu respeitável "Parecer": primeiro declara, com tôdas as letras, que o caso em tela não se enquadra em qualquer das hipóteses capituladas no artigo 74 da Lei n.º 4.137-62 — o que equivale a dizer que o contrato em questão, é daqueles que independem, para a sua validade, da aprovação e registro pelo CADE — e, depois, acaba por recomendar a êste Plenário um pronunciamento "favorável" — portanto, a devida aprovação e competente registro.

5. Sem se aperceber da contradição acima referida, a Douta Procuradoria-Geral aprovou e adotou, às fls 18 dos autos, o aludido "Parecer", não lhe fazendo qualquer reparo, ou aditamento.

6. Voltando, então, os autos à Presidência dêste Conselho, houve por bem Sua Excelência, o Sr. Conselheiro Presidente, mandar incluí-los em pauta, por despacho de 12 de março último.

7. Levado a Plenário, foi o presente processo a nós distribuído, por sorteio realizado no curso da sessão de 13 de março p. p., conforme certidão de fls. 18.

8. A 16 do mesmo mês, foram os presentes autos a nós conclusos e, no dia imediato, por despacho exarado às fls. 19, solicitamos a apreciação do órgão técnico competente.

9. Decorridos, apenas, 6 dias, portanto, a 23 de março, o Sr. Diretor do DEPEC deu, às fls. 29-22, o seu respeitável "Parecer", que concluiu no sentido de prescindirem de registro pelo CADE, para que tenham validade, os autos constitutivos da emprêsa Flumipesca, pois que os mesmos "não contêm os pressupostos discriminados nas alíneas do artigo 74 da Lei n.º 4.137-62".

10. Depois de passar pela Divisão Exceutiva, conforme atesta o despacho de fls. 22, do Sr. Diretor-Executivo dêste órgão, em data de 23 de março p. p., foi o presente processo a nós encaminhado, para a apreciação final.

11. Aos 10 dias do mês de abril corrente e após examinar, detidamente, todos os aspectos da matéria contida nestes autos, solicitamos pauta

para julgamento, no que fomos atendidos, pelo Exmo. Sr. Conselheiro-Presidente, com a inclusão dos mesmos nos trabalhos da presente sessão.

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente e em face da pequena divergência de opiniões consbalho que denominou, de modo bas-Procuradoria e do DEPEC, no que tange à natureza exata do *processus*" de constituição da emprêsa objeto do presente feito sustentando a primeira que o caso *sub judice* é evidentemente o protótipo da integração vertical", enquanto o DEPEC recomenda que só o consideremos como se tratando de uma integração do tipo vertical se as emprêsas que passaram a formar ou a participar da Flumipesca continuarem em suas linhas de produção, já agora, destinadas à nova emprêsa — parece-nos que a primeira etapa que se nos impõe vencer é a de um conhecimento preciso do que se deva entender por "integração vertical".

2. Para tanto, podemos valer-nos *ab initio* da definição de "integração vertical" dada pelo professor R. Marris, às páginas 151 do seu conhecido estudo. *The Economics of Capital Utilisation*:

"... vertical integration is the gathering into one factory of a number product, which are, otherwise carried out, in separate specialist estabilishments."

Ainda mais elucidativos, sôbre a matéria, são os comentários do Professor John Maurice Clark, num trabalho que denominou, de modo bastante significativo, de *A Concorrência como Processo Dinâmico:*

"O Têrmo "integração vertical" — escreveu o ilustre Professor da Brookings Institution — refere-se à combinação, dentro da firma, de funções que podem e são, usualmente, executadas por emprêsas diferentes. A extensão dessas funções incluem a retroação ao fornecimento de materiais, peças componentes e subcontagens, e a progressão para ulterior processamento, ou distribuição. Algumas dessas combinações serão feitas, muito naturalmente, dentro da fábrica única, que, para o nosso presente objetivo, podemos definir como corporificação física."

(John Maurice Clark, *opus citatus*, à pág. 153 da tradução feita, para a Forense, por Rui Jungmann).

Muito oportuna — e, por isso mesmo, digna de menção — a advertência feita pelo Professor Joe S. Bain, da Universidade da Califórnia, às páginas 178 do seu alentado estudo sôbre a *Industrial Organisation* de que nem sempre a integração vertical de uma firma determina a reunião, em um único estabelecimento, de todos os processos técnicos complementários. De fato, escreve o ilustre Mestre *yankee*, com profundo conhecimento de causa:

"Também se encontram casos de integração vertical em que as firmas realizam funções sucessivas que não são tècnicamente complementares e não se acham sujeitas a unificação em um único estabelecimento: por exemplo, a produção das peças componentes de um máquina, a montagem destas até dar lugar a uma máquina acabada e a distribuição das máquinas."

Assim informados sôbre os caracteres próprios da chamada "integração vertical", passemos à análise do contrato social que constitui o objeto do presente processo.

Desde logo, constamos que o processo de constituição da FLUMIPESCA — Indústria Fluminense de Pesca S. A. não se esgotou numa única etapa, mas se estendeu por duas operações distintas, embora sucessivas. Primeiro, houve o aumento do capital social da firma Fluminense de Pesca Limitada, mediante a subscrição de novas quotas por várias pessoas físicas e uma pessoa jurídica — a firma Conservas Coqueiro S. A.

e a incorporação do patrimônio de duas outras emprêsas, a Maveroy Indústrias Metalúrgicas S. A. e a Termobrás Indústria e Comércio S. A.. Depois — e só depois — foi que se deu a transformação da sociedade por quotas, assim aumentada em seu capital, na companhia interessada no presente processo, a FLUMIPESCA — Indústria Fluminense de Pesca S. A.

Na primeira etapa, o instituto dominante foi o da "incorporação", definido no artigo 152, do Decreto-lei n.º 2.627 de 26 de setembro de 1940, como sendo "...a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhe sucede em todos os direitos e obrigações."

De notar — como, aliás, acentuou, muito bem, o Professor Trajano de Mirando Valverde, em seu alentado ensaio sôbre as *Sociedades por Ações* — que "...a pessoa jurídica incorporadora sucede, a título universal, em todos os direitos e obrigações das sociedades ou pessoas jurídicas que se extinguem" ...mas, "não se pode falar em liquidação das sociedades incorporadas, porque *um dos característicos diferenciais* do instituto é a transmissão integral do patrimônio das sociedades incorporadas para a incorporadora," (Trajano de Miranda Valverde, opus cit., pág. 79, do vol. III).

Já na segunda etapa o instituto dominante pelo menos, num primeiro exame — foi o da "transformação", que o artigo 149, do mesmo Decreto-lei n.º 2.627, de 26 de setembro de 1940, define como sendo "a operação pela qual uma sociedade passa, independentemente de dissolução ou liquidação, de uma espécie para outra".

A propósito do instituto da "transformação", escreveu o Professor J. X. Carvalho de Mendonça, às págs. 64-65 do vol. III do seu monumental *Tratado de Direito Comercial Brasileiro:*

"... Se a transformação é autorizada pelo contrato social ou pelos "estatutos", conservando os mesmos elementos, o mesmo objeto, o mesmo capital e os mesmos sócios, considera-se simples "modificação" ao contrato social... e a transformação se denomina" "pura", ou "simples".

"... Se, porém, a transformação não é autorizada pelo contrato primordial, ou seja, pelos "estatutos", importa a constituição de nova sociedade. Esta transformação é chamada "constitutiva".

"... Outrossim, existe nova sociedade se, não obstante autorizada a transformação, pelo contrato social ou pelos estatutos, se adicionam elementos novos, como se muda o objeto ou se aumenta o capital".

Portanto — à primeira vista e de acôrdo com os ensinamentos acima expedidos — a Flumipesca ter-se-ia formado através de uma "transformação constitutiva". Todavia, num segundo exame, isto é, numa apreciação em perspectiva das duas operações sucessivamente reguladas na escritura pública *sub judice*, não nos é difícil perceber que, em última instância, o que se verificou foi a absorção do patrimônio de duas emprêsas, por uma terceira que, por sua vez, se extinguiu, dando lugar a uma quarta e nova emprêsa. Ora, Senhoras Conselheiros, acontece que o artigo 153 do Decreto-lei n.º 2.627, de 23 de setembro de 1940, dá ao tipo de operação acima descrito o nome de "fusão — e a fusão, *lactu sensu* constitui, precisamente, o anverso jurídico daquilo que, em Economia, se convencionou chamar de "integração vertical". Tanto assim, que numerosos autores, tanto nacionais, como estrangeiros, usam da expressão "fusão econômica", como sinônimo de "integração vertical".

Assim sendo, andou com inteiro acêrto a douta Procuradoria do CADE, quando viu, no caso *sub judice*, o protótipo da integração vertical. Quanto à exigência feita pelo DEPEC, em seu "Parecer" de fls. 21 para tal reconhecimento — qual seja, o de que as emprêsas que passaram a formar, ou a participar, da Flumipesca continuem em suas linhas de pro-

dução, já agora destinadas à nova emprêsa — parece-nos que a mesma está devidamente atendida. De fato, se as duas emprêsas absorvidas cedem — como, realmente, cederam — a universalidade de seus respectivos patrimônios à nova firma e, por isso mesmo, desapareceram, por inteiro de modo absoluto, é evidente, é curial, é lógico que tôda a produção que, de ora em diante, sair de suas antigas instalações terá a Flumipesca como destinatária, ainda que essa produção não se destine ao seu consumo exclusivo.

A esta altura, Senhores Conselheiros, pedimos vênia a Vossas Excelências para fazer um reparo à assertiva feita pelo Dr. Procurador Walter Brunetta, às fls. 17 do seu "Parecer", de que, nos Estados Unidos, as fusões de emprêsas, no molde que se convencionou chamar de "integração vertical", vêm merecendo, não só a permissão, mas, até, o incentivo das autoridades governamentais.

Sua Excelência, data vênia, laborou em êrro, neste seu pronunciamento, embora tal equívoco seja perfeitamente explicável pela falta de recursos bibliográficos em que se encontrava, quando da redação do referido "Parecer" — fato, aliás, confessado, textualmente.

Em verdade, há muito tempo, precisamente há três décadas, que se encerrou, nos Estados Unidos, a política de transação — ou, se preferirem, de tolerância — e nunca de incentivo, como asseverou, por equívoco, a douta Procuradoria — para com certos tipos de fusão de emprêsas. Realmente, tal política teve sua fase áurea no período inicial da gestão do Presidente Franklin Roosevelt, graças a uma interpretação benevolente do National Industry Recovery ACT — de 1933, diploma que, como todos nós sabemos, tratava da organização — melhor diríamos, da reorganização — econômica do País. Mas essa lei deixou de vigorar em 1935 e não foi mais renovada, devido à própria recuperação econômica da nação americana. Daí por diante, cessou a tolerância governamental para com tais acôrdos. Mais ainda: a Suprema Côrte chegou mesmo a proclamar a caducidade das fusões levadas a cabo durante a vigência do National Industrial Recovery ACT, de 1933. Foi o que se deu, por exemplo, em 1940, quando do julgamento do caso United States versus Socony Vacuum Oil Corporation. E esta orientação jurisprudencial firmou-se, de ano para ano, naquela Côrte Suprema, e vem-se mantendo até os nossos dias.

Não cabe, pois, invocar o exemplo norte-americano, para o julgamento do feito presente, eis que sôbre a matéria são absolutamente distintas e, até antagônicas, as legislações vigentes nas duas nações irmãs. O mais acertado, por conseguinte, é ater-nos aos textos das leis antitrust brasileiras e tão só a êles, para decidir se êste Egrégio Conselho deve, ou não, autorizar, isto é legitimar, a integração vertical pretendida e, pois, conceder-lhe o competente registro.

E é o que faremos, agora. Como é do conhecimento de Vossas Excelências, Senhores Conselheiros, o artigo 96 do Decreto n.º 52.025, de 20 de maio de 1963, que regulamentou o art. 74 da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, especificou que, "estão sujeitos a registro e aprovação do CADE os atos, ajustes, acôrdos ou convenções entre emprêsas, ou grupos de pessoas vinculadas a tais emprêsas, ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

I — equilibrar a produção com o consumo;

II — regular o mercado;

III — padronizar a produção;

IV — especializar a produção, ou distribuição;

V — estabelecer uma restrição de distribuição, em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero, ou destinadas à satisfação de necessidades conexas".

Analisando os dispositivos em tela, escreveu, com muita justeza, o Professor Benjamin Schieber, às fls. 113 e 114 dos seus comentários à legislação antitrust brasileira:

a) que a alínea primeira do art. 74 da Lei do CADE refere-se a "acôrdos entre concorrentes, para limitar a produção, em vez desta limitação ocorrer em resposta à operação da lei de oferta e procura no mercado";

b) que a alínea segunda cogita "do estabelecimento, por meio de acôrdos entre emprêsas, de normas concernentes ao funcionamento do mercado, v.g. o estabelecimento de normas para dar crédito a compradores";

c) que a alínea terceira trata de ajustes que fixam "standards de qualidade de produtos e de medidas e pesos";

d) que a alínea quarta admite "a substituição da lei de oferta e procura, como o agente determinante de preços, por acôrdos entre emprêsas que tenham por efeito estabilizar os preços";

e) que a alínea quinta permite "a aprovação de acôrdos que objetivem a partilha do mercado em base de especialização da produção, ou de distribuição"; e

f) que a derradeira alínea versa sôbre "os acôrdos que visem o estabelecimento de vendedores exclusivos, isto é, vendedores que não possam vender produtos do mesmo gênero, ou destinados à satisfação de necessidades conexas, produzidos por outras emprêsas concorrentes".

Como Vossas Excelências puderam constatar e salvo melhor juízo, é flagrante que o contrato ora *sub judice* não se enquadra em qualquer dos itens capitulados acima e, pois, não está sujeito, para a sua validade, à aprovação e conseqüente registro do e no CADE, o que, todavia, não significa que o contrato em questão não tenha por efeito — ainda que mediato — uma restrição à concorrência. De modo algum. Como assinalou, o Professor John Maurice Clark, no estudo que fêz para a Blooklings Institution e ao qual denominou de *A Concorrência como Processo Dinâmico*, "o conjunto de vantagens ligadas ao tamanho, que tem origem na integração vertical e que se vincula ao levantamento de recursos e distribuição, talvez inclua os obstáculos mais sérios, à concorrência efetiva, por firmas de proporções moderadas". (Clark, opus cit., p. 155).

Em verdade, seria demasiado ingênuo de nossa parte, não reconhecermos que a fusão de três firmas pequenas, bastante elevado, não acabará por reduzir a desigualdade da concorrência às expensas do menor número, no setor econômico de sua atividade. Mas, o fato é que os acôrdos de fusão, do tipo em tela, não estão mencionados no artigo 74 da Lei n.º 4.137, de 1962, e, pois, não dependem, para sua validade, de prévio registro no CADE. Aliás, e como não passou desapercebido ao Prof. Schieber — autor dos primeiros e, até o momento, mais autorizados comentários à Lei do CADE — "os tipos de acôrdos em restrição da concorrência arrolados no artigo 74 da Lei Antitrust não abrangem todos os acôrdos em restrição da concorrência". (Benjamin Schieber, *Abusos do Poder Econômico*, p. 114-15).

Portanto e já pela existência de uma brecha na Lei Antitrust, isto é, por não incluída no rol dos tipos de acôrdos mencionados no art. 74 da Lei do CADE, a fusão de emprêsas de que resultou o aparecimento da Flumipesca independeria, para a sua validade, do registro e aprovação dêste Egrégio Conselho.

Ocorre, porém, aos demais, que a atividade setorial visada pela Flumipesca — qual seja, "a exploração da indústria e comércio da pesca, compreendendo captura, conservação, beneficiamento, transformação, industrialização, importação, exportação e demais atividades relacionadas com a indústria pesqueira, in-

clusive de subprodutos". (Art. 5.º da respectiva Escritura) — por ter sido reconhecida como indústria de base" (artigo 18 do Decreto-lei n.º 221, de 28 de fevereiro de 1967), está disciplinada por uma substanciosa legislação especial baixada nos governos dos Presidentes Castelo Branco e Costa e Silva; uma legislação que, por isso mesmo, pode e deve ser considerada como perfeitamente afinada com os ideais econômicos da Revolução de 31 de março de 1964. De fato, nos têrmos da referida legislação revolucionária, concedeu-se à indústria pesqueira nacional tôda uma série de franquias e estímulos, os mais consideráveis, inclusive — e, sobretudo — fiscais, no intuito confessado de promover-lhe o progresso técnico e dar-lhe condições econômicas de concorrência, nos mercados internacionais.

Ora, é inegável que a chamada "integração vertical" pode proporcionar — e, geralmente propicia — uma substanciosa redução nos custos de produção da emprêsa, a par com uma eficiência consideràvelmente maior.

Bastar-nos-ia lembrar, a respeito, a opinião expendida pelo Prof. Gardiner C. Means, às páginas 184, do seu conhecido estudo *Princing Power Public Interest*, o qual, como é sabido, tem por objeto de análise o parque siderúrgico norte-americano:

"... There are important economies to be derived from integration beyond the individual functions of making pig iron, or rolling steel. In an integrated plant molten... the production flow can be more efficiently controlled; transportt costs can be reduced the back flow of scrap can be more ordely, and, in many other whays, the costs of prodution can be kept down. Similarly, the administrative control of ore production, shimpment, and storage can add efficiencies in the flow of production, as can the fabrication of steel products. All of this leeds to large vertically integrated steel enterprises for maximum efficiency".

No mesmo sentido são as conclusões abalizadas do Professor Joe S. Bain, da Universidade da Califórnia, às páginas 178-181 e 190-191 do seu estudo *Industrial Organisation*, por nós já invocado, no início do presente voto.

Dêste modo, qualquer atitude denegatória dêste Egrégio Conselho para com a integração vertical da indústria pesqueira, em tela, seria, não apenas, descabida — pela falta de apoio na letra da Lei Antitrust — mas, também, errônea, por ir de encontro às diretrizes fixadas, em legislação especial, por sucessivos Govêrnos Revolucionários, para a atividade setorial, em questão.

De resto, êste nosso assentimento tácito à integração vertical cogitada não impedirá que o CADE, em se positivando, posteriormente, a prática de abusos de poder econômico, tal como definidos nos diversos itens do art. 2.º da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, promova o competente processo administrativo contra a emprêsa, ora nascente. É o que nos faculta, expressamente, o § 3.º do art. 96 do Decreto n.º 52.025, de 20 de maio de 1963.

Por tudo isto, votamos no sentido dêste Plenário proclamar que o contrato de fusão de que resultou o aparecimento da Flumipesca não está abrangido pela enumeração constante do art. 74 da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, e, pois, independe, para a sua validade, do registro e aprovação do CADE, dando-se imediata ciência da decisão e dêste nosso voto à Presidência da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, para que não seja mais retardada a tramitação do mesmo contrato, naquela Junta.

É o nosso voto.

Sala das Sessões, 16 de abril de 1970. — Conselheiro *J. C. de Mendonça Braga*, Relator.