CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — CONTRATO DE FINANCIAMENTO — CONCORRÊNCIA — DOMÍNIO DE MERCADOS

— Interpretação da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

DECISÃO

Foi submetida à apreciação do plenário a matéria contida no Processo n.º 20.049/71, referente a consulta formulada pelo Banco Central do Brasil sôbre contrato a ser celebrado entre a Mineração Rio do Norte S.A. e a ALCAN (Bermuda) Limited. Com a palavra o relator, Conselheiro Mendonça Braga, lido o respectivo relatório, votou Sua Excelência no seguinte sentido: "O estipulado na Cláusula VI da minuta do Contrato de Financiamento que a Mineração Rio do Norte S.A. pretende celebrar com a Alcan (Bermuda) Limited, se pôsto em execução infringirá a letra a, do item I, do artigo 2.º da Lei n.º 4.137, de 1962, pela desrazoabilidade da restrição que criaria à concorrência e a probabilidade de converter-se num suporte do domínio do mercado nacional de alumínio pelo grupo ALCAN, através de suas subsidiárias, brasileiras, ou não. A alteração do texto da referida cláusula não poderá ser feita, apenas, no sentido da liberação de uma certa percentagem do total da produção da Mineração Rio do Norte S.A., para oferta a produtores independentes de alumínio, porque tal fórmula importaria uma divisão antieconômica do mercado e não evitaria obstáculos ao crescimento das companhias mais eficientes. As garantias usuais de penhor e hipoteca são suficientes, tanto mais que as contratantes estão sob o contrôle de um mesmo grupo econômico. A Cláusula VII da minuta do citado contrato pode ficar como está, pois que, de qualquer modo, a cessão do contrato de fornecimento de bauxita cogitado só terá lugar, se assim convier à ALCAN, do Canadá, de quem ambas as contratantes são subsidiárias". A Procuradoria-Geral, na palavra do Doutor Vicente Tourinho, sustentou seu parecer de fls., entendendo que o contrato que se pretende realizar, tal como está redigido, fere a Lei n.º 4.137/62. Passada a palavra ao Conselheiro Gratuliano Brito, pelo mesmo foi dito que votava pelo não conhecimento da consulta, em face do art. 17 da Lei n.º 4.137, de 1962, de duas decisões unânimes já proferidas pelo Conselho e de acôrdo com o final do Parecer do Doutor Procurador a fls. 11. O Conselheiro Geraldo de Rezende Martins votou com o relator, com a restrição de que a minuta do contrato deve se manter como está. A seguir

o Sr. Presidente pediu vista do processo, para melhor exame do assunto. Nada mais havendo, foi encerrada a sessão, e marcada a próxima para o dia vinte e cinco (25) do corrente. Eu, Osmar Bárcia Rodrigues, Secretário do Conselho, lavrei a presente que, depois de lida e aprovada vai por mim datada e pelo Sr. Presidente assinada. Rio de Janeiro, vinte e cinco (25) de março de mil novecentos e setenta e um (1971). *Tristão da Cunha*, Presidente.

PROCESSO N.º 20.049/71

Assunto: Consulta da Gerência de Fiscalização e Registro de Capitais Estrageiros do Banco Central do Brasil.

Relator: Conselheiro J. C. de Mendonça Braga.

O estipulado na Cláusula VI da minuta do Contrato de financiamento que a Mineração Rio do Norte S.A. pretende celebrar com a ALCAN (Bermuda) Limited, e se pôsto em execução infringirá a letra *a*, do item I, do art. 2.º da Lei n.º 4.137, de 10/9/62, pela desrazoabilidade da restrição que criará à concorrência e a probabilidade de converter-se num suporte do domínio do mercado nacional de alumínio pelo grupo ALCAN, através de suas subsidiárias, brasileiras, ou não. A alteração do texto da referida cláusula não poderá ser feita, apenas, no sentido da liberação de uma certa percentagem do total da produção da Mineração Rio do Norte S.A., para oferta a produtores independentes de alumínio, porque tal fórmula importaria uma divisão antieconômica do mercado e não evitaria obstáculos ao crescimento das companhias mais eficientes. As garantias usuais de penhor e hipoteca são suficientes, tanto mais que as contratantes estão sob o contrôle de um mesmo grupo econômico. A Cláusula VII, da minuta do citado contrato pode ficar como está, pois que, de qualquer modo, a cessão de contrato de fornecimento de bauxita cogitado só terá lugar, se assim convier à ALCAN, do Canadá, de quem ambas as contratantes são subsidiárias.

DECISÃO

Resolvem os membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, reunidos em sessão de julgamento e por maioria dos presentes, acolher o voto do Exmo. Sr. Conselheiro Relator, sintetizado na Ementa supra, o qual deverá ser encaminhado na íntegra, com o Relatório que o procedeu, em anexo ao ofício em que o Exmo. Sr. Conselheiro-Presidente houver de dar ciência da presente decisão à Gerência de Fiscailzação e Registro de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil. Vencido o Exmo. Sr. Conselheiro Gratuliano Brito, que votou pelo não conhecimento da consulta, em face do art. 17 da Lei n.º 4.137/62, de duas decisões unânimes já proferidas pelo Conselho e de acôrdo com o final do Parecer do Dr. Procurador a fls. 11.

Sala das Sessões, 25 de março de 1971. — *Tristão da Cunha*, Conselheiro-Presidente. — *J. C. de Mendonça Braga*, Conselheiro-Relator. — *Gratuliano Brito*, Conselheiro. — *Geraldo de Rezende Martins*, Conselheiro.

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

PROCESSO N.º 20.049/71

Assunto: Consulta do Banco Central do Brasil sôbre possíveis implicações com os postulados da Lei n.º 4.137/62 contidas em cláusulas de contrato de financiamento a ser firmado entre as firmas Mineração Rio do Norte S.A. e Alcan (Bermuda) Limited.

Relator: Conselheiro J. C. de Mendonça Braga

RELATÓRIO

O presente processo originou-se de um Ofício de n.º 1-71-4, datado de 26 de janeiro último, da Gerência de Fiscalização e Registro de Capitais Estrangeiros do Banco Central do Brasil, submetendo à apreciação dêste Egrégio Conselho uma minuta de contrato de

financiamento a ser celebrado entre as firmas Mineração Rio do Norte S.A., do Pará, e a Alcan (Bermuda) Limited, de Hamilton (Bermuda). Justificando a consulta, esclareceu aquela Gerência que não queria manifestar sua opinião às partes interessadas sem, antes, conhecer o ponto de vista dêste Conselho, "em face de possíveis implicações com os postulados nas cláusulas ns. VI e VII da mencionada minuta de contrato."

As cláusulas em questão — como podemos constatar na minuta vinda em anexo ao supracitado ofício — estão assim redigidas:

Cláusula VI

Como garantia de seu compromisso, a Alcan Bermuda terá prioridade a tôda a bauxita extraída e produzida pela Rio do Norte, anualmente, até completar as quantidades de bauxita especificadas nas Ordens de Compra colocadas anualmente pela Alcan Bermuda, em conformidade com a Cláusula III, do Contrato de Suprimento de Bauxita, datado de 11/1970, e a Rio do Norte não poderá empenhar, hipotecar, ou embargar de nenhuma forma esta bauxita que tenha sido minerada e removida de sua mina, ou minas."

Cláusula VII

A Alcan Bermuda poderá transferir êste contrato a qualquer companhia direta ou indiretamente controlada pela Alcan Aluminium Limited. Com esta exceção, nenhuma das partes contratantes poderá transferir, ceder, empenhar, ou dispor, de qualquer forma, dêste contrato ou de nenhum interêsse ou direitos das partes contratantes sem o consentimento prévio, por escrito, da outra parte, consentimento êste que não poderá ser negado injustificadamente, entendendo-se que qualquer cessão dêste contrato pela Rio do Norte dará à Alcan Bermuda direito às exigências previstas na Cláusula VI".

Em 8 de janeiro p.p., Sua Excelência, o Sr. Conselheiro-Presidente dêste Conselho despachou a fls. 8 dos autos, nos seguintes têrmos:

"I — Oficie-se, de acôrdo com a minuta que ofereço;

II — À Procuradoria-Geral para, com urgência, se manifestar."

Na mesma data, aquela Presidência expediu um Ofício de n.º G.Pr. 12/71, dando ciência ao Sr. Gerente da FIRCE do Banco Central de que estavam sendo tomadas as providências cabíveis para a oportuna e devida resposta à consulta formulada.

Por sua vez, aos 10 de fevereiro, o Dr. Procurador-Geral do CADE determinava ao Dr. Procurador Walter Geraldo Brunetta que emitisse parecer.

Sete dias mais tarde, ou seja, a dezessete do mesmo mês, o indigitado Sr. Procurador apresentava o seu parecer, que se encontra a fls. 10 e 11 dos autos. Neste seu pronunciamento, disse o Dr. Walter Brunetta sôbre as cláusulas VI e VII do contrato, *sub judice*, o seguinte:

"as referidas cláusulas estabelecem normas para um tipo de comercialização conhecida por Mercado Cativo. O mercado cativo, forma internacionalmente utilizada para determinados tipos de contratos de financiamento, não constitui medida preparatória capaz de dar condições monopolísticas, acrescidas de domínio de mercado. É público e notório que, no mundo ocidental, pràticamente, dois grandes grupos dominam o mercado de alumínio, qual sejam: o grupo Alcan (Alumínio Canadense) e o grupo Alcoa (Aluminium Company of América), (*sic* a fls. 10).

"Na verdade — admitiu o Dr. Brunetta, ainda a fls. 10 de seu Parecer — a Alcan Bermuda terá propriedade a tôda a bauxita extraída e produzida pela Rio do Norte, bem assim como o direito de transferir o contrato a qualquer companhia, direta, ou indiretamente, subordinada ao grupo financiador."

Culminando as suas considerações, escreveu o Dr. Procurador, a fls. 11 de seu Parecer:

"Como é sabido, o Brasil não dispõe de grandes reservas de bauxita, existindo algumas jazidas na área de Ouro Prêto e Poços de Caldas, ambas no Estado de Minas Gerais, e a maior delas, exatamente no Estado do Pará. A produção brasileira de alumínio é relativamente pequena, tendo como principais produtores a Sarmenha, em Minas Gerais, outra em São Paulo, do grupo J. E. de Morais, e outra no parque industrial de Aratu. A Alumina que é matéria semi-preparada e de obtenção relativamente fácil, necessita de altos fornos elétricos para atingir sua fase final de fabricação. Como nossa energia é cara, o produto por nós fabricado atinge maior custo industrial, tornando-o incapaz de competir. Aí está a razão pela qual o Canadá que dispõe de energia elétrica barata e em grande quantidade, ser um dos maiores produtores de alumínio, representado pelo grupo Alcan.

O mercado cativo, em tese, é prejudicial.

A exportação de bauxita pelo fato do Brasil não possuir grandes reservas, preocupa.

Por outro lado, pelas razões já observadas com relação à utilização de fornos elétricos e, principalmente, pela ausência de restrição legal com relação à exportação da bauxita, não encontramos qualquer implicação com os dispositivos da Lei n.º 4.137, de 1962. Isto pôsto, entendemos que o CADE não deverá intervir na referida matéria, dando conhecimento ao Banco Central do Brasil, dêste ponto de vista, sem prejuízo, entretanto, daquela ordem legal, segundo a qual, as jazidas nas faixas fronteiriças, não sabemos se é o caso, dependem do beneplácito do Conselho de Segurança Nacional."

Com êste parecer não concordou o Dr. Procurador-Geral que, em pronunciamento de fls. 12 e 13, datado de 26 de fevereiro p.p., fêz saber ao Sr. Conselheiro-Presidente dêste Conselho que julgava "o disposto nas cláusulas VI e VII do contrato firmado (*sic*) entre a Mineração Rio do Norte S.A. e a Alcan (Bermuda) Limited, caso pôsto em execução, uma violação ao art. 2.º, item I, alínea *a* da Lei n.º 4.137, de 1962."

Data venia — escreveu o Dr. Vicente Tourinho — a Procuradoria-Geral discorda do Parecer proferido pelo ilustre Procurador Walter Brunetta, por entender que a prioridade — como garantia de compromisso — outorgada à Alcan (Bermuda) Limited, pela Rio do Norte S.A., de tôda a sua bauxita lavrada, constitui abuso de poder econômico. A lei coíbe restrição à concorrência, desde que oriunda de acôrdo entre emprêsas interessadas no objeto de suas atividades.

.....

.....

Ademais, inexistem dúvidas de que perfazendo-se o contrato em exame, tôda a bauxita produzida pela Mineração Rio do Norte deverá ser exportada para o exterior, criando-se, com isso, uma situação de carência no mercado interno, face a diminuição considerável da oferta, o que poderá provocar alta de preços.

Se encararmos o crescente desenvolvimento econômico da Nação e a necessidade da utilização do alumínio em quase todos os setores de atividade — progresso e alumínio estão interligados — consideraremos o contido nas cláusulas VI e VII, do contrato de fls. 3/7, não sòmente restritivo a concorrência, mas como um boicote ao Norte, Nordeste e Leste do Brasil, regiões em acelerado avanço industrial.

Pelas razões expostas, entende a Procuradoria-Geral que o contrato que se pretende realizar, tal como está redigido, fere a Lei n.º 4.137/62."

Devolvido à Secretaria do Conselho, para os devidos fins, em 2 do mês em curso, foi êste processo novamente encaminhado, na mesma data, ao Sr. Conselheiro-Presidente do CADE, que, no dia 5 seguinte, determinou a sua inclusão na pauta da primeira sessão que houvesse.

E, em sessão plenária, realizada aos 9 dias dêste mês de março, fomos designados Relator do presente processo, mediante sorteio, como consta de certidão a fls. 14 dos autos, e Vossas Excelências hão de estar lembrados.

Dando início à instrução do feito, já no dia seguinte, expedimos quatro ofícios, determinando diligências julgadas necessárias.

O primeiro dêsses ofícios — cuja cópia se encontra a fls. 15/16 dos autos — estava dirigido à Mineração Rio do Norte S.A. e ordenava àquela emprêsa a apresentação, no prazo de 48 horas, à Inspetoria Regional do CADE, em São Paulo, de uma cópia, devidamente autenticada, do Contrato de Suprimento de Bauxita, aludido na Cláusula VI *sub iudice*, e que nos constava ter sido assinado em novembro de 1970, bem como de tôda a documentação correlata.

O segundo ofício, de n.º GC-E-05/71, tinha por destinatário o Sr. Inspetor Regional do CADE, em São Paulo, e cogitava do encaminhamento da correspondência supra aludida, a par de instruções sôbre o cumprimento da diligência pretendida.

O terceiro ofício, de n.º GC-I-06/71, foi endereçado ao Sr. Diretor do DEPEC dêste Conselho, e nêle pedíamos que nos fôssem fornecidas, no prazo de cinco dias úteis, a contar daquela data (10/3/71), tôdas as informações de que o mesmo Departamento dispusesse, sôbre as indústrias brasileiras de alumínio.

Quanto ao quarto — e último — dêsses ofícios, foi êle remetido ao Dr. Procurador-Geral e continha um pedido de parecer sôbre o rito que se deveria observar na instrução do presente processo, em face do silêncio da legislação do CADE e do elenco de suas respectivas Resoluções Plenárias para o gênero consulta.

Já aos 1 de março corrente, obtivemos o pronunciamento da Douta Procuradoria-Geral, que, em Parecer de fls. 2, fêz-nos saber da inaplicabilidade ao feito de qualquer dos ritos previstos na Lei n.º 4.137/62 e legislação complementar, mas recomendou "uma resposta conclusiva e com a brevidade possível"

Em 16 de março, recebemos o Ofício DEPECGB n.º 20/71, datado do dia anterior, e que se encontra às fls. 23-24 dos autos. Nesse ofício o Sr. Diretor do DEPEC confessava só dispor, no momento, de dados concernentes à Alcan Alumínio do Brasil S.A. "— que se apressou em transmitir-nos ao mesmo tempo em que nos dava as seguintes informações sôbre a Mineração Rio do Norte S.A.:

"Quanto à emprêsa Mineração Rio do Norte S.A., com escritórios na Av. Rio Branco, 91-18.º — Rio-GB, remetemos, em 12 de março de 1971, todos os impressos para coleta de dados necessários às informações solicitadas no ofício de V. Exa., e tão logo êste Departamento disponha dos referidos elementos, complementará as presentes informações.

Convém assinalar, desde já, que o carimbo do recibo do protocolo do DEPEC ao expediente enviado à Mineração Rio do Norte é da própria Alcan, o que caracteriza, de imediato, as suas profundas ligações."

No dia seguinte, 17 de março, recebemos o Ofício de n.º GIR-SP-232/71, do Sr. Inspetor Regional do CADE, em São Paulo, capeando uma cópia, devidamente autenticada, da minuta do contrato de suprimento de bauxita, que havíamos solicitado à Mineração Rio do Norte S.A., além de correspondência assinada pelo Sr. Raymundo de Campos Machado, Diretor-Presidente daquela emprêsa, relatando fatos concernentes à operação de financiamento cogitada, e prontificando-se a reexaminar a minuta, ora *sub iudice*, se êste Conselho entender que qualquer de suas cláusulas ofende a legislação de defesa econômica (cf. a fls. 26-27).

Lendo a cópia da minuta do contrato de suprimento de bauxita recém-chegada às nossas mãos, constatamos, desde logo, que a sua Cláusula III (aquela referida na Cláusula VI da minuta do contrato

de financiamento, ora *sub iudice*) está, assim, redigida:

III — *Ordens de Compra*

Em 1.º de outubro de cada ano da vigência dêste contrato, ou antes desta data, a Alcan Bermuda colocará Ordens de Compra com a Rio do Norte para as quantidades de bauxita a serem entregues durante o ano seguinte. Tais Ordens de Compra conterão informações a respeito da programação de navios, documentação e outros dados correlatos."

Verificamos, também, que na Cláusula I do referido Contrato de Suprimento, determinava-se por sua vez, o seguinte:

"A Alcan Bermuda comprará do Rio do Norte e a Rio do Norte venderá à Alcan Bermuda um mínimo de 25 (vinte e cinco) milhões de toneladas métricas de bauxita a partir da data em que a Rio do Norte estiver em condições de efetuar embarques regulares de minério. A quantidade acima poderá ter acréscimo ou decréscimo até 5%. As remessas deverão atingir um mínimo de 300.000 toneladas métricas no primeiro ano de operação, 500.000 toneladas métricas no segundo e 700.000 toneladas métricas no terceiro e nos anos subseqüentes. Não deverá haver limitação máxima nos direitos da Alcan Bermuda encomendar e receber bauxita, em qualquer ano, a não ser a da capacidade da Rio do Norte em produzi-la."

Constatamos, ainda, que, embora havido e dito simples minuta, o documento examinado está devidamente formalizado perante Mr. Thomas G. Posporelis, Notary Public na State City of New York (cf. a fls. 34), cuja firma foi reconhecida no Consulado Geral do Brasil, em Nova York, conforme carimbo de fls. 34-verso.

Finalmente, aos 19 do corrente, recebemos o Ofício de n.º DEPEC-GB — 21/71, que se encontra às fls. 35-37 dos autos, e através do qual ficamos sabendo que 99,994% do capital social da Mineração Rio do Norte S.A. encontram-se em mãos da Alcan - Empreendimentos S.A., emprêsa subsidiária do Grupo Alcan, do Canadá, representada, no caso, pelo Sr. Martin Rudoff Altmann, e que, apenas Cr$ 6,00 do mesmo capital (Cr$ 100.000,00) pertencem a 6 pessoas físicas. Ficamos sabendo, ainda, que a mesma emprêsa de mineração — embora se encontre em fase de implantação — já obteve no ano de 1970 p.p., financiamentos num total de Cr$ 6.124.000,00, da Alcan (Bermuda) Ltda.

E, assim devidamente informados, sôbre todos os fatos atinentes à questão *sub iudice*, demos a presente instrução por encerrada, pedindo pauta para relatar, ao Sr. Conselheiro-Presidente, o qual, por despacho de fls. 38, nô-la concedeu, para a data de hoje.

É o Relatório.

VOTO

Como tivemos oportunidade de informar a Vossas Excelências, em nosso precedente Relatório, o Dr. Walter Brunetta, ilustre Procurador dêste Conselho, deu parecer no sentido de que as cláusulas de n.º 6 e 7 do contrato de financiamento que a Mineração Rio do Norte S.A. pretende celebrar com a Alcan (Bermuda) Limited estabeleceriam, apenas, normas para um tipo de comercialização conhecida por mercado cativo; o qual — no seu entender — "não constitui medida preparatória capaz de dar condições monopolísticas, acrescidas de domínio de mercado." (*sic*, a fls. 10).

Cumpre-nos reconhecer, desde logo e à bem da verdade, que o Dr. Brunetta, em exame, na fórmula típica do chamado contrato de mercado cativo no mundo dos negócios, sem dispor daqueles dados e elementos sòmente obtidos através das diligências realizadas no curso da instrução por nós presidida, na qualidade de Relator sorteado. Em outras palavras, queremos dizer que Sua Excelência, ao afirmar que o efeito visado

pelas cláusulas referidas era, pura e simplesmente, a formação de um mercado cativo, não tinha ciência de que as signatárias do contrato eram, ambas, subsidiárias de uma mesma emprêsa — por sinal, que um dos dois grandes grupos apontados por Sua Excelência, êle próprio, como dominadores do mercado mundial de alumínio: a Alcan, do Canadá.

Tivesse Sua Excelência conhecimento dêste dado e certamente se lhe ocorreria à mente que as cláusulas draconianas, em tela, visavam — isto sim — à consolidação de um processo de integração vertical, levado a cabo pela Alcan, através de duas de suas subsidiárias brasileiras.

Pois que, Senhores Conselheiros, o que em última análise e sem sombra de dúvida pretendem as cláusulas de contrato submetidas à nossa apreciação, é o fechamento do círculo iniciado com a aquisição do contrôle acionário das duas emprêsas contratantes.

E, em assim sendo, parecem-nos oportunas as considerações dos professôres Carl Kaysen e Donald E. Turner, no livro — *Antitrust Policy — An Economic and Legal Analysis*, publicado sob os auspícios da Fundação Merril, e que pedimos vênia para transcrever e traduzir:

More important to antitrust policy are the possible effects of vertical integration as source and carrier of market power. Vertical integration backward over limited raw material supplies of forward over limited market outlets may provide either the basic sources of the market power of the firm, or important buttresses to it. For exemple, the maintenance of the monopoly position of Alcoa, in the period after the expiration of its basic patents, was aided greatly by its purchase of bauxite mining companies in Europe, and is policy of acquiring leases on power sites in advance of their development and use. Together, the greatly increased the barriers to the entry of would be rivals." (p. 121).

"The Alcoa case illustrates the dangers that an injunctive decree woyld seek to forestall. A vertically integrated firme, with high degree of control over the supply of a raw can *squeeze* its competitors in the fabricating markets by raising the raw material price or by simply diverting supplies from then to its own fabricating facilities. In others words, the threat is that market power in one market can be extended do another (p. 125).

"Historically, perhaps the most important kind of interaction between patentes and more generally based market power has been the use of the monopoly period under the patent to build up a position of market power with other bases, so that, after the expiration of the patent, other firms cannot enter even thoug the technology is open to them. The most striking example of this is provided bi the history fo Alcoa; the more so that there have been no major changes in tecnology since 1911 when the Bradley patent expired." (p. 167).

"Mais importante para a política antitruste são os possíveis efeitos da integração vertical, como fonte e suporte do domínio do mercado. Integração vertical para trás, sôbre limitadas fontes de matérias-primas, ou para frente, sôbre um limitado mercado de distribuidores, pode proporcionar, ou as fontes básicas do domínio do mercado pela firma, ou importantes suportes para isso. Por exemplo, a manutenção da posição monopolística da Alcoa, no período posterior à expiração de suas patentes básicas, foi grandemente ajudada por suas compras de emprêsas de mineração de bauxita, na Europa, e sua política de obter arrendamentos em regiões pobres, antes de seu desenvolvimento e utilização. Juntas, essas (medidas) aumentaram as barreiras à entrada de possíveis concorrentes". (página 121).

"O processo Alcoa ilustra os perigos que uma legislação repressiva buscaria impedir. Uma firma integrada verticalmente, com um alto grau de contrôle sôbre o fornecimento de uma matéria-prima, pode *espremer seus* competidores, nos mercados de manufaturas, pela elevação do preço da matéria-prima, ou, pelo simples desvio dos fornecimentos dêles para seus próprios meios de fabricação. Em outras palavras, a ameaça é que o domínio de um mercado pode ser estendido a outro." (p. 125).

Històricamente, talvez a mais importante espécie de interação entre patentes e um domínio do mercado em bases mais gerais tem sido o uso do período monopolístico de vigência da patente para construir uma posição de domínio do mercado com outras bases, de modo que, após a expiração da patente, outras firmas não possam entrar (no mercado), mesmo estando a tecnologia liberada para elas. O mais notável exemplo disso é proporcionado pela história da Alcoa; tanto mais que, não tem havido maiores alterações na tecnologia, desde 1911, quando a patente Bradley expirou." (p. 167).

Já que estamos falando tanto da Alcoa, julgasse conveniente dar uma pequena notícia de seu processo por abuso de poder econômico — ou *case*, como se diz nos E.U.A. — valendo-nos, para êste fim, de trechos do livro *Government and Business*, da autoria do Professor Vernon A. Mund, da Universidade de Washington.

"The suit against the Aluminium Company of America (Alcoa) was civil suit on wich the government um processo civil, no qual o govêrno charged violation of Section 2 of the Sherman Act."

.....

.....

"At the time of the suit, Alcoa controlled over 90 percent of the primary ingot production of aluminium and made a large volume of fabricated products. The Departament of Justice charged the company with havind a monopolistic control of the aluminium industry and with the maintenance of this control by illegal pactices. It also asked for the dissolution of Alcoa and for creation of effective competition in the production and sale of aluminium."

.....

.....

"The decision in the Alcoa case was handed down on March 12, 1945, by Judge Learned Hand."

.....

.....

"In the Court of Appeals, Judge Hand lookeed to the economic of the problem and hold that Alcoa, in fact, possessed, a monopoly of the aluminium industry in the Unitel States in violation of Section 2 of the Sherman Act, despite the fact that it was not currently guilty of predatory pactices."

.....

.....

No tempo do processo, Alcoa controlava cêrca de 90% da produção primária de lingotes e fazia um grande volume de produtos manufaturados. O Departamento de Justiça (Ministério da Justiça) acusou a companhia de ter um contrôle monopolístico da indústria de alumínio e de manutenção dêsse contrôle por meio de práticas ilegais. Êle (o Departamento de Justiça) também pediu a dissolução da Alcoa e a criação de efetiva competição, na produção e na venda de alumínio."

.....

.....

"A decisão no caso da Alcoa foi proferida em 12 de março de 1945, pelo Juiz Learned Hand."

.....

.....

"Na Côrte de Apêlo, o Juiz Hand atendeu para os aspectos econômicos do problema e sustentou que a Alcoa, de fato, possuía um monopólio da indústria de alumínio dos Estados Unidos, em violação da Seção 2 do Sherman Act, apesar do fato de que a mesma não era

contemporâneamente culpada de práticas predatórias."

(*Government and Business*, Vernon A. Mund, p. 185).

Ainda a propósito do caso da Alcoa, escreveu, por sua vez, o Professor Carl Kaysen, numa monografia intitulada *United States versus United Shoe Machinery Corporation — An Economic Analysis of an Anti-Trust Case*, publicada pela Universidade de Harvard:

"Since Judge Learned Hand's opinion, in 1945, in United States v. Aluminium Company of America... and the 1948 opinion of the Supreme Court, in United States vs. Griffith ... that (the provision of 2 of Sherman Act) has been so interpreted as to reach any enterprise that has exercised power to control a definied market, if tha power is to any substancial extent the result of barriers erected by its own business methods (even though not predatory, immoral, or restraining trade in violation of 1 of the Sherman Act), unless the enterprise shows that the barriers era *exclusively* the result of superior skill, superior products, natural advantages, tecnological of economic efficiency, scientific reseach, low margins of profits maintained permanently and without discrimination, legal licenses, or the like." (*op. cit.*, p. 302).

"Desde a decisão do Juiz Learned Hand, em 1945, no (processo) Estados Unidos *versus* Aluminium Company of America ... e a decisão em 1948, da Suprema Côrte, no (processo) Estados Unidos *versus* Griffith ... que (a provisão da Segunda Parte do Sherman Act) tem sido interpretada de modo a alcançar tôda emprêsa que tenha conseguido poder para controlar um mercado definido, se tal poder, é em qualquer proporção substancial, o resultado de barreiras eretas por seus próprios métodos de negócio (mesmo não se cogitando de (métodos) predatórios, imorais, ou de restrições comerciais em violação à Parte Primeira do Sherman Act), a menos que a emprêsa prove que as barreiras são *exclusivamente* o resultado de perícia superior, produtos superiores, vantagens naturais, eficiência tecnológica, ou econômica, pesquisas científicas, baixa margem de lucro, mantida permanentemente e sem discriminação, licenças legais, ou semelhante."

A esta altura e graças à contribuição da Doutrina e da Jurisprudência Norte-americanas, que viemos de citar — julgamos evidenciado que uma integração vertical para trás, sôbre limitadas fontes de matéria-prima (no caso, a bauxita), pode proporcionar (e, no caso norte-americano da Alcoa, de fato, proporcionou) importante suporte para o domínio do mercado e a criação de barreiras inafastáveis à entrada de possíveis concorrentes — qualquer que seja o *nomem juris*, adotado para a integração realizada, o *arrendamento*, o *contrato de mercado fechado*, ou a compra, pura e simples, da emprêsa de mineração.

Examinados, assim, à saciedade os aspectos econômicos da questão *sub judice*, parece-nos chegada a hora de tratarmos do seu aspecto jurídico.

A Douta Procuradoria-Geral, em seu Parecer de fls. 12-13, afirmou, textualmente, o seguinte.

"O disposto nas cláusulas VI e VII do contrato entre a Mineração Rio do Norte S.A. e a Alcan (Bermuda) Limited, no caos pôsto em execução, violará o art. 2.º, item I, alínea *a*), da Lei n.º 4.137/62:

Art. 2.º Consideram-se formas de abuso de poder econômico.

I — Dominar os mercados nacionais, ou eliminar, total, ou parcialmente, a concorrência, por meio de:

a) ajuste, ou acôrdo, entre emprêsas, ou entre pessoas vinculadas a tais emprêsas, ou interessadas no objeto de suas atividades."

O dispositivo legal invocado pela douta Procuradoria-Geral é bem conhecido de todos nós, seja pelos votos, versando a matéria, já proferidos por membros dêste Conselho, atuais ou antigos; seja

pelos extensos e substanciosos comentários feitos, a seu respeito, pelo Professor Benjamin Shieber, no Capítulo 5.º, de sua notável obra: *Abuso do Poder Econômico — Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.*

Por isso, não nos parece necessária qualquer exegese do *mens legis*.

De resto — e como já assinalara a Douta Procuradoria-Geral, em seu parecer de fls. 12-13 — não há problema miaor para a prova dos elementos constitutivos da figura legal.

O acôrdo de vontades está devidamente provado pelas minutas dos contratos enviadas pelas partes e pela documentação de fls. 26-27, carta dirigida a êste Relator e assinada pelo Diretor-Presidente da Mineração Rio do Norte S.A., por nós já referida, no precedente Relatório.

Também não cabe dúvida sôbre o status das partes. Ambas são emprêsas, legalmente constituídas e dotadas de perosnalidade jurídica, que têm interêsses convergentes: uma, a Mineração Rio do Norte S.A., pesquisa e minera bauxita: a outra, a Alcan (Bermuda) Limited, transforma essa mesma bauxita em alumínio, seja em lingotes, seja em produtos manufaturados.

Por outro lado, estão evidenciadas — à luz da experiência norte-americana, acima analisada — a desrazoabilidade da restrição à concorrência que resultaria da execução do contrato *sub iudice* e a probabilidade de o mesmo converter-se num suporte do domínio dos mercados nacionais de alumínio pelo grupo Alcan, do Canadá, através de suas subsidiárias, brasileiras, ou não.

Dêste modo, Senhores Conselheiros, e à vista de tôdas essas razões que vimos expondo, entendemos, em sã consciência, que êste Plenário deve responder à Gerência de Fiscalização e Registro de Capitais Estrangeiros, do Banco Central, que o disposto na cláusula VI da minuta de contrato de financiamento que a Mineração Rio do Norte S.A. pretende firmar com a Alcan (Bermuda) Limited, caso pôsto em execução, importará em infração à letra *a*, do item I, do art. 2.º, da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962.

Entendemos, ainda, Senhores Conselheiros, que êste Plenário deve advertir a Gerência da FIRCE de que a necessária e imperativa alteração do texto daquela cláusula não poderá ser feita no sentido do estabelecimento de uma fórmula, pela qual a Alcan (Bermuda) Limited libera uma certa percentagem da produção de bauxita da Mineração Rio de Norte S.A., para fins de oferta a outros produtores de alumínio, nacionais, ou estrangeiros.

A razão desta nossa advertência, encontramo-la no seguinte trecho, extraído das páginas 126 do livro *Antitrust Policy — An Economic and Legal Analysis*, dos professôres Carl Kaysen e Donald E. Turner:

"It is ease enough to specify a crude rationing formula e.g. that the integrated firm must offer at leatst x percent of its total raw material output to independents. But unless regularly revised (and on what basis) this could quickly become an uneconomic market-division arrangement, undul curbing the growth of the more efficient companies (wchich may include the integrated firm itself)."

"É bastante fácil especificar uma fórmula crua de raciocínio, v. g. que a firma integrada deve oferecer, pelo menos x por certo de sua produção total de matéria-prima e independentes. Mas, a menos regularmente revista (e em que bases?) isso poderia tornar-se um acôrdo anti-econômico de divisão do mercado, restringindo, indevidamente, o crescimento das companhias mais eficientes as quais podem incluir a própria firma integrada."

Entendemos, finalmente, que a necessária e imperativa alteração do texto na cláusula VI da minuta de contrato *sub iudice* deverá ser feita no sentido da adoção de garantias outras, como o penhor dos implementos e veículos com-

prados, ou não com o financiamento projetado; ou mesmo, a hipoteca de bens imóveis, da Rio do Norte S. A., seja de suas próprias instalações de mineração, no Pará, seja de outros prédios que possuam ou venha a possuir, em decorrência do já citado financiamento.

E esta fórmula, além de usual, é tanto mais suficiente à garantia dos interêsses da financiadora, por se ter constatado que ambas as emprêssa interessadas no contrato *sub judice* pertencem a um mesmo grupo econômico, a Alcan, do Canadá — o que indica, necessàriamente, uma uniformidade de planejamento global, uma fiscalização centralizada e a escolha dos diversos executivos por uma direção suprema única.

Quanto à cláusula VII, do mesmo contrato de financiamento, não vemos inconveniente algum na sua manutenção, tal como está, uma vez que, de qualquer jeto, a cessão do Contrato de Suprimento de Bauxita entre a Mineração Rio do Norte S.A. e a Alcan (Bermuda) Limited, só será realizada por decisão da Alcan do Canadá, titular do contrôle de ambas as emprêsas referidas.

Êste é o nosso voto, Senhor Presidente e Senhores Conselheiros, que pedimos seja enviado, na íntegra, bem como o respectivo Relatório em anexo ao ofício em que Vossa Excelência, Senhor Presidente, houver de dar ciência da decisão tomada por êste Plenário, a respeito da matéria consultada, à Gerência da FIRCE, do Banco Central do Brasil.

Sala das Sessões, 22 de março de 1971. — *J. C. de Mendonça Braga*, Conselheiro.

VOTO

Estou de acôrdo com o Conselheiro Gratuliano de Brito em que o CADE não é órgão de consulta. Com efeito, a jurisprudência do CADE tem se firmado neste sentido. No processo em que é consulente (Proc. n.º 20.708/66) Laboratório Terápica Paulista S.A., na decisão dêste Conselho, conforme se vê da ementa, acentuou-se que "não estando no elenco das atribuições descritas no art. 17, da Lei n.º 4.137, a de responder consultas", o CADE não poderia pronunciar-se na matéria constante da consulta então formulada. Por igual, no Proc. n.º 20.863/68, em que figuram como consulentes Wilson Sons S.A., Comércio, Indústria e Agência de Navegação e Serviços Marítimos Camuyranos S.A., a decisão dêste Conselho foi conclusiva no sentido de que "o CADE não é órgão de consulta".

Afigura-se-me, porém, diversa a hipótese sob julgamento. Não se trata de uma consulta em tese e abstrata, portanto. O que o Banco Central submete à apreciação dêste Conselho é uma hipótese concreta em que o próprio consulente vislumbra infração à lei brasileira. Não tivesse o órgão consulente dúvida, quanto à legalidade das cláusulas agora submetidas ao crivo do CADE por certo teria decidido na esfera de sua competência já que àquele órgão cumpre interpretar e aplicar um numeroso elenco de leis federais.

A natureza especial dêste Conselho não permite confundi-lo com os tribunais judiciários.

Trata-se de órgão que, compondo o contexto administrativo da República, não se lhe permite eximir-se de dar resposta conclusiva a consulta que lhe é endereçada por outro órgão da Administração Federal.

Isto pôsto, sem ferir a coerência que deve prevalecer nas decisões do Conselho, mas, atento à circunstância de que a mutação de situações nos impõe, uma correspondente mudança de critérios, o que ocorre no caso em julgamento, voto pelo acolhimento da consulta votando, por igual, de acôrdo com o Sr. Conselheiro Relator.