

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA****SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO****Ref.: Processo Administrativo nº 022.579/97-05**

Representante: Messer Griesheim do Brasil Ltda.

Representada: S/A White Martins

**PARECER DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**Relatório<sup>1</sup>

Senhor Secretário

Aos dois dias do mês de setembro de 1997, a empresa Messer Griesheim do Brasil Ltda., doravante denominada Messer, protocolou, nesta Secretaria, representação contra a empresa S.A. White Martins – WM - apontando-lhe práticas infrativas à ordem econômica e requerendo, com base nos artigos 30, *caput*, 32 e 52 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, a instauração de processo administrativo e a adoção de medida preventiva determinando a imediata cessação das práticas que denuncia.

A *peça inicial* informa que a Representante pertence ao Grupo Messer, fabricante de gases industriais. O mercado em que atua, de produção e fornecimento de gases industriais, compõe-se de dois segmentos distintos: produção e comercialização de dióxido de carbono (CO<sup>2</sup>) e produção e comercialização de gases atmosféricos.

No mercado internacional de produção e fornecimento de gases industriais, a Messer é concorrente efetiva da Praxair, e no mercado nacional, é concorrente direta da S.A. White Martins (controlada pela Praxair) na produção e fornecimento de gases atmosféricos, embora quanto à produção e fornecimento de dióxido de carbono (CO<sup>2</sup>), ainda não tenha sido possível entrar no mercado nacional em função das barreiras impostas pela WM.

A estrutura da produção e comercialização de gases industriais, no País, ainda, segundo a representante, é constituída pelo monopólio da empresa Liquid Carbonic - LCI, agora transferido à WM, da produção e comercializa-

---

<sup>1</sup> Este Parecer contou com a preciosa colaboração de Everton das Neves Gonçalves, que desenvolveu pesquisa doutrinária sobre o setor e jurisprudência.

ção de dióxido de carbono, e o quase monopólio desta última na produção e comercialização de gases atmosféricos.

O segmento de produção e comercialização de dióxido de carbono é o ponto fulcral da denúncia da empresa Messer, que se sente prejudicada devido a práticas que considera abusivas por parte da WM, possibilitadas pela recente aquisição da Liquid Carbonic. Faz menção à *forte correlação e conexão entre os referidos segmentos* - mercado de gases do ar e de CO<sub>2</sub> - e a decorrente possibilidade de prática, por parte da White Martins, de comercialização dos referidos gases em forma de *pacote* (fls. 30 e 31)<sup>2</sup>.

Até 1995, o dióxido de carbono era produzido pela Liquid Carbonic que participava do mercado com 98,21% da capacidade instalada da produção nacional, estimada em 1.120 tpd. (toneladas por dia), compondo com a AGA, capacidade estimada em 20 tpd (1,79%), e pequenos produtores, (fabricantes de refrigerantes e cervejas com produção para consumo cativo), a estrutura da oferta (fls. 04 e 15).

Ainda acusa possuir, a Requerida, *participação em torno de 70% do mercado e de cerca de 80% da capacidade instalada de produção nacional de gases industriais de forma geral.* (fl. 32). Da mesma forma, detecta ter possuído, a White Martins, *83% da capacidade instalada de produção nacional estimada em 1320 toneladas por dia no final de 1995*, por fim acusando que o *grupo White Martins/LCI passou a deter 92% do total da capacidade instalada de produção nacional de dióxido de carbono estimada em 1420 toneladas por dia* (fls. 15 a 18).

A partir de 1995, portanto, a White Martins entrou no segmento de CO<sub>2</sub> com a imediata operacionalização de sua primeira unidade junto a Ultrafertil em Cubatão, já produzindo 200 tpd. de dióxido de carbono, atingindo 15% de *market share*, em direta contestação à Liquid Carbonic, que teve reduzida a sua participação para 83% do mercado.

No ano de 1996, a White Martins adquiriu a Liquid Carbonic. A operação, foi submetida à análise dos Orgãos de Defesa da Concorrência no Ato de Concentração n.º 08000.012075/96-14. Na oportunidade da manifestação dos terceiros interessados, foi objeto de impugnação da Representante com base na alegação de que o resultado dessa operação gerou um grupo mais poderoso (White Martins + Liquid Carbonic) a deter 98,48% do total da capa-

---

<sup>2</sup> Para fins de padronização, toda vez que for referida página do AC 08000.012075/96-14 acompanhará o número da folha a expressão AC, quando a numeração referir a este Processo Administrativo nada além da expressão fl. ou fls. acompanhará o número de página ou , ainda, acompanhará a expressão PA.

cidade instalada da produção de dióxido de carbono destinada à comercialização no mercado nacional.

Alega que, mesmo com uma nova unidade da AGA atuando junto à Prossint no Rio de Janeiro, a White Martins domina o mercado com, aproximadamente, 92% de participação (fl. 18) e, segundo alega, diferentemente da conduta tradicional da Liquid Carbonic nesse mercado, a nova controladora passou a impedir o acesso às fontes de subproduto, única disponibilidade de matéria-prima viável para a Messer e outros concorrentes potenciais, uma vez que passou a deter as fontes de matéria-prima, constituídas em um subproduto resultante de processos químicos, o CO<sup>2</sup> *in natura*

Com a fusão, a Messer alega que a WM passou *também a deter o acesso de quase todas as fontes supridoras de matéria prima de CO<sub>2</sub>* (fl. 26); da mesma forma quanto à existência de *barreiras à entrada de novos concorrentes* em função do *domínio de mercado e exclusividade sobre as fontes de matéria prima do dióxido de carbono*; trata-se segundo seu julgamento, de uma *barreira intransponível para essa desejada competitividade*. A propósito enumera 17 fontes disponíveis de CO<sub>2</sub> das quais 15 estariam em poder da White Martins (fls. 35 a 37).

Além disso, chama a atenção para a questão de exclusividade sobre fonte de alta qualidade na captação de CO<sub>2</sub> como é o caso da Ultrafertil - comprometida com a WM por 10 anos em caráter de exclusividade, informa que a Requerente não utiliza todo o gás que esta contratualmente à sua disposição. (Ver adiante análise do contrato WM & Ultrafertil) (fls. 35 e 36).

Outra lembrança para corroborar a idéia de que o Grupo WM/LCI empreenderia política de venda casada de gases é o fato da WM ter apresentado publicamente no seu Relatório da Administração (fls. 37 a 39) juntamente com o balanço e as demonstrações financeiras do primeiro semestre de 1996 a seguinte nota:

*(...) Aprovada a incorporação das subsidiárias sul-americanas da Liquid-Carbonic - empresa líder mundial na produção do dióxido de carbono, a S. A White Martins completou seu portfólio de gases industriais, assumindo imediatamente a liderança de mercado na oferta de um produto que apresentava, inclusive, a característica de ser utilizado por cerca de 40% da sua base de clientes existentes anteriormente. (fl. 38)*

Explanando quanto à produção do dióxido de carbono destinado à comercialização, segundo a representante, dá-se mediante dois processos:

1. por combustão - obtém-se o CO<sup>2</sup> diretamente pela queima de materiais em plantas industriais destinadas exclusivamente à produção de dióxido de carbono;

2. por purificação e liquefação de subproduto - obtém-se o CO<sup>2</sup> *in natura* pela purificação e liquefação de um subproduto de um processo químico em plantas industriais de produção de hidrogênio, gás sintético, amônia ou derivados de petróleo.

Acrescenta, ainda, a Representante, que as fontes de produção de CO<sup>2</sup> pelo processo de combustão estão fora do mercado porque são propriedade das próprias empresas que o exploram comercialmente, também, não se constituindo em alternativas viáveis economicamente para a produção em larga escala dado que o valor do combustível tem um peso de 80% no custo final do produto.

Em contrapartida, as fontes de produção por subproduto são as que ficam acessíveis a terceiros mediante contrato com o titular da propriedade da fonte, apesar de nem todas serem viáveis para a exploração, além de, comparativamente, apresentarem um custo muito mais baixo.

Essas diferenças são percebidas na própria estrutura da produção do dióxido de carbono (90,15% por processo de subproduto e 9,84% por processo de combustão) e na localização das fontes supridoras por combustão que estão situadas em locais onde não existem fontes por subprodutos e onde o custo do frete inviabiliza a remessa do produto acabado (Belém, Fortaleza, Hidrolândia, Cachoeirinha).

A Representante relata que, sem contar a fonte da planta da Prosint, Mangueiras/RJ, existem 16 plantas industriais, então em funcionamento, como fontes de matéria-prima para a produção de dióxido de carbono (processo de combustão e processo de subproduto), perfazendo uma capacidade instalada de 1320 tpd, sendo que dessas, 11 geram matéria-prima por processo de subproduto e 5, por combustão.

Considerando a respeito da inviabilidade econômica de comparação entre fontes para CO<sub>2</sub> a partir de combustão e de fontes a partir de subproduto, a Messer alega que *de um total de 1320 Tpd de capacidade instalada de todas as, então, 16 plantas existentes de produção, 1190 Tpd ou 90,1515% são de plantas geradoras a partir de subprodutos contra apenas 130 Tpd ou 9,8485% resultantes de combustão.*(fl. 16).

Notícia que os preços de CO<sub>2</sub> praticados no Brasil (algo em torno de US \$ 600,00) estão muito acima dos verificados no comércio internacional, mormente nos EUA onde existe considerável grau de competitividade nesse mercado. Tal fato pode ocasionar dificuldade na implementação de novos mercados e usos internos para o CO<sub>2</sub> como, por exemplo a limpeza e purifi-

cação de efluentes, uso de CO<sub>2</sub> no resfriamento como alternativa para substituição de câmaras frigoríficas a base de eletricidade, etc.

Anexa o Quadro n.º 06 à peça inicial, com o perfil da produção de CO<sub>2</sub> destinado à venda no mercado brasileiro, com base no controle das fontes economicamente viáveis para exploração existentes, ou para entrar em operação até 1998, indicando a participação da White Martins/Liquid Carbonic em 85.91%, da AGA em 8,45% e, outros em 5,63% (fl. 20).

Assim, ao ter notícia dessa operação, a Representante insurgiu-se, formalmente, contra o Ato de Concentração, ora em análise no CADE, por reconhecer uma estratégia utilizada pela Representada para aumentar seu poder de mercado e impedir a entrada de concorrentes. Além disso, alega efetiva barreira imposta aos possíveis entrantes no mercado no que concerne ao acesso à matéria prima, ainda enumerando dificuldades de levar a cabo suas tratativas com a própria LCI e com a Ultrafertil em função da concentração de empresas – WM/LCI conforme se vê:

1- Frustam-se as tratativas de 25/07/95 entre Messer e LCI para fornecimento de oxigênio e nitrogênio para início em dezembro de 1995;

2- Frustra-se o protocolo de intenção, datado de 22/10/95, para a formação de uma joint venture entre a Messer e a LCI para a produção e venda de oxigênio, nitrogênio e argônio. É, textualmente informado, em adição ao exposto, tratar-se de:

*(...) um protocolo de intenção para formarem uma joint venture visando a produção e venda de oxigênio, nitrogênio e argônio por meio de gasoduto ou em forma líquida. Para o atendimento básico da mencionada joint venture, estava prevista a intenção de ambas as empresas investirem na construção de uma planta de separação de gases do ar (denominada ASU), no Estado do Rio de Janeiro, no valor de US\$ 13 milhões, bem como ainda a intenção de um eventual investimento adicional na construção de uma unidade de produção de hidrogênio, no mesmo local. (fl.41 do PA ou 293 do AC)*

3- Rescinde-se em 22/05/96, por proposta da LCI, agora incorporada pela WM, contrato de fornecimento datado de 25/07/95.

Tais prejuízos decorrentes da concentração WM/LCI levam, por fim, a que as tratativas da Messer com a Ultrafertil, para a compra da matéria-prima de Cubatão, iniciadas em março de 1996, resultem na resposta negativa da Ultrafertil, com o fundamento de que já teria contratado anteriormente com a White Martins/Liquid Carbonic, disponibilizando-lhe com exclusividade

toda a sua produção de dióxido de carbono por um período de dez anos.( fls. 41, 42, 44 e 54 do PA ou 1129 do AC)

Aponta, ainda, a Representante, o contrato de fornecimento de dióxido de carbono na unidade industrial da REVAP-SP, atualmente utilizado pela White Martins, e gerando 80 tpd de CO<sup>2</sup>, em fase de expirar, como fato a merecer a avaliação e o monitoramento desta Secretaria.

Apesar da Petrobrás ter anunciado que, ao expirar o contrato com a White Martins, estará aceitando propostas pelo sistema *Take or Pay*, por prazo de 10 anos, renováveis por mais 5 anos, a representante teme que seja renovado com a própria White Martins, considerando sua presença já no local e o precedente na fonte Ultrafertil, o que fecharia mais o mercado para novos entrantes.

Em face do que expôs na peça inicial, a Messer solicita abertura de Averiguações Preliminares, e, imediatamente após, a instauração de Processo Administrativo, com base nos fatos descritos, que considera como indícios suficientes para tanto.

Pretende a representante, a cessação de práticas infrativas à Lei n.º 8.884/94, que imputa à representada, quais sejam, limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado (inciso, IV, art. 21), impedir o acesso de concorrentes às fontes de matéria-prima (inciso, VI, art. 21), açambarcamento de matéria-prima (inciso XV, art. 21). Pretende, também, com base no inciso V do art. 24 da supra referida Lei n.º 8.884/94, seja declarada sem efeito a cláusula de preferência no contrato firmado entre a Ultrafertil e White Martins/Liquid Carbonic, por ser restritiva à concorrência, disponibilizando à representante o excedente do CO<sup>2</sup> daquela fonte.

Requer, ainda, a adoção de medida preventiva, com base no art. 52 da supra citada Lei n.º 8.884/94, no sentido de que a representada fique impedida de firmar novo contrato de aquisição de matéria-prima (subproduto) com a Petrobrás relativo à planta industrial REVAP-SP, em São José dos Campos. O fornecimento da matéria-prima só deverá continuar a ocorrer, em caráter temporário e provisório, com prévia autorização desta Secretaria, e até a entrada em funcionamento de nova unidade a ser instalada por terceiro que vier a vencer a oferta de contrato da Petrobrás.

Em 10 de setembro de 1997, o então Inspetor-Chefe, Dr. Edson Machado, considerou que tais fatos careciam de esclarecimentos por parte da White Martins, propondo a instauração de Averiguações Preliminares e a notificação da representada para apresentar suas razões os contratos firmados e os compromissos assumidos com a Ultrafertil e S/A White Martins/Liquid Carbonic (fl. 57).

Aos 18 de setembro de 1997, a empresa Messer solicita, nos autos da presente Averiguação Preliminar, a confirmação junto à SEAE/MF da existência de documento assinado pela White Martins disponibilizando a terceiros o excedente de 170 tpd. de CO<sub>2</sub> oriundos da Ultrafertil e comprometidos, contratualmente, com a White Martins (fls. 64 e 65); informação esta que é aludida e reiterada por esta última à folha 192 como contidas no AC 08000.012075/96-14.

Notificadas, a White Martins e a Ultrafertil, já em instância de Averiguação Preliminar, apresentam suas razões às folhas 68 e seguintes do feito.

A Ultrafertil vem aos autos trazendo importantes informes tais como, seu volume médio de geração, consumo interno, reserva técnica e passível de utilização do Dióxido de Carbono nos anos de 1994, 1995 e 1996 nas unidades de Cubatão e de Araucária (fls. 68/70 do PA). Na primeira, tem-se apresentado um volume médio de geração da ordem de 635 tpd. que, por sua vez, é passível de total utilização; enquanto que, na segunda localidade, o volume médio de geração é de 1.940 tpd., um consumo interno estimado em 1.540 tpd, uma reserva técnica de 250 tpd e uma disponibilização de 150 tpd.

Em seguida, a Ultrafertil, diferentemente do alegado pela White Martins, passa a afirmar que, naquela data – 02/10/1997, restavam comprometidos, de julho de 1996 a julho de 2006: em Cubatão, 370 tpd para a White Martins, 265 tpd para a Liquid Carbonic e 150 tpd, em Araucária, também, para a Liquid Carbonic (fl. 69).

Fazendo menção ao anexo 1, juntado aos autos, à folha 148, a Ultrafertil apresenta o volume de gás - CO<sub>2</sub> - efetivamente consumido pelas empresas White Martins e Liquid Carbonic nos anos de 1994, 1995 e 1996. Da mesma forma, apresenta contratos firmados entre o Grupo White Martins e a própria Ultrafertil – (fls. 71/146) - em que podem ser apreciadas cláusulas anticoncorrenciais tais como visto no item 4.7 do 2º termo de aditamento ao contrato de fornecimento de dióxido (CO<sub>2</sub>) firmado em 05 de maio de 1989 entre Ultrafertil S. A Ind. e Com. de Fertilizantes e Liquid Carbonic Industrias S. A – (fl. 85), mantida no terceiro – (fl. 82) e quarto – (fl. 78), termos aditivos.

No contrato entre Liquid Carbonic e Ultrafertil de Piaçaguera e em seu aditamento, é anticoncorrencial a cláusula 4.8 às folhas. 122 e 127. Da mesma forma, no contrato entre a WM e a Ultrafertil de 25/11/94 e seu termo aditivo de 01/07/96 identifica-se como abusiva a cláusula 9.2 à folha 138.

Ato contínuo, apresenta, a Ultrafertil, minucioso relatório de vendas para a WM e a LCI nos anos de 1994, 95 e 96 nas unidades de Araucária e Cubatão demonstrando o efetivo consumo de CO<sub>2</sub>. Informado, pois, fica, pela

Ultrafertil, que o preço do subproduto praticado em Araucária, a partir de 04/07/94 estabilizou-se em R \$ 23,64 permanecendo, assim, até 03/07/96 quando foi majorado em 37,52% alcançando valor de R\$ 32,51. Quanto aos valores estipulados para a comercialização em Cubatão tem-se como preços para efetivas compras, a partir de 4/7/94 a cifra de R\$ 15,45; majorada em 5/9/94 para R \$ 23,93 (54,9%), diminuindo em 4/11/94 para R \$ 22,87; em 31/12/94 para R \$ 22,26, em 20/02/95, para R \$ 15,45, em 07/04/95, para R \$ 13,60, voltando a subir em 04/09/95 perfazendo, após oscilações inerentes à quantidade comercializada um patamar médio de R \$ 32,92 (fls. 152 a 185).

A empresa White Martins, em sua *manifestação*, de início, acusa atitude ou *estratégia tumultuária da Representante*, lembrando episódios da mídia e levantando o fato de que outros competidores do mercado de gases já conquistavam sua fatia no mercado tais como a AGA e a Air Liquide; além de reafirmar sua **renúncia unilateral** - grifo nosso - *há vários meses do excedente de 170 tpd oriundos da fonte de Cubatão da Ultrafertil* (fls. 190 a 197).

Posteriormente, faz menção a diversos quesitos solicitados em Despacho de 19 de setembro de 1997 – (fls. 60 e 61) - alegando terem, os mesmos, sido respondidos nos autos do Ato de Concentração número 08000.012075/96-14 (fls. 192 a 196).

Posiciona-se, em seguida, no sentido de que NÃO HÁ RAZÃO, PORTANTO, PARA A DUPLICIDADE DE PROCEDIMENTOS, - (fl. 196) - referindo à existência do presente PA e de um AC tratando de assuntos, segundo seu entendimento, correlatos e possíveis de apreciação em um único feito. Em razão mesmo, deste último entendimento, a Representada interpõe RECURSO HIERÁRQUICO às folhas 204/210, ainda tentando argumentar quanto a procedimentos escusos por parte da Representante no presente PA.

Por fim, a Representada acusa a entrada de novos concorrentes no mercado de CO2 tais como a Air Liquide explorando fontes da Peróxidos, em Curitiba - PR; Rhodia, em Paulínea - SP e Petrobrás - REVAP, em São José dos Campos - SP; a AGA com suas plantas no Rio de Janeiro - Prosint e a possibilidade de novos entrantes uma vez que existem fontes não utilizadas tais como as da Petrobrás em Paulínea e Cubatão e a da Ultrafertil - 170 tpd (fls. 220 a 224). Torna-se interessante verificar quadro apresentado às folhas 232 em que a Representada estipula uma situação atual de capacidade, em termos de fontes, de 2.405 tpd, das quais Ela possui 855, equivalentes a 35,6% do total.

Em informações prestadas junto à SEAE. (fls. 443/667 do AC), contendo respostas a questionário da SEAE, dados sobre preço de venda de CO2 e localização das plantas das concorrentes da WM, com suas respectivas ca-



pacidades instaladas no mercado de gases do ar da região SE, podem ser acrescentadas as seguintes ilações por parte da WM:

Preço de venda de CO<sub>2</sub>: O preço do Gás Carbônico comercializado a granel na Região Sudeste é de R\$ 440,00/tonelada (CIF e impostos)

Discriminação	Vlr. R\$ / ton
FOB Fábrica	221,70
Impostos	90,80
Distribuição	93,00
Assit. Téc. De Manut. E Aplicações	13,50
Encargos nas vendas faturadas	21,00
Total	440,00

É interessante notar que, ao responder a questão número 6 oriunda de investigação da SEAE, sobre a *evolução do preço (FOB, es impostos) do gás carbônico a granel comercializado na região do Estado de São Paulo entre outubro de 1995 e abril de 1996*, (fl. 448 do AC) a WM explica que, em abril de 1996, esse preço era de R\$ 471,43/ton. e que, no último trimestre de 1996, foi de R\$ 422,00/ ton.

Em seguida faz menção a uma *tabela de preços médios dos produtos comercializados pela LCI*, alertando tratar-se de *preços praticados em todo o território nacional, nas diversas formas de comercialização do gás carbônico - a granel, em cilindros e na forma sólida (gelo seco)*. (fl. 448 e 567 do AC).

Às folhas 450 e 451 do AC, declara equivocada a afirmação de que 40% dos clientes da LCI também seriam clientes da WM informando tratar-se de um percentual de 8,3% correspondentes a 323 clientes.

Em resposta à questão número 9 da SEAE, a WM procura dar inovadora significação ao termo *exclusividade* alegando quanto à cláusula 9.2 de contrato firmado entre a mesma e a Ultrafértil, (fl. 683 do AC) – assunto abordado nas folhas 193 a 196 do PA:

Embora falando literalmente em exclusividade, entende a White Martins que ela lhe confere o direito de preferência, exercitável ou não, ao amparo do comumente chamado ‘direito à primeira recusa’ (right of first refusal), sobre os montantes que excederem os volumes já contratados, se e quando esse excedente surgir. Nessa ocasião, tais excedentes estarão à plena disposição do mercado, podendo ser adquiridos por qualquer terceiro interessado, cabendo à White Martins apenas a preferência na sua aquisição, em igualdade de condições competitivas.

Ainda levantando a hipótese de aumento da demanda por gás carbônico e a conseqüente necessidade de utilização de fontes outras de CO<sub>2</sub> que não as mais economicamente viáveis, estuda fontes alternativas e destaca que o gás possivelmente colocado à disposição pela Petrobrás em Cubatão e Paulínea - RBPC e REPLAN só se tornam economicamente atrativos a partir de investimentos custeados por operações de exploração de CO<sub>2</sub> nos níveis elevados de preços de CO<sub>2</sub> praticados no Brasil.

Mais adiante, referindo ao contrato de fornecimento entre a WM e a Ultrafértil datado de 25/11/94, mais especificamente à cláusula abusiva 9.2 do Termo de Aditamento de 1/07/97 item 3.14.1 deste parecer expressa com acerto que:

*A exclusividade sobre um insumo do qual não se faz uso tem por objetivo impedir seu acesso a concorrentes potenciais. Dessa forma, seguindo a interpretação da Ultrafértil sobre a cláusula 9.2, a White Martins teria buscado levantar barreiras à entrada de novos competidores no mercado de gás carbônico.*

*Uma estratégia de garantir insumos no futuro e/ou de impedir o acesso deste por parte de concorrentes só faz sentido se tais recursos não forem amplamente ofertados. Nesse sentido, a presteza da White Martins em modificar as cláusulas de seu contrato de fornecimento de CO<sub>2</sub> com a Ultrafértil, após assumir o monopólio no mercado de gás carbônico da região Sudeste, seria uma evidência da sua importância estratégica e, logicamente, da dificuldade da sua obtenção. Fl. 1559 do AC.*

Às folhas 233 a 246 a Inspeção Geral manifesta-se ressaltando os seguintes pontos:

- *Os aspectos do mercado de produção e fornecimento de gases industriais (CO<sub>2</sub> e gases atmosféricos), já avaliados nos estudos levados a efeito nesta Secretaria, indicam a existência de dois produtos que devem ser tratados em mercados relevantes distintos, embora guardem forte correlação entre si. Mormente nos aspectos do seu fornecimento, onde os canais de distribuição, a logística do transporte e de comercialização reforçam o poder de mercado da empresa que produz ambos.*

- *O mercado relevante, no presente caso, é o de produção e fornecimento de CO<sub>2</sub>, que sob a ótica geográfica, deve contemplar a localização das fontes supridoras de matéria-prima que são inquestionavelmente essenciais para a atuação da empresa produtora do CO<sub>2</sub> e os limites territoriais impostos pela viabilidade econômica na sua comercialização.*

- *O acesso às fontes essenciais de matéria-prima e a sua reserva ganham papel fundamental na competitividade do setor.*

- *Considerando as fontes da Ultrafértil, de Cubatão e de Araucária, a estimativa das capacidades instaladas e disponíveis de CO<sub>2</sub> a partir de subproduto na região SE mais Paraná, em abril de 1997 (sic 98): (fonte: estudos DPDE/SDE):*

Empresas	Fontes	Tpd	%
WM	Comgás - SP	100	8,7%
LCI	Ultrafértil - CUBATÃO	465	40,3%
	Oxiteno – MAUA	45	4,0%
	Petrobrás - REDUQUE	45	4,0%
	Petrobrás - BETIM	45	4,0%
	Ultrafértil - Araucária	150	13,00%
<b>total</b>		<b>855</b>	<b>74,00%</b>
Air Liquide	Peróxidos - CURITIBA	70	6,10%
	Rhodia - Paulínea	65	5,60%
	Petrobrás - S J CAMPOS	65	5,60%
<b>total</b>		<b>200</b>	<b>17,30%</b>
AGA	Prosint - RJ	100	8,70%
<b>total</b>		<b>100</b>	<b>8,70%</b>
total geral		1155	100%
Disponíveis	Ultrafértil	170	16,50%
	Petrobrás - REPLAN	440	42,72%
	Petrobrás - RBPC	420	40,78%
<b>total</b>		<b>1030</b>	<b>100%</b>

- *Estimativa da capacidade instalada de gases do ar, em abril/97;*

**Grupo WM/LCI** detém 76% na região SE; 100% na região N; 100% na região NE; 100% na região Sul; e 100 % na região CO.

Total de 9.440 tpd, correspondentes a 67% da capacidade instalada no País, tendo como segundo colocado AGA com 16%. (fonte Seae/MF)

Efetivamente, há que se reconhecer que a White Martins tem poder de mercado, não só expressado pelo seu significativo “market share” nos dois segmentos, como também, por outros fatores que, juntos, facultam à empresa a capacidade de agir e influir no mercado, tais como um sistema de

*distribuição nacional e o poder econômico de que dispõe sua controladora a nível mundial.*

Ainda conclui, a Preclara Inspetora, que as condições e fatos analisados,...

*(...) à priori, permitem concluir que, em tese, a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção da seu domínio de mercado, criando dificuldades a concorrentes no mercado e a potenciais entrantes mediante políticas comerciais predatórias. Nesse caso, a fusão com uma concorrente reforçará seu poder de mercado nos dois segmentos da produção de gases industriais (fls. 240 a 242).*

Da mesma forma definiu-se a Inspetoria pelo não afastamento da existência de indícios suficientes a demandar uma apuração dos fatos e dos seus efeitos no mercado, impondo-se, pelas razões acima expostas, que essa apuração seja feita já como processo administrativo (fl. 245), por fim, sugerindo, pelas razões apresentadas a instauração de processo administrativo com base nos artigos 20, incisos I/II/IV c/c artigo 21 incisos V, VI, e XVIII, artigo 32 e seguintes da Lei n.º 8.884/94, por reconhecer nos fatos acima referidos indícios suficientes à sua instauração.

Aos 19 de junho de 1998 é instaurado o presente PA vindo, a Requerida, a manifestar-se mediante Defesa apresentada às folhas 258 a 292.

Inicialmente apresenta histórico de fatos, destacando o fato de existirem outros concorrentes no mercado questionado de CO<sub>2</sub> e que a atitude da Representante se firma no sentido, principalmente, *de obtenção da declaração de inexistência de efeito do contrato de fornecimento de dióxido de carbono da Ultrafértil para a Representada, assim como, disponibilização do fornecimento de dióxido de carbono, pela ULTRAFÉRTIL, “através de contrato, nos mesmos prazos, preço e demais condições constantes do contrato” firmado com a REPRESENTADA (ou seja, outorga de fonte por ato de Príncipe, independentemente da concordância da Ultrafértil).* (fl. 260).

Posteriormente, a Representada manifesta, novamente, atitude tumultuária, por parte da Representada, em relação à existência de AC em análise no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Ato contínuo, reafirma ter abdicado do direito de preferência junto à Ultrafértil quanto a excedente de 170 tpd de CO<sub>2</sub> contratados em Cubatão e acusa a Representante de *apostar na desleal estratégia de denegrir a imagem da Representada em arengas perlongantes, como instrumento de competição.* (fl. 263)

Quanto à nota da Inspetora-Chefe, após trazer à discussão diversos apanhados de dita nota, acusa suas conclusões de tratar de *simples conjecturas.* (fl. 266), inclusive afirmando a entrada de novos concorrentes no setor e a

renúncia já referida quanto às 170 tpd em Cubatão, contratadas junto à Ultrafertil.

Em seguida apresenta como lapso técnico a falta do *de acordo* do Sr. Secretário de Direito Econômico, à folha 246, quando da instauração do PA (fl. 267), bem como, o fato da Sra. Secretaria Substituta da SDE não ter subscrito seu Despacho de 19.06.98 (fl. 249).

Passa, então, a alegar preliminares quanto a não observação do *due process of law*, quanto à Constitucionalidade do feito (fl. 268), quanto a incompetência *ratione materiae* (fl. 271), alegando tratar, a matéria discutida, de interesse meramente comercial, quanto à inépcia da inicial pela falta de fundamentação inerente ao enquadramento legal apresentado pela Representante (fl. 272), quanto à nulidade e falta de motivação do ato instaurador de folha 249. ( fl. 274), quanto a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (fl. 278) e, finalmente, quanto à inépcia da representação e da necessidade de garantia de sigilo (fl. 280).

Em seguida, analisa o mérito *à guisa de advinhação* (fl. 284) novamente acusando que outros concorrentes já adentraram no mercado de CO2 e que, Ela, Representada, se houve com incompetência para competir em licitações junto à Petrobrás e à Ultrafertil.

Por fim, o raciocínio advinhativo da Representada lhe faz perceber à folha 286 que potencialidade, a sugerir apuração em Processo Administrativo, está definida às folhas 242 e 243 do presente, conjecturando:

*No caso concreto, há que apurar a existência de objeto ou efeito nocivo às relações concorrenciais de mercado na estratégia do grupo White Martins / Liquid Carbonic de reservar fontes de matéria-prima para posterior expansão de seus negócios, por meio de cláusulas de exclusividade nos contratos acima referidos.*

Destaca, ainda, ao referir à renúncia ao direito de preferencia junto às fontes de matéria-prima da Ultrafertil o exposto na Nota Técnica da Sra. Inspetora Geral conforme se vê:

*Há que se verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente de CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que tal cláusula remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 223/03/97 a 01/10/97.*

Alega, então que *nunca existiu qualquer estratégia da Representada no sentido de reservar fontes de matéria-prima mediante contratos de exclusividade para fins anticoncorrenciais*, uma vez que, segundo seu entendimento, aos 26 de março de 1997, nos autos do AC 08000.012075/96-14, manifestou sua renúncia unilateral ao dito direito de preferência, tendo **a Ultrafertil resistido em reconhecê-la até 10 de dezembro de 1997, quando se assinou, formalmente, o distrato bilateral.**1(fl. 287).

Adiante, a Representada afirma ter, a Inspeção Geral da SDE/MJ, chegado às raias do ridículo, acusando ser motivo de pavor a qualquer estudante primeiro-anista de Direito quando levanta a questão da vigência e efetividade da renúncia no período de 23/03/97 a 01/10/97 em relação ao questionado contrato com a Ultrafertil – Cubatão (fl. 288). Chama a atenção, ainda, para os efeitos de tal renúncia junto a terceiros e conclui segundo suas premissas levantadas em preliminares e no mérito requerendo, por fim, confidencialidade no presente processo e produção de provas genéricas para o definitivo arquivamento do feito.

Nos autos, ainda são juntados o 2º termo de aditamento ao contrato de fornecimento de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) de 25/11/94 firmado entre Ultrafertil S. A e White Martins Gases Industriais S/A (Cubatão) (fls. 299 a 303), bem como, Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico re ratificando o Despacho de folhas 249, em especial, excluindo o inciso XVIII e incluindo o inciso XV do art. 21 mantendo os demais (fls. 305 a 306).

Mais uma vez, a Representada manifesta sua indignação com os possíveis vícios instauratórios do presente PA às folhas 312 a 318; destacando o caráter penal da ação e refutando o Despacho Instaurador, no mais, pugnan do pela nulidade do PA pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do feito.

Foram, então, trazidas aos autos do presente Processo, algumas peças do Ato de Concentração 08000.012075/96-14 para fins de esclarecimento do feito conforme MEMO/DPDE/n 344/98 á folha 323 e dispositivo do Regulamento de Competências da SDE – RCSDE, artigo 19, parágrafo 6º.

Passa-se, então, a apresentação da nova Defesa da Representada (fls. 379 a 397).

Inicialmente, chama a atenção para sua manifestação de 30 de julho de 1998, em especial, tratando da nulidade do feito em função de vícios apontados tais como a pretensa *ofensa aos princípios da imutabilidade e irretratabilidade da acusação, reformatio in pejus da imputação e a ausência de exordial acusatória*.

Em seguida, ratifica expressamente os argumentos de defesa apresentados em 30.07.1998, destacando a *inconstitucionalidade do processo de*

*conhecimento, incompetência ratione materiae do E. CADE e, assim, da d. SDE, inépcia da inicial, nulidade e falta de motivação do ato instaurador, ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e inépcia da Representação, ainda recordando, quanto ao mérito, segundo princípio da eventualidade, que os discutidos excedentes da Ultrafértil e da REVAP já estavam à disposição de terceiros interessados que estão atuando no mercado ( Air Liquide, AGA, BOC, Air Products).*

Chama a atenção para a existência...

*(...) de despacho proferido pelo d. Sr. Secretário de Direito Econômico, nos autos do Processo Administrativo nº 08000.005529/97 –82, publicado no D.ºU. de 17/09/98, no mesmo sentido de que merece declaração de nulidade o ato administrativo instaurador de Processo Administrativo quando, dentre outras exigências, falte a indicação legal e precisa da prática da infração da ordem econômica e se encontrem ausentes os requisitos válidos para a instauração do Processo (fl. 382).*

Por fim, pede a anulação do presente Processo Administrativo e seu arquivamento e apresenta documentos.

Em 22 de outubro de 1998 foi oficiada a SEAE para manifestar a respeito do feito e, em 5 de novembro de 1998, foi expedida notificação para a Representada para oferecer alegações finais.

Aos 12 de novembro de 1998, a SEAE manifesta sua opinião sobre o feito deixando de analisar o comprometimento de fontes da Ultrafértil à época dos fatos e partindo do princípio que, naquela data, o mercado estaria concorrencial em função da entrada de novos concorrentes. (fls. 403/406)

Em função do fato deste DPDE estar acompanhando o mercado de gases do ar e de CO<sub>2</sub>, assim como o comportamento econômico-comercial da Representada há tempo razoável, principalmente através do AC 08000.012075/96-14, cuja entrada na SDE ocorreu em 27/05/1998, tendo, dessa forma, coligido diversas informações sobre o mercado e, inclusive, tomado notícia dos fatos narrados e discutidos no presente PA; elaborou Relatório Sucinto conforme disposto no artigo 26 do Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência - RCSDE.

Aos 24 de novembro de 1998 r. Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico encerra o feito.

Ainda em manifestação datada de 27 de novembro de 1998, a Representada demonstra suas razões finais sendo de destacar os seguintes itens:

1- Item 5 – *A instalação do Processo Administrativo e o prosseguimento do feito a despeito do entendimento de existência de eivas na instrução processual*; - fato que se entende sanado em virtude do Despacho do Sr. Secretário em 19/08/1998 – (fls. 305/306)

2- Item 6. *A falta de delimitação formal da acusação em relação aos fatos apurados no Processo Administrativo* – A Autoridade, no Despacho de 19/08/1998, reitera seu entendimento quanto à necessidade de instauração do Processo Administrativo e ratifica o entendimento e causas motivadoras da Sra. Inspectora Geral em Nota de 09/06/1998 – (fls. 233/246).

3- Item 7. O entendimento de que a defesa apresentada em função de notificação de 16 de setembro de 1998 é *complementar à primeira apresentada*.

4- Item 9. Alegação de que *NÃO HOUVE QUALQUER INSTRUÇÃO PROCESSUAL (além das defesas...)* (fl. 425) – (desconsiderando que o parágrafo 2º do Regulamento de Competências permite juízo de admissibilidade para que o Secretário determine as diligências julgadas necessárias; além de esquivar-se, a Representada, de apreciar provas documentais legalmente coligidas e juntadas nos autos conforme se vê, por exemplo, às folhas 323/378.

5- Item 10. Questionamento da *autoridade da Diretora do DPDE para expedir notificação para apresentação de alegações finais e para determinar diligências*. (desconhecendo que a fase de conhecimento se dá no DPDE, por fim, conforme artigo 26 do RCSDE e 39 da Lei 8884/94, terminando-se o Processo com relatório sucinto do Diretor da DPDE para o Sr. Secretário e a expedição, por parte Deste, de relatório circunstanciado, que, *in casu*, é apresentado).

6- Item 11. *A concessão de cópia de peça dos autos à Representante*. (Considerado que foi seu legítimo interesse como informante).

7- Item 13. Relatório de 24 de novembro de 1998 deste DPDE que apresentar-se-ia desconforme ao processado.

8- Item 16. O requerimento de *reabertura de fase processual* para apresentação de provas, inclusive pericial e oportuna apresentação de defesa final.

9- Nas preliminares, alega: *inconstitucionalidade, incompetência em razão da matéria, inépcia da representação, ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, notadamente face à ausência de inicial acusatória e à falta de motivação do despacho instaurador e menção equivocada a outros processos sofridos pela REPRESENTADA*.(fl. 428). Alega, também, falta de motivação do despacho instaurador e *ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório*.



10- No mérito, a Representada reitera suas defesas anteriormente apresentadas e quer fazer acreditar a necessidade de ser provada a *raridade do insumo CO2* ou sua finitude para restar possível o desperdício ou o açambarcamento do mesmo. Alega existirem múltiplas fontes de CO2 e procura demonstrar a competitividade atual do setor.

11- Comenta, ato contínuo, o parecer da SEAE demonstrando que o *monopólio de dióxido de carbono foi desfeito*.(fl. 431) e o Relatório Sucinto do DPDE destacando a abordagem de contratos que não são objeto do presente Processo Administrativo.

12- Item 41 Acusa o DPDE de *utilizar presunções em lugar de provas , pois, como visto, sequer investigou , com metodologia técnica-pericial, a existência ou não de fontes de matéria-prima no mercado.* (fl. 433) – (A Representada esquece que este DPDE monitora o mercado desde maio de 1996 quando do início dos trabalhos relacionados ao AC 08000.012075/96-14.)

13- Item 47/51 justifica informações prestadas no AC 08000.012075/96-14 e juntadas aos presentes autos alegando *divergências conceituais*.

14- Item 52/72.2 *Questiona a metodologia e o raciocínio de investigação do DPDE* quanto à utilização de CO2 contratado pela própria Representada em função dos dados apresentados no Processo Administrativo.

15- Por fim apresenta seu entendimento ao Requerer nulidade do feito e seu arquivamento.

Motivada pelo parecer da SEAE, a Representante manifesta-se reiterando suas posições quanto ao açambarcamento de matéria-prima por parte da Representada, destacando seu *equivocado enfoque prospectivo.* (fl. 447)

Este é o **relatório** quanto aos fatos trazidos pela Representante, justificativas alegadas pela Representada e informações obtidas em diligências formalmente apresentados no Protocolo desta Secretaria ou coligidos nos autos e acompanhados de farta documentação.

## **Das preliminares processuais**

Em suas manifestações, a Representada, levanta diversas alegações no campo processual do feito; o que urge imediato e necessário esclarecimento, destacando-se alguns pontos importantes a serem lembrados, inicialmente:

1- A Representação ingressa na SDE em 02/09/1997. (fls. 03/56).

2- Aos 10/09/1997, é proposta a instauração de Averiguação Preliminar notificada em 23/09/1997.(fls. 57/63).

3- Em 19/06/1998, é instaurado Processo Administrativo.(fl. 249)

4- Em 30/07/1998, é apresentada defesa conforme artigo 33 da Lei 8884/94.(fls. 258/303).

5- Aos 19/08/1998, Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico Re-ratifica o Despacho de folhas 249 para instauração de Processo Administrativo.(fls. 305/309).

6- Manifesta-se, a Representada, em 02/09/1998.

7- Notifica-se, a Representada, para complementar sua Defesa, abrindo-se novo prazo de 15 dias conforme artigo 33 da Lei 8884/94.(fl. 319)

8- Junta-se ao processo documentos já coligidos em AC nº 08000.012075/96-14 (fls. 323/378) para que, o quanto antes possível, a Representada tenha acesso a elementos inerentes ao processado, inclusive, tomando-se a cautela de não simplesmente enumerar ou citar documentos do referido AC, como a própria Representada o faz, sem juntá-los aos presentes autos. (fls. 190/197 e 204/210).

É de ressaltar que, inclusive, às folhas 210, a Representada solicita que o presente procedimento, então em fase de Averiguação Preliminar, seja apensado aos autos do Ato de Concentração 08000.012075/96-14 o que leva a determinação do seguinte Despacho em 07.10.1997:

*Ao Sr. Inspetor Geral para que se pronuncie sobre o requerido, após exame das informações e documentação constantes do A. C. em que a White Martins incorpora a Unigases.*

Observa-se, pois, que, desde a fase de Averiguações Preliminares, o presente feito vem sendo acompanhado por este DPDE juntamente com os Autos do AC referido.

9- Em função das diversas peças juntadas aos autos tais como: manifestações da Ultrafertil (fls. 54, 68/70, 147/185), da Petrobrás (fls. 55/56), contratos diversos, mormente, entre a Representada e a Ultrafertil (fls. 71/146, 299/303) e manifestação da SEAE (fls. 402/406), além de outros, tais como as diversas manifestações e defesas apresentadas pela Representada em não menos diversos momentos processuais. (Em sede de Averiguação Administrativa – fls.190/202, 204/210, 220/226; em sede de Averiguação Preliminar – fls. 258/303, 312/318 e no presente Processo Administrativo – fls. 379/397 e 423/443) o DPDE concluiu seus trabalhos, quanto à instrução processual, e exarou sucinto relatório de conformidade com o artigo 26 do novo Regulamento de Competências da SDE – RCSDE; o que gerou o Despacho de mes-

ma data – 24/11/1998 -, por parte do Sr. Secretário de Direito Econômico, declarando encerrada a instrução processual.

Cabe destacar que é entendimento razoável que o Sr. Secretário manifeste, após concluída a instrução processual, conforme artigo 39 da Lei 8884/94; entretanto, pelo princípio de que *quem pode o mais, pode o menos*, resta plenamente legítimo o despacho acima referido.

10- Notificada, a Representada, para a apresentação de alegações finais, Esta comparece ao feito, tempestivamente, para expor, como de fato, o faz, seus últimos argumentos sobre a documentação ingressa nos autos que apresentam 422 páginas até então.

É de observar que cabe à parte o livre arbítrio para rebater e comentar, em sede de alegação final, qualquer peça dos autos, inclusive, cabendo-lhe, silenciar a respeito, como o faz, ao não referir sobre os documentos juntados às folhas 323/379 do feito. É de observar, no entanto, que o DPDE, até mesmo, tomou cuidado de questionar, a Representada, sobre documentos inseridos entre as páginas referidas quando da solicitação de manifestação em sede de alegações finais. Da mesma forma, garantido restou o amplo acesso aos documentos durante a investigação; uma vez que, em 26 de novembro de 1998, foi deferido pedido de cópias para a Representada que, por seu desejo, solicitou cópias do feito, reservando-se, segundo seu entendimento, a tão somente requerer reprodução das páginas 379 a 419 do 2º volume e dos pareceres da SEAE e do DPDE (fls. 420/21).

Portanto, em relação às diversas possíveis irregularidades processuais arguidas pela Representada pode ser verificado o que segue:

Quanto à Defesa de 31/07/1998 protocolada no MJ em 30/07/1998 (fls. 258/292):

1- Item 11 – Inconstitucionalidade pela não observância do princípio processual do juízo natural, alegando que:

*(...) não se pode entender constitucional um sistema em que, in casu, a SDE, da qual integra a parte acusatória, o ilustrado DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA – DPDE, denuncie, por este instrua o Processo, emita juízo de admissibilidade e, por fim, encaminhe o feito para julgamento pelo juiz natural da causa, sem que este tenha tido qualquer participação no feito, para “julgamento.”*

Mais adiante, a Representada reconhece as determinações da Lei 8884/94, embora fazendo conhecido seu descontentamento a respeito:

*Assim, ofende as garantias individuais constitucionalmente consagradas a lei que estabelece, especialmente em matéria repressiva, tal dicotomia. Isto porque a instrução probatória se integra no próprio *judicium causae*. Provar o fato típico implica em demonstrar a causalidade entre o resultado e a conduta que dele é *prius* e antecedente, pois de outra forma não se realiza a adequação típica.*

*Data maxima venia*, parece que a Representada assume uma posição interpretativo-jurídica na qual a Lei 8884/94 teria caráter penalista o que demonstra equívoco em uma visão moderna do Direito Antitruste. De outra forma, dentro do dispositivo legal referido, confere-se à SDE competências investigatórias de forma a ser subsidiada a decisão soberana do órgão competente, qual seja, o CADE.

Por ora, esta SDE cumpre seu papel investigatório e conclui, segundo seu entendimento, sobre as práticas investigadas sugerindo à instância de decisão elementos coligidos conforme o rito processual ora vigente e o devido processo legal.

2- Item 20 – Incompetência *Ratione Materiae* – A representada alega que o conteúdo da representação é estritamente de Direito Comercial o que, em sendo assim, fugiria da competência do CADE para apreciação.

Mais uma vez equivocou-se, a Representada, pois verifica-se, nos autos, que a matéria não trata de pura relação contratual entre duas empresas – White Martins e Ultrafertil – pois, em verdade, durante o período em que os fatos ocorreram havia exercício de posição dominante em um mercado quase – monopolizado. Do mesmo modo, provou-se a existência de terceiros interessados que foram prejudicados em função da indisponibilização de fonte mantida contratualmente e não utilizada. Desta forma, afetando o mercado, o fato passou a ser passível de análise sob a égide da Lei 8884/94.

3- Item 22 – Inépcia da Inicial – A Representada busca, desta feita, a favorecer seu interesse, dar caráter meramente civilista ao processado. Deve ser lembrado, no entanto, que a SDE atua, inclusive, *ex officio* na apuração de práticas infrativas da concorrência; desta forma, considerados bastantes os fatos representados procedeu-se à análise de elementos suficientes para levar a frente o presente processo e chegar-se a este derradeiro relatório, no âmbito da SDE.

4- Item 23 – Nulidade do despacho de fls. 249 - Entende-se sanados quaisquer vícios como os levantados (falta do “de acordo” do Sr. Secretario de Direito Econômico, assinatura da Sra. Secretária de Direito Econômico Substituta ou falta de motivação e especificação dos fatos a serem apurados).em função do despacho que re-ratificou o entendimento do Despacho de

fls. 249, desta feita, às fls. 305/306, demonstrando convencimento inequívoco desta SDE, c, em especial, de suas autoridades sobre os fatos relatados em folhas 233/246.

5- Item 35 – Ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo – A representada parte do pressuposto de inépcia da inicial em função da suposta não especificação dos fatos que constituem a infração e falta de formalidades (sanadas conforme número 4 acima).

Lembre-se que o despacho de folhas 249, ratificado pelo de folhas 305/306, apresenta, como fatos e fundamentos, os relatados às folhas 233/246. Dentre outras afirmativas, ali, é lido, *ipsis litteris*, à folha 243:

*Outro dado relevante ao exame das questões trazidas ao presente, é o volume da capacidade de produção da maior fonte supridora da matéria-prima do CO2, que é a Ultrafértil, de 750 tpd.*

*Atualmente estão sendo utilizados apenas 470 tpd., gerando um excesso de cerca de 280 tpd de matéria-prima disponível, considerando que a White Martins não tem unidade industrial de beneficiamento.*

*Tais condições, à priori, permitem concluir que, em tese, a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção da seu domínio de mercado, via cláusulas de exclusividade nos contratos com fonte de matéria-prima por sub-produto, criando dificuldades a concorrentes no mercado e a potenciais entrantes mediante políticas comerciais restritivas.*

*No caso concreto, há que apurar a existência de objeto ou efeito nocivo às relações concorrenciais de mercado na estratégia do grupo White Martins/Liquid Carbonic de reservar fontes de matéria –prima para posterior expansão de seus negócios, por meio de cláusulas de exclusividade nos contratos acima referidos<sup>3</sup>. (...)*

*Há que verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente do CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que , tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97.*

---

<sup>3</sup> Tal referência pode ser vista às fls. 237,. no terceiro parágrafo:

Pretende, também, com base no inciso V do art. (...) no contrato firmado entre a Ultrafértil e White Martins/Liquid Carbonic, por ser restritiva à concorrência, disponibilizando à representante o excedente do CO2 daquela fonte.

Parece que não resta dúvida, a não ser, supostamente, para a Representada, quanto ao que está sendo apurado neste rito processual, qual seja, a relação contratual entre a empresa White Martins – hoje, Grupo White Martins/Liquid Carbonic e a Ultrafertil, bem como o reflexo de estipulações contratuais quanto à exclusividade e à indisponibilização de matéria-prima não utilizada para o mercado, inclusive prejudicando terceiros em um período determinado, qual seja, 23/03/97 a 01/10/97.

É de ressaltar que apesar de todas as evasivas jurídico-processuais, a Representada, por fim, procura se defender, no mérito, quanto às práticas infrativas que lhe são imputadas conforme se vê nos itens 57 e seguintes às folhas 284/291 através de argumentos abaixo comentados e analisados.

Acresce, ainda, que, da mesma forma, às folhas 379, a Representada demonstra seu inequívoco conhecimento quanto às práticas que lhe são imputadas, até mesmo, pela Representante. Veja-se:

*(...)alegando, em síntese, pretendo açambarcamento pela REPRESENTADA das fontes de CO2 relativamente a excedentes desta matéria-prima na ULTRAFÉRTIL ( Cubatão – SP) e na REVAP – Petrobrás (...)*

6- Item 37 – Inépcia da representação e da necessidade de garantia do sigilo:

No número 3, acima, já se falou quanto à inépcia da inicial, entretanto, quanto à representação pode-se referir que, à SDE, resta poder discricionário para, em tomando conhecimento de algum fato que possa contrariar os princípios da livre concorrência, proceder a atividade investigatória, inclusive *ex officio*, mesmo que a partir de escassas informações. Os fatos apurados, por ora, vieram ao conhecimento desta SDE e foram tratados, inclusive, no Ato de Concentração 08000.012075/96-14. Entretanto, para que pudesse o fato – concentração ser analisado independentemente da prática infrativa procedeu-se a distintos processos, já que e em razão de, até mesmo existir representação independente de terceiro prejudicado.

A princípio, deve ser zelado o rito processual previsto na Lei 8884/94 que reza a apuração de Atos de Concentração e de Práticas Infrativas; de forma a serem plenamente identificados os elementos caracterizadores de um e de outro procedimento.

7- Item 55 – Menção equivocada a outros processos sofridos pela Representada:

A Representada parece distorcer, intencionalmente, as afirmações de Nota à folha 245. É óbvio que conhecido está, por esta SDE, o inciso LVII do

artigo 5º da Constituição Federal e ninguém a está considerando culpada antes de sentença penal condenatória.

Deve-se explicar à Representada que não se está a tratar de um procedimento penal e que, em última análise, as decisões do CADE não são de natureza judicial e sim administrativa. De fato, necessário se faz, na condução de uma investigação, seja em sede de Averiguações Preliminares ou de Processo Administrativo, verificar a conduta da empresa no mercado, até mesmo, para fins de constatar possível reincidência quando da dosimetria de sanções previstas no Capítulo III da Lei 8884/94. Assim, justifica-se a preocupação da Sra. Inspectora Geral em fazer ver a necessidade de acompanhar feitos outros que, embora em fase de investigação, podem levar à condenação durante a tramitação do presente feito e, portanto, à reincidência em possível condenação pelas práticas no momento apuradas; fato que deve ser considerado conforme artigo 27 inciso VIII da Lei 8884/94.

Às folhas 312/318, a Representada volta a reafirmar suas posições acima descritas e rebatidas, em especial quanto à falta de formalidades processuais, nulidade do feito e possível *reformatio in pejus*. Quanto a esta última nova posição da Representada cabem *duas ou três palavras*.

Acusa, a Representada, que o próprio Sr. Secretário da SDE parece não ter absoluta certeza quanto ao enquadramento legal da prática infrativa, quando da substituição do inciso XVIII do art. 21, constante do despacho de folhas 249, pelo inciso XV. Deve ser lembrado, no entanto, que:

1. Os incisos do artigo 21 da Lei 8884/94 são meramente exemplificativos já que não se trata de um artigo de caráter penal cujo conteúdo restrinja-se a *numerus clausus* em relação as suas hipóteses; aliás, explicita a Lei: *As seguintes condutas, além de outras,(...)*.

2. *In casu*, as práticas referidas na representação e, mesmo, estudadas pelo DPDE através de AC 08000.012075/96-14 continuam sendo as mesmas no momento do Despacho de folhas 249 e do documento de 305/306; restando, apenas e tão somente, melhor juízo de apreciação, quanto ao enquadramento formal, ao Sr. Secretario quando do segundo Despacho.

3. *Ad argumentandum*, mesmo em sede de Direito Penal, o que não é o caso. cabe ao Juíz aceitar o libelo conforme a capitulação dos fatos feita pelo Promotor de Justiça ou reformá-lo de forma a enquadrar o fato típico ao tipo penal que, segundo seu julgamento, melhor se adapte aos fatos; portanto, prevalece, para fins de justiça, a prática e não o *nomen juris*.

4. Observa-se, ainda, que os incisos exemplificativos do artigo 21 estão todos sujeitos ao mesmo tipo de sanção próprio do *caput* do referido artigo; portanto não há de falar em *reformatio in pejus* uma vez que não existe

sanção específica para o inciso XVIII do citado artigo distinta da sanção que seria aplicável no caso de enquadramento no inciso XV.

Desta forma não procede a alegação de nulidade proposta no item 5 às folhas 317 da manifestação da Representada. Não se infringiu os *princípios da irretratabilidade (art. 42 do CPP)* – a título de esclarecimento, lembre-se à Representada que, talvez, *em função da visão penalista de seus Procuradores*, equivocadamente, estes buscaram capitular, os fatos ora apurados, como tipos penais, entretanto, quando muito, a Lei 8884/94 faz referência ao CPC – Código de Processo Civil em seu artigo 83 e não ao Código de processo Penal; com a *venia* da exceção do artigo 86 que refere a prisão preventiva. *Permissa venia*, parece uma estratégia de defesa equivocada buscar, em uma norma administrativa, enquadramento penal, inclusive com desconforto para a Parte envolvida processualmente.

Aos 15 de outubro de 1998, a Representada junta, aos autos, Defesa complementar (fls. 379/385) na qual cabe, nesta etapa do presente relatório, comentar:

1. A Representada reitera as considerações preambulares oferecidas em manifestações anteriores no feito, tais como falta de motivação do despacho instaurador do Processo Administrativo.

2. Desta feita, se vale, a Representada, a seu benefício, de circunstâncias envolvendo outros Processos Administrativos; quais sejam, o 08000.022487/97-81 e o 08000.005529/97-82 que foram declarados nulos no âmbito desta Secretaria em função da falta de pressupostos legais. Ora, é evidente que, se naqueles processos, foram detectadas carências processuais, dever de justiça era reconhecê-las e expurgá-las ou corrigi-las o que se sabe ter sido feito. De outra forma, corrigidas tais irregularidades, tramita, normalmente, nesta SDE o Processo Administrativo 08000.022487/97-81 para alegações finais em 26/11/1998 enquanto o Processo Administrativo 08000.005529/97-82, em função de derradeiro convencimento desta SDE foi encaminhado para arquivamento ao CADE em 15/09/1998.

Em manifestação de 27 de novembro de 1998, a Representada vem trazer, aos autos, suas alegações finais. Após desenvolver histórico sobre o processo, no qual, além das alegações de caráter formal e preliminar anteriormente explicitadas, alega novas supostas irregularidades; vem, por fim, apresentar suas razões quanto a preliminares e quanto ao mérito.

1. No item 9 (fl. 425), desta feita, a Representada alega que NÃO HOUE QUALQUER INSTRUÇÃO PROCESSUAL, ainda mencionando possível desconsideração do dispositivo do Regulamento das Competências da SDE - RCSDE nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência; qual seja, o artigo 17, parágrafos 2º e 3º, acusando o Sr. Secre-



tario de não se *preocupar em apurar a verdade real dos fatos que insinuou (sem descrever) no despacho de instauração, especificando a prova e determinando, por despacho fundamentado, as diligências necessárias, ainda quedando-se inerte.*

Acusa, ainda, o Sr. Secretario de Direito Econômico de agir com parcialidade quando, então, teria *desconsiderado o caráter isonômico e de equilíbrio* entre as partes.

Efetivamente, furta-se, a Representada, mais uma vez, de manifestar-se sobre as provas documentais carreadas para o processo, desta feita acusando a Autoridade que se houve com diligência, inclusive, sanando eventual vício de forma e re-ratificando seu entendimento claro e preciso sobre os fatos – folhas 305/306, também, preocupando-se em oferecer mais prazo de defesa à Representada para que pudesse defender-se inequivocamente.

Ademais, lembre-se que o Regimento Interno da SDE vigorando através da Portaria 144 de 03/04/1997, do Ministro da Justiça, reza, em seu artigo 14, as competências do DPDE, sendo de destacar, em especial, os incisos V e VI a saber:

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

*(...)*

*V – planejar, coordenar, supervisionar e orientar a instrução de averiguações preliminares dos processos administrativos e das consultas, bem como dos feitos relativos a atos de concentração econômica;*

*VI – propor a instalação de averiguação preliminar e processos administrativos relativos ao abuso do poder econômico e à defesa da concorrência.*

Mais adiante, o mesmo Regimento explicita em seu artigo 39 que *aos Diretores de Departamento incumbe dirigir, orientar, acompanhar, decidir e fiscalizar a execução das competências das respectivas unidades.*

Portanto, conta, o Sr. Secretario com equipe de auxiliares que procedem às averiguações e diligências necessárias para a formação de seu livre convencimento, sendo de bom alvitre, interpretar a norma do Regulamento de Competências em conformidade com a Lei 8884/94, com o Regimento Interno da SDE e, ainda, segundo o bom senso.

2. No item 10 (fl. 425); acusa, a Representada, de proceder a *Sra. Diretora do DPDE, sponte propria, ao mesmo tempo: (a) notificar (sem ter para tanto autoridade legal) a REPRESENTADA a “apresentar”, no prazo*

*de 05 (cinco) dias, alegações finais” e (b), também sem autorização do Sr. Secretário (art. 17, & 2º, do regulamento das Competências), contraditoriamente, dar início à instrução processual, solicitando informações pertinentes a outro procedimento (AC nº 08000.012075/96-14)!!!!!!*

Novamente, a Representada esquivou-se quanto à sua responsabilidade de atender às determinações do Aparelho Estatal que, por ora, persegue a derradeira análise e explicitação dos fatos apurados; senão, veja-se:

2.1 O artigo 39 da Lei 8884/94 prevê que, **concluída a instrução processual**, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, **após o que** o Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos, (...) – grifo nosso.

Parece clara, a Norma; e, assim sendo, tem-se que a instrução processual é de competência do DPDE, conforme visto acima, e, coligidas as provas necessárias, cabe à Diretora do DPDE encerrar a fase instrutória e fazer juntar, aos autos, as últimas razões da Representada de forma a subsidiar, através de sucinto relatório, o Sr. Secretário, para que este possa, posteriormente ao encerramento da persecução administrativa, decidir sobre o futuro do feito mediante relatório circunstanciado.

No pedido de alegações finais de folhas 399/400 não se estava dando início à instrução processual como quer fazer ver, a Representada; e nem se estava a diligenciar sobre outro procedimento.

Como já dito alhures, as provas de um fato pertencem ao mundo real e não ao formal no que tange à sua existência; de outra parte, existe, sim, para fins de apuração e conclusão sobre um fato, a necessidade de o Aparelho Estatal conhecer de provas carreadas para os autos; lembre-se da máxima jurídica pela qual o que não está nos autos não existe como meio probante. Fato é, no entanto, que por circunstâncias diversas, informações pertinentes aos fatos presentemente tratados foram trazidas para os autos do AC 08000.012075/96-14 e que, ali sendo devidamente coligidas e submetidas ao crivo das diversas manifestações do Grupo White Martins/Liquid Carbonic, foram trasladadas para estes autos com o mero propósito de não tumultuar a apreciação do referido Ato de Concentração como tantas vezes sugerido pela Representada em relação à empresa Messer. Cabe, ainda, lembrar que, nestes presentes autos, a Representada se manifestou, tão somente indicando páginas do dito AC sem, contudo, tomar o cuidado de trasladar peças (fls. 190/197) dada a notoriedade e o conhecimento do procedimento pela própria, então consulente e por este Órgão Público que, por sua vez e cautelosamente, ao manifestar sobre algum daqueles documentos o fez apresentando-os fisicamente nestes autos.

Assim, as informações solicitadas são plenamente cabíveis, na medida em que estão relacionadas às práticas ora apuradas e, em determinando-

se a manifestação da Representada a respeito de alguns dos citados documentos, pretendeu-se inequívoco posicionamento a respeito.

Ainda urge *uma palavra* sobre a disposição do artigo 37 da Lei 8884/94 que dispõe um **prazo máximo** de 45 (quarenta e cinco dias), após a apresentação da defesa, para que se proceda a apuração do feito. Tal prazo não quer obrigar o Órgão Persecutório a, convencido dos fatos, procrastinar o feito; pelo contrário, a Lei determina a possibilidade do pleito ser instruído e relatado em **tempo econômico**, até mesmo, inferior aos ditos 45 dias.

Outrosim, não foi solicitada, pela Representada, nenhuma prova específica como, por exemplo, as previstas no parágrafo único do mesmo artigo 37 da Lei 8884/94; portanto, a SDE se houve conforme aos ditames do artigo 40 da citada Lei; diligenciando com *a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos*.

Lembre-se, ainda, que, à Parte Representada é dado conhecer da acusação e das provas coligidas; entretanto, não se pode exigir Daquela a cabal defesa que muitas vezes fenece em função da força probante e irrefutável dos argumentos. De outra parte, resta, tão somente lamentar uma estratégia de defesa que *arrisca* desconhecer, no feito, documentos que julga serem de *outro procedimento*; ainda mais quando alega não existir RAZÃO, PORTANTO, PARA A DUPLICIDADE DE PROCEDIMENTOS (fl. 196), fato que, mais a frente, é referido como DUPLICAÇÃO IMOTIVADA DE ESFORÇOS (fl. 207). Na mesma página processual, ( fl. 207), chega, mesmo, a Representada, a afirmar:

a) *toda a temática (inclusive a Impugnação da Representante) versada na Representação já está sob exame do DPDE/SEAE/CADE nos Autos do Ato de Concentração.*

Em seguida (fl. 209), dispensa a exigência de apresentação de informações e documentos listados no feito justificando:

b) (...) *mesmo porque todas (sic) os temas que por eles se pretende conhecer já são do conhecimento dos órgãos que compõem o Sistema de Defesa da Concorrência e integram os autos;*

c) *sobrestar o presente procedimento, apensando os respectivos autos, por linha, aos do ato de concentração já em andamento perante o digno DPDE.*

Parece estranho que depois de todas estas afirmativas inequívocas, a Representada viesse, agora, em fase de alegações finais, tentar desvirtuar o

entendimento desta SDE desqualificando provas como pertencentes a OUTRO PROCEDIMENTO.

Lembre-se, inclusive, que o Despacho de folha 214 acolhido pelo de folha 215 prevê intimação do Sr. Representante Legal da Representada, *para na data e hora, previamente marcadas pela Direção daquele Departamento, vir aos autos do feito AC n° 08000.012075/96-14, identificar cada um dos quesitos que lhe foram determinados atender via da requisição ínsita na Averiguação Preliminar.*

Ato contínuo, à folha 218 vê-se a determinação da Sra. Diretora do DPDE intimando o Representante Legal da empresa White Martins que é atendida conforme folhas 220/224 e 228/229. Portanto, com tudo isto, fica provada a diligência desta SDE em inteirar-se sobre todos os fatos que são inerentes ao presente Processo Administrativo restando inequívoco o convencimento sobre as práticas imputadas; bem como o conhecimento amplo dos dois procedimentos – AC e Processo Administrativo, por parte da Representada.

E para que, derradeiramente não reste dúvidas, ainda que documentos e provas sejam oriundos de outro procedimento (entenda-se colhidos em outro procedimento), qual motivo existiria para que não fossem trazidos aos presentes autos e utilizados com toda a sua força probante; ainda mais quando estreitamente relacionadas com os documentos já existentes no processado?

Responde-se que nenhum. Aliás, é dever de justiça e lealdade processual para o Órgão apurador do feito carrear, para o mesmo, o máximo possível de provas e informações. É o que se fêz.

3. No item 11 (fl. 426), é alegado o desrespeito ao parágrafo único do artigo 40 do Regulamento de Competências da SDE - RCSDE, que *impede a concessão de certidão ou peça dos autos a menos a quem o titular da SDE expressamente reconhecer legítimo interesse.*

Trata-se, aqui, de cópia do Parecer da SEAE – (fls. 402/406) permitida à Representante aos 13 de novembro de 1998 (fls. 407).

Inicialmente, deve ser lembrado que, o Processo Administrativo é público cabendo, sim, em fase de Averiguações Preliminares a *não divulgação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo.* ( Art. 30 da Lei 8884/94).

É de ser rememorado, no entanto, que não é dado a qualquer conhecer do feito, já em sede de Processo Administrativo, conforme se vê no parágrafo único do artigo 40 do regulamento de Competências da SDE:

*Sem prejuízo do direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, somente será concedida certidão ou peça dos autos àqueles a quem o titular da SDE reconhecer legítimo interesse, pessoal ou institucional.*

Fato é, entretanto, que, já em fase de Averiguações Preliminares, a Representante foi considerada legítima interessada uma vez candidata ao aproveitamento do excedente da Ultrafertil conforme se depreende às fls. 65/66, na medida em que se houve por atender pedido Daquela para juntada de documento ao feito. De observar-se que, conforme o artigo 24 do Regulamento de Competências da SDE, o Representante assiste ao Sr. Secretário de Direito Econômico com informações e documentos necessários à instrução do processo administrativo. Em instância de Processo Administrativo, pois, útil faz-se que o Representante fomente a SDE com subsídios a serem investigados; sendo possível que, ao conhecer de um parecer exarado por outro Órgão Público como a SEAE, se possa trazer à lembrança fato outro ou prova até então não cogitada.

4. No item 12 (fl. 427), a Representada, então, finalmente, reconhece que o DPDE tem, coligido, nos autos, PROVA, que segundo seu entendimento, pertence a OUTRO PROCEDIMENTO – grifo nosso. De fato, parece que a atitude da Representada é desqualificar as provas dos autos em função de não pertencerem ao procedimento Processo Administrativo presente e, sim, ao Ato de Concentração 08000.012075/96-14.

A bem da verdade, entretanto, é que as provas inerente a um fato real pertencem ao mundo real e não a um procedimento, explique-se melhor, a prova é inerente a um fato e não ao processo. Coligidos que foram os referidos documentos (fls. 324/378) em autos de Ato de Concentração analisados nesta Secretaria, estiveram a inteiro dispor da Representada, inclusive juntados aos presentes autos em tempo hábil para que, querendo, Esta, os contra-argumentasse. Fato é que, certamente, por estratégia de defesa e não por desídia ou por falta de contra-argumentação em relação a fatos notórios e provados, os Procuradores da Representada não cotejaram tais documentos durante a fase de conhecimento e nem mesmo em alegações finais sendo que, somente quando da provocação desta SDE, ao solicitar manifestação específica quanto às folhas 324,325,326,345 e 346 dos autos é que a Representada argumentou às folhas 433/441.

Tentou, mesmo, a Representada, desconhecer das provas válidas e regularmente trazidas aos autos, esquivando-se, inclusive, de reprografá-las, certamente por delas conhecer em sede do AC 08000.012075/96-14 e, também, por tê-las manuseado nestes autos como se verifica em função do pedido

de cópias de folhas 420, no qual é pedido cópia de folhas 379 a 419 do processo; portanto, de páginas posteriores às explicitadas páginas 323/378.

Lembre-se, novamente, que ditos documentos de folhas 323/378 foram trazidos a conhecimento desta SDE em função de diligências desenvolvidas por funcionários da própria Secretaria e que, por diligência dos mesmos, subsidiaram a fase de conhecimento do feito.

Não se há de falar em não observação do princípio do contraditório quando a parte, em tendo oportunidade para manifestação, não o faz como é o caso no que diz respeito a estas discutidas provas.

De outra parte, ainda é preciso lembrar que o juízo de convencimento da autoridade investigatória é pessoal; portanto, ainda, sob o amparo da Lei (vide artigo 15 do Regulamento de Competências da SDE), cabe às autoridades da SDE indeferir, fundamentadamente, a juntada de documentos ou a realização de diligências manifestamente impertinentes, procrastinatórias ou prejudiciais ao esclarecimento dos fatos, à celeridade e ao bom andamento do processo. Ora, no presente feito, a Representada, não especificando ou requerendo provas vem, em defesa complementar de 14 de outubro de 1998, protocolada neste Ministério em 15 de outubro de 1998, apenas sugerir, em caráter genérico apresentação de *toda e qualquer prova admitida em Direito, por mais especial que seja, inclusive, prova documental, testemunhal e pericial*.(fl. 385)

De qualquer forma, em vista de documentos trazidos aos presentes autos restou o cabal convencimento desta SDE, bem como, adequado não proceder a provas outras tais como a impossível perícia de um fato que transcorreu em 1997 (23/03/1997 a 01/10/1997)<sup>4</sup>.

Ainda argumenta, a Representada, a falta de autorização própria do Sr. Secretário de Direito Econômico para a Diretora-Substituta do DPDE em relação ao despacho de folhas 408.

Desta feita, a SDE apenas e tão somente duplica meios e procede no intuito de observar o **tempo econômico** para, seguindo o artigo 33, parágrafo 3º da Lei 8884/94 propiciar à Representada oportunidade de manifestação final quanto ao então carreado para os presentes autos.

Ainda é de observar que o despacho de folhas 419 exarado pelo Sr. Secretario determina, formalmente, o exato momento de encerramento da instrução processual do feito para o Órgão Investigador – DPDE - que, por sua vez, já diligenciou, coligiu provas, notificou a Representada para apresentar alegações finais, emitiu Sucinto Relatório; aguardou a chegada daquelas

---

<sup>4</sup> Ver item 6 adiante.

alegações e emitiu o presente expediente concludente a fim de ser emitido, então, o derradeiro relatório circunstanciado por parte da Máxima Autoridade da SDE.

Entende-se, pois, caber, a instrução processual, ao DPDE que mantém devidamente informado o Sr. Secretário do andamento do feito; restando o despacho de folhas. 419 como peremptório em relação á continuidade dos trabalhos investigatórios por parte do DPDE; embora, ainda sendo possível à Representada atos tais como a juntada das próprias alegações finais (art. 39 da Lei 8884/94 ) ou de outros documentos (art. 18 parágrafo 6º do Regulamento de Competências da SDE).

Complementa, o item 13, o entendimento da Representada, de que não houveram provas coligidas nos autos, ainda acusando terem sido **exigidas** alegações finais (fls. 427).

Ora, conforme explicitado anteriormente, não cabe ao DPDE **instruir a Defesa** que tem seu livre arbítrio para se manifestar sobre os elementos dos autos. É bem verdade que, na falta de defesa resta a confissão tácita sobre os fatos apurados e provados; portanto, não se pode depreender outra interpretação da expressão *encaminhamento do feito para apresentação de alegações finais* (fl.418) que não a de aguardar a chegada das mesmas uma vez já requeridas anteriormente. Cuidado, ainda, se tomou para que a Representada tivesse acesso ao dito Relatório Sucinto antes de apresentar suas razões finais propiciando-lhe, mais uma vez, cabal e ampla oportunidade de manifestação a respeito da opinião do Órgão Investigatório – DPDE; como de fato o fêz em 27/11/1998.

De resto, *não se exigiu alegações finais*; mas, apenas, notificou-se a Representada, segundo a Lei, para, querendo, exercer, mais uma vez, seu direito de defesa no prazo de cinco dias.

5. No item 14, é alegado que, antes de ser atendido a pedido de provas de folhas 400, ocorreu a declaração de encerramento da instrução processual. Ocorre que, no pedido de alegações finais de folhas 400 solicitou-se, à Representada, as manifestações que lhe aprouvesse fazer, tomando-se o cuidado de especificar alguns documentos juntados ao feito para que não pairasse dúvida quanto ao conhecimento destes por parte Daquela. Não se estava, ali, a solicitar prova - já juntada ao feito - e, sim, solicitar manifestação até então não proferida pela Representada que silenciou segundo seu entendimento e vontade. De fato, desde a juntada dos mesmos em 1/10/1998 até a data de 27/11/1998, portanto, durante quase dois meses ou, mais exatamente em 58 dias, a Representada sobre os mesmos recusou manifestar-se, ou, por outro lado, deixou transcorrer *in albis* possível argumentação quanto aos ditos documentos; com a vênia da manifestação, em 27/11/98 por provocação do DP-

DE, zeloso aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ainda é de observar que tal manifestação, ainda que não justificadora das práticas apuradas foi prestada, pela Representada e conforme ao seu entendimento, tal como se o DPDE estivesse a questionar e diligenciar, absurdamente, sobre OUTRO PROCEDIMENTO, nos presentes autos.

6. No mesmo sentido, deve ser, ainda, observado quanto ao item 16 em que a Representada protesta pela *apresentação de toda a prova em Direito admitida, como aliás lhe asseguram os arts. 10 parágrafo 3º, 15 e 19 do Regulamento de Competências, inclusive prova pericial para a determinação de disponibilidade de fontes de matéria-prima que infirmem a possibilidade, sequer em tese, de açambarcamento, mesmo porque cabe o ônus probandi à acusação.*

É, realmente, de ser lembrado, inicialmente, o artigo 15 no que, inclusive, refere ao rechaçar de *diligências manifestamente impertinentes*; assim como, o artigo 19, parágrafo 1º que dispensa a produção *de prova pericial quando a comprovação do fato não depender de conhecimento especial de técnico, quando tiver sido feita por documento já juntado ao processo ou for impraticável*, e, por fim, lembre-se o parágrafo 6º do mesmo artigo 19 em que *a prova documental poderá ser oferecida em qualquer fase do processo.*

*In casu*, percebe-se a atitude procrastinatória da Representada, em fase de alegações finais, ao protestar por provas tais como perícia, (1) quando, conhecendo de documentos juntados aos autos até 1/10/1998 não se manifestou; (2) quando sabendo impossível periciar acontecimentos ocorridos, mormente, entre 23/03/97 a 01/10/97, pleiteou tal tipo de prova, (3) quando sabido o entendimento desta Secretaria a respeito da situação das fontes de CO2 no País conforme, inclusive, relatório deste próprio Órgão nos autos do AC 08000.012075/96-14 sugere prova pericial para determinar disponibilidade de fontes de matéria-prima; aliás, informe-se que, a Representada, em outra ocasião, fêz perceber que esta Secretaria conhecia o mercado de CO2 quando manifestou à folha 383:

*12. Torna-se risível qualquer cogitação de açambarcamento (se esta for a acusação), quando a própria e d. SDE, ao emitir seu Parecer sobre o Ato de Concentração n° 08000.012075/96-14 (doc. n° 2 anexo) registra que, após a realização deste, a participação de mercado da REPRESENTADA caiu para aproximadamente 65,39%, diante de uma capacidade produtiva de CO2 de 1485 tpd<sup>5</sup>.*

---

<sup>5</sup> A representada chega a juntar aos autos extrato do parecer desta SDE (fls. 387/389)



Outrosim, cabe lembrar que o quadro em relação à exploração da fonte da Ultrafertil, atualmente é distinto do existente à época dos fatos. Verdadeiramente, hoje, a fonte se encontra comprometida, não só com a Representada que continua com as mesmas plantas de processamento anteriormente existentes – 200 tpd, como, também, com a BOC que construirá uma planta a ser efetivamente explorada uma vez que a referida empresa volta ao Brasil após alguns anos de afastamento. Cabe lembrar, ainda, que a capacidade de processamento da planta da BOC<sup>6</sup> compreende 100 tpd ; número este aquém das referidas 170 tpd., e que, portanto, permite, ainda, a instalação de novo concorrente para a utilização daquele manancial. Importa lembrar, no mesmo sentido que as instalações da Representada continuam com a mesma capacidade (200 tpd) o que não justifica, por fim, a realização de perícia conforme sugerido.

Ainda faz entender, a Representada, que o relatório do artigo 26 é de competência do Sr. Secretário de Direito Econômico e não do DPDE fato que diverge do entendimento desta Secretaria conforme número 4 acima.

7.No item 18, a representada volta a pugnar pela inconstitucionalidade, incompetência em razão da matéria, inépcia da representação, ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, notadamente face à ausência de inicial acusatória e à falta de motivação do despacho instaurador e menção equivocada a outros processos sofridos pela REPRESENTADA; temas estes já abordados acima.

8. No item 20 vem, aos autos, alegar ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Sugere, talvez, a Representada, que a *culpa* pelo não convencimento de sua inocência se dá em função da não concessão de tempo superior aos 58 dias que lhe foram conferidos para a apreciação dos documentos probantes de folhas 323/378, sem falar nos contratos e outros documentos de folhas 54, 68/185 juntados ainda em fase de Averiguações Preliminares.

Talvez, a Representada esteja a sugerir inércia e ofensa ao princípio da ampla defesa, por parte desta Secretaria, ao solicitar defesa em duas ocasiões.

---

<sup>6</sup> Cabe, aqui, comentar a alegação ( fls. 437) da Representada de que o DPDE não agiu com o rigor da lealdade processual ao não tratar sobre documento de folha 386 em que a BOC acusa sua entrada no mercado de CO2 através de contratação de 100 tpd junto à discutida fonte da Ultrafertil.

De fato, cabe agora reparar que tal documento é essencial para que se dispense qualquer prova pericial, uma vez que resta, então, definida a disponibilização e o comprometimento do gás da referida fonte.

ões distintas folhas 254/255 e 319/320, além do pedido de alegações finais em folhas 399/400.

Parece, pois, que todos os esforços, sim, foram envidados no sentido de ser observado o *due process of law*, principalmente, quanto aos princípios basilares do processo de ampla defesa e contraditório; assim como, primou, esta Secretaria, pela eficiência trabalhando **em tempo econômico** sem descuidar dos prazos processuais.

De outra forma, ainda, a Representada, lucidamente, vem aos autos manifestar sobre o mérito das questões objeto deste Processo Administrativo.

### **Das alegações de Mérito da Representada**

Em manifestação de 10 de novembro de 1997 (fls. 220/224), procura, a Representada, demonstrar a existência de um mercado de CO<sub>2</sub> altamente competitivo, fato contestável, mormente à época dos fatos. Da mesma forma procede em 31 de julho de 1998 (fls. 258/292), no qual, desta feita, a Representada se defende das imputações que lhe são feitas alegando competitividade no mercado, inserção de novos concorrentes, existência de fontes de Co<sub>2</sub> alternativas e, derradeiramente, alegando sua expressa renúncia a direito de preferência junto às fontes de matéria-prima da ULTRAFÉRTIL (fls. 286/287)

Alega, então, que *nunca existiu qualquer estratégia da representada no sentido de reservar fontes de matéria-prima mediante contratos de exclusividade para fins anticoncorrenciais* e, adiante, afirma que a renúncia a um direito é *ato unilateral, que independe da vontade da contra-parte*.

Aos 14 de outubro de 1998, mais uma vez, destaca-se a suposta competitividade do setor, sem contudo ser atentado, por parte da Representada, que a disponibilidade de uma fonte de matéria-prima deve ser avaliada não só geograficamente, mas segundo aspecto temporal. Há de ser relevada a disponibilidade de CO<sub>2</sub> e o complementar comprometimento em determinado *período de tempo*.

Por fim, em 27 de novembro de 1998, já de conhecimento do Relatório Sucinto do DPDE, a representada efetua sua defesa quanto ao mérito, sendo de comentar o que segue:

1. Quanto ao item 23 sugere, a Representada, que o suprimento de CO<sub>2</sub> não é raro nem finito e muito menos limitado às fontes assinaladas na representação sendo impossível o açambarcamento<sup>7</sup>.

Discorda-se, *data maxima venia*, da Representada, uma vez que, através de estudos realizados nesta SDE<sup>8</sup>, sabe-se da limitação de fontes economicamente viáveis de CO<sub>2</sub> no País, mormente, com a qualidade e pureza da fonte da Ultrafértil. De outro modo, ficou provado, nos autos, real interesse e tratativas entre a empresa Messer e a Ultrafértil de explorar fonte de CO<sub>2</sub> contratualmente comprometida e não utilizada pela Representada.

Cabe, aqui, interpretação e explicitação da Lei 8884/94, no tocante ao açambarcamento de fonte. Em que pese a existência de fontes de matéria-prima outras disponíveis, é inadmissível entender a Lei em sentido diverso ao de não permitir o enquadramento legal no dispositivo XV do artigo 21 pelo fato da existência de disponibilidade no mercado. O açambarcamento de matéria-prima não ocorre apenas e tão somente quando estão indisponíveis todos os recursos (matérias-primas e produtos intermediários) mas, sim, o que a Lei zela é pela utilização racional dos insumos. Especificamente, *in casu*, havia insumo comprometido e não utilizado sendo procurado por terceiros (fls. 54) que estiveram privados da utilização de ditos recursos. Não se está a cogitar da utilização de outras possíveis fontes disponíveis; mas sim, de apreciar a maneira como a Representada se utiliza dos potenciais de matéria-prima do e no País, mais especificamente, da melhor e maior fonte de subproduto brasileira dentro de um contexto de economia de mercado.

À época dos fatos, havia real interesse por fonte de alta qualidade e rentabilidade – Ultrafértil – e esta estava inexplorada em sua potencialidade por força da cláusula de exclusividade firmada em contrato envolvendo a Representada e a Ultrafértil, ainda sendo de destacar que nem mesmo existia capacidade industrial suficiente de processamento de CO<sub>2</sub>, por parte da Representada, em relação ao manancial disponibilizado e comprometido contratualmente com a Fonte. Desarte, não justifica a conduta da Representada em

---

<sup>7</sup> Aurélio Buarque de Holanda Ferreira em seu Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização. 1963. explica que açambarcar é chamar exclusivamente a si (qualquer coisa), privando os outros da respectiva vantagem; monopolizar.

<sup>8</sup> A Representada chega, inclusive, a acusar o conhecimento por parte desta Secretaria a respeito das capacidades instaladas e contratualmente utilizadas de fontes de CO<sub>2</sub> quando cita as folhas 4.106 e 4.108 do Ato de Concentração 08000.012075/96-14. Ver folha 434 destes autos.

contratar insumo de produção superior a capacidade de processamento de suas unidades produtivas.

2. Quanto ao item número 25 (prova pericial), ver número 6 dos comentários quanto a aspectos processuais, também, na manifestação da Representada em 27 de novembro de 1998 acima.

3. No item 29 volta a Representada a alegar a competitividade no mercado de CO<sub>2</sub> e a existência de disponibilidade de fontes de matéria-prima. *Acusa que não se pode falar em escassez de matéria-prima ou em açambarcamento (...) mesmo porque, (...) o mercado conta com uma disponibilidade de subproduto.* (fl. 430).

Desta feita, a Representada demonstra seu equivocado conhecimento a respeito da definição de açambarcamento. Ver número 1 acima. De outra forma, ainda cabe lembrar que um dos pressupostos da Teoria Econômica é a escassez e finitude de recursos, fato que se, assim, não fosse levaria ao entendimento de não se tratarem, tais fontes de CO<sub>2</sub>, -como bem econômico, sendo, assim, inoportuna a aplicação da Lei 8884/94.

4. No item 35, a Representada utiliza-se do r. parecer da SEAE para alegar a pró-competitividade do mercado tendo em vista a entrada de novos competidores no setor.

Considerada a devida *venia*, cabe ressaltar que o relatório sugere apreciação do mercado sem ater-se ao ocorrido no período abrangido pelas práticas infrativas. De outra forma, referido relatório vem contribuir com esta Secretaria para o entendimento do mercado de CO<sub>2</sub>.

5. A partir do item 37, a Representada rebate o Sucinto Relatório do DPDE: (agora, reconhecendo que o dito relatório é da competência do DPDE). Inicialmente, confunde-se ao referir a **Relatório-libelo**, expressão que se desconhece, seja na Lei 8884/94, seja no novo Regulamento de Competências da SDE. Ainda, a título de tumultuar o processo, a Representada defende caráter eminentemente civilista ao feito defendendo princípio da inalterabilidade e imutabilidade bem como interpretação restritiva do pedido. (fl. 432).

À guisa de informação, explique-se, à Representada que o CPC deve ser utilizado, subsidiariamente à Lei 8884/94 conforme seu artigo 83 e não existe pedido a ser interpretado restritivamente neste feito. A representação é peça meramente informativa do processo e este é o entendimento correto, tanto que cabe à SDE proceder, inclusive, de ofício na apuração de possíveis práticas infrativas. Da mesma forma, ainda a título de tergiversação não se pode dizer que o despacho instaurador de Processo Administrativo é um **pedido**. Trata-se, sim, de peça processual formal a instaurar o procedimento persecutório, segundo convencimento da Autoridade. De outra forma, é interessante notar que, no item 38, a Representada demonstra saber, inequívoca e final-

mente, que esta a sofrer processo por açambarcamento de fonte, inclusive manifestando sua desconformidade com o fato da DPDE tratar de *temas diversos ao da imputação*. – grifo nosso (fl. 432), ainda afirmando o tratamento de *questões outras não submetidas ao crivo do contraditório e estranhas à lide* – grifo nosso. Fica claro, aqui, que é inequívoco o entendimento da Representada sobre o que se apura neste Processo Administrativo; assim como é de estranhar o entendimento, por parte da Representada, de que o seu comportamento contratual seja tema diverso ao da imputação. Inúmeras peças processuais foram juntadas aos autos e mereceram a manifestação desta SDE tais como os documentos de folhas 71 a 185 ou 330, 335/336 e 364/376, dentre outros; embora não sofressem, **segundo único e exclusivo juízo da Representada**, crivo do contraditório; fato que se nega em função desta SDE ter propiciado diversas oportunidades para manifestação da Representada que, em geral, limitou-se tão somente a alegar a competitividade do setor após realização de Ato de Concentração entre as empresas White Martins e Liquid Carbonic.

De outro modo, no item 41, procura fazer entendimento de que as cláusulas consideradas anti-competitivas pelo relatório referem a práticas normais em relação a cliente-mais-favorecido; ainda acusando a Autoridade de *innovar* no processo e não proceder à consecução de *prova técnica-pericial* para a determinar *a existência ou não de fontes de matéria-prima no mercado*.

Ora é plenamente suficiente, nos autos, a documentação comprobatória sobre o procedimento da Representada ao contratar com terceiros; aliás, esta Secretaria já havia manifestado quando da apreciação do AC 08000.012075/96-14, que havia dois procedimentos envolvendo as empresas White Martins e Liquid Carbonic para contratar ora com entes privados, Ultrafértil por exemplo; ora com entes públicos como é o caso da Petrobrás. Veja-se:

#### 6.7- Contratos com Fontes de CO<sub>2</sub>

No volume II do Relatório WM e Liquid Carbonic são apresentados diversos contratos para fornecimento de matéria prima subproduto para produção de CO<sub>2</sub>. Em uma sucinta análise de referidos contratos, é possível identificar, em alguns, cláusulas de exclusividade que podem limitar a atuação das empresas concorrentes, mormente, quando contratam junto à LCI ou à WM, empresas privadas. Se não veja-se: (...)

A Representada utiliza de seu poder de mercado para forçar contratos com cláusulas restritivas do direito á livre negociação com terceiros. Não se pode impedir alguém de contratar mesmo que em piores condições pelo

fato de estar atrelado a um contrato cuja cláusula leonina determine a unilateral benéfica de favorecimento.

No item 43 a representada acusa o DPDE por *exigir (injuridicamente) a “concordância” escrita da Ultrafértil com a renúncia unilateral da REPRESENTADA*

A bem da verdade, foi solicitado, pela Representante, tal documento às folhas 64 o que foi deferido pelo então inspetor chefe Edson Machado em 30.09.97 (fls. 66) ; ou seja, em âmbito de Inspeção Geral e não de DPDE. Outrossim, *pasmese*, resta constatar que a desistência referida, por parte da Representada, foi solicitada à SEAE e não à Ultrafértil em 26 de março de 1997 conforme folha 327 e 339/340 dos autos. É como se o distrato contratual – unilateral segundo a Representada – pudesse ser feito por terceiros – e, ainda, sem a vênua da outra parte quando, no próprio conteúdo do dito contrato era verificada cláusula punitiva em caso de não cumprimento de disposição contratual; como se verá adiante.

Para que não reste dúvida quanto ao entendimento específico do que aqui se apura, e da real condição da Representada quanto ao irrefutável conhecimento dos fatos, veja-se como esta SDE se manifestou quando da elaboração de relatório nos autos do AC 08000.012075/96-14, de óbvio acesso à Representada:

6.5- Da Renúncia ao Excedente Ultrafértil-Cubatão e da Verificação de Excedentes Adicionais de CO<sub>2</sub> no Sudeste e Paraná.

Em respostas às **diligências efetuadas pela SDE**, a Ultrafértil SA soma aos autos importantes dados (fls. 1058/1064); senão veja-se.

É verificada a intenção da White Martins, já em 1º de outubro de 1997 em recuar quanto à atitude anticoncorrencial, no que diz respeito à cláusula 9.2 do contrato para fornecimento de CO<sub>2</sub> firmado entre a mesma e a Ultrafértil AS.; e., de forma inequívoca, são fornecidos dados estatísticos interessantes quanto às quantidades e respectivos valores das aquisições de CO<sub>2</sub> efetuadas pela WM e LCI nas unidades da Ultrafértil - importante fonte supridora de CO<sub>2</sub> na região SE - (fls. 1061/1062).

Ainda dado interessante a destacar nas informações prestadas pela Ultrafértil está contido nas folhas 1063/1064 dos autos onde verifica-se nos períodos de 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 que existe um volume médio de CO<sub>2</sub> razoável, disponibilizado pela Ultrafértil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual

disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 258,7ton/dia e um excedente não consumido de 526,3 ton./dia. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 174,77 ton./dia e um excedente não consumido de 610,3 ton./dia.

Consideradas as informações vistas às fls. 464/465 e 1492 em que a Requerente declara não haver excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafertil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafertil e que existe um grande manancial de CO<sub>2</sub> ocioso, embora comprometido contratualmente como grupo WM/LCI. A WM, fls. 1431/1436, reitera posição assumida perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 26 de março de 1997, em reunião convocada por esta Secretaria de Direito Econômico, no que tange *ao alegado Direito de Preferência que lhe conferia a Cláusula 9.2 do Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (Das Obrigações Gerais, do 1º Termo Aditivo) celebrado com a ULTRAFÉRTIL.* (fl. 1431). Diz textualmente:

*De qualquer modo, para que não paire dúvida alguma, tratando-se de direito disponível, a White Martins, pela presente, renuncia, expressamente, em favor de seus concorrentes, a todo e qualquer direito de preferência na aquisição do referido excedente entre a capacidade de consumo atual da sua planta em Cubatão (200 ton/dia) e a quantidade total contratualmente colocada à disposição da White Martins pela Ultrafertil (370 ton/dia), reservando-se apenas o direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.(Fl. 1431).*

Em seguida a Requerente afirma não reconhecer como seu, a partir de 23.03.97, *qualquer direito de preferência na aquisição do citado excedente, sempre sem prejuízo do direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.*(Fl. 1432).

Ainda informa, ter encaminhado via fac-símile à Ultrafertil, em 01/10/97, minuta de 2º Termo de Aditamento, *visando maior formalização da referida renúncia*, concluindo, por fim, ser de *pleno conhecimento da Ultrafertil* a intenção de renúncia do excedente de CO<sub>2</sub> por esta disponibilizado.

Analisando-se o contrato celebrado entre WM e Ultrafertil - Cubatão - SP, verificam-se alguns dados ou cláusulas a serem destacados:

*Cláusula Primeira: Objeto*

*1 O objeto deste Contrato é o fornecimento por parte da FORNECEDORA à COMPRADORA, de Dióxido de Carbono - CO<sub>2</sub>, doravante denominado PRODUTO, para consumo em sua Unidade Industrial, OBEDECIDAS AS LIMITAÇÕES E CONDIÇÕES ORA PACTUADAS - (grifo nosso).*

*Cláusula Segunda: Do Prazo*

*2.1 O presente Contrato entrará em vigor na data de sua assinatura, e terá vigência de 10 (dez anos), contados a partir da data do primeiro fornecimento, o qual deverá ocorrer, aproximadamente, 18 meses após a assinatura deste Contrato de Fornecimento.*

Observação: o Contrato foi assinado em 25 de novembro de 1994, portanto, em plena validade no período de 23 de março de 1997 até 1º de outubro de 1997.

*Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento*

*3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.*

*Cláusula nona: Das Disposições Gerais*

*9.1 Nenhuma desistência ou omissão, por qualquer das partes, de exigir o cumprimento, pela outra, de qualquer das cláusulas deste Contrato, nem qualquer tolerância concedida ou demonstrada por uma das partes a outra, desobrigará, exonerará ou de qualquer forma afetará, nem prejudicará o direito de uma parte de, a qualquer tempo, exigir o cumprimento rigoroso e cabal, pela outra, de qualquer ou de todos os dispositivos e obrigações deste Contrato, que devem ser cumpridas pela outra parte posteriormente a tal desistência, tolerância ou indulgência, ou subseqüentemente à cessação, com ou sem aviso prévio, de qualquer ato desta natureza.*

Da mesma forma destacam-se as cláusulas do 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO<sub>2</sub>) firmado pela Ultrafértil AS e White Martins Gases Industriais SA em 25/11/1994 e datado de 1º/07/96.

*Cláusula Segunda - Do Prazo.*



*2.1 O prazo de vigência do Contrato é de 10 (dez) anos, contados a partir da data de assinatura do presente Termo Aditivo.*

*Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento*

*3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1 do Contrato original.*

*Cláusula nona: Das Disposições Gerais:*

*9.2 A FORNECEDORA neste ato assegura a COMPRADORA exclusividade para compra de qualquer excedente que porventura dispuser, observando-se, para tanto, as mesmas condições ora pactuadas.*

*Permanecem inalteradas as demais cláusulas e condições estipuladas no Contrato original que, explícita ou implicitamente, não tenham sido modificadas por este Termo.*

Desconsiderando-se o equívoco no elencar de datas (23 e 26 de março de 1997 - fls. 1431/1432) bem como, verificadas as alegações de fls. 1497 e 1518, ainda resta lembrar que:

- efetivamente, o Contrato em questão determina sejam obedecidas as limitações e condições pactuadas,
- Contrato estava vigente no período de 23/03/97 até 10/10/97 e
- havia efetiva responsabilidade por parte da FORNECEDORA em colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato. Tal fato torna imprescindível que se faça necessária imediata comunicação por parte da COMPRADORA - WM - de desistência ou renúncia de EXCEDENTE de matéria prima disponibilizado sob pena de, assim não o fazendo, ocasionar ônus desnecessário à FORNECEDORA que de qualquer maneira tem de honrar seu compromisso assumido perante à COMPRADORA, mesmo que esta não utilize o produto disponibilizado. De outra forma, na medida em que, efetivamente, a FORNECEDORA disponibiliza matéria prima que não sabe se será consumida ou não pela COMPRADORA e verifica-se a renúncia, por parte desta última, do referido EXCEDENTE, caracterizada está a subutilização ou ineficiência no gerenciamento deste escasso recurso que, possivelmente seria melhor utilizado por outros concorrentes da COMPRADORA.

Decorre, pois, da análise do apresentado nos autos, não tratar-se de direito disponível a simples renúncia ao excedente de matéria prima, conforme quer fazer ver a Requerente - Fl. 1432, que, antes mesmo de ter comunicado à parte interessada -ULTRAFERTIL - foi comunicar ao SBDC em autos de um Ato de Concentração que nem mesmo envolve, diretamente, a FORNECEDORA, inclusive solicitando, ao DPDE, dar notícia do assunto tratado em petição de 17 de outubro de 1997 à Ultrafértil - Fls. 1433. Aliás, segundo a própria Ultrafértil, até 11/12/97 continuavam em vigor sem nenhuma alteração os contratos que foram enviados à essa Secretaria - SDE -, inclusive a cláusula 9.2 do 1o Termo Aditivo. fl. 1664.

De fato, o referido termo foi encaminhado por parte da Ultrafértil para a WM em 7 de novembro de 1997 e, em 12 de dezembro de 1997 ainda era aguardada a assinatura do referido instrumento de alteração contratual pela White Martins, para que se iniciasse negociações com terceiros, interessados na aquisição das então restantes 170 toneladas.Fl.1700.

Se não bastasse o exposto, veja-se, ainda, o contido na Cláusula nona: Das Disposições Gerais do referido Contrato em que nenhuma desistência ou omissão, por qualquer das partes, de exigir o cumprimento, pela outra, de qualquer das cláusulas, nem qualquer tolerância concedida ou demonstrada por uma das partes a outra, desobriga, exonera ou de qualquer forma afeta, nem prejudica o direito de uma parte de, a qualquer tempo, EXIGIR O CUMPRIMENTO RIGOROSO E CABAL, pela outra, de QUALQUER OU DE TODOS OS DISPOSITIVOS E OBRIGAÇÕES DESTE CONTRATO, que devem ser cumpridas pela outra parte posteriormente a tal desistência, tolerância ou indulgência, ou subsequentemente à cessação, com ou sem aviso prévio, de qualquer ato desta natureza.(grifo nosso).

Já, do 1o Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO<sub>2</sub>) firmado pela Ultrafértil AS e White Martins Gases Industriais AS em 25/11/1994 e datado de 1o/07/96 infere-se a vigência do contrato e o aumento das obrigações da FORNECEDORA em disponibilizar 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato original.

Fato que é agravado em função da cláusula de exclusividade para compra de qualquer excedente que porventura dispuser, a FORNECEDORA, observando-se, as mesmas condições pactuadas no Contrato original que, explicita ou implicitamente, não tenham sido modificadas pelo Termo.

Por fim, deve ser evidenciada a intenção de corrigir uma posição anticoncorrencial da Requerente quanto ao excedente de 170 ton/dia de CO<sub>2</sub> questionado em 01/10/97, fato que, a bem da verdade, aparece noticiado, nos autos, em data de 13 de fevereiro de 1998, mais precisamente, 1 ano e 8 meses

depois de ter sido informado o presente Ato de Concentração à SDE - 23/05/96. Entretanto, ressalte-se a nova atitude concorrencial, por parte da WM a partir de então verificando-se a proposta de modificação da cláusula 9.2:

*9.2 A FORNECEDORA, compromete-se a assegurar, à COMPRADORA, o direito de concorrer com terceiros, em igualdade de condições, por qualquer excedente de volume entre a capacidade produtiva de sua unidade e os volumes efetivamente consumidos pela compradora, através de sua planta instalada no Município de Cubatão*

Desta forma, entende-se, também, revogada a cláusula 3.2 do Termo Aditivo ao Contrato original.

A Ultrafertil, às Fls. 1895/1914, apresenta documentos alterando contratos mantidos com o Grupo WM/LCI, em especial derogando a cláusula 9.2 do Termo de Aditamento de 01/07/96 do referido contrato WM e Ultrafertil - Cubatão de 25/11/94 e apresentando o novo contrato que unifica as quantidades dispostas, anteriormente para a LCI e para a WM juntamente à Ultrafertil. Outrossim, ainda é feita conhecida, para empresas do setor, a disponibilidade de 100 tpd de CO<sub>2</sub> para contratação. (fl. 1896/1901).

É de observar que consta na cláusula 9.2 do novo termo aditivo de 10/12/97 o seguinte:

*Por iniciativa da WHITE MARTINS e aceitação da ULTRAFÉRTIL, as PARTES declaram revogada a cláusula 9.2) Fl. 1903.*

No item 47 passa, a Representada, a tecer comentários sobre as citações das folhas 399/400 destes autos; parecendo, salvo melhor juízo, estar inovando no processo. Diz *in verbis* no item 47.4:

*Na mesma tabela 1 apresenta-se ainda a **capacidade nominal de produção** de gás carbônico das referidas unidades de produção (conforme informado no AC mencionado), bem como suas respectivas **capacidades vendáveis**, informadas **neste Processo Administrativo**. – grifo nosso.*

A Representada, inova ao referir a conceito até então não cogitado nas diversas manifestações trazidas aos autos do referido AC ou deste Processo Administrativo; qual seja o de *capacidade vendável*<sup>9</sup>, incluindo, neste Processo Administrativo, conforme suas palavras, a coluna de capacidade vendável em suas tabelas informativas; ademais, como é possível justificar a contratação de uma capacidade de insumo muito além da alegada capacidade de venda?

Desta forma, não pode esta SDE trabalhar com dados que desconhece em razão da falta de cuidado da Representada em fornecer subsídios informativos e, considerados que sejam problemas como sazonalidade, demanda efetiva, tempo de parada eventual de fornecimento de insumo por parte da fonte ( o que se sabe ser diminuto, inclusive, conforme informações da própria Ultrafertil que apresentou quadro no qual demonstra seu fornecimento mensal e anual nos últimos anos)e qualidade do CO2 ( sabe-se que , no caso da Ultrafertil, o grau de pureza é de 98%) ainda restam como apropriados os cálculos apresentados pelo DPDE.

**A Requerente prestou informações divergentes no Ato de Concentração 08000.012075/96-14**, consideradas as informações vistas às fls. 464 e 465 do AC (fls. 325 e326 destes autos) e 1492 do AC, 345 deste PA em que declara não haver *excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafertil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão* - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafertil e que existe um **grande manancial de CO2 ocioso, embora comprometido contratualmente com o Grupo WM/LCI**.

No item 51, reconhece divergência não quanto às informações prestadas à SDE, mas, sim, quanto à existência de conceitos diversos, ainda acusando de minimalista o raciocínio do DPDE.

Ora, não é a primeira vez que a Representada se manifesta deficientemente, nos autos, respondendo diligências em autos e, posteriormente, se justifica perante o Órgão apreciador dos dados informados acusando *erros de metodologia ou complexidade minimalista de raciocínio*. Veja-se que, ao manifestar sobre r. parecer da SEAE em AC referido, a Representada alegou

---

<sup>9</sup> O item 50 da manifestação da Representada de folha 436 define capacidade vendável como aquela resultante dos dias efetivos de operação, que excluem as interrupções no fornecimento do subproduto, bem como as paralisações para manutenção das unidades de produção de gás carbônico e, ainda, os períodos de interrupção do consumo devido às oscilações da qualidade do subproduto em níveis inaceitáveis pelo processo de produção.

quanto à questão da evolução do preço doméstico do gás carbônico equívoco daquele Órgão ao analisar, *ora ao preço do gás carbônico a granel para São Paulo (impostos inclusive), ora ao preço dos gás carbônico a granel, em cilindros e gelo seco praticados em todo o território nacional (impostos inclusive)*, apresentando o quadro 3 que reproduzia *as informações sobre o preço (CIF, impostos inclusive) do gás carbônico comercializado somente a granel no Estado de São Paulo que serviram de base para a elaboração do Parecer da d. SEAE e as (sic) atualiza (Fl. 1875 do AC)*.

Verificadas as informações prestadas à SEAE para análise de preços praticados, pode ser visto à página 565 do AC a seguinte questão e resposta:

*8.No que diz respeito a gases do ar, gases especiais e outros gases, bem como gás carbônico, indicar:*

*8.9 Série de preços mensais (moeda nacional e US\$) nos últimos 3 anos . Especificar metodologia utilizada ( grifo nosso).*

*Metodologia: tanto no que diz respeito à White Martins quanto no relativo à LIQUID CARBONIC, as séries apresentadas a seguir são os preços médios praticados nas vendas a granel e a varejo e forma obtidas pela divisão do faturamento proveniente dessas vendas pela quantidade comercializada mês a mês. Até junho de 1994, os valores faturados mensalmente foram convertidos de cruzeiro real para dólar norte-americano pela taxa de câmbio média do respectivo mês.*

A julgar pela pergunta formulada e pela respectiva resposta se algum equívoco houve foi por parte da própria Representada que em folhas 1875 do AC quis modificar metodologia por ela mesma estipulada para análise dos dados trazidos aos autos, apresentando nova tabela de preços contendo valores respectivamente praticados, *somente a granel no Estado de São Paulo*, de outubro/95 a dezembro de 97.

Ainda no mesmo tópico 51 acusa o DPDE de defender *as “teses” da única concorrente que, por incompetência ou estratégia, aguarda mecês dirigistas do Poder Público para ingressar no mercado livre da álea competitiva(fl. 436)*. Estaria, aqui, a Representada, a sugerir que o DPDE não atua no intuito de ver prevalecer a verdade dos fatos ou, mesmo, que atua *com imaginação fértil* (fl. 437)? A colocação além de infeliz parece desconhecer o trabalho abnegado, o tratamento inquestionável e equânime bem como o juízo de valor que esta Secretaria desenvolve, como de resto, em toda a apreciação dos diversos feitos que aqui tramitam.

De fato, adiante, são trabalhados de forma exaustiva, os documentos inerentes a fatos demonstradores de não utilização de capacidades ociosas de matéria-prima que melhor poderia ser utilizada pela concorrência.

Os itens 55 a 68 vem contestar a metodologia de cálculos para o aferimento de possíveis desperdícios na fonte da Ultrafertil em relação à utilização por parte da Representada, de CO<sub>2</sub>. No item 56, a Representada confessa que a capacidade contratada de gás (785 tpd) é muito superior a capacidade nominal de produção da unidade da White Martins em Cubatão (200 Tpd). No item 57 a Representada tenta impugnar o princípio de que, para fins de cálculo, 30 dias são plausíveis como período médio de interrupção de uma fonte de CO<sub>2</sub>, *consideradas as paralisações para manutenção das unidades de produção de gás carbônico e, ainda, os períodos de interrupção do consumo devido às oscilações da qualidade do subproduto em níveis inaceitáveis pelo processo de produção* (fl. 438).

Contra-argumenta-se referindo que o DPDE tem conhecimento, inclusive, em função de informação proveniente da empresa Liquid Carbonic, que uma fonte de excelente qualidade como é o caso da Ultrafertil, não permanece parada além de 1% (um por cento) do tempo disponível para operação. No item 59, a Representada *atenta às raias do ridículo* ( expressão proveniente da própria Representada) quando propõe descabidas perguntas sobre a finitude do CO<sub>2</sub> no País.

Obviamente que o gás em ambiente natural existe em abundância e economicamente não tem valor expressivo; entretanto, o produto questionado não é o gás carbônico da atmosfera e sim o CO<sub>2</sub> industrializado; que, efetivamente tem valor econômico, é raro na excelência de subproduto e finito quanto a sua disponibilização em dado momento do mercado conforme demonstrado em estudos desta SDE. Aliás, quanto ao item 61, realmente reconheça-se que, **HOJE**, existe excedente de fontes a partir da entrada de 70 tpd da Ultrafertil de Cubatão no mercado, assim como, de 440 tpd da REPLAN em Paulínea, de 420 tpd. da RPBC em Cubatão, além das não citadas pela Representada a saber: 7 tpd. da RLAM em Mataripe e de 20 tpd. da Lubnor em Fortaleza conforme se vê no relatório desta Secretaria de folhas 389.

No item 64, a Representada vem alegar problemas de sazonalidade quanto à demanda de CO<sub>2</sub>, procurando, assim, justificar a não utilização de CO<sub>2</sub> comprometido com a Ultrafertil e por esta disponibilizado. Reconhece-se a sazonalidade em função de falta de demanda; entretanto, da mesma forma, não se justifica reter um manancial de matéria-prima superdimensionado para o consumo médio da empresa quando outros concorrentes que possuem demanda se mostram interessados. No caso, havia terceiro interessado em explorar o gás que estava sendo jogado no ar em função da não utilização do mesmo pela Representada ( que, repita-se, alega falta de demanda ); o que leva a

crer que existia demanda efetiva, no período em que as práticas ocorreram já que ninguém pleitearia um insumo para produção se não tivesse para quem vender seu produto.

No item 68, ainda cabe fazer uso das palavras da própria Representada para, *data venia* deduzir que Esta, SIM, *busca sustentar o insustentável a qualquer custo do que prover o interesse da Coletividade e assegurar a livre concorrência (fl. 68)*.

Feitas estas observações, passe-se à apreciação dos fatos.

### **Da apreciação dos fatos**

No caso presente, a empresa Messer Griesheim do Brasil Ltda. denuncia a empresa White Martins por práticas anticoncorrenciais que seriam as de limitar o acesso de novas empresas ao mercado, impedir o acesso de concorrentes às fontes de matéria-prima, açambarcar matéria-prima, em exercício abusivo de posição dominante, com o objetivo de restringir ou prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa e dominar mercado relevante.

Nos despachos de folhas 249 e 305/306 foram, pois, referidas as seguintes práticas:

Artigo 20, incisos I/II/IV c/c artigo 21 incisos V, VI, e XV da Lei n.º 8.884/94, por reconhecer, nos fatos acima referidos, indícios suficientes determinantes de conduta infrativa.

Preliminarmente, vale notar que a Representante concorre efetivamente com a representada na produção e comercialização de gases atmosféricos, onde a White Martins detém 72% do mercado, e a Messer, 1%, segundo dados coligidos pelo DPDE/SDE nos estudos que vêm se desenvolvendo em razão das investigações nos processos administrativos em curso.

A presença da Messer no mercado de gases atmosféricos ocorre em função das plantas de Suzano/SP e Belfort Roxo/RJ.

Até o presente momento, a Representante não participa no mercado de CO<sup>2</sup>, demonstrando, no entanto, a clara intenção de entrada, como pode ser observado dos documentos inclusos nos autos às folhas 51/54, e que se constituem de correspondência trocada entre a Messer e a Ultrafértil, nos meses de abril, maio e julho de 1996, nas quais há explícita pretensão de compra do dióxido de carbono daquela fonte.

Da mesma forma, está demonstrada a intenção da Representante em participar de negócios conjuntos com a empresa Liquid Carbonic e o distrato

solicitado pela LCI nos dias de efetivação da concentração WM/LCI conforme se vê às folhas 335/338.

Na análise preliminar das questões trazidas pela Representante, ressaltam-se os seguintes pontos:

1. Os aspectos do mercado de produção e fornecimento de gases industriais (CO<sup>2</sup> e gases atmosféricos) já avaliados nos estudos levados a efeito nesta Secretaria indicam a existência de forte correlação entre o mercado de CO<sup>2</sup> e o de gases atmosféricos.

2. Os canais de distribuição, a logística do transporte e de comercialização da rede White Martins criam uma correlação entre os produtos.

3. O mercado relevante nesse caso é o de produção e fornecimento de CO<sup>2</sup>. Nesse mercado, as fontes supridoras de matéria-prima são inquestionavelmente essenciais para a atuação da empresa. Dessa forma, o acesso às fontes e a reserva do produto ganham papel fundamental na competitividade do setor.

#### 4- SEGUNDO A APROPRIAÇÃO DE FONTE

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO<sub>2</sub> a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras**, exclusive consumo cativo, as seguintes:

Empresa Fontes/Local	Capacidade	Participação %	Instal. atual Tpd
SUDESTE <sup>10</sup>			
<b>WM</b>	Comgás/SP	100 <sup>11</sup>	6,70% <sup>12</sup>
<b>LCI</b>	Ultrafertil - Cubatão/SP <sup>13</sup>	465 <sup>14</sup>	31,32%
	Oxitenno-Maua/SP <sup>15</sup>	45 <sup>16</sup>	3,03%

<sup>10</sup> Obs.: Os valores apresentados entre parênteses estão conforme à Requerente, considerando-se para cálculos os averiguados junto às fontes e apresentados no Ato de Concentração 08000.12075/96-14 cujas folhas são referidas nas notas seguintes.

<sup>11</sup> Comprometida até 2002.

<sup>12</sup> Informação cotejada com a CONGÁS às fls. 2450.

<sup>13</sup> Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

<sup>14</sup> Comprometida até 2006.

<sup>15</sup> Informação cotejada com a OXITENO às fls. 2291.



	Petrobrás - Reduque/RJ <sup>17</sup>	68 <sup>18</sup> (45)	4,58%
	Petrobrás - Betim/MG <sup>19</sup>	143 <sup>20</sup> (50)	9,63%
	Ultrafértil - Araucária/PR <sup>21</sup>	150 <sup>22</sup>	10,10%
total		971	65,39%
<b>Air Liquide</b>	Rhodia - Paulínea <sup>23</sup>	80 <sup>24</sup> (150)	5,39%
	Petrobrás - S J Campos <sup>25</sup>	144 <sup>26</sup> (80)	9,70%
	Peróxidos - Curitiba	70 <sup>27</sup> (100)	4,71%
total		294	19,80%
<b>AGA</b>	Prosint - RJ	100 <sup>28</sup>	6,73%
	Jundiaí - SP	20	1,35%
total		120	8,08%
<b>BOC</b>	Ultrafértil - Cubatão	100 <sup>29</sup>	6,73%
total		100	6,73%
Total Geral		1485	100,00%
NORTE			
<b>LCI</b>	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
<b>LCI</b>	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE <sup>30</sup>	125 <sup>31</sup> (85)	73,53%

<sup>16</sup> Comprometida até 1999.

<sup>17</sup> Comprometida até 2000.

<sup>18</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>19</sup> Comprometida até 2001.

<sup>20</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>21</sup> Comprometida até 2006.

<sup>22</sup> Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

<sup>23</sup> Informação cotejada com a Rhodia às fls. 2462.

<sup>24</sup> Air Liquide informa que a planta da Rhodia funcionará a partir do 2o semestre de 1998 e a nova unidade a partir do 1o semestre de 1999.

<sup>25</sup> Informação cotejada com a Petrobrás às fls. 1991.

<sup>26</sup> Informação da Petrobrás fls. 1991.

<sup>27</sup> Air Liquide informa funcionamento a partir do 2o semestre de 1998.

<sup>28</sup> AGA informa funcionamento a partir de outubro de 1997, por período de 15 anos; sendo a atual produção de 40tpd , às fls. 2302.

<sup>29</sup> Informação da BOC fls. 1988, disponível a partir de maio de 1999.

	FAFEN Camaçari/BA <sup>32</sup>	40 <sup>33</sup> (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
<b>WM/LCI</b>	Cachoeirinha RS -Copesul	70	41,18%
total		70	41,18%
<b>BOC</b>	Petrobrás -REFAP-Canoas 100 <sup>34</sup>	100	58,82%
total		100	58,82%
Total Geral		170	100,00%
CENTRO O-ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO <sup>35</sup>	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1859	
Disponíveis	Ultrafértil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 <sup>36</sup> (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 <sup>37</sup> (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Atualmente, dezembro/ 98 existe uma **capacidade instalada de gases do ar** conforme descrita no parecer da SEAE no qual o Grupo WM/LCI detém 76% na região SE, 100% na região N, 100% na região NE, 100% na regi-

<sup>30</sup> Informação da Petrobrás fls. 1991.

<sup>31</sup> Comprometida até 2002.

<sup>32</sup> Informação cotejada com a PETROBRÁS às fls. 1991.

<sup>33</sup> Comprometida até 2002.

<sup>34</sup> Informação da Petrobrás fls. 2221.

<sup>35</sup> Combustão - Diesel

<sup>36</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>37</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

ão Sul e 100 % na região CO, perfazendo um total de 9.440tpd correspondentes a 67% da capacidade instalada no País , aparecendo o segundo colocado AGA com 16%. (Fl. 1545/46).

## SEGUNDO A MOMENTÂNEA POSIÇÃO NO MERCADO

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO2 a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras, exclusive consumo cativo**, as seguintes:

Empresa	Fontes/Local	Capacidade	Participação %
SUDESTE <sup>38</sup>		Instal. atual Tpd	
<b>WM</b>	Comgás/SP <sup>39</sup>	100 <sup>40</sup>	7,22%
<b>LCI</b>	Ultrafértil - Cubatão/SP <sup>41</sup>	465 <sup>42</sup>	33,57%
	Oxitenó - Maua/SP <sup>43</sup>	45 <sup>44</sup>	3,25%
	Petrobrás - Reduque/RJ <sup>45</sup>	68 <sup>46</sup> (45)	4,91%
	Petrobrás - Betim/MG <sup>47</sup>	143 <sup>48</sup> (50)	10,33%
	Petrobrás - S J Campos <sup>49</sup>	144 <sup>50</sup> (80)	10,40%
<b>WM/LCI</b>	Ultrafértil - Araucária/PR <sup>51</sup>	150 <sup>52</sup>	10,83%
total		1115	80,51%

<sup>38</sup> Obs.: Os valores apresentados entre parênteses estão conforme à Requerente, considerando-se para cálculos os averiguados junto às fontes.

<sup>39</sup> Informação cotejada com a CONGÁS às fls. 2450.

<sup>40</sup> Comprometida até 2002.

<sup>41</sup> Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

<sup>42</sup> Comprometida até 2006.

<sup>43</sup> Informação cotejada com a OXITENO às fls. 2291.

<sup>44</sup> Comprometida até 1999.

<sup>45</sup> Comprometida até 2000.

<sup>46</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>47</sup> Comprometida até 2001.

<sup>48</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>49</sup> Informação cotejada com a Petrobrás às fls. 1991. Fonte à disposição do Grupo WM/LCI até 1999.

<sup>50</sup> Informação da Petrobrás fls. 1991.

<sup>51</sup> Comprometida até 2006.

<sup>52</sup> Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

<b>Air Liquide</b>	Rhodia - Paulínea <sup>53</sup>	80 <sup>54</sup> (150)	5,78%
	Peróxidos - Curitiba	70 <sup>55</sup> (100)	5,05%
total		150	10,83%
<b>AGA</b>	Prosint - RJ	100 <sup>56</sup>	7,22%
	Jundiaí - SP	20	1,44%
total		120	8,66%
Total Geral		1385	100,00%
NORTE			
<b>LCI</b>	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
<b>LCI</b>	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE <sup>57</sup>	125 <sup>58</sup> (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA <sup>59</sup>	40 <sup>60</sup> (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
<b>WM/LCI</b>	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%
Total Geral		70	100,00%
CENTRO O-ESTE			
<b>LCI</b>	Hidrolândia/GO <sup>61</sup>	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1659	

<sup>53</sup> Informação cotejada com a Rhodia às fls. 2462.

<sup>54</sup> Air Liquide informa que a planta da Rhodia funcionará a partir do 2o semestre de 1998 e a nova unidade a partir do 1o semestre de 1999.

<sup>55</sup> Air Liquide informa funcionamento a partir do 2o semestre de 1998.

<sup>56</sup> AGA informa funcionamento a partir de outubro de 1997, por período de 15 anos; sendo a atual produção de 40tpd , às fls. 2302.

<sup>57</sup> Informação da Petrobrás fls. 1991.

<sup>58</sup> Comprometida até 2002.

<sup>59</sup> Informação cotejada com a PETROBRÁS às fls. 1991.

<sup>60</sup> Comprometida até 2002.

<sup>61</sup> Combustão - Diesel

Disponíveis	Ultrafértil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 <sup>62</sup> (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 <sup>63</sup> (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

**Considerando que a WM/LCI receba a fonte da REPLAN, segundo momentanea posição no mercado:**

Empresa	Fontes/Local	Capacidade Instal. atual Tpd	Participação %
<b>WM</b>	Comgás/SP <sup>64</sup>	100 <sup>65</sup>	5,48%
<b>LCI</b>	Ultrafértil - Cubatão/SP <sup>66</sup>	465 <sup>67</sup>	25,48%
	Oxiteno - Maua/SP <sup>68</sup>	45 <sup>69</sup>	2,47%
	Petrobrás - Reduque/RJ <sup>70</sup>	68 <sup>71</sup> (45)	3,73%
	Petrobrás - Betim/MG <sup>72</sup>	143 <sup>73</sup> (50)	7,84%
	Petrobrás - S J Campos <sup>74</sup>	144 <sup>75</sup> (80)	7,89%

<sup>62</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>63</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>64</sup> Informação cotejada com a CONGÁS às fls. 2450.

<sup>65</sup> Comprometida até 2002.

<sup>66</sup> Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

<sup>67</sup> Comprometida até 2006.

<sup>68</sup> Informação cotejada com a OXITENO às fls. 2291.

<sup>69</sup> Comprometida até 1999.

<sup>70</sup> Comprometida até 2000.

<sup>71</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>72</sup> Comprometida até 2001.

<sup>73</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>74</sup> Informação cotejada com a Petrobrás às fls. 1991. Fonte à disposição do Grupo WM/LCI até 1999.

<sup>75</sup> Informação da Petrobrás fls. 1991.

<b>WM/LCI</b>	Ultrafertil - Araucária/PR <sup>76</sup>	150 <sup>77</sup>	8,22%
	REPLAN	440	24,10%
total		1555	85,21%
<b>Air Liquide</b>	Rhodia - Paulínea <sup>78</sup>	80 <sup>79</sup> (150)	4,38%
	Peróxidos - Curitiba	70 <sup>80</sup> (100)	3,84%
total		150	8,22%
<b>AGA</b>	Prosint - RJ	100 <sup>81</sup>	5,48%
	Jundiaí - SP	20	1,09%
total		120	6,57%
Total Geral		1825	100,00%
NORTE			
<b>LCI</b>	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
<b>LCI</b>	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE <sup>82</sup>	125 <sup>83</sup> (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA <sup>84</sup>	40 <sup>85</sup> (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
<b>WM/LCI</b>	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%
Total Geral		70	100,00%
CENTRO O-			

<sup>76</sup> Comprometida até 2006.

<sup>77</sup> Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

<sup>78</sup> Informação cotejada com a Rhodia às fls. 2462.

<sup>79</sup> Air Liquide informa que a planta da Rhodia funcionará a partir do 2o semestre de 1998 e a nova unidade a partir do 1o semestre de 1999.

<sup>80</sup> Air Liquide informa funcionamento a partir do 2o semestre de 1998.

<sup>81</sup> AGA informa funcionamento a partir de outubro de 1997, por período de 15 anos; sendo a atual produção de 40tpd , às fls. 2302.

<sup>82</sup> Informação da Petrobrás fls. 1991.

<sup>83</sup> Comprometida até 2002.

<sup>84</sup> Informação cotejada com a PETROBRÁS às fls. 1991.

<sup>85</sup> Comprometida até 2002.

ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO <sup>86</sup>	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		2099	
Disponíveis	Ultrafértil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 <sup>87</sup> (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 <sup>88</sup> (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

5. Efetivamente, há que se reconhecer que a White Martins tem poder de mercado, não só expressado pelo seu significativo *market share* nos dois segmentos, como também, por outros fatores que, juntos, facultam à empresa a capacidade de agir e influir no mercado, tais como:

- 1) um sistema de distribuição nacional;
- 2) o poder econômico de que dispõe evidenciado;

Essa exclusividade não só impede o acesso de outras empresas à matéria-prima da maior fonte supridora nacional que é a Ultrafértil, como cria uma reserva de matéria-prima para a White Martins, ainda sem utilização.

Se for considerado o fato de que a capacidade de produção da maior fonte, que é a Ultrafértil, é de 750 tpd. Atualmente estão sendo utilizados apenas 470 tpd. Há cerca de 280 tpd de matéria-prima disponível, em excesso e que a White Martins sequer tem unidade industrial de beneficiamento.

Tais condições, à priori, permitem concluir que a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção de seu domínio de mercado, criando dificuldades para seus concorrentes e para potenciais entrantes mediante políticas comerciais predatórias. Nesse caso, a fusão com uma concorrente reforça seu poder de mercado nos dois segmentos da produção de gases industriais.

---

<sup>86</sup> Combustão - Diesel

<sup>87</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

<sup>88</sup> Informação da Petrobrás fls 1991.

Nesse contexto, a avaliação da aquisição da empresa Liquid Carbonic pela White Martins, sob julgamento do CADE tem, de fato, relevância como subsídio no exame das questões aqui denunciadas e seu eventual enquadramento legal.

A operação descrita no A.C. n.º 08000.01200075/96-14 é de submissão obrigatória ao controle do CADE, pois, trata-se de ato no qual o monopólio de um segmento e o quase monopólio de outro, passará a um controle único, criando uma forte interrelação, antes inexistente, entre os dois segmentos da produção e fornecimento de gases industriais.

É preciso observar que a compra da Liquid Carbonic pela White Martins estabelece concentração do poder econômico. Esse é um fenômeno da realidade competitiva de cada mercado concorrencial, e como tal, deve ser avaliado com a amplitude necessária ao correto entendimento dos seus efeitos nas relações de mercado, de forma a reconhecer os efeitos restritivos à concorrência e o fortalecimento do poder de mercado.

No caso da empresa denunciada, seu histórico nesta Secretaria, aponta cinco processos administrativos em curso, incluindo este, além de várias denúncias, versando sobre práticas de abuso de posição dominante e cartelização. Veja-se quanto aos Processos Administrativos:

Processo Administrativo 08000.002541/95-18 Concluso no DPDE em 12/11/98

Processo Administrativo 08000.016113/94-83 Concluso no DPDE em 23/09/98

Processo Administrativo 08000.020849/96-18 Concluso no DPDE em 07/12/98

Processo Administrativo 08000.022487/97-81 Concluso no DPDE em 04/12/98

Com relação ao requerimento de Medida Preventiva, prevista no art. 52 da referida Lei n.º 8.884/94, em virtude dos fatos novos evidenciados nas informações recebidas por esta SDE, perde o seu objeto, uma vez que, hoje, as fontes da Petrobrás de São José dos Campos e da Rhodia fornecem o CO<sup>2</sup> para a empresa Air Liquid, estando a White Martins excluída dessa relação.

Algumas considerações podem ser apresentadas e/ou mantidas em relação ao Relatório Sucinto:

Para fins de raciocínio, a prevalecerem as cláusulas contratuais 2.2.2 e 2.2.2.2 do contrato firmado entre a Ultrafértil S A, a White Martins AS e a Liquid Carbonic Industrias SA firmado em 1/7/96 – (fls.71/73), levando-se



em conta que existe suposta impossibilidade de fornecimento, em cada ano, de 30 dias, resta para o elaborar de um número de disponibilidade anual de gás, o seguinte cálculo:

$D = 785 \times (365-x) = 785 \times (365-30) = 262.975$  tpa. para o grupo White/Liquid ou

$D = 415 \times (335) = 139.025$  tpa para a Liquid Carbonic em cada ano.

$D = 370 \times (335) = 123.950$  tpa para a White Martins em cada ano.

Comparando estes dados com os totais apresentados à folha 148 tem-se que o consumo anual da White Martins, em 1996, foi da ordem de 16.195,490 tpa..

Considerado, ainda o fato de a empresa iniciar suas retiradas em janeiro de 1996, restou inaproveitada uma quantidade excessiva de CO<sub>2</sub> - insumo raro e disputado no mercado. O mesmo se verifica quanto à Liquid Carbonic que consumiu em 1994 – 63.312,976 tpa, em 1995, 80.154,879 e, em 1996, 76.552,435 tpa ; valores estes, bem aquém da média anual disponibilizada para a Liquid da ordem de 139.025 tpa.

Ainda considerando o Grupo White/Liquid em 1996, tem-se um consumo de CO<sub>2</sub> cujo montante atinge um patamar de 92.747,925 tpa visivelmente inferior ao total disponibilizado de 262.975 tpa. Considerando que a fonte da Ultrafertil é de excelente qualidade e que se encontra subaproveitada, evidentes são os fatos a denunciar a prática anticoncorrencial no que concerne às fontes de matéria prima:

Quanto à manifestação, supra, de que as respostas aos diversos quesitos solicitados em Despacho de 19 de setembro de 1997 - fls. 60 e 61- foram respondidos nos autos do Ato de Concentração número 08000.012075/96-14, pode ser analisada a documentação de folhas 432/1460 do citado AC. Sendo de destacar que, em resposta à questão 9 (nove) do Ofício SEAE/COGPI/RJ número 66 de 22 de janeiro de 1997, a empresa - White Martins - afirmava que:

*(...) para que não paire dúvida alguma, tratando-se de direito disponível, a White Martins, pela presente, RENUNCIA, EXPRESSAMENTE, EM FAVOR DE SEUS CONCORRENTES, A TODO E QUALQUER DIREITO DE PREFERENCIA NA AQUISIÇÃO DO REFERIDO EXCEDENTE entre a capacidade de consumo atual da sua planta em Cubatão (200 ton/dia) e a quantidade total contratualmente colocada à disposição da White Martins pela Ultrafertil (370 ton/dia), reservando-se apenas o direito de concorrer*

*com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade. - fls. 193e 340 do presente PA e fl. 468 e 1432 do AC 08000.012.075/96-14.*

Ao serem verificados os autos do AC 08000.012.075/96-14, ficam evidentes informações a indicarem comprometimento de fontes de CO<sub>2</sub>, não utilizadas caracterizando prática infrativa prevista na Lei 8884/94. A fim de ilustrar e elucidar o presente PA foram extraídos dos autos do AC 08000.012075/96-14 documentos juntados às folhas 323 a 378 deste PA.

À folha 324, a WM declara utilização de 56% da capacidade vendável da fonte de Cubatão em 26/03/96, por outro lado, ato contínuo, à folha 325 afirma estar operando a plena capacidade em todas as suas fontes, inclusive na de Cubatão; com exceção das 170 toneladas / dia o que leva a crer que as outras 200 toneladas estão totalmente utilizadas. Tais afirmações são, como se vê, contraditórias e, pior, apresentadas no mesmo procedimento administrativo em que a parte está comprometida com a verdade.

É sabido, para fins de informação, que se diferenças existem entre a quantidade real e a quantidade nominal de utilização das fontes em função de dias ociosos do processo produtivo, em média não devem *ultrapassar 1% do tempo disponível para operação* conforme informado pela própria Liquid Carbonic à Comgás em função de contrato de compra e venda de gás carbônico assinado em 3/12/90.

Às folhas 325/327 são verificadas as respostas junto à SEAE para justificar a não irregularidade na contratação e não utilização das 170 t/dia por parte da WM em relação ao disponibilizado, contratualmente, pela Ultrafértil, inclusive referindo à cláusula 9.2 inserida no contrato em aditamento de 1/7/96, que é renunciado na data da informação para a SEAE e, curiosamente, a renúncia é feita para a SEAE – que não é parte contratual – solicitando que esta informe à Ultrafértil. Esta última, às folhas 328/330 informa estar vigente, em 14 /10/97 a cláusula 9.2 e, às folhas 352/356, reafirma tal vigência em 11/12/97.

No parecer da SEAE quanto ao Ato de Concentração WM/LCI, verifica-se importante conclusão quanto ao disposto na referida cláusula 9.2 a saber:

*A exclusividade sobre um insumo do qual não se faz uso tem por objetivo impedir seu acesso a concorrentes potenciais. Dessa forma, seguindo a interpretação da Ultrafértil sobre a cláusula 9.2, a White Martins teria buscado levantar barreiras à entrada de novos competidores no mercado de gás carbônico.*

*Uma estratégia de garantir insumos no futuro e/ou de impedir o acesso deste por parte de concorrentes só faz sentido se tais recursos não forem amplamente ofertados.*

*Nesse sentido, a presteza da White Martins em modificar as cláusulas de seu contrato de fornecimento de CO<sub>2</sub> com a Ultrafértil, após assumir o monopólio no mercado de gás carbônico da região sudeste, seria uma evidência da sua importância estratégica e, logicamente, da dificuldade da sua obtenção. (fl. 349)*

Mais adiante a SEAE conclui

*A rapidez com que a White Martins procurou dificultar aos concorrentes o acesso ao excedente de insumo disponível na Ultrafértil é evidência da sua importância estratégica neste mercado e da dificuldade de acesso a outras fontes de insumo na região sudeste. É importante ressaltar que como consequência dessa exclusividade a Ultrafértil negou insumo à Messer Griehem do Brasil, impedindo a entrada de mais um concorrente neste concentrado mercado (vide item VII.3 deste parecer) (...)*

*Em qualquer das hipóteses anteriores, portanto, a conclusão deste Parecer é a de que a concorrência nos mercados de gás carbônico e de gases do ar e outros gases localizados na região sudeste do país seria preservada e/ou incentivada mediante o compromisso formal da White Martins de abrir mão de qualquer contrato, acordo, ou compromisso com a Ultrafértil de exclusividade sobre os excedentes de CO<sub>2</sub> da unidade de amônia desta última, localizada em Cubatão. (fl. 348/351)*

Informações sobre capacidades comprometidas contratualmente e, efetivamente, consumidas de CO<sub>2</sub> foram apresentadas no AC e trazidas para os autos deste PA às folhas 331/334 e 345/346.

Aos 20/10/97 a WM reitera seu entendimento a respeito da cláusula 9.2 do contrato WM/Ultrafértil de Cubatão alegando, ainda disponibilidade de outras fontes da Petrobrás ( fls. 339/341).

Efetivamente, comprova-se, nos autos, que em 10/12/97 a cláusula foi expurgada do pacto WM/LCI e Ultrafértil. (fls. 357/376).

Importante, também, se faz notar que com a Oxiteno, em Mauá, a WM manteve contratualmente comprometidas quantidades de insumo – CO<sub>2</sub> – bem acima de sua real utilização, com exceção do ano de 1997. Contratualmente, estão comprometidas 45 ton/dia perfazendo 45 x 360 = 16.200 ton/ano

Outras informações úteis do AC a saber podem, ainda, ser destacadas:

### QUESTÃO DE PREÇO

1. Em informações prestadas junto à SEAE. (fls. 443/667 do AC), contendo respostas a questionário da SEAE, dados sobre preço de venda de CO<sub>2</sub> e localização das plantas das concorrentes da WM, com suas respectivas capacidades instaladas no mercado de gases do ar da região SE, podem ser acrescidas as seguintes ilações por parte da WM:

Preço de venda de CO<sub>2</sub>: O preço do Gás Carbônico comercializado a granel na Região Sudeste é de R\$ 440,00/tonelada (CIF e impostos)

Discriminação	Vlr. R\$/ton.
FOB Fábrica	221,70
Impostos	90,80
Distribuição	93,00
Assit. Téc. De Manut. E Aplicações	13,50
Encargos nas vendas faturadas	21,00
Total	440,00

É interessante notar que, ao responder a questão número 6 oriunda de investigação da SEAE, sobre a *evolução do preço (FOB, es impostos) do gás carbônico a granel comercializado na região do Estado de São Paulo entre outubro de 1995 e abril de 1996*, (fl. 448 do AC) a WM explica que, em abril de 1996, esse preço era de R\$ 471,43/ton. e que, no último trimestre de 1996, foi de R\$ 422,00/ ton.

Em seguida faz menção a uma *tabela de preços médios dos produtos comercializados pela LCI*, alertando tratar-se de *preços praticados em todo o território nacional, nas diversas formas de comercialização do gás carbônico - a granel, em cilindros e na forma sólida (gelo seco)*. (fls. 448 e 567 do AC).

2. Em resposta à questão número 9 da SEAE, a WM procura dar inovadora significação ao termo *exclusividade* alegando quanto à cláusula 9.2 de contrato firmado entre a mesma e a Ultrafertil, (fl. 683 AC):

Embora falando literalmente em exclusividade, entende a White Martins que ela lhe confere o direito de preferência, exercitável ou não, ao amparo do comumente chamado ‘direito à primeira recusa’ (right of first refusal), sobre os montantes que excederem os volumes já contratados, se e quando esse excedente surgir. Nessa ocasião, tais excedentes estarão à plena dispo-

sição do mercado, podendo ser adquiridos por qualquer terceiro interessado, cabendo à White Martins apenas a preferência na sua aquisição, em igualdade de condições competitivas.

3. No volume II do Relatório WM e Liquid Carbonic são apresentados diversos contratos para fornecimento de matéria prima subproduto para produção de CO<sub>2</sub>. Em uma sucinta análise de referidos contratos, é possível identificar, em alguns, cláusulas anticoncorrenciais, mormente, quando contratam junto à LCI ou à WM empresas privadas. Se não veja-se:

1.1 Contrato Ultrafertil S.A e White Martins - Cubatão - SP – (fls. 139-146 do PA ou 670-678 do AC).

Preço do CO<sub>2</sub>: até 30.000 ton./ano US \$ 26,00 ton.  
acima 30.000 ton./ano US \$ 23,40 ton.

Prazo: 10 anos a partir da data do primeiro fornecimento, aproximadamente 18 meses após 25.11.94.

Prorrogação: período adicional de 5 anos.

Quantidade à disposição - 200 ton./dia.

1.2 Primeiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO<sub>2</sub> firmado pela Ultrafertil S.A e White Martins - Cubatão - SP – (fls. 134-138 do PA ou 679-683 do AC.)

Preço do CO<sub>2</sub>: até 38.000 ton./ano US \$ 26,00 ton.  
entre 38.001 e 76.000 ton./ano US \$ 23,40 ton.  
acima 76.001 ton./ano US \$ 21,06 ton.

Prazo: 10 anos a partir de 01.07.96.

Prorrogação: período adicional de 10 anos.

Quantidade à disposição - 370 ton./dia.

Cláusula anticompetitiva: 9.2 - *A FORNECEDORA neste ato assegura a COMPRADORA exclusividade para compra de qualquer excedente que porventura dispuser, observando-se, para tanto, as mesmas condições ora pactuadas.*

2.1 Contrato L. Carbonic e Ultrafertil - Cubatão -SP- (fls. 94-113 do PA ou 684-694 do AC).

Preço do CO<sub>2</sub>: até Até 10.000 ton./ano CR \$ 1.895,15 ton.

de 10.001 a 20.000 ton./ano CR \$ 1.841,00 ton.

de 20.001 a 30.000 ton./ano CR \$ 1.786,85 ton.

de 30.001 a 40.000 ton./ano CR \$ 1.191,24 ton.

acima de 40.000 ton./ano CR \$ 1.028,79 ton.

Prazo: 5 anos a partir de 01/09/93.

Prorrogação: período adicional de 5 anos.

Quantidade à disposição - 265 ton./dia.

2.2 Primeiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Cubatão -SP- (fls. 695-697 do AC).

Preço do CO2: até Até 10.000 ton./ano URV's/ton. 17,52.

de 10.001 a 20.000 ton./ano URV's/ton. 16,68.

de 20.001 a 30.000 ton./ano URV's/ton. 16,19.

de 30.001 a 40.000 ton./ano URV's/ton. 10,79.

acima de 40.000 ton./ano URV's/ton. 9,32.

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: 5 anos a partir de 01/09/93.

Prorrogação: período adicional de 5 anos.

Quantidade à disposição - 265 ton./dia.

Cláusula Anticompetitiva : *4.8 A FORNECEDORA não poderá vender o produto a nenhum concorrente da COMPRADORA em condições mais vantajosas que as estabelecidas neste contrato.*

2.3 Segundo termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Cubatão -SP- (fls. 698-704 do AC).

Preço do CO2: até Até 27.000 ton./ano US \$ 26,00/ton.

de 27.001 a 54.000 ton./ano US \$ 23,40/ton. acima de 54.001 ton./ano US \$ 21,06/ton.

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: 10 anos a partir de 01/07/96.

Prorrogação: período adicional de 10 anos.

Quantidade à disposição - 265 ton./dia.  
Cláusula Anticompetitiva : 4.8 - mantida.

3.1 Contrato L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 705-724 do AC).

Preço do CO2: até Nc \$ 26,47 ton.  
acima ton./ano US \$ ,00

Prazo: 5 anos após o primeiro fornecimento ou após 18 meses a contar de 05/05/89.

Prorrogação: período adicional de 3 anos.

Quantidade à disposição - 150 ton./dia.

3.2 Primeiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 725-730 do AC).

Preço do CO2: mantido.

Prazo: 5 anos a partir de 27.05.91.

Prorrogação: mantido.

Quantidade à disposição - mantida.

3.3 Segundo termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 83-87 do PA ou 731 – 735 do AC).

Preço do CO2: CR \$ 1978, 46.

Prazo: 5 anos a partir de 01.09.93.

Prorrogação: 5 anos.

Quantidade à disposição - mantida.

*Cláusula Anticompetitiva: 4.7 A FORNECEDORA não poderá vender o produto a nenhum concorrente da COMPRADORA em condições mais vantajosas que as estabelecidas neste contrato.*

3.4 Terceiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 80-82 do PA ou 736 – 738 do AC).

Preço do CO2: 18, 26 URV's ton..

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: mantido.

Prorrogação: mantida

Quantidade à disposição - mantida.

Cláusula Anticompetitiva : 4.7 - mantida.

3.5 Quarto termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 75-79 do PA ou 739 – 741 do AC).

Preço do CO2: até 15.000 ton./ano US \$ 26,00/ton.

entre 15.001 e 30.000 US \$ 23,40/ton.

acima de 30.001 US \$ 21,06/ton.

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: 10 anos a partir de 01.07.96.

Prorrogação: 10 anos.

Quantidade à disposição - mantida.

Cláusula Anticompetitiva : mantida.

4 Contrato L. Carbonic e Oxiteno - Mauá - SP – (fls. 852-869 do AC).

Preço do CO2: até 10.000 ton./ano Cr \$ 103,00.

de 10.001 até 15.000 ton./ano Cr 95,00.

acima de 15.000 ton./ano Cr \$ 79,00.

Prazo: 10 anos a contar de 22/10/77.

Prorrogação: período adicional de 3 anos ou períodos renováveis de 2 anos.

Quantidade à disposição - ton./dia.

Cláusula Anticompetitiva: VIII - Cliente mais favorecido

*8.01 - A VENDEDORA compromete-se a não vender o PRODUTO a nenhum outro produtor, distribuidor ou consumidor em condições mais vantajosas que as oferecidas à COMPRADORA, quando direta ou indiretamente esse gás bruto se destinar à fabricação de gelo seco ou de gás carbônico. As vendas a outros consumidores em condições mais onerosas só poderão ser*



*feitas após a recusa da COMPRADORA, que terá o direito de preferência manifestado em 30 dias.*

4. Em respostas às diligências efetuadas pela SDE, a Ultrafértil SA soma aos autos importantes dados (fls. 328/334 do PA ou 1058/1064 do AC); senão veja-se.

É verificada a intenção da White Martins, já em 1º de outubro de 1997 em recuar quanto à atitude anticoncorrencial, no que diz respeito à cláusula 9.2 do contrato para fornecimento de CO2 firmado entre a mesma e a Ultrafértil AS.; e., de forma inequívoca, são fornecidos dados estatísticos interessantes quanto às quantidades e respectivos valores das aquisições de CO2 efetuadas pela WM e LCI nas unidades da Ultrafértil - importante fonte supridora de CO2 na região SE - (fls. 331-332 do PA ou 1061/1062 do AC). Ainda dado interessante a destacar nas informações prestadas pela Ultrafértil está contido nas folhas 1063/1064 dos autos onde verifica-se nos períodos de 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 que existe um volume médio de CO2 razoável, disponibilizado pela Ultrafértil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 258,7 ton./dia e um excedente não consumido de 526,3 ton./dia. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 174,7 ton./dia e um excedente não consumido de 610,3 ton./dia.

Consideradas as informações vistas às folhas 325-326 do PA ou 464/465 do AC e 345 do PA ou 1492 do AC em que a Requerente declara não haver excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafértil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafértil e que existe um grande manancial de CO2 ocioso, embora comprometido contratualmente como grupo WM/LCI. Em uma situação de concorrência perfeita em que as fontes de CO2 de alta qualidade na região SE fossem abundantes, tal prática poderia ser entendida como estratégia do grupo WM/LCI em reservar fontes de matéria prima para posterior expansão de seus negócios, entretanto, na conjuntura atual, e, em função das práticas contratuais do referido Grupo WM/LCI verifica-se um intento de açambarcamento de fontes - ver as cláusulas anticoncorrenciais dos contratos acima analisados.

5. NO AC, verifica-se manifestação da WM. às folhas 1431/1436 (fls. 339/340 do PA). Desta feita, a WM reitera posição assumida perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 26 de março de 1997, no que tange ao alegado *Direito de Preferência que lhe conferia a Cláusula 9.2 do Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (Das Obrigações Ge-*

rais, do 1º Termo Aditivo) celebrado com a ULTRAFÉRTIL. Diz textualmente:

*De qualquer modo, para que não paire dúvida alguma, tratando-se de direito disponível, a White Martins, pela presente, renuncia, expressamente, em favor de seus concorrentes, a todo e qualquer direito de preferência na aquisição do referido excedente entre a capacidade de consumo atual da sua planta em Cubatão (200 ton/dia) e a quantidade total contratualmente colocada à disposição da White Martins pela Ultrafertil (370 ton/dia), reservando-se apenas o direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.(Fl. 1431 do Ac ou 339 do PA).*

Em seguida a Requerente afirma não reconhecer como seu, a partir de 23.03.97, qualquer direito de preferência na aquisição do citado excedente, sempre sem prejuízo do direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.(fl. 1432 do Ac ou 340 do PA)

Ainda informa, ter encaminhado via fac-símile à Ultrafertil, em 01/10/97, minuta de 2º Termo de Aditamento, visando maior formalização da referida renúncia, concluindo, por fim, ser de pleno conhecimento da Ultrafertil a intenção de renúncia do excedente de CO2 por esta disponibilizado.

Analisando-se o contrato celebrado entre WM e Ultrafertil - Cubatão - SP, verificam-se alguns dados ou cláusulas a serem destacados:

*Cláusula Primeira : Objeto*

*1.1 O objeto deste Contrato é o fornecimento por parte da FORNECEDORA à COMPRADORA, de Dióxido de Carbono - CO2, doravante denominado PRODUTO, para consumo em sua Unidade Industrial, OBEDECIDAS AS LIMITAÇÕES E CONDIÇÕES ORA PACTUADAS - (grifo nosso).*

*Cláusula Segunda : Do Prazo*

*2.1 O presente Contrato entrará em vigor na data de sua assinatura, e terá vigência de 10 (dez anos), contados a partir da data do primeiro fornecimento, o qual deverá ocorrer , aproximadamente, 18 meses após a assinatura deste Contrato de Fornecimento.*

*Observação: o Contrato foi assinado em 25 de novembro de 1994, portanto, em plena validade no período de 23 de março de 1997 até 1º de outubro de 1997.*

*Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento*

*3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1.*

*Cláusula nona: Das Disposições Gerais*

*9.1 Nenhuma desistência ou omissão, por qualquer das partes, de exigir o cumprimento, pela outra, de qualquer das cláusulas deste Contrato, nem qualquer tolerância concedida ou demonstrada por uma das partes a outra, desobrigará, exonerará ou de qualquer forma afetará, nem prejudicará o direito de uma parte de, a qualquer tempo, exigir o cumprimento rigoroso e cabal, pela outra, de qualquer ou de todos os dispositivos e obrigações deste Contrato, que devem ser cumpridas pela outra parte posteriormente a tal desistência, tolerância ou indulgência, ou subseqüentemente à cessação, com ou sem aviso prévio, de qualquer ato desta natureza.*

Da mesma forma, destacam-se as cláusulas do 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO2) firmado pela Ultrafertil S A e White Martins Gases Industriais S A em 25/11/1994 e datado de 1º/07/96.

*Cláusula Segunda - Do Prazo.*

*2.1 O prazo de vigência do Contrato é de 10 (dez) anos, contados a partir da data de assinatura do presente Termo Aditivo.*

*Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento*

*3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato original.*

*Cláusula nona: Das Disposições Gerais:*

*9.2 A FORNECEDORA neste ato assegura a COMPRADORA exclusividade para compra de qualquer excedente que porventura dispuser, observando-se, para tanto, as mesmas condições ora pactuadas.*

*Permanecem inalteradas as demais cláusulas e condições estipuladas no Contrato original que, explícita ou implicitamente, não tenham sido modificadas por este Termo.*

Desconsiderando-se o equívoco no elencar de datas ( 23 e 26 de março de 1997 - fls. 1431/1432 do AC ou 339/340 do PA) bem como, verifi-

cadadas as alegações de folhas 1497 do AC ou 346 do PA e 1518 do AC ou 347 do PA, ainda resta lembrar que:

- efetivamente, o Contrato em questão determina sejam obedecidas as limitações e condições pactuadas.

- O Contrato estava vigente no período de 23/03/97 até 1º/10/97.

- Havia efetiva responsabilidade por parte da FORNECEDORA em colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato. Tal fato torna imprescindível que se faça necessária imediata comunicação por parte da COMPRADORA - WM - de desistência ou renúncia de EXCEDENTE de matéria prima disponibilizado sob pena de, assim não o fazendo, ocasionar ônus desnecessário à FORNECEDORA que de qualquer maneira tem de honrar seu compromisso assumido perante à COMPRADORA, mesmo que esta não utilize o produto disponibilizado. De outra forma, na medida em que, efetivamente, a FORNECEDORA disponibiliza matéria prima que não sabe se será consumida ou não pela COMPRADORA e verifica-se a renúncia, por parte desta última, do referido EXCEDENTE, caracterizada está a subutilização ou ineficiência no gerenciamento deste escasso recurso que, possivelmente seria melhor utilizado por outros concorrentes da COMPRADORA.

Decorre, pois, da análise do apresentado nos autos, não se tratar de *direito disponível a simples renúncia ao excedente de matéria prima*, conforme quer fazer ver a Requerida – (Fl. 1432 do AC ou 340 do PA, que, antes mesmo de ter comunicado à parte interessada -ULTRAFERTIL - foi comunicar ao SBDC em autos de um Ato de Concentração que nem mesmo envolve, diretamente, a FORNECEDORA, inclusive solicitando, ao DPDE, dar notícia do assunto tratado em petição de 17 de outubro de 1997 à Ultrafertil - Fls. 1433. Aliás, segundo a própria Ultrafertil, até 11/12/97 *continuavam em vigor sem nenhuma alteração os contratos que foram enviados à essa Secretaria - SDE -, inclusive a cláusula 9.2 do 1º Termo Aditivo*. fl. 1664.

De fato, o referido termo foi encaminhado por parte da Ultrafertil para a WM em 7 de novembro de 1997 e, em 12 de dezembro de 1997 ainda era aguardada a *assinatura do referido instrumento de alteração contratual pela White Martins*, para que se iniciasse *negociações com terceiros, interessados na aquisição das então restantes 170 toneladas*.(fl. 1700 do AC ou 356 do Processo Administrativo).

Se não bastasse o exposto, veja-se, ainda, o contido na Cláusula nona: *Das Disposições Gerais do referido Contrato em que nenhuma desistência ou omissão, por qualquer das partes, de exigir o cumprimento, pela outra, de qualquer das cláusulas, nem qualquer tolerância concedida ou demonstrada por uma das partes a outra, desobriga, exonera ou de qualquer forma afeta,*

*nem prejudica o direito de uma parte de, a qualquer tempo, EXIGIR O CUMPRIMENTO RIGOROSO E CABAL, pela outra, de QUALQUER OU DE TODOS OS DISPOSITIVOS E OBRIGAÇÕES DESTES CONTRATOS, que devem ser cumpridas pela outra parte posteriormente a tal desistência, tolerância ou indulgência, ou subseqüentemente à cessação, com ou sem aviso prévio, de qualquer ato desta natureza.(grifo nosso).*

Já, do 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO2) firmado pela Ultrafertil S A e White Martins Gases Industriais S A em 25/11/1994 e datado de 1º/07/96 infere-se a vigência do contrato e o aumento das obrigações da FORNECEDORA em disponibilizar 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato original.

Fato que é agravado em função da cláusula de exclusividade para compra de qualquer excedente que porventura dispuser, a FORNECEDORA, observando-se, as mesmas condições pactuadas no Contrato original que, explícita ou implicitamente, não tenham sido modificadas pelo Termo.

Por fim, deve ser evidenciada a intenção de corrigir uma posição anticoncorrencial da Requerente quanto ao excedente de 170 ton/dia de CO2 questionado em 01/10/97, fato que, a bem da verdade, aparece noticiado, nos autos, em data de 13 de fevereiro de 1998, mais precisamente, 1 ano e 8 meses depois de ter sido informado o presente Ato de Concentração à SDE - 23/05/96. Entretanto, ressalte-se a nova atitude concorrential, por parte da WM a partir de então verificando-se a proposta de modificação da cláusula 9.2:

*9.2 A FORNECEDORA, compromete-se a assegurar, à COMPRADORA, o direito de concorrer com terceiros, em igualdade de condições, por qualquer excedente de volume entre a capacidade produtiva de sua unidade e os volumes efetivamente consumidos pela compradora, através de sua planta instalada no Município de Cubatão.*

Desta forma, entende-se, também, revogada a cláusula 3.2 do Termo Aditivo ao Contrato original.

6. Das considerações do parecer da SEAE no AC 08000.12075/96-14:

Análise dos impactos da operação e análise das contestações:

*Inicialmente é constatado que a operação transformou um duopólio em monopólio no mercado de gás carbônico na região sudeste, eliminando a concorrência efetiva.*

*Além do que ocasionou uma alteração qualitativa nas relações de mercado, através da eliminação de qualquer alternativa de fornecimento.( Fl. 1559 do AC ou 349 do PA)*

Mais adiante informa a contestação do referido monopólio pela AGA, no Rio de Janeiro com planta de 100 tpd e pela Air Liquid em Curitiba e Paulínea com as plantas da Peróxidos do Brasil e da Rhodia com 70 e 80 tpd respectivamente e , por fim, detecta que a não obtenção de fontes de insumos para a produção de gás carbônico economicamente viáveis na região sudeste pelos concorrentes tornaria a operação em questão facilitadora na obtenção de poder de mercado pelo Grupo WM/LCI. Fl. 1560 do AC.

Quanto às demais regiões brasileiras, o r. parecer conclui que *não houve alteração*, em função da operação WM/LCI, *do poder de mercado do ofertante de CO<sub>2</sub>*, o que não caracteriza *problemas do ponto de vista do controle antitruste preventivo*. Fl. 1561 do AC.

Ao analisar o mercado relevante de gases atmosféricos, o r. parecer conclui que a *operação em análise não modificou o grau de concentração da oferta, uma vez que a Liquid Ccarbonic não operava neste mercado*, entretanto atenta para o fato de que a White Martins tem capacidade para *deslocar seus concorrentes no mercado da região sudeste* ampliando suas vendas de gases atmosféricos para clientes que também compram dióxido de carbono e elevando o custo de seus concorrentes, deslocando-os no mercado de gases atmosféricos, ainda lembrando que esses impactos dar-se-iam na região sudeste. (fl. 1561 do AC).

Adiante faz ver da possibilidade de prática pelo Grupo WM/LCI de subsídio cruzado e de vendas em pacote.

Discorda-se do r. parecer da SEAE uma vez que foram trazidos aos autos documento de folhas 1841 a 1863 do AC nos quais se verifica a real intenção da LCI em construir uma fábrica de gases do ar em Americana - SP o que, certamente, seria considerado um atenuante ou diminuição do grau de concentração na oferta de gases do ar. (Podem ser verificadas as capacidades garantidas de produção à folha 2162 do AC).

Quanto à possibilidade de prática de subsídio cruzado, esta é bem considerável uma vez que a Requerente noticia nos autos que o ato tem como eficiência alocativa a *utilização da logística de distribuição mais eficiente e mais abrangente da WHITE MARTINS para comercialização do GÁS CARBÔNICO*. (fl. 1485), bem como a acertiva de folha 538 onde a Requerente declara à SEAE que a *comercialização dos produtos da WHITE MARTINS e LIQUID CARBONIC de forma UNIFICADA* (grifo nosso) *é um passo importante para a obtenção de um nível maior de eficiência*, ainda acrescentando que, *além de possibilitar a racionalização das estruturas de vendas e distribuição, a operação conjunta permite a utilização da rede de distribuição da WHITE MARTINS - mais abrangente em termos geográficos - para venda da produção da LIQUID CARBONIC*.

Além do exposto, já é noticiada nos autos a existência de 823 clientes de CO2 e de gases que representam 8,3% do faturamento da White Martins. (fl. 450 do AC).

O r. parecer após tecer comentários sobre as possibilidades inerentes ao ato de concentração em questão e suas conseqüências inclina-se para a realização de compromisso de desempenho em que a *White Martins* abriria *mão do controle dos excedentes de CO2 da Ultrafértil ainda não utilizados.*, embasada no *comportamento de preços na região sudeste, após a aquisição em análise e na consideração da cláusula de exclusividade contida no termo de aditamento ao contrato assinado pela White Martins e Ultrafértil* (fl. 1568 do AC ou 350 do Processo Administrativo).

Além do exposto, propugna pelo impedimento da White Martins participar de negociações para a aquisição de volumes adicionais de CO2 com a Ultrafértil durante o prazo de no mínimo 6 ( seis) anos. (fl. 1568/69 do Ac ou 350/351 do Processo Administrativo).

7. Manifestação da WM. Em folhas 1820/26 1837/38 e 1840/89 do AC.

Às folhas 1820/21 do AC ou 357 do PA, por fim, vem a Representada/Requerente fazer juntada aos autos do 2º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO2) de 25/11/94 firmado entre Ultrafértil SA e White Martins Gases Industriais S A (Cubatão) datado de 10 de dezembro de 1997.

Passa a ser objeto do referido contrato a comercialização de 200 tpd de CO2 e revoga-se a cláusula 9.2, permanecendo as demais cláusulas do Contrato original e do 1º Termo aditivo datados , respectivamente, de 25/11/94 e 01/07/96.

Em seguida, volta a Requerente a alegar tratar-se, a cláusula 9.2 do contrato de fornecimento firmado entre ela e a Ultrafértil, de direito a primeira recusa possibilitando, posterior desistência unilateral por sua parte de tal estipulação; coisa que não é, absolutamente, *juridicamente despicienda* uma vez que quantidades de CO2 estiveram indisponíveis ao mercado durante, no mínimo, 6 meses, segundo datas de 26.03.97, em que a Requerente desobrigou-se perante a SEAE do excedente de 170 tpd da Ultrafértil (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01.10.97, em que a Ultrafértil declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (fl. 353 do PA ou 1665 do AC).

Adiante, demonstra que, segundo seu entendimento, foi aumentada a oferta de gás em fontes de CO2 na região SE mais Paraná , em 97% - ou seja, de 1.070 para 2.100. Posteriormente, defende a inexistência de barreiras à entrada de novos competidores no mercado.

8. Manifestação da Ultrafertil. (fls. 1895/1914 do AC ou 358/376 do Processo Administrativo).

Apresenta DOCUMENTOS ALTERANDO CONTRATOS MANTIDOS COM O GRUPO WM/LCI, em especial derogando a cláusula 9.2 do Termo de Aditamento de 01/07/96 do referido contrato WM e Ultrafertil - Cubatão de 25/11/94 e apresentando o novo contrato que unifica as quantidades dispostas, anteriormente para a LCI e para a WM juntamente à Ultrafertil. Outrossim, ainda é feita conhecida, para empresas do setor, a disponibilidade de 100 tpd de CO2 para contratação. (fl. 359/364 do PA ou 1896/1901 do AC).

É de observar que consta na cláusula 9.2 do novo termo aditivo de 10/12/97 o seguinte:

*Por iniciativa da WHITE MARTINS e aceitação da ULTRAFÉRTIL, as PARTES declaram revogada a cláusula 9.2) Fl. 1903.*

### **Da conclusão:**

Analizadas as peças coligidas no presente Processo, bem como, consideradas as informações obtidas durante a apreciação do AC 08000.0120075/96-14 SDE/MJ pode-se concluir conforme segue:

1. Verifica-se um comportamento anticoncorrencial, por parte das empresas do Grupo White Martins/Liquid Carbonic Industries na contratação de matéria prima - CO2 em contratos que envolvem particulares no outro polo da obrigação, muito especialmente no que diz respeito ao contratado junto à Ultrafertil e à Oxiteno observado nestes autos.

No contrato entre WM e Ultrafertil - Cubatão - SP, aditado em 01/07/96 - depois da informação do Ato de Concentração, verifica-se a cláusula 9.2, excluída, somente em 10.12.97.

Ao contrato LCI e Ultrafertil - Cubatão - SP é aditada a cláusula 4.8 - mantida depois de informado o Ato de Concentração - 01/07/96.

Ao contrato LCI e Ultrafertil - Araucária - PA é aditada a cláusula 4.7 mantida depois de informado o Ato de Concentração - 01/07/96.

No contrato LCI e Oxiteno - Mauá - SP é estipulada a cláusula 8.01.

A oxiteno apresenta, nos autos, informação quanto a subutilização de sua fonte de CO2 por parte do Grupo WM/LCI, verificando-se um aproveitamento, efetivo, de matéria prima da ordem de 52,38% em 1994; 61,40% em 1995; 70,80% em 1996 e 73,74% em 1997. Assim a média de não consumo de fontes disponibilizadas entre 94 e 97 é de 35,42%.



2. Entre 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 existe um volume médio de CO2 razoável, disponibilizado pela Ultrafértil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período ( complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 258, 7ton/dia e um excedente não consumido de 526,3. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 174,7 7ton/dia e um excedente não consumido de 610,3.

3. Restou provado, nos autos que, no mínimo, entre o período de 26/03/97 data em que a Requerente comunica ter desobrigado-se de relação contratual, perante a SEAE, do excedente de 170 tpd da Ultrafértil (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01/10/97, data em que a Ultrafértil declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (fl. 1665 do AC ou 353 do PA).- aproximadamente - 6 meses, quantidades de CO2 estiveram indisponíveis no mercado conforme previsão de **práticas constantes do artigo 20, inciso I, II e IV combinado com art. 21, V, VI e XV**, uma vez que restou provado nos autos que:

3.1. A empresa Messer teve reais dificuldades para seu desenvolvimento no mercado de gases, em especial de CO2 quando viu suas tratativas com a Ultrafértil e com a própria Liquid Carbonic frustradas em função da ação predatória em mercado por parte da empresa White Martins em um primeiro momento e por parte do Grupo White Martins/Liquid Carbonic, após a concentração;

3.2. Ocorreu real impedimento à concorrência quanto ao acesso às fontes de matéria prima de excelente qualidade como é o caso da Ultrafértil e em função, também de somente terem sido noticiadas, as disponibilidades da REPLAN E DA RBPC, em 14/10/97 ao mercado – portanto, data posterior ao período de 26/03/1997 a 01/10/1997; o que diminuiu a oferta de CO2 no mercado em , aproximadamente em 860 tpd. (fl. 1457 do AC ou 341 do PA),bem como ter ocorrido real interesse de concorrente - Messer em negociar com a Ulltrafértil tendo sido impedida em função desta estar comprometida com a Requerente pelos *próximos 10 anos*- fls. 1122/29 do AC ou 335/338 do PA

3.3. Foram, efetivamente, desperdiçados escassos recursos – CO2, contratualmente comprometidos entre a Ultrafértil e a WM, que, disponibilizados por aquela, não foram consumidos por esta e, desta forma, foram , ao ar, jogados, quando existia procura efetiva por tais recursos no mercado.

3.4. Existe **posição dominante no mercado de CO2**, por parte do Grupo WM/LCI, cfe. Art. 20, II, par. 2º e 3º da Lei 8884/94, em função da detenção de 65,39% das fontes de matéria prima de CO2 na região SE considerada a apropriação contratual, perfazendo um total de 971 Tpd; ou, ainda,

80,51% como posição momentânea de exploração das fontes em atividade, perfazendo 1115 Tpd; ou, por fim, 85,21% se considerada a adjudicação da REPLAN para o Grupo WM/LCI<sup>89</sup>.

Nas demais regiões brasileiras há uma dominação de mercado de 100% em relação ao CO<sub>2</sub>. No que concerne aos gases do ar, o item precedente justifica o mesmo domínio de mercado conforme art. 20, par. 2º e 3º da Lei 8.884/94.

Fato importante a considerar quanto ao domínio de mercado de CO<sub>2</sub> é o conhecimento de que, no Brasil, a demanda atual gira em torno de 240.000 toneladas por ano - tpa ou, aproximadamente 700 toneladas por dia - tpd.; assim, o Grupo WM/LCI pode, sozinho, abastecer o mercado consumidor.

**4. O Grupo WM/LCI prestou informações divergentes no Ato de Concentração**, consideradas as informações vistas às fls. 464, 465 do AC ou 325/326 do PA e 1492 do AC ou 345 do PA em que declara não haver *excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafertil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão* - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafertil e que existe um **grande manancial de CO<sub>2</sub> ocioso, embora comprometido contratualmente com o Grupo WM/LCI**.

5. Ainda é possível ser analisada a questão de práticas de preços de CO<sub>2</sub> que foram diminuídos de um patamar médio R\$ 457,75 no ano de 96 e de R\$ 460,00 no ano de 97 com relação aos praticados em 1995, sem ter sido provada nenhuma alteração de custos nos autos e, ainda verificando-se os fatos em tempos de estabilidade econômica.

6. Considerados todos os documentos coligidos aos autos, todos os elementos de prova carreados, todas as razões alegadas e a conjuntura de mercado de gases, em especial de CO<sub>2</sub>; restou inquestionável a conclusão de que

---

<sup>89</sup> A Representada trás ao conhecimento desta SDE a seguinte informação:

71.2 No processo de licitação para o aproveitamento de gás carbônico da REPLAN (Paulinea – SP), a proposta da REPRESENTADA foi a priori declarada pela PETROBRÁS como a melhor alternativa dentre aquelas oferecidas, portanto aquela que melhor serve aos propósitos da estatal. De fato, orgulha-se a EREPRESENTADA de ser sempre competitiva, ao contrário da REPRESENTANTE.

71.2 (SIC) Não há, porém, até o momento, nenhuma definição por parte da Petrobrás, estando em curso um processo de discussão a cerca dos aspectos técnicos da operação, sem prazo definido para sua conclusão, a menos, quem sabe, que o d. DPDE busque uma solução dirigista menos eficiente, em desfavor da livre concorrência e da Coletividade.

a Representada incorreu em infrações da Ordem Econômica conforme disposto no artigo 20, incisos I, II e IV combinado com artigo 21, inciso V, VI e XV da Lei 8884/94 quando, no mínimo, entre o período de 26/03/97, data em que a Requerente comunica ter desobrigado-se de relação contratual, perante a SEAE, do excedente de 170 tpd da Ultrafertil (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01/10/97, data em que a Ultrafertil declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (fl. 1665 do AC ou 353 do PA).- aproximadamente - 6 meses, manteve, sob sua disposição, a maior fonte de matéria-prima brasileira de subproduto – CO<sub>2</sub>, sem utilizar quantidade expressiva – 170 tpd. De CO<sub>2</sub> (equivalente a 10% do mercado brasileiro naquele período) que, assim, estiveram indisponíveis no mercado, quando havia terceiro interessado – Messer - que, em consequência se houve prejudicado em contratar aquela Fonte da Ultrafertil em função do comprometimento contratual desta última com a Representada.

Do exposto, ainda, sugere-se sejam aplicadas as sanções legais referidas em conformidade ao artigo 23, inciso I da Lei 8884/94 c/c artigo 24, inciso I.

Da mesma forma, sugere-se a aplicação de multa diária conforme o art. 26 da Lei 8884/94 em função de terem sido prestadas informações enganosas ao SBDC.

Para fins de gradação da pena, pesam contrariamente à Requerida os seguintes incisos:

I – as infrações cometidas são de gravidade relevante em função da necessidade e escassez dos recursos no mercado relevante e a posição de domínio da Requerida,

II – o infrator não se houve com boa fé, conforme visto na prestação de informações divergentes ao SBDC.

III – a vantagem auferida em função da diminuição da atuação dos concorrentes em explorar as 170 tpd da Ultrafertil equivale a um percentual de aproximadamente 10% do mercado nacional ( $170/1859 = 9,1447$ ) ou 11,45% do mercado da região SE + Paraná ( $170/1485 = 11,4478$ ).

IV – houve efetiva consumação da prática por, no mínimo, 6 meses.

V – o grau de lesão à livre concorrência, aos terceiros interessados e aos consumidores está refletida conforme o item III acima e a manutenção de preços ao consumidor de CO<sub>2</sub> elevados na ordem de Cr\$ 471,53 em abril de 1996 quando, em nível internacional, sabe-se que o preço interno do Co<sub>2</sub> pode ser até 10 vezes menor, conforme informações obtidas no AC 0800012075/96-14.

VI – como efeitos negativos produzidos no mercado, comprovou-se a eliminação da Messer quando de suas tratativas junto à LCI e junto à Ultra-fértil.

VII – a situação econômica do infrator recomenda severidade em função do Grupo WM/LCI estar inserido em excelente situação no *ranking* mundial de CO2, segundo apurado em relação a sua matriz norte-americana Praxair.

VIII – desconhece-se a condenação em feitos anteriores até o momento.

Brasília, DF, 10 de dezembro de 1998.

Eliane A Thompson Flôres

Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica

À consideração do Secretário de Direito Econômico