

Ministério da Justiça**Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE**

Processo Administrativo n.º 08000.022579/97-05

Representante: Messer Grieshem do Brasil Ltda.**Representadas:** S.A. White Martins**RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR**

O presente processo administrativo originou-se da representação, feita pela Messer Grieshem do Brasil Ltda perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, em desfavor da S.A. White Martins. Instaurada a averiguação preliminar, a SDE reconheceu, nos termos da nota de fls. 233/246, indícios suficientes para transformar o feito em processo administrativo.

Ambas as empresas atuam no mercado de fabricação de gases industriais. Esse mercado deve ser dividido, para compreensão do caso, em dois seguimentos: o de produção de **gases atmosféricos** e o de produção de **gás carbônico**. A Messer Grieshem do Brasil Ltda apresenta-se como concorrente direta da S.A. White Martins na fabricação de gases atmosféricos. Em relação à produção do gás carbônico, a representante afirma que sua participação nesse mercado restou prejudicada por condutas anticoncorrenciais praticadas pela representada.

Assim, de acordo com a representação, o caso em tela diz respeito à produção e comercialização de dióxido de carbono (gás carbônico ou CO₂). Nesse aspecto, deve-se destacar que sua produção pode ocorrer de duas maneiras: por meio da **combustão**, quando o gás é obtido diretamente pela queima de materiais; ou a partir da purificação e liquefação de **subproduto** (a matéria prima, nesse caso, consiste em um subproduto obtido em plantas industriais que produzem hidrogênio, gás sintético, amônia ou derivados do petróleo). Segundo a representante, somente a produção do CO₂ a partir do subproduto é economicamente viável. A produção por meio de combustão seria praticamente inviável, do ponto de vista econômico.

A S.A. White Martins ingressou nesse mercado em 1995, com a operacionalização de sua primeira unidade junto à Ultrafertil S.A., Até então, a produção e comercialização de CO₂ era dominada pela Liquid Carbonic S.A., que detinha cerca de 98% da capacidade instalada da produção do dióxido de carbono. Essa situação de domínio do mercado por uma única empresa consolidou-se com a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins.

Em sua peça inicial, a representante alega que todas as fontes de subproduto para a produção do gás carbônico já se encontram comprometidas

contratualmente com a representada. Nesse ponto, destaca os termos do contrato firmado entre a S.A. White Martins e a Ultrafertil S.A, que atribui à Representada a exclusividade para a aquisição de qualquer excedente da matéria-prima.

Comprovando a sua real intenção de ingressar no mercado e a impossibilidade de acesso ao subproduto, a MESSER faz constar dos autos, fls. 51/53, proposta apresentada à Ultrafertil para a compra de excedente de dióxido de carbono. Tal proposta foi recusada, tendo em vista o compromisso de exclusividade de 10 anos firmado com a White Martins (fls. 54).

Antes de apresentar sua defesa, a White Martins interpôs recurso hierárquico, fls. 204, combatendo a instauração da averiguação preliminar e o requerimento de diligências, tendo em vista o trâmite do ato de concentração nº 78/96.

Instaurado o Processo Administrativo, nos termos da nota de fls. 228/246, defendeu-se a representada alegando, fundamentalmente, que não existem barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, dado que novas empresas ingressaram no mercado, como a Air Liquid e a AGA. Além disso, aduz que já abriu mão da exclusividade na aquisição do excedente do subproduto disponibilizado pela Ultrafertil. É baseado exatamente nesses termos que o Parecer Técnico da SEAE conclui pela não ocorrência de práticas anticoncorrenciais. Vale, nesse sentido, transcrever o seguinte trecho do parecer.

“Do ponto de vista estritamente econômico, a análise realizada permite concluir que o mercado de gás carbônico, após a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins, tornou-se pró-competitivo, tendo em vista a entrada de novos concorrentes no setor. Novas fontes de insumo também surgiram para estas empresas: A AGA instalou uma unidade no Rio de Janeiro, com a utilização de subproduto do metanol. No caso da Air Liquid, a planta de dióxido de carbono está localizada na unidade industrial de Peróxidos do Brasil – PR e a BOC instalada na REVAP - (Petrobrás – RS). Outras três fontes de dióxido de carbono eram utilizadas pela White Martins atualmente têm outros consumidores. O excedente da Ultrafertil - SP está sendo explorado pela BOC, enquanto a RHODIA -SP e REVAP – SP, após nova licitação, firmaram contratos com a Air Liquid.” (fls. 406)

Apresentadas as alegações finais, destaca-se a impugnação da representante ao parecer da SEAE. A Messer considera inadequado o enfoque prospectivo adotado, sem levar em conta as práticas já realizadas pela representada. Defende que tal abordagem é inerente à análise dos efeitos de um ato

de concentração, não se apresentando adequada ao processo administrativo em questão.

O Parecer da SDE, amparado nos fatos e informações trazidos aos autos e apoiado nos estudos realizados por ocasião da instrução do ato de concentração 78/96, conclui que, no mínimo, no período entre 26.03.1997, data em que a requerente comunica à SEAE ter disponibilizado a terceiros o excedente produzido pela Ultrafertil (fls. 339), e 01.10.1997, data em que a Ultrafertil declara ter recebido a proposta de alteração contratual (fls. 353), a representada incorreu em infração contra a ordem econômica, nos termos do art. 20, incisos I, II e IV, combinado com o art. 21, inciso V, VI e XV. Por consequência, sugere-se a aplicação das sanções previstas, na conformidade do art. 23, inciso I c/c artigo 24, inciso I. Também é sugerida a aplicação da multa prevista no art. 26, tendo em vista a falsidade das informações prestada pela requerente, nos autos do Ato de Concentração supracitado, sobre o excedente disponibilizado pela planta da Ultrafertil de Cubatão.

A Procuradoria do CADE forneceu Parecer que rejeita todas as preliminares suscitadas pela representada. Considera altamente concentrado o mercado de CO₂. Nesse âmbito, a posição dominante da White Martins e suas práticas contratuais abusivas em relação a seus fornecedores implicaram elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes. Verificou, dessa forma, correspondência entre a conduta da representada e as práticas anticoncorrenciais previstas no art. 20, incisos I e IV, c/c art. 21, inciso VI e XV da Lei 8.884/94 e entendeu ser o caso de aplicação das penas definida nos artigos 23 e 24 da Lei antitruste. A D. Procuradoria reconhece a infração administrativa e recomenda o envio das informações constantes dos autos para ao Ministério Público, para que sejam apuradas as responsabilidades civil e criminal. Junto ao relatório, pela gama de informações que possui, o Parecer da Procuradora Áurea Regina Queiroz.

Como resposta ao Parecer, a White Martins apresenta estudo de autoria do Dr. Edgar Pereira, para demonstrar que as relações contratuais verticais identificadas nos autos devem ser analisadas tendo em vista o princípio da razoabilidade. Dessa forma, defende a representada que suas relações com os fornecedores permitiram reduzir custos de transação possibilitando uma maior eficiência na utilização dos recursos disponíveis. A análise sugere, portanto, que as conclusões da Procuradoria do CADE sobre os impactos concorrenciais dos contratos firmados com fornecedores, restaram prejudicadas, uma vez que não foram levados em conta os efeitos pró-competitivos de tais acordos.

Após a inclusão do processo em pauta, a White Martins requereu o adiamento do julgamento (fl. 652) e, posteriormente, a juntada de Memorial

(fls. 671-686) acompanhado por Parecer dos Professores Eros Roberto Grau e Paula Forgioni.

O parecer aponta as diferenças legais entre o compromisso de desempenho e o compromisso de cessação de prática. Não obstante as diferenças traçadas, o Parecer, ao analisar o compromisso de desempenho firmado nos autos do ato de concentração nº 78/96, defende que, no tocante ao contrato de exclusividade firmado com a Ultrafértil, o compromisso de desempenho, na verdade, assumiu papel de compromisso de cessação de prática, pois condicionou a aprovação do AC ao fim da exclusividade sobre o excedente da matéria prima. Partindo desse pressuposto, defendem os Professores Eros Grau e Paula Forgioni que o processo administrativo em exame estaria prejudicado, pois o compromisso de desempenho firmado em razão do AC assumiu o caráter de compromisso de cessação de prática, no tocante ao contrato com a Ultrafértil. Outro ponto relevante tratado pelo parecer diz respeito ao conceito de açambarcamento.

Também são tecidas considerações sobre o limite da matéria limite a ser tratada neste processo administrativo. O despacho instaurador do processo administrativo, proferido pela SDE, determinou que seriam apuradas as práticas previstas nos incisos V, VI e XVIII do art. 21 c/c incisos I, II e IV do art. 20 da Lei 8.884/94. Já a Procuradoria do CADE acusa a White Martins de ter praticado também o ilícito contido no inciso XV do art. 21. Segundo o parecer apresentado pela representada, é defeso à Procuradoria do CADE ampliar o raio de discussão já definido pelo despacho instaurador do PA.

De acordo com despacho do Conselheiro Mércio Felsky, o memorial e parecer apresentados pela representada foram juntados aos autos e remetidos a Procuradoria do CADE para manifestação. A procuradoria nada acrescentou ao parecer já proferido, ratificando-o.

Em virtude do término do mandato do Conselheiro Mércio Felsky o processo foi redistribuído a mim, por sorteio, em sessão pública.

É o relatório.

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

Conforme exposto no relatório original, deferido o pedido de adiamento (fls. 654) a representada apresentou Memorial (fls.) acompanhado de Parecer (fls.). Em razão da tese sustentada no parecer jurídico, o Conselheiro Relator Mércio Felsky retirou o processo de pauta e o remeteu à Procuradoria do CADE para manifestação complementar.

A D. Procuradoria, na nota técnica nº 203/2001, ratificou o Parecer nº 160/2001, de lavra da Procuradora Dra. Áurea Regina. Entretanto, a manifestação do Procurador Geral do CADE, no despacho em que acolhe os termos da referida nota técnica, tece várias considerações sobre o parecer trazido pela Representada. Isto posto, para a completa informação dos membros do Plenário e demais interessados, também passam a integrar o relatório tanto o referido parecer quanto o despacho do Procurador Geral.

É o que cumpre acrescentar ao relatório

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator

