

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**VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR
CELSO FERNANDES CAMPILONGO****I. Intróito**

A representação feita pela Messer em desfavor da White Martins e, especialmente, o despacho instaurador do processo administrativo e sua re- ratificação especificaram os seguintes fatos como objeto da apuração: (i) su- posto comprometimento das fontes de matéria-prima necessárias à produção do gás carbônico (subproduto); (ii) criação de dificuldades ao funcionamento de concorrente; (iii) açambarcamento de matérias-primas.

A Representada defendeu-se rebatendo o mérito das acusações e, an- tes disso, suscitando várias preliminares, a saber: a) inconstitucionalidade decorrente de fato de que quem processa (a SDE) não é quem julga (o CA- DE), com ofensa à garantia fundamental insculpida no art. 5º, LIII, da Carta Magna; b) incompetência “*ratione materiae*”, por tratar-se de interesse priva- do da Representante e não de tutela do valor social da concorrência; c) inépcia da inicial; d) ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento regular do processo. Vale a pena examinar a procedência de cada uma delas.

II. Preliminares

Quanto à suposta **inconstitucionalidade do procedimento** estabe- lecido na Lei nº 8.884/94, registre-se, de início, não ser o CADE o foro com- petente para a discussão. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica não pode, por absoluta falta de competência, declarar a inconstitucionalidade ou deixar de aplicar a lei de regência. Zelar pelo cumprimento da Lei nº 8.884/94 e pela sua observância, mais do que competência, é dever do Plená- rio (Art. 7º, I). Nem mesmo a infeliz redação do inciso LIII do art. 5º da Cons-

tituição Federal¹ é capaz de albergar a interpretação que as requerentes querem dar à Lei nº 8.884/94. A autoridade competente para “julgar” os ilícitos concorrenciais definidos na lei antitruste é o Plenário do CADE. Não há tribunal de exceção ou recurso hierárquico que afaste ou suprima essa competência “judicante”, fixada pelo art. 3º da Lei nº 8.884/94, sem que se incorra, aí sim, em inconstitucionalidade. O fato dos processos serem instaurados pela SDE e decididos pelo CADE – art. 7º, III – não ofende, não desvirtua e não elimina o “juiz natural” do direito concorrencial. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica é o órgão pré-constituído e revestido das garantias ínsitas à missão. Inexiste, assim, inconstitucionalidade alguma no procedimento previsto na Lei nº 8.884/94.

A **incompetência “*ratione materiae*”** argüida pela Representada também não prospera. É certo que o direito antitruste defende a concorrência e não os concorrentes. Porém, ao garantir a concorrência – interesse público e coletivo – é evidente que o direito concorrencial, indiretamente, está tutelando as expectativas dos concorrentes – com interesses privados e individuais –, sejam eles competidores isolados ou em conjunto, efetivos ou potenciais. Do mesmo modo, as expectativas dos consumidores, singular e coletivamente, também acabam por ser contempladas. Dito de modo direto: o rigor das dicotomias clássicas – público/privado; individual/coletivo; geral/particular –, na prática antitruste, perde grande parcela de sua força explicativa.

As sanções do direito antitruste nacional são pecuniárias e de natureza administrativa. No ordenamento brasileiro, as sanções por infração da ordem econômica não exigem a presença do elemento subjetivo do dolo ou da culpa. A Representante não está postulando nenhuma indenização decorrente de eventual ilícito extracontratual ou de concorrência desleal. E nem poderia ser diferente: entregue a representação, a Representante cumpre o seu papel e deixa de ter qualquer função na condução do processo administrativo. Como é curial, na representação não há postulação nem pedido da Representante. Ao contrário, o que se discute, nestes autos, não é a salvaguarda de expectativas privadas, mas a violação de normas de direito público. Se, eventualmente, a Representante ou outros concorrentes, ainda que potenciais, são sujeitos legitimados para suposta ação de ressarcimento de danos, esta é matéria que escapa à disciplina publicística do antitruste. Mas é inegável que, para a doutrina, existem diversas linhas coincidentes entre as áreas de proteção da concorrên-

¹ Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1990, p. 67.

cia e de proteção dos concorrentes.²

O que se reclama nestes autos, exclusivamente em função da titularidade coletiva dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 8.884/94, não é o provimento de um interesse singular, mas sim assegurar as condições de concorrência e reprimir o abuso de poder de mercado – art. 173, § 4º, da CF –, isto é, tutelar o interesse coletivo pela manutenção de um mercado competitivo. Isso redundaria em benefícios para os indivíduos e não desnatura o caráter difuso do antitruste. Os fatos apurados neste processo administrativo são, gritante e inequivocamente, matéria de competência do CADE. A tipificação da conduta e a aplicação das eventuais sanções cabíveis, como se verá, encontram-se exclusivamente no âmbito das denominadas punições por infrações à ordem econômica. Inafastável, portanto, a competência em razão da matéria do CADE.

Outra preliminar alvitrada pela Representada diz respeito à “**inépcia**” da representação. Há que se destacar, enfaticamente, que, nos termos da lei, feita a representação, a autoridade passa a ter o dever de investigar, seja promovendo “averiguação preliminar” seja instaurando, desde logo, caso os indícios sejam suficientes, o processo administrativo. Registre-se a lição de FÁBIO ULHOA COELHO sobre o tema:

*“Notem-se bem os limites da competência discricionária aqui referida. Circunscreve-se esta à definição do instrumento investigatório mais apropriado à apuração da infração, em cada caso. No tocante à necessidade de se proceder à investigação, a **competência é vinculada**. Assim, **não poderá o Secretário de Direito Econômico deixar de tomar uma das duas providências assinaladas na lei** – instaurar averiguação preliminar ou processo administrativo – sempre que tiver conhecimento, por representação de terceiro ou por qualquer outro meio, da ocorrência de fato que possa eventualmente configurar infração contra a ordem econômica”³*

Ora, a “inépcia da inicial”, segundo os processualistas, é tida como vício insanável e que redundaria no indeferimento liminar do pedido. Trata-se,

² Cf. Alberto Toffoletto. Il Risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della norma antitrust. Milão. GiuffrÉ, 1996, p.9

³ Cf. Fabio Ulhoa Coelho, Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 100, grifos nossos.

assim, de defeito substancial e insuscetível de correção⁴. No caso em exame, a representação não só foi considerada apta a gerar os efeitos de direito como também implicou a conseqüente abertura do processo administrativo. Clara, objetiva e vazada em linguagem adequada – como no caso em exame –, depois de apresentada, a representação sempre vincula à Administração, que só pode reagir de dois modos: instaurando a averiguação preliminar ou determinando a abertura do processo administrativo. “*Tertium non datur*”. É dizer, não existe espaço para o indeferimento da representação por inépcia, notadamente no âmbito da SDE. Lá, até o arquivamento do processo está sujeito ao recurso de ofício ao CADE.

A última preliminar levantada parte do pressuposto de que teria havido, após a instauração do processo administrativo, modificação dos fatos investigados pela Autoridade, com violação aos princípios da irretratabilidade e da imutabilidade, maculando-se a **regularidade do processo**.

A argumentação não procede, como bem destacou a d. Procuradoria do CADE ao manifestar-se da seguinte forma: “(...) tal entendimento não merece prosperar, posto que todos os incisos do art. 21 da Lei 8.884/94 são meramente exemplificativos e não caracterizam reforma prejudicial à Representada. Além disso, os fatos investigados continuam sendo os mesmos, havendo apenas um melhor juízo de apreciação, quanto ao enquadramento legal dos fatos. Por fim, ressalte-se que a punição *in abstracto* para o inciso XVIII e para o inciso XV é a mesma.” (fls. 549)

O que importa, na verdade, é a descrição inicial dos fatos a serem apurados durante o procedimento administrativo, e tais fatos já haviam sido descritos por ocasião do primeiro despacho (fls. 233/246). Tanto não é fundamental o enquadramento legal dos fatos que o rol de condutas elencadas no art. 21 é meramente exemplificativo, podendo haver prática anticoncorrencial nele não descrita. O correto enquadramento legal, no caso, só foi possível após uma melhor cognição, tudo a partir dos fatos relatados já no despacho inicial. Dito de modo simples: não falta ao processo a especificação dos fatos que constituem a infração.

Ademais, apesar do erro material que ocasionou a retificação do despacho (“re-ratificado” às fls. 305/306, publicado no DOU em 27.08.98, fls. 309) do Secretário da SDE, não há se falar em cerceamento de defesa. Ainda que se argumente que os tipos descritos nos incisos do art. 21 deveriam constar do despacho inicial, foi aberta à Representada a possibilidade de manifes-

⁴ Cf. José Joaquim Calmon de Passos, Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, Forense, s.d., III vol, p. 205

tação acerca da retificação efetuada, tanto que assim o fez às fls. 312/318. Da mesma forma lhe foi possibilitada a produção de todos os tipos de provas pertinentes à imputação. Diga-se, ainda, que, antes mesmo da re-ratificação de fls. 305/306, de **27.08.98**, já em **07.10.97** a Representada insurgia-se contra a acusação de açambarcamento (fls.191).

No que diz respeito à questão temporal, da mesma forma, não há se falar em extensão do prazo analisado. Esse período não foi limitado pelo despacho de instauração do processo administrativo, muito embora o parecer técnico da SDE refira-se, em seu corpo, ao período de duração da prática.

Inadmissível seria limitar a apuração das infrações do processo administrativo ao período de vigência da cláusula de exclusividade, uma vez que seus efeitos perpetuaram-se por um período superior à vigência da referida cláusula. Defender a necessidade de instauração de novo processo significaria lamentável e absoluta afronta ao princípio da economia processual.

Não se pode olvidar que, para a esmagadora maioria dos estudos antitruste, “a via penal tem sido alheia, por completo, à defesa da concorrência”. E isso por duas razões simples e bem captadas pela doutrina melhor afinada com a lógica antitruste:

“a primeira dificuldade para estabelecer fatos penais que cumpram o princípio da taxatividade: o direito concorrencial tem, necessariamente, que se orientar por tipos de caráter normativo muito indeterminado; as noções de ‘abuso de posição dominante’ ou ‘prática concertada que limite a concorrência’ dificilmente ajudariam a fixar tipos penais que respondessem à máxima da ‘lex certa’. O segundo inconveniente deriva das estritas razões de política criminal. Nas sociedades européias não existe, na consciência social, um repúdio declarado às práticas anticoncorrenciais. A consolidação do direito da concorrência é quase um indicador de boa saúde econômica. Somente países com apreciável grau de bem estar econômico têm estabelecido mecanismos de defesa diante do poder econômico. Por isso, trata-se de um direito essencialmente contemporâneo, cujas diretrizes nem sempre se impõem a outros interesses públicos. Não é difícil encontrar, na mesma lei de concorrência, exceções ou imunidades em razão de fins e interesses gerais, como o crescimento econômico, o aumento das exportações, o progresso técnico e, recentemente, a proteção ambiental. Nestas condições, o recurso ao ‘ius puniendi’ seria despropositado.”⁵

⁵ Cf. José Maria Baño Leon. Potestades administrativas Y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia. Madrid, MacGraw-Hill, 1996, p.06.

Por isso, sabiamente, o legislador nacional previu sanções administrativas que não tem as mesmas rígidas limitações das sanções penais e afastam, na lição de Baños Leon, esses dois graves inconvenientes para a vigência efetiva “*ius puniendi*” no direito da concorrência.

Portanto, afasto totalmente a aplicação de critérios de direito penal, inadequados para tratar com os conceitos indeterminados que orientam a prática antitruste, e repilo, igualmente, pelos vários motivos aqui arrolados, as preliminares que se apegam na suposta ampliação do raio de discussão.

Cumprе ressaltar que a lógica dos processos administrativos é muito distinta daquela do processo civil. Por isso, com razão, Odete Medauar ensina que

*“...o processo administrativo direciona-se à realização da justiça não só pelo contraditório e ampla defesa vistos do ângulo do indivíduo, mas também por propiciar o sopesamento de vários interesses envolvidos numa situação.”*⁶

Também por isso, não há que se falar, “in casu”, em irregularidade de procedimento, incompetência, inépcia e ausência de pressupostos de constituição do processo, como se o processo administrativo do CADE estivesse equiparado ou jungido aos rigores dos processos civil e penal.

Vê-se, portanto, que nenhuma das preliminares pode prosperar.

III. Do Termo de Compromisso de Desempenho e de seus efeitos.

O presente **processo administrativo** teve início com uma representação protocolada em **02.09.97**. Entretanto, anteriormente a isso, em 23.05.96, WHITE MARTINS e UNIGASES apresentaram à SDE **ato de concentração** que teve como principal mercado relevante exatamente o de gás carbônico. O indigitado ato de concentração foi aprovado, em **01.09.99**, mediante “Termo de Compromisso de Desempenho”, definido pelo CADE e formalizado em **08.12.99**.

⁶ Cf. Odete Medauar. Direito Administrativo Moderno. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p.195

A Representada alega, em parecer da lavra dos Professores Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, em breve síntese, que o Termo de Compromisso de Desempenho firmado no Ato de Concentração teria o condão de produzir os efeitos de um Termo de Compromisso de Cessação de Prática no Processo Administrativo de açambarcamento de matéria-prima, dado que, pela abrangência das cláusulas lá ajustadas, estariam preenchidos os pressupostos da hipótese normativa do art. 53 da Lei nº 8.884/94. Deste modo, a Representada estaria impedida de realizar o açambarcamento de matéria-prima, visto estar obrigada, pelo Termo de Compromisso de Desempenho, a disponibilizar seus excedentes para o mercado a preços normais. Além disso, não poderia mais fazer uso de cláusula de exclusividade que, até então, utilizava nos contratos com suas fornecedoras de matéria-prima. Não prospera, entretanto, tal entendimento. É impossível mesclar, ao arrepio do Direito, institutos jurídicos tão diversos como o Termo de Compromisso de Desempenho e o Termo de Compromisso de Cessação de Prática, bem definidos e diferenciados pela Lei de Defesa da Concorrência. É grande a diversidade entre esses institutos. São díspares em seus objetos, finalidades e efeitos. Os próximos parágrafos procurarão realçar essas substanciais diferenças.

O Termo de Compromisso de Desempenho tem caráter eminentemente **impositivo**, visto que determina condições sem as quais não são compensados os efeitos eventualmente anticoncorrenciais, nem atingidas as eficiências econômicas que justifiquem a aprovação do ato pelo CADE. Trata-se, em síntese, de explicitação dos requisitos necessários para a aceitação de atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados. Porém, demonstrado o preenchimento dessas condições, em larga escala cessa a discricionariedade do CADE para aprovação da operação. Parte considerável da doutrina entende, ainda, que isso seja discutível do prisma teórico e legal, que, atendidas as condições dos incisos do §1º do art. 54, a aprovação da operação é obrigatória. Só a partir dessa ótica é possível compreender a lógica dos compromissos de desempenho. Em outras palavras, uma vez aprovado o ato pelo Conselho, este pode fixar metas qualitativas e quantitativas a serem atingidas pelas requerentes, a fim de delimitar, no caso concreto, as eficiências econômicas a serem buscadas com o intuito de preservar as condições de concorrência no mercado após a operação⁷.

Portanto, o Compromisso de Desempenho formaliza um pacto entre a autoridade administrativa (CADE) e os requerentes da concentração, a fim de garantir a obtenção das eficiências que compensem os efeitos anticoncor-

⁷ Cf. Pedro Dutra. A concentração do Poder Econômico, in: Revista de Direito Econômico, nº 23, 1996, pp. 118 e segs.

renciais do ato. Seu objeto é composto de cláusulas que fixam as metas qualitativas e quantitativas (Lei nº 8.884/94; art. 58, § 2º), de natureza prioritariamente estrutural. A intenção deste Compromisso é ajustar as estruturas de mercado (em primeiro plano) e as condutas (em segundo plano) das empresas requerentes, visando a manutenção das condições de livre concorrência no mercado, após a aprovação pelo controle prévio⁸.

Não se pode atribuir ao Compromisso de Desempenho o condão de produzir os mesmos efeitos do Compromisso de Cessação. O que ocorreria se a Representada descumprisse o Termo de Compromisso de Desempenho? O CADE deveria desconstituir a operação e, ao mesmo tempo, executar judicialmente a obrigação nele contida (Lei nº 8.884/94, art. 53, § 4º)? Deveria seguir com o processo administrativo para apuração do açambarcamento de matéria prima, ou este estaria suspenso? Isso deixa claro que Cessação e Desempenho são institutos distintos que, por suas peculiaridades, não podem ser misturados nem confundidos. O art. 58, § 3º da Lei nº 8.884/94 dispõe que, na eventualidade de as requerentes descumprirem injustificadamente o Compromisso de Desempenho, a aprovação do Ato pelo CADE será revogada, com a abertura do processo administrativo para adoção das medidas cabíveis, nos termos do art. 55 do mesmo diploma legal. Percebem-se, de plano, os efeitos pontuais e limitados do seu descumprimento.

Por sua vez, o Termo de Cessação de Prática constitui um **benefício**, definido em Lei, ao Representado em um processo administrativo, para apuração de infração à Ordem Econômica. O disposto no art. 53, *caput*, da Lei nº 8.884/94 deixa clara a competência discricionária do CADE ou da SDE, *ad referendum* deste Conselho, para optar pela celebração do Termo de Cessação de Prática, em face dos possíveis danos que poderiam derivar à concorrência das delongas do mencionado processo administrativo. Esta competência deverá ser exercida, por óbvio, dentro dos ditames constitucionais e legais que delineiam a formação da vontade administrativa. Porém, como se viu, a mesma discricionariedade não está presente no Compromisso de Desempenho.

Destaque-se que é impossível cogitar da realização do Compromisso de Cessação para práticas que não estejam em andamento. Nessas hipóteses, inexistiria o interesse público de restaurar as condições concorrenciais efetivas no mercado, em detrimento da repressão ao abuso do poder econômico. Registre-se, nessa direção, o entendimento da ilustre ex-Conselheira Lucia Helena Salgado:

⁸ Cf. Pedro Dutra. A concentração do poder econômico – Aspectos jurídicos do art. 54 da Lei 8.884/94, in: Revista do IBRAC, vol. 03, nº 08, pp. 5 e segs.

*“A racionalidade, portanto, do instituto (Compromisso de Cessação de Conduta) está no restabelecimento de uma situação concorrencial, a qual se encontra comprometida por atos cujos efeitos são defesos por lei. Assim, afastados tais efeitos mediante o Compromisso de cessar o ato, restaura-se a concorrência, bem jurídico tutelado pela Lei nº 8.884/94. Há, pois, uma relação de causalidade entre o compromisso assumido e o fim para o qual foi utilizado, qual seja a recuperação de uma situação de concorrência. **Quando os fins não mais persistem, não há qualquer utilidade ou fim na celebração de um Compromisso de cessação do ato sob apuração, visto que não existe o que se restabelecer.** O Compromisso de Cessação assumido nestas circunstâncias (...) consubstancia em ato administrativo informado de finalidade estranha ao interesse público, sendo portanto ilegítimo e nulo.”⁹(grifos nossos)*

Ademais, cumpre destacar que o discutido comprometimento do excedente pela cláusula de exclusividade – contrato White Martins/Ultrafertil – era tema reconhecida e expressamente afastado do exame no Ato de Concentração em que foi firmado o Compromisso de Desempenho. Àquela época, com a alteração da cláusula de exclusividade, a BOC estaria adquirindo parte do excedente. Destaque-se que o indigitado contrato foi aditado em duas ocasiões: a primeira, em **01.07.96**, estabelecendo a exclusividade; a segunda, em **10.12.97**, afastando-a. A revogação da cláusula de exclusividade relativa à fonte da Ultrafertil, desde **10.12.97**, era o que bastava para assegurar a cessação da prática de açambarcamento e mitigar a caracterização das demais práticas ilícitas. O Ato de Concentração só foi apreciado em **01.09.99**. Portanto, quando firmado o Compromisso de Desempenho, o problema do açambarcamento já não existia e, conseqüentemente, sequer poderia ser objeto de cessação. Cessar o quê, se a prática estava superada? Isso não passou despercebido no voto do Relator do Ato de Concentração, ilustre Conselheiro Mércio Felsky, que destacou:

“Foi denunciada pela Messer Griesheim a existência de excedentes não utilizados de CO₂ nas operações da White Martins com a Ultrafertil em Cubatão, excedente este comprometido por cláusula de exclusividade, o que

⁹ Voto proferido no Processo Administrativo nº 29/92, em 14 de outubro de 1992. José Inácio Gonzaga Franceschini, in *Direito da Concorrência – Case Law*, 2ª ed., Ed. Singular, São Paulo, 2000, pp. 306 e 307, grifos nossos.

*poderia caracterizar açambarcamento de recursos. Tendo em conta estes dados, o excedente correspondente ao fornecimento de matéria-prima não utilizada, à época, pela planta da WHITE MARTINS em Cubatão (disponibilidade contratada junto à Ultrafértil – 370 tpd – menos capacidade nominal da planta – 200 tpd –), não seria de 170 tpd, mas cerca de 137 tpd. Posteriormente, deste excedente, 100 tpd foram **contratadas pela empresa BOC**. Assim, quanto a essa fonte by product, considero o **tema superado**, para efeitos da análise do presente Ato de Concentração, lembrando, ainda, que **a citada conduta já é objeto de investigação em Processo Administrativo, atualmente sob a análise da Procuradoria do CADE.**” (Grifos nossos)*

Não é preciso grande digressão para se concluir que uma das cláusulas do Termo de Compromisso, na literalidade da expressão normativa, **necessariamente** (art. 53, §1º), é aquela que obriga o representado a “**fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido**” (art. 53, §1º, “a”). Ora, se a prática investigada, quando da assinatura do Compromisso de Desempenho, já tinha cessado (visto que o aditamento havia suprimido a exclusividade do contrato), que sentido poderia ser emprestado aos termos “**fazer cessar prática**”? Não há outro, a não ser o de admitir que, no momento de formalização do Compromisso, a prática existia! E mais: como a prática investigada, repita-se, já tinha cessado, qual o sentido de se estabelecer “**prazo**” para cumprir obrigação implementada anteriormente? Assim, uma das cláusulas necessárias (§ 1º do art. 53) para o Termo de Compromisso de Cessação era verdadeira condição impossível e irrealizável. Sem prática em curso e atual, não há que se falar em cessação. Não havia nada a cessar. Por isso, o Compromisso de Desempenho firmado no Ato de Concentração não se encaixa, nem formal nem materialmente, no figurino desenhado pelo Compromisso de Cessação. Para usar algumas figuras de retórica freqüentes na Teoria do Direito, em especial na Teoria das Normas, enquanto o Compromisso de Cessação de Prática recobre o leito das condutas anticoncorrenciais como um lençol, o Compromisso de Desempenho mais se parece com uma fronha sobre a cama; ou, ainda, o Compromisso de Desempenho é uma tela que não se enquadra na moldura oferecida pela lei ao Compromisso de Cessação¹⁰.

Como se isso não bastasse, o Compromisso de Cessação deve versar sobre “**prática investigada**” (novamente, art. 53, §1º, “a”). Ocorre que, em sede de ato de concentração, nenhuma prática é objeto de investigação. Nova

¹⁰ Para a comparação entre a fronha e o lençol, ver Noberto Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980. Para a alusão à tela e à moldura, a referência é Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Coimbra, Armenio Amado, 1979.

razão para que se afaste, peremptoriamente, a mais leve possibilidade de confusão entre os efeitos do Compromisso de Desempenho firmado e as consequências de um inexistente Compromisso de Cessação. Daí o acerto, no voto que determinou o Compromisso de Desempenho (Ato de Concentração nº 78/96), de considerar “**tema superado**” o açambarcamento, visto que a “citada conduta já é objeto de Processo Administrativo”. Separou-se, claramente, aquela análise preventiva e prospectiva de estruturas do exame repressivo e retrospectivo de condutas. Mais não é preciso dizer para que não se empreste, ao Compromisso de Desempenho, os efeitos pretendidos pelas requerentes. O Termo de Compromisso de Desempenho, dada a natureza prospectiva do exame dos atos de concentração (coisa muito diversa da índole retrospectiva da análise de condutas), estaria mais preocupado com novas fontes, novas disputas, novas tecnologias, isto é, com o futuro (vide cláusulas 2.1 e 2.2). Também esteve preocupado, em relação aos contratos vigentes, em excluir cláusulas de preferência ou de exclusividade (cláusula 2.5). Mas não se preocupou, nem poderia fazê-lo, com as exclusividades já revogadas, notadamente aquela que gerou a representação, vale dizer, a relativa à fonte da Ultrafértil.

O parecer, juntado ao Memorial oferecido pela Representada, assim versa:

“Os apedeutas e mais açodados poderiam concluir que a celebração do Compromisso de Cessação somente é possível nos autos do processo administrativo. Essa assertiva, no entanto, careceria de sentido jurídico desde o momento em que o instrumento fosse firmado por quem teria competência para fazê-lo, lembre-se ser bastante comum, em processos judiciais, que as partes transijam e, posteriormente, levem o termo a conhecimento do juiz que o homologa. É também comum que a transação efetuada em determinado processo seja protocolada em outros para nele produzir efeitos. *O que determina o caráter jurídico do ato é o seu objeto, não o local de sua formalização.*” (p.25)

Com a devida vênia, é preciso dar o merecido realce ao princípio da oficialidade (Lei Federal nº 9.784/99, art. 2º, XII), que informa os processos administrativos na busca do interesse público tutelado e muito difere dos processos judiciais sobre interesses disponíveis. A livre concorrência é um valor difuso e preservado constitucionalmente. É, portanto, bem indisponível por esta autarquia, não fazendo qualquer sentido assemelhar o Compromisso de Cessação, vale dizer, adotado por decisão administrativa fundada em competência discricionária, à homologação judicial de transações da esfera privada de interesses. Precisa, a respeito, a lição de José Maria Baño Leon:

“A preferência por técnicas de direito administrativo sobre as propriamente civis está baseada na importância dos interesses que a defesa da concorrência protege. Ao legislador não pareceu suficiente impor limites aos particulares, entendeu ser mais apropriado encarregar a Administração de tutelá-los diretamente.”¹¹

Não se pode atribuir os efeitos de específico instituto jurídico, como é o Compromisso de Cessação, pela via de elástica e, sempre com a devida vênia, equivocada interpretação analógica com o Termo de Compromisso de Desempenho, firmado no AC nº 78/96, como pretende a Representada. Primeiramente, porque esta não foi a decisão das autoridades administrativas antitruste para a tutela da concorrência no caso concreto. Em segundo lugar, por ser impossível atribuir os efeitos do Compromisso de Cessação (suspensão do processo administrativo e seu posterior arquivamento) ao Compromisso de Desempenho, decorrente de ato de natureza jurídica e finalidade tão diversa, como é o procedimento para controle preventivo das estruturas de mercado, previsto no art. 54 da Lei nº 8.884/94.

O §2º do art. 53 da Lei nº 8.884/94 é claro: “o processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação”. O Compromisso de Desempenho firmado no Ato de Concentração White Martins/Unigases (art. 58), ao qual se pretende emprestar a natureza de Compromisso de Cessação (art. 53), foi determinado pela decisão de **01.09.99** (data do julgamento), publicada em **24.09.99**, e, finalmente, assinado em **08.12.99**. Desde aquela data, apesar das inúmeras oportunidades que teve para requerer, nos termos do §2º do art. 53 da Lei nº 8.884/94, a suspensão do processo, a Representada jamais o fez. Registre-se, de início, que a primeira manifestação da Representada neste processo, após a celebração do Compromisso de Desempenho naqueles outros autos (**08.12.99**), data apenas de **13.02.01**. E não há nela nenhum pedido de suspensão do processo. Depois disso, em prolixa manifestação de **04.04.01** (fls. 582/599), novamente não há a menor menção à suspensão do feito. O mesmo acontece nas petições de **21.05.01** (fl. 627) e **24.05.01** (fl. 652). Apenas em **28.05.01** a representada trouxe aos autos cópia do Compromisso de desempenho firmado no Ato de Concentração nº 78/96 (fls. 659/668) e, ainda assim, sem solicitar a suspensão (vide petição de fls. 658). Por fim, nem mesmo no memorial consignado às vésperas da segunda

¹¹ Cf. José Maria Baño Leon, *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*. Madri, McGraw-Hill, 1996, p. 6

data de julgamento fixada pelo ex-relator (06.06.01, conforme despacho de fls. 654), quando então juntou-se o parecer com a tese que assemelha os compromissos de Desempenho e Cessação, a Representada requereu a suspensão do feito. Ao contrário disso, em petição de 24.05.01, a Representada pediu o “adiamento do julgamento” (fl. 652). Resta evident ssimo que a Representada, até então, jamais cogitara de revestir o Compromisso de Desempenho com a indumentária de Compromisso de Cessação. Se assim era para o Administrado, o que dizer para Administração?

Mas não foi apenas em relação   fonte da Ultrafértil que o Termo de Compromisso, por forçá do voto no Ato de Concentração n  78/96, não surtiu nenhum efeito e nem representou o momento da cessação da prática. Para condutas anticoncorrenciais observadas ao longo da análise daquela operação – como, por exemplo, a existência de eventual açambarcamento de recursos junto à REPLAN – foi determinada a abertura de processo administrativo. Vale a pena transcrever parte daquele voto:

“Quanto   existência de um possível segundo açambarcamento de recursos junto à REPLAN, como bem demonstrado pela Procuradoria do CADE, há indícios bem mais fortes de conduta infrativa à ordem econômica. Tendo por base as argumentações desenvolvidas pela Procuradoria do CADE, bem como manifestação da Petrobrás de fls. 4457/4460, determino imediata abertura de Processo Administrativo para apuração da prática.” (fls. 5140)

O Compromisso de Desempenho nasceu da convicção de que o fortalecimento da posição dominante da White Martins deveria ser compensado com eficiências que neutralizassem o dano   concorrência. Evidentemente, isso nada tem a ver com um Compromisso de Cessação!

Como se v , não se pode atribuir efeitos comuns a institutos tão diversos como são o Termo de Compromisso de Desempenho e o Termo de Cessação de Prática, bem como não se pode ignorar a eventual ocorrência de uma infração à Ordem Econômica, apurada durante a vigência da cláusula de exclusividade entre a White Martins e a Ultrafértil. Pelas razões expostas, rejeito por completo a tese de que o Compromisso de Desempenho equivaleria ao Compromisso de Cessação.

Não tendo, com toda a certeza, a natureza de Compromisso de Cessação – quer em relação   fonte da Ultrafértil quer em relação   fonte da REPLAN – poder-se-ia argumentar, por insistência, que as revogações das demais exclusividades, previstas como condição do Compromisso de Desempenho, teriam, estas sim, a feição de Compromissos de Cessação. Também essa

idéia, apesar de criativa, não prospera. As razões não são distintas daquelas já arroladas, mas vale a pena sumariá-las, a título de resumo:

(a) as cláusulas dos compromissos de desempenho são meros lembretes de obrigações legais – *condicchio iuri* – que o administrado deve observar em função da lei (não cabem, aqui, condições negociais diversas daquelas previstas no §1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94); portanto, sua abrangência sempre será diversa daquela dos compromissos de cessação;

(b) as finalidades de interesse público presentes num ato de concentração (e, conseqüentemente, num compromisso de desempenho) não visam remover uma proibição repressiva ou uma sanção administrativa, como no caso dos compromissos de cessação, razão pela qual os dois institutos não se confundem;

(c) nos compromissos de desempenho, como atos administrativos estritamente regulados, não há margem para a discricionariedade; diversamente, nos compromissos de cessação, as condições impostas são uma técnica administrativa de proteção dos interesses públicos e, conseqüentemente, se valem de maior flexibilidade; também por isso os dois instrumentos não se confundem;

(d) nos atos de concentração as requerentes aguardam uma autorização do CADE; nos processos administrativos, estão sujeitas à imposição de sanções – logicamente, isso também cria enormes diferenças entre os institutos do Desempenho e da Cessação;

(e) enquanto nos compromissos de desempenho se fala no “cumprimento de condições” (art. 58), isto é, fatos futuros e incertos dos quais depende a manutenção ou a revogação da aprovação (art. 58, §3º), nos compromissos de cessação se fala em “obrigações do representado”, sendo que, seu descumprimento, gera a imediata execução judicial (Art. 53, §4º) – notórias as diferentes acepções jurídicas dos dois instrumentos.

Assim, a conclusão a que se chega é a de que é inadmissível a confusão entre Desempenho e Cessação.

IV. Teoria dos Atos Próprios

A alegação de que o Compromisso de Desempenho teria assumido papel de Compromisso de Cessação de Prática, o que impediria o curso do processo administrativo, carece de fundamento também sob a ótica da veda-

ção ao “*venire contra factum proprium*”. A suposta aparência de Compromisso de Cessação de Prática, que se quer dar ao Compromisso de Desempenho celebrado, não se mostra razoável, uma vez que são bem definidos os momentos processuais em que essas figuras se aperfeiçoam. O curso do processo administrativo, portanto, não foi e nem está obstado. E nem poderia ser diferente. Primeiramente, porque o Compromisso de Desempenho firmado não possui sequer longinquamente a aparência de Compromisso de Cessação. Em segundo lugar, mesmo que tivesse essa aparência, ainda assim deveria ser interpretado na forma preconizada por Alejandro Borda:

*“Entendemos que todo recurso a la apariencia jurídica debe ser usado en última instancia y siempre que no exista una mejor explicación, porque resulta conveniente acudir a la realidad y no a las apariencias.”*¹²

Tem-se, portanto, que a aplicação da teoria dos atos próprios restou prejudicada, visto que se partiu de uma falsa premissa. Somente seria possível reconhecer-se um Compromisso de Cessação, no momento da celebração de um Compromisso de Desempenho, se houvesse uma menção expressa a essa figura.

Nesse aspecto, em nada ofende a segurança jurídica o trâmite deste processo administrativo. Temerário seria atribuir ao Compromisso papel distinto daquele que sua forma e conteúdo lhe conferem e deixar-se, por conta disso, de investigar a existência de prática anticoncorrencial em sede de processo administrativo.

Dessa forma, a teoria dos atos próprios não pode se aplicar ao caso em questão, simplesmente porque não se está discordando do ato já praticado. Não é possível emprestar ao Compromisso de Desempenho o caráter que pretende a requerente, uma vez que é estranho à sua natureza. Novamente, na lição de Borda:

*“En otras palabras, el venir contra hecho propio comprende no ya destruir lo realizado, sino también desconocerlo o evitar sus consecuencias o eludirlo”.*¹³

¹² Cf. Alejandro Borda, *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 2000, p.65, grifos nossos.

¹³ Cf. Alejandro Borda, *op.cit*, p 53.

Nesse aspecto, cabe perguntar se, no momento em que se firmou o Compromisso de Desempenho, era intenção da Representada ou da Administração obstar o curso de um eventual processo administrativo. Nenhuma menção foi feita à suspensão do processo naquele compromisso. Ao contrário, na decisão do ato de concentração foi feita expressa ressalva quanto aos fatos apurados neste Processo Administrativo. Além disso, obviamente, o Processo Administrativo prosseguiu com sua tramitação normal. Por que a Representada não tentou trancar seu andamento? Evidentemente, porque não era esse o espírito da decisão. Por essas razões, não há “fato próprio” contra o qual o CADE possa se insurgir. Com a devida vênia, emprestar os efeitos da Cessação ao Compromisso de Desempenho seria, agora, equivalente a caracterizar como de má-fé a conduta de quem o firmou ocultando efeito tão relevante. A pretensão, de toda forma, resultaria frustrada, seja pelos motivos já expostos seja por ficar constatada uma tentativa de desvio e desvirtuamento da natureza e dos objetivos do Compromisso de Desempenho:

“Desde luego, el agente receptor del comportamiento debe haber obrado de buena fe. La mala fe impide la aplicación de la teoría de los actos propios. Ello resulta claro si se considera que esta teoría impide el obrar contradictorio que lesiona la confianza suscitada en otra parte de la relación y no parece aceptable que se pueda hablar en confianza en un sujeto que obra de mala fe.”¹⁴

Tudo isso sem contar, evidentemente, que não pode mesmo haver boa-fé contra expressa disposição de lei. Se cláusulas legalmente necessárias ao compromisso de cessação de prática – como a obrigação de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido (art. 53, §1º, “a”) – eram impossíveis no caso concreto, evidente que aquele Compromisso de Desempenho, por essa e pelas demais razões expostas, nunca teve a mais leve conotação de Compromisso de Cessação de Prática. Daí também se afastar, totalmente, uma eventual incidência da Administração na vedação do “*venire contra factum proprium*”.

V. Análise da Conduta

O presente processo administrativo circunscreve-se ao exame, à luz

¹⁴ Cf. Alejandro Borba, op.cit, p. 78

da regra da razão, da existência ou não de limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência, dominação de mercado relevante e abuso de posição dominante (art. 20, I, II e IV da Lei nº 8.884/94), por conta das seguintes condutas imputadas à Representada: (i) criação de dificuldade à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente; (ii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo; (iii) açambarcar matéria-prima (art. 21, V, VI, e XV, da Lei nº 8.884/94).

Quais os fatos? A Representante alega que, pretendendo atuar no mercado de CO₂, teve seu funcionamento dificultado por barreiras de acesso à matéria-prima (o chamado subproduto). Afirmar, ainda, que, praticamente, todas as fontes do subproduto estão (ou estavam, naquela ocasião) contratualmente comprometidas com a Representada. Destaca, especialmente, (i) o peso da exclusividade sobre a fonte da Ultrafertil, conseguida pela White Martins) e (ii) o risco representado pela possibilidade da White Martins obter um novo contrato com a Petrobrás, em São José dos Campos. A Representante ressalta suas tratativas com a Ultrafertil – detentora de uma fonte privilegiada do subproduto, por suas características técnicas de pureza e localização da planta – para a aquisição do **excedente** de dióxido de carbono, inclusive com carta de intenção formalizada. Contudo, em 09 de julho de 1996, a Ultrafertil colocou fim às tratativas, com fundamento em compromisso anterior que teria com a White Martins/Liquid Carbonic, nos seguintes termos:

“(...) Tínhamos um Compromisso de opção, na forma de primeira recusa, com as empresas White Martins/Liquid Carbonic referente à aquisição de toda a nossa disponibilidade de dióxido de carbono.

Somente em 30 de junho do corrente concluímos as negociações com essas empresas, quando firmamos um contrato de 10 (dez) anos para a venda de toda a nossa disponibilidade de dióxido de carbono.

Desta forma, dependíamos da posição definitiva da White Martins/Liquid Carbonic, dentro do prazo do nosso compromisso, para podermos posicioná-los adequadamente, apesar de serem V.Sas. a segundo alternativa nas negociações.

Assim sendo, estamos compromissados com a White Martins/Liquid Carbonic nos próximos 10 (dez) anos em toda a nossa disponibilidade de dióxido de carbono(...)” (fl. 54)

Alegou a Representante que, em especial, a fonte da Ultrafertil estaria sendo subaproveitada. Em suas palavras:

*“Disso decorre o fato gravíssimo, que chega mesmo a ser **escandaloso**, de que a White Martins, ora Representada, por ser incapaz de processar e comercializar todo o CO₂ que monopoliza, simplesmente **dispersa no ar o excesso que não utiliza, tudo com a única e evidente finalidade de afastar e impedir a concorrência, o que caracteriza as práticas de impedir o acesso de novas empresas ao mercado, impedir o acesso às fontes de matéria prima e açambarcamento ilícito, tal como definido nos incisos V, VI e XV do art. 21, combinados com os incisos I, II e IV, do artigo 20 da Lei 8.884/94.**”* (fl. 11, grifos da Representante)

Convém reproduzir, por ser relevante para a compreensão do caso, o disposto no 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO₂), firmado entre Ultrafertil e White Martins em **01.07.96** (fls. 134/138):

“Na Cláusula 9 – DAS DISPOSIÇÕES GERAIS -, será acrescido o seguinte item:

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.”

Vale notar que, no âmbito do AC 78/96, em **23.03.97**, foi realizada audiência na SEAE, na qual a Representada teria renunciado à exclusividade sobre os excedentes na Ultrafertil. Depois disso, em **01.10.97**, a White Martins enviou minuta de aditivo com esse teor à outra parte do contrato. Note-se que a representação data de **02.09.97** (fls. 03), isto é, é anterior ao encaminhamento do aditamento à Ultrafertil. Além disso, o instrumento só foi firmado em **10.12.97**, vale dizer, 3 meses após a apresentação da representação. O documento reduz de 370 para 200 tpd o volume de CO₂ e revoga a Cláusula 9.2 (exclusividade).

O mercado de CO₂ sempre foi concentrado. Até janeiro de 1996 havia um monopólio da Liquid Carbonic. A partir daquela data, a White Martins, com base em contrato firmado com a Ultrafertil em **25.11.94**, ingressou no mercado. O duopólio perdurou por curto período, ou seja, até 30.04.96, quando a Liquid Carbonic foi adquirida pela White Martins. Restabelecido o monopólio, em **01.07.96** foi firmado o 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Dióxido de Carbono (CO₂) firmado pela Ultrafertil S.A. e White Martins Gases Industriais S.A. Dentre as condições nele estabelecidas, além da exclusividade mencionada (cláusula 9.2), elevaram-se as quantidades a serem ofe-

recidas pela Ultrafertil (de 200 tdp para 370 tdp) e ampliou-se o prazo do contrato (agora, 10 anos contados do aditamento) e o período da renovação (outros 10 anos). O 2º Termo de Aditamento, firmado em 10.12.97, como dito, reduziu a quantidade de CO₂ disponível e revogou a exclusividade na aquisição de excedentes.

Assim, em relação à fonte da Ultrafertil, pode-se afirmar, com certeza, que a conduta investigada teve início em **01.07.96** (data do 1º Termo de Aditamento, firmado quando a representada era monopolista) e só foi interrompida, na melhor das hipóteses para a Representada, em **01.10.97** (data do envio, pela White Martins, do 2º Termo de Aditamento para a Ultrafertil). Exatos 450 dias. O fato de a conduta ter cessado – mas, repita-se, cessado após a representação formulada pela Messer, em 02.09.97 – não afasta o exame dos efeitos anticoncorrenciais eventualmente gerados naquela ocasião.

É certo que a White Martins, em razão de seus planos de expansão, tomou a iniciativa de promover a exclusividade com a Ultrafertil (fl. 684). É certo, igualmente, que, se num contrato comercial todas as partes devem esperar benefícios econômicos, enquanto que para a Ultrafertil era indiferente saber qual seria o comprador (tanto que negociava com a Representante), para a White Martins – repita-se: a monopolista – o benefício residia, justamente, na construção de barreiras à entrada de concorrentes. Não há dúvidas de que a iniciativa do primeiro aditamento teve como objetivo a manutenção do controle sobre a oferta de insumos. O brevíssimo lapso temporal entre a entrada no mercado da White Martins (janeiro de 1996), a assunção da posição monopolista (abril de 1996) e o primeiro Termo de Aditamento que lhe garantiu exclusividade sobre os excedentes (julho de 1996), está a demonstrar a importância estratégica daquela fonte.

Tudo isso vem agravado pelo fato de que a Representada, confessadamente, reconhece que a exclusividade sobre os excedentes estava acima das quantidades máximas que sua fábrica teria capacidade de produzir. Pouco convincente e carecedor de argumentação econômica sólida o pretexto de que a absorção dos excedentes estaria ligada a planos de expansão da empresa.

O cerne da prática investigativa está, conseqüentemente, no acordo de exclusividade que possibilitaria ao comprador da matéria prima (a White Martins) apoderar-se de quantidade superior àquela que pudesse aproveitar. Que o desperdício, a primeira vista, é acintosamente antieconômico, é algo que não carece de maiores demonstrações. A questão é saber se, por detrás dessa prodigalidade nada empresarial, não residiria um deliberado cálculo econômico de limitação à livre concorrência, aumento artificial do poder de mercado do beneficiário e construção de obstáculos ao ingresso de concorrentes.

VI. Análise de Posição Dominante

Para que se possa aferir, ou não, o enquadramento da conduta da Representada nos tipos indicados – artigo 21, incisos V, VI e XV – há que se responder às seguintes questões, notadamente se a atenção estiver centrada na fonte de CO₂ da Ultrafertil e na exclusividade da White Martins sobre aquela produção:

- (i) qual o mercado relevante?
- (ii) a Representada estava em condições de abusar do poder de mercado?
- (iii) o acesso à fonte da Ultrafertil era essencial para o ingresso no mercado relevante?
- (iv) o suposto excedente retirado do mercado e desperdiçado era fato impeditivo do ingresso no mercado relevante?
- (v) a exclusividade gerou ganhos de eficiência?

Nos próximos parágrafos, a tentativa será a de estabelecer respostas a esses cinco quesitos.

(i) Qual o mercado relevante?

No Ato de Concentração nº 78/96 o produto relevante foi definido como sendo o dióxido de carbono (CO₂) e o mercado geográfico como o regional – no caso, a região Sudeste. Dada a completa similitude com a presente análise, adoto as mesmas definições.

(ii) A Representante estava em condições de abusar do poder de mercado?

O cálculo do *market-share*, neste mercado, envolve dois conceitos: capacidade nominal (em condições de normalidade de fornecimento de matéria-prima) e capacidade vendável (ponderadas as paralisações e reduções de fornecimento). Conforme os dados do Ato de Concentração nº 78/96, em 1999, o *market-share* da White Martins seria de 73% (note-se que a prática

refere-se a outro período). Atualmente, segundo a Representada, seria de 59% (fl. 635). É possível questionar esses números e, especialmente, a confiabilidade do conceito de capacidade vendável, que superestima as quantidades realmente disponíveis. Porém, mesmo com base no critério trazido pela Representada – sublinhe-se: discutível –, é incontestável que se trata (e isso era muito mais acentuado à época da prática, quando havia um monopólio), de mercado altamente concentrado e propício, por isso mesmo, às posições abusivas.

(iii) O acesso à fonte da Ultrafertil era essencial?

O gás carbônico não é um elemento raro. Essa abundância, porém, deve ser qualificada em relação às condições de acesso às fontes mais competitivas. Sabe-se que as fontes de sub-produto, nesse aspecto, são muito mais viáveis – inclusive quanto aos custos de instalação e produção –, do que os de uma planta de combustão.

Além disso, o CO₂ possui diferentes graus de pureza. Por exemplo, enquanto o teor de pureza de uma fonte de amônia é de 99%, nas fontes de gás de purga esse teor abaixa para 55%. Não só a quantidade de pureza é diversa. Para a viabilização comercial da fonte de gás de purga é necessária a construção de unidades que separem o CO₂ do gás de purga dos demais componentes. Tudo isso aponta para elevados custos de investimentos, que reduzem as fontes disponíveis, inclusive aquelas das refinarias RPBC e REPLAN, apontadas como supostamente alternativas, pela Representada.

Registre-se, ainda, que o funcionamento rentável no mercado de CO₂, em razão das instabilidades no fornecimento de matérias-primas, exige das empresas mais de uma planta.

(iv) O excedente desperdiçado impediu o ingresso de concorrentes?

Pode-se concluir, à luz de todas essas significativas barreiras, que a cláusula de exclusividade sobre os excedentes de CO₂, ao reforçar os obstáculos à entrada e impedir o acesso à melhor fonte existente, prejudicou marcadamente a concorrência. Nem mesmo a entrada da AGA e da AIR Liquide, verificadas durante a vigência do contrato de exclusividade entre a White Martins e a Ultrafertil, infirmam isso. Não pode haver dúvida de que o processo concorrencial teria sido acirrado e antecipado se, àquela época, os excedentes que representaram 10% do mercado relevante estivessem disponíveis.

Portanto, o excedente desperdiçado impediu o ingresso de novos concorrentes no mercado relevante.

(v) A exclusividade gerou eficiências?

Sem dúvida – e a própria Resolução CADE nº 20/99 o admite – as práticas de exclusividade podem gerar ganhos de eficiência decorrentes da redução de custos de transação. No caso em exame, pela elevada especificidade dos ativos envolvidos, não há dúvidas de que a exclusividade pode ter gerado reduções nesses custos, basta pensar na regularidade e no prazo dos fornecimentos. O que não pode ser aceito, em nenhuma hipótese, é que as supostas eficiências também possam estar relacionadas à exclusividade sobre os excedentes de CO₂. Caso não houvesse exclusividade sobre os excedentes, nada levaria a crer num comportamento oportunista por parte do fornecedor. Não haveria qualquer alteração no fornecimento necessário à produção da compradora. E mesmo que se admita trata-se de reserva estratégica de matéria-prima, os benefícios – social ou privado – da fórmula não são evidentes. Lembre-se, novamente, que se fala de uma empresa, à época, monopolista. Reserva estratégica com que finalidade? Manter o monopólio? Sublinhe-se, ainda, que mesmo em meses de pico, a produção efetiva sempre esteve abaixo da capacidade máxima. Por tudo isso, não há que se falar em eficiências. A exclusividade era notoriamente anticompetitiva

VII. Açambarcamento

Outra conclusão dos ilustres pareceristas diz respeito a definição de açambarcamento da SDE, em seus entendimentos juridicamente inadequada. A prática de açambarcamento se definiria sob duas condições:

- a) o agente econômico adquire o bem de forma tal que provoque a alta artificial dos preços;
- b) o mesmo agente econômico aproveita-se dessa alta artificial para vender a mesma mercadoria auferindo lucro excessivo.

Portanto, os ilustres pareceristas afirmam que o objeto do açambarcamento deve ser um bem final (uma vez que o mesmo deve ser retido e posteriormente vendido para consumidores), que tenha por conseqüência a elevação de preços. Repare-se que o inciso XV do artigo 21 da Lei nº 8.884/94, que

trata do tema, inclui não apenas bens finais, mas matérias-primas e produtos intermediários. Açambarcamento é apenas uma prática de retenção de matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, cujo um dos resultados pode ser o de elevar preços - não necessariamente do mesmo produto, se for matéria-prima, mas do produto final - **mas também o de dominar mercados ou eliminar a concorrência**. O açambarcamento pode não objetivar a posterior elevação de preços, mas garantir sua perpetuação em níveis elevados, eliminando ou restringindo a ação de concorrentes. O importante não é a elevação de preços por si mesmo, mas se a conduta poderia produzir alguns dos efeitos previstos no artigo 20 da Lei nº 8.884/94.

Cumprido ressaltar que o entendimento do conceito de açambarcamento, no que concerne à matéria-prima e direito de propriedade intelectual, no contexto da lei antitruste, não poderia ser díspare, sob pena de, em assim agindo, fragilizar todo o sistema jurídico.

Ademais, como foi dito acima, ainda que se discuta a amplitude do significado do termo jurídico ‘açambarcamento’ no que diz respeito à ordem econômica, dentre as finalidades que lhe são constitucionalmente inerentes, vale frisar que “a ilicitude do ato, nos termos da Lei Antitruste, é de todo modo independente de sua tipificação pelo ordenamento jurídico. Assim, muito embora o ato seja expressamente disciplinado pela legislação, caso determine a incidência do art. 20 da Lei nº 8.884/94, será considerado atentatório à ordem econômica.” Desta forma, não escapa a Representada à aplicação das normas de direito antitruste em razão dos efeitos anticoncorrenciais ou da potencialidade da sua produção pelos atos realizados pela mesma.

VIII. Decisão

A aplicação das sanções administrativas – como, de resto, em todo o chamado “direito sancionatório” – está limitada pelo princípio da legalidade. A flexibilidade e relativa discricionariedade na fixação das multas – que, no caso do direito antitruste, costumam chegar a quantias que assustam aos neófitos na matéria, mas não impressionam aos especialistas –, está longe de representar qualquer desvio ao padrão formal.

O art. 23 da Lei n.º 8.884/94, dispositivo que fixa os critérios para aplicação de penalidades, tem a seguinte redação:

“Art. 23 – A prática de infração à ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável.”

O art. 11 da Lei n.º 9.021/95, por sua vez, estabelece que:

“Art. 11. Para os fins previstos no art. 23 da Lei 8.884/94, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa.”

Não é possível escapar aos critérios da legislação. Além disso, na aplicação das penas previstas na Lei nº 8.884/94, serão levados em consideração, na forma dos incisos do art. 27, os seguintes critérios:

- I – a gravidade da infração;
- II – a boa-fé do infrator;
- III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV – a consumação ou não da infração;
- V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII – a situação econômica do infrator;
- VIII – a reincidência.

Ora, a infração é grave. Toca no ponto central da defesa da concorrência, vale dizer, no prejuízo, limitação e falseamento da concorrência, na dominação de mercados, no exercício abusivo de posição dominante (art. 20). Não há boa-fé do infrator na conduta de inutilização de excedentes. Sem dúvida, por manter a posição da Representada no mercado, houve vantagem para o infrator. A infração consumou-se. O grau de lesão ao mercado, à concorrência e aos consumidores – e bastava o mero perigo de lesão – foi elevado. Produziram-se efeitos negativos como o retardamento e obstáculo à entrada de novos competidores. A situação econômica do infrator – com elevado poder em vários mercados nacionais e internacionais – também não pode deixar de ser sopesada. Resumidamente: dos oito incisos previsto em lei, a Representada preenche, com soberba e sobejo, a nada menos do que 7 agravantes.

As informações existentes nos autos, inclusive aquelas que constam no Ato de Concentração nº 78/96, que trata da aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins em abril de 1996, permitem concluir que o açambarcamento contribuiu para consolidar a prática de preços de monopólio. Como se percebe no gráfico em anexo, a partir de final de 1996, houve clara tendência de elevação de preços de cilindros de CO₂ comercializados em São Paulo.

Poucos meses antes da operação White/Liquid, havia nítida tendência de queda dos preços de CO₂. Mesmo antes da White Martins iniciar sua produção de CO₂, a mera ameaça da concorrência potencial obrigou a Liquid Carbonic a reduzir seus preços desde outubro de 1995. Naquela ocasião, a White Martins construiu uma planta com capacidade nominal de 200 tpd (capacidade vendável de 160 tpd), quantidade razoavelmente próxima do montante açambarcado posteriormente.

O comportamento dos preços entre o final de 1995 e o início de 1996, quando a White Martins era concorrente da Liquid Carbonic, faz uma boa exemplificação de como os preços poderiam se comportar caso perdurasse a ameaça de concorrência potencial após a fusão. A exclusividade dos excedentes reduziu substancialmente o risco de um potencial entrante de grande porte, o que possibilitou a recuperação dos preços a níveis anteriores a outubro de 1995.

Os prejuízos ao consumidor não foram apenas quantitativos, mas também qualitativos. Preços mais elevados impedem o desenvolvimento de aplicações do CO₂ em segmentos importantes, tais como o congelamento de alimentos, aplicações siderúrgicas, etc. Desta forma, muitas firmas são obrigadas a utilizar substitutos ao CO₂, a alternativa normalmente mais adequada e barata em ambientes competitivos, o que gera clara ineficiência econômica. Por exemplo, a aplicação de CO₂ em alimentos (resfriamento e congelamento) representa apenas 1% do total das vendas no Brasil, ao passo em que nos EUA, 51% das vendas são direcionadas para este setor. Além disto, as legislações ambientais devem contribuir para a abertura de novos mercados no uso de CO₂ em tratamento de água. Preços elevados inviabilizam estas alternativas para os consumidores.

Desta forma, embora seja impossível quantificar precisamente a vantagem auferida pela White Martins, é certo que a exclusividade eliminou a concorrência potencial, elemento que foi claramente benéfico ao consumidor quando a White Martins se apresentava como rival da Liquid Carbonic antes da operação envolvendo as duas empresas. Mais ainda, mesmo após o fim da exclusividade, em dezembro de 1997, a prática já surtira efeitos no mercado, elevando a assimetria concorrencial entre a White e outras empresas: a Messer desistiu de Cubatão e foi obrigada a construir uma planta de combustão de

CO₂ – mais ineficiente - e a BOC, bem posteriormente, obteve os excedentes da planta da Ultrafértil, porém, com custos mais elevados, o que a impede de atuar como uma rival efetiva. O resultado é que os preços permanecem em patamares elevados até os dias de hoje.

Fonte: relatório do Conselheiro-Relator Mércio Felsky no AC 78/96

Considere-se, ainda, que as penalidades antitruste possuem função dúplice: sancionatória e dissuasória ou deterrente (para usar uma terminologia de origem latina, mas recorrente tanto no antitruste americano quanto no italiano). Do prisma econômico, a função deterrente possui maior relevância. No nosso direito a quantificação da pena, que conta com razoável margem de discricionariedade, tem como parâmetro **mínimo**, quando quantificável, o valor da vantagem auferida. Não se exclui a possibilidade, diante das reconhecidas dificuldades dessa mensuração, de que também sejam considerados: (i) o dano social; (ii) a probabilidade de descoberta do ilícito; (iii) a simples e suficiente estimativa (e não precisão absoluta) de que seja fixada com base numa justa e razoável expectativa fundada em dados relevantes. Tudo isso, ao meu aviso, sugere que a jurisprudência, em construção entre nós, tanto administrativa quanto judicial, facilite o exercício sempre dentro da lei, desse direito coletivo, com o recurso aos princípios e critérios gerais de ponderação dos valores do interesse público.

Com base nisso, fixo a multa em 5% do faturamento bruto (art. 23, I, da Lei nº 8.884/94) da Representada no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (art. 11 da Lei nº 9.021/95), excluídos os impostos, corrigidos na forma da lei até a data do recolhimento.

Determino que, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação da decisão, a Representada junte aos autos a documentação comprobatória tanto do faturamento do exercício mencionado quanto dos impostos.

É o voto.

Brasília, 09 de janeiro de 2002

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator

