

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 DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS**

Como se viu no Relatório e no Voto do Ilustre Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, o presente processo administrativo circunscreve-se ao exame 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).

I. Histórico

Até antes do ano de 1995 a Liquid Carbonic mantinha o controle de 98,5% da capacidade instalada de produção de CO₂ no Brasil (1.120 ton/dia). O restante da capacidade de produção estava dividido entre a empresa AGA e empresas que possuíam fabricação essencialmente para consumo próprio (principalmente fabricantes de cervejas e refrigerantes). A White Martins se dedicava à produção de gases atmosféricos, não atuando no mercado de gás carbônico.

Em 25 de novembro de 1994, antes de começar a produzir CO₂ comercial no Brasil, a White Martins assinou com a Ultrafertil um contrato de fornecimento de dióxido de carbono insumo (fls 139 dos autos), produzido como subproduto na sua planta de fabricação de amônia em Piaçangüera, Cubatão. Por esse contrato a Ultrafertil permite à White Martins instalar na sede da Ultrafertil equipamentos para captação e bombeamento do subproduto. A White Martins arca com o custo de investimento relativo à aquisição e instalação dos equipamentos necessários na propriedade da Ultrafertil, ficando também responsável pela administração da instalação e montagem dos equipamentos e despesas com a sua manutenção.

A vigência do contrato é de 10 anos, com previsão de prorrogação por outros 5 anos, contados a partir do primeiro fornecimento, que deveria ocorrer aproximadamente 18 meses após a assinatura.

Pelo contrato a Ultrafertil se compromete a "colocar à disposição" da White Martins 200 toneladas diárias do subproduto com pureza de 98% e qualidade mínima garantida. O faturamento da White Martins pelo consumo do subproduto se dá contra medições das suas retiradas diárias do subproduto.

O preço acordado para o fornecimento é de:

faixa de consumo	preço por tonelada
até 30.000 ton/ano	US\$ 26,00/ton
acima de 30.000 ton/ano	US\$ 23,40/ton

As quantidades mínimas a serem faturadas contra a White Martins são:

No. de meses após o início do fornecimento	quantidade mínima anual (ton/ano)
0-6	0
6-18	15.000 (41 ton/dia)
18-30	20.000 (55 ton/dia)
30-48	25.000 (68 ton/dia)
acima de 48	30.000 (82 ton/dia)

Em março de 1995 a White Martins já havia iniciado a construção de sua planta de dióxido de carbono, com capacidade de 200 TPD em Piaçangüera, Cubatão. A planta da WM representava, na época, 15% da capacidade total de produção existente no mercado brasileiro, deixando para a Liquid Carbonic a fração de 83%. Entre outubro e dezembro de 1995 a White Martins começou a ofertar dióxido de carbono no mercado brasileiro a partir de importações da Argentina. Em janeiro de 1996 a planta da White Martins inicia sua produção de CO₂.

Em 12 de janeiro de 1996 a Praxair, controladora da White Martins, adquiriu o controle das operações em âmbito mundial da Liquid Carbonic. Como reflexo dessa operação, combinando os interesses da Liquid Carbonic e da White Martins no Brasil no Brasil, decorreu o ato de concentração n° 78/96

entre Unigases Comercial e White Martins, protocolado na SDE em 23 de maio de 1996.

A situação das empresas em operação e suas participações no mercado de dióxido de carbono comercial no ano de 1996, após a incorporação da Liquid Carbonic pela White Martins era a seguinte (fls 17 dos autos):

Nº de plantas	Estado	Localização	Tipo de planta	Fonte	Empresa	Capacidade instalada nominal (ton/dia)	Participação %
1	RS	Cachoeirinha	combustão	própria	WM	60	4,5
1	PR	Araucária	Subprduto	amônia - Ultrafertil	WM	120	9,1
7	SP	São Paulo	subproduto	Gás sintético - Comgás	WM	100	7,6
		Paulínea	Subprduto	hidrogênio - Rhodia	WM	80	6,1
		Cubatão	subproduto	amônia - Ultrafertil	WM	270	20,5
		Cubatão	subproduto	amônia - Ultrafertil	WM	200	15,2
		S. J. Campos	subproduto	hidrogênio - refinaria Petrobrás	WM	80	6,1
		Mauá	subproduto	Óxido de etileno - Oxiteno	WM	40	3,0
		Jundiaí	combustão	própria	AGA	20	1,5
1	RJ	Caxias	subproduto	hidrogênio - refinaria Petrobrás	WM	80	6,1
1	MG	Betim	subproduto	hidrogênio - refinaria Petrobrás	WM	100	7,6
1	BA	Camaçari	subproduto	amônia-refinaria Petrobrás	M	60	4,5
1	GO	Hidrolândia	combustão	própria	M	20	1,5
1	SE	Laranjeiras	subproduto	amônia-refinaria Petrobrás	M	60	4,5
1	CE	Fortaleza	combustão	própria	M	20	1,5
1	PA	Belém	combustão	própria	M	10	0,8
16						1.320	100,0

Constata-se que logo após a incorporação da Liquid Carbonic pela White Martins, a sucessora White Martins detinha 98,5% da capacidade nominal de produção de dióxido de carbono comercial em território nacional, tendo como única concorrente a empresa AGA, localizada em Jundiaí/SP, capaz de produzir apenas 20 ton/dia. contra 1300 ton/dia da White Martins.

Em 13 de março de 1996, a Messer entrou em contato diretamente com a Ultrafertil para declarar seu interesse em adquirir o subproduto da Ultrafertil para fabricação de CO₂ pela Messer em Cubatão.

Em 10 de maio de 1996 a Messer envia à Ultrafertil por escrito proposta firme de parceria e de aquisição de dióxido de carbono da planta da Ultrafertil de Cubatão.

Em 04 de julho de 1996 a Messer solicita à Ultrafertil uma resposta formal quanto à firme e real proposta de compra de dióxido de carbono feitas no 10 de maio anterior (fls 53 dos autos).

Em 1º de julho de 1996, a White Martins assinou com a Ultrafertil um termo de aditamento ao contrato de fornecimento de dióxido de carbono de novembro de 1994 (fls 134 dos autos), alterando basicamente, o prazo de vigência, as quantidades disponibilizadas e os preços de fornecimento (fls 134 dos autos).

No novo contrato o prazo de vigência passa a ser de 10 anos contados a partir da assinatura do termo aditivo, com previsão de prorrogação por um período adicional de mais 10 anos (cláusulas 2.1 e 2.1). Além disso, no lugar das 200 toneladas/dia especificadas pelo contrato anterior, a Ultrafertil se compromete a "colocar à disposição" da White Martins 370 toneladas diárias de subproduto (cláusula 3.2).

Pelo aditamento, os preços para o fornecimento do subproduto são alterados para:

faixa de consumo	preço por tonelada
até 38.000 ton/ano	US\$ 26,00/ton
entre 38.001 ton/ano e 76.000 ton/ano	US\$ 23,40/ton
acima de 76.001 ton/ano	US\$ 21,06/ton

Pelo aditamento, as quantidades mínimas a serem faturadas pela Ultrafertil contra a White Martins passam a ser:

No. de meses após o início do fornecimento	quantidade mínima anual (ton/ano)
0-12	59.000 (162 ton/dia)
12-24	69.000 (189 ton/dia)
acima de 24	76.000 (208 ton/dia)

Finalmente, no aditamento ao contrato foi acrescida ainda uma cláusula de exclusividade pela qual a Ultrafertil disponibilizaria à White Martins toda a oferta excedente de subproduto que tivesse disponível, nos seguintes termos:

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

No dia 09 de julho de 1996, a Ultrafertil responde à carta da Messer de 04 de julho, declarando que não poderia atender à proposta da Messer, por compromisso firmado anteriormente com a White Martins (fls 54 dos autos):

"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 CO₂.

Somente em 30 de junho do corrente concluímos as negociações com essas Empresas, quando firmamos um Contrato de 10 (dez) anos para venda de toda a nossa disponibilidade de CO₂.

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 segunda alternativa nas negociações.

Assim sendo, estamos compromissados com a White Martins/Liquid Carbonic nos próximos 10 (dez) anos em toda a nossa disponibilidade de CO₂.

Em 28 de agosto de 1997 a Messer oferece representação contra a White Martins na SDE, pedindo o que se segue:

"1) seja determinado à Representada sob pena da multa prevista no artigo 25 da Lei 8.884/94, a ser oportunamente arbitrada, que esta cesse suas práticas de:

a) limitar e impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV, artigo 21);

b) impedir o acesso de concorrentes às fontes de matéria prima (inciso V, artigo 21);

c) açambarcar matéria prima (inciso XV, artigo 21);

práticas essas que vem realizando em acintosa infração ao disposto nos incisos I, II e IV do artigo 20, da referida Lei n° 8.884/94;

2) com fundamento no inciso V do artigo 24 da Lei n° 8.884/94, seja declarada sem efeito a cláusula de preferência existente no contrato firmado entre a White Martins/Liquid Carbonic e a Ultrafertil, em face do seu efeito anticoncorrencial, eis que, com base nessa cláusula foi negado o fornecimento de CO₂ à Representante, garantindo a ilícita exclusividade no fornecimento da matéria prima para a representada, ficando, por conseguinte, sem efeito, o novo contrato firmado entre aquelas partes, com base nessa indigitada cláusula;

3) que a Ultrafertil coloque à disposição da Representante o fornecimento de CO₂ através de contrato, nos mesmos prazos, preço e demais condições constantes do contrato que veio a ser firmado com a White Martins após esta ter exercido o anticoncorrencial "direito de preferência", conforme narrado acima."

Em 01 de outubro de 1997, a Ultrafertil recebe da White Martins proposta de 2° termo de aditamento ao contrato de fornecimento com alteração exclusivamente da cláusula 9.2 de exclusividade de acesso aos excedentes de subproduto da Ultrafertil, mantendo outrossim todas as outras disposições contratuais.

Em 11 de novembro de 1997 é expedido Parecer Técnico da SEAE analisando o ato de concentração entre White Martins e Unigases, trazendo questionamentos sobre o excedente de fornecimento pela Ultrafertil de 170 ton/dia de subproduto além da capacidade nominal de processamento da planta da White Martins de Cubatão, bem como sobre a exclusividade do acesso a todos os excedentes de produção da Ultrafertil.

"A exclusividade sobre um insumo do qual não se faz uso tem por objetivo impedir seu acesso a concorrentes potenciais." (fls 1559 do AC)

Em 11 de dezembro de 1997 a Ultrafertil declara que até aquela data continuavam em vigor, sem nenhuma alteração, os contratos de fornecimento de matéria-prima netre Ultrafertil e White Martins, inclusive a cláusula 9.2 do 1°m termo aditivo.

Em 10 de dezembro de 1997 Ultrafertil e White Martins finalmente assinam o 2° termo de aditamento ao contrato de fornecimento de dióxido de carbono, reduzindo de 370 para 200 ton/dia o volume a ser disponibilizado

pela Ultrafertil (3.2) e revogando a cláusula de exclusividade de acesso a qualquer excedente produzido pela Ultrafertil (9.2). Somente a partir dessa formalização a Ultrafertil considerou-se apta legalmente a ofertar no mercado a diferença liberada de 170 ton/dia. (fls 358)

Em 19 de agosto de 1998, é publicado no Diário Oficial Despacho do Secretário de Direito Econômico re-ratificando o despacho anterior de 22 de junho de 1998, em resposta às preliminares de nulidade levantadas pela Representada, contra a instauração original do processo. Por este último e definitivo termo de abertura, a SDE adota os fundamentos da nota técnica da Inspetora Geral e indicia a representada com base legal nos incisos V (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços), VI (impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição) e XV (destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los) do art. 21, combinados com os incisos I (limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa), II (dominar mercado relevante de bens ou serviços) e IV (exercer de forma abusiva posição dominante) do art 20, na forma do art 32 e seguintes da lei 8.994/94.

Segundo o despacho do Secretário, as ações a serem apuradas podem ser descritas especificamente como "condutas de reservar fontes de matéria-prima por meio de contratos de exclusividade, limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, impedir o acesso de concorrentes às fontes de matéria-prima e o açambarcamento dessa matéria-prima, por empresa detentora de evidente poder de mercado" (fls 306 dos autos).

Em 10 de dezembro de 1998, foi exarado parecer da SDE (fls 468) concluindo que "...restou inquestionável a conclusão de que a Representada incorreu em infrações da Ordem Econômica conforme disposto no art. 20, incisos I, II e IV combinado com art. 21, incisos V, VI e XV da Lei 8.884/94..."

Em 11 de agosto de 1999 é aprovado o Ato de Concentração entre White Martins e Unigases/Liquid Carbonic, que, entre outras condições, obrigava à White Martins a distratar com a Ultrafertil o acesso às 170 ton/dia de fornecimento e à exclusividade de acesso a eventuais excedentes de fornecimento de subproduto, contratados pelo aditamento.

Em 22 de março de 2001, a Procuradoria Geral do CADE emitiu seu parecer, enquadrando a conduta da representada no disposto no art 20 incisos

I e IV e art 21, incisos VI e XV da Lei 8.884/94. Por fim, sugere aplicação de multa no valor de 1% do valor do faturamento da representada.

II. Mercados relevantes

As condutas imputadas concernem o açambarcamento de subproduto usado como matéria-prima para a fabricação de CO₂ comercial, com o eventual efeito de criação de barreira à entrada de concorrente no mercado do produto final pelo aumento do custo de acesso ao insumo.

Sendo assim, o exame concorrencial das condutas exige o estudo dos seus efeitos sobre os mercados de produto final e dos insumos empregados pela tecnologia de produção.

II.1. Mercado relevante de produto final

Segundo o parecer da SDE, para a maior parte das suas aplicações o gás carbônico comercial é um produto que não possui substitutos pelo lado da demanda. A tecnologia de fabricação do gás carbônico comercial envolve processos físico-químicos de separação, purificação, compressão e liquificação de outros gases compostos em plantas industriais especificamente projetadas e construídas para se adaptarem aos processos industriais que originam a matéria-prima empregada, não oferecendo tampouco qualquer grau de substituíbilidade pelo lado da oferta na produção de outros produtos finais.

Sendo assim, não resta dúvida de que o mercado relevante de produto final é o mercado de gás carbônico comercial voltado para aplicação nas indústrias de alimentos, bebidas, metalurgia e outros.

II.2. Mercado relevante geográfico de produto final

Os mercados relevantes geográficos referentes às condutas imputadas devem ser identificados como a menor extensão geográfica, contendo as localidades onde os agentes envolvidos realizam ou pretendem realizar vendas, onde um monopolista hipotético passaria a ter condições de exercer poder de mercado. Em outras palavras, o mercado relevante geográfico é aquela região geográfica tal que, caso houvesse um único vendedor atendendo toda a demanda localizada em uma área que excedesse os seus limites, este seria

capaz de impor um aumento significativo de preço além do nível não cooperativo, por um período não transitório de tempo.

Devido aos custos de distribuição e transporte, cada planta de produção de gás carbônico, sem concorrente vizinha, possui, em torno de si, uma região geográfica para onde seu produto é distribuído a custos mais baixos do que o produto de qualquer outra planta. A extensão dessa região logicamente depende da rede de infraestrutura de transportes que liga cada planta aos mercados consumidores e também da localização das plantas de empresas concorrentes.

No mercado europeu de gás carbônico, a maior região em torno de uma planta que pode ser atendida com vantagem de custo sobre as concorrentes é circunscrita por um raio de aproximadamente 200 Km a partir do local da planta, de acordo com investigações da Comissão de Concorrência Europeia¹.

Várias respostas a diligências nos autos se referem a alcances de mercado de uma planta que variam até 400 km no máximo (plantas localizadas no Rio de Janeiro só raramente venderiam em São Paulo).

Segundo o Voto do Conselheiro Mércio Felsky na decisão do AC 78/96 (White Martins/Unigases):

"Em resposta ao ofício CADE nº 1778/98 (fls.4379/4384), as requerentes informam que as plantas de Cubatão atendem diretamente aos clientes localizados nos Estados de São Paulo, Mato Grosso (principalmente Cuiabá, Várzea Grande e Sinop) e Mato Grosso do Sul (principalmente Campo Grande, Rio Brillhante e Ponta Porã). Apenas eventualmente, quando ocorre alguma interrupção ou redução das produções locais, outros Estados (Rio de Janeiro, Paraná, Minas Gerais e Santa Catarina) são atendidos por essas plantas. Akém disto, todos os vinte principais clientes das plantas de Cubatão estão localizadas no Estado de São Paulo.

¹ Segundo decisão da Comissão Europeia de 18 de janeiro de 2000 sobre operação de concentração entre Air Liquide e BOC:

"2. Bulk and cylinder gases

39. The investigations in this Case and the parallel Case No. COMP/M.1641 Linde/AGA, have confirmed that, except for certain high purity and high value gases (including helium and electronics speciality gases) and, to a lesser extent, carbon dioxide, industrial gases cannot normally be economically distributed to customers located more than approximately 200 kilometres from the production facility. For an individual production facility, the catchment area is, therefore, defined as a circle with that radius centred on the facility."

A AGA informou que sua planta de CO₂ do Rio de Janeiro (Prosint) atende apenas a clientes daquele Estado, concorrendo apenas com a planta da White Martins de Duque de Caxias, e que seu raio de atuação é de 300 km. A Air Liquide, por sua vez, informou que sua planta em Paulínea atende clientes até uma distância de 300 km. A BOC afirmou que deverá abastecer clientes localizados até 400 km de sua futura planta em Cubatão."

Em vista desses fatos o Conselheiro Relator do Ato de Concentração entre White Martins e Unigases considerou o mercado relevante geográfico do ato de concentração como sendo a região sudeste mais Paraná.

Conclui-se pelo conjunto disponível de evidências que praticamente nenhuma firma produtora de CO₂ o vende a distâncias maiores do que 400 Km do local da fábrica.

As evidências indicam que uma firma que fosse a única localizada no centro de uma região circunscrita por um raio de aproximadamente 400 Km certamente teria condições de exercer poder de mercado, já que não deveria sofrer a concorrência da oferta de outras firmas em pelo menos parte da área que domina.

Como a conduta foi afeta à oferta de CO₂ a partir de Cubatão, onde a Messer foi alegadamente impedida de ingressar, o mercado relevante geográfico deve ser centrado lá. À época da operação, praticamente todas as plantas localizadas na Região Sudeste mais Paraná ficavam abarcadas por um círculo de centro em Cubatão e 400 Km de raio, de forma que adotamos este conjunto de Estados como mercado relevante geográfico para o produto final.

II.3. Mercado relevante de matéria-prima

Segundo a descrição do processo de produção do gás carbônico apresentada na página da internet da White Martins, o gás carbônico comercial pode produzido com insumos de várias origens, que se distinguem pelas suas implicações de custo para o processo de produção:

" O dióxido de carbono pode ser produzido através da queima completa de matéria orgânica do tipo: óleos combustíveis, carvão, gás natural, casca de coco, cavacos de madeira etc. Neste processo de queima com ar, os gases de combustão contêm, além de CO₂, vapor d'água, oxigênio, nitrogênio, monóxido de carbono e compostos de enxofre, que pode estar contido na matéria prima. O CO₂ tem que ser então separado destes outros gases, purificado, comprimido e liquefeito para sua comercialização.

No entanto, a forma mais econômica de se obter o gás carbônico é recuperá-lo através de uma grande variedade de processos onde ele é sub-produto. Algumas fontes de CO₂ são:

- Gás de combustão de forno de cal;
- Sub-produto da síntese de amônia;
- Fermentação na produção de cerveja e álcool;
- Gás de alto forno da indústria siderúrgica;
- Sub-produto da produção de hidrogênio;
- Biogás;
- Poços de gás carbônico.

Em alguns destes processos, como na fermentação e na produção de amônia, o gás carbônico tem purezas bem elevadas, bastando sua purificação, compressão e liquefação. As etapas de geração e separação são eliminadas, obtendo-se com isto uma redução substancial do investimento em equipamentos, além da maior simplicidade de operação, o que se reflete no menor custo de produção do CO₂. Já em gases de alto-forno e forno de cal, o CO₂ encontra-se em purezas intermediárias, isto é, superiores à do gás de queima de matéria orgânica, mas inferiores às dos processos acima citados. Nestes processos, elimina-se apenas a etapa de geração."

Conforme dados dos autos, o gás carbônico resultante de processo de fermentação de cerveja é empregado de forma praticamente cativa pela própria cervejaria, enquanto aquele proveniente de fermentação de álcool está sujeito a uma grande sazonalidade característica dos ciclos agrícolas, que o tornam pouco atraente do ponto de vista comercial. À época da condução, não havia nenhuma planta com capacidade de produção significativa de gás carbônico comercial que empregasse matéria-prima proveniente de processos de fermentação de cerveja, gás de combustão de forno de cal ou poços de gás carbônico.

Conclui-se, assim, da descrição das próprias requerentes que, dentre as fontes disponíveis de produção do CO₂ comercial, não se incluem dentre aquelas que são economicamente atraentes a combustão de matéria orgânica em planta própria, processos de fermentação de cerveja, gás de combustão de forno de cal ou poços de gás carbônico. Em contraste, as fontes efetivamente competitivas são as de sub-produto da síntese de amônia e de sub-produto da produção de hidrogênio e gás.

Há nos autos farta evidência de que fontes de matéria-prima outras que as de sub-produto da síntese de amônia e de sub-produto da produção de hidrogênio e gás são empregadas somente em circunstâncias especiais, quan-

do não existe opção de acesso aos sub-produtos citados. Em particular, a fonte de combustão de matéria orgânica em planta própria é geralmente utilizada para produção em locais isolados, onde aparentemente não há concorrência de outras fontes. Com efeito, à época da conduta, a White Martins empregava fonte de combustão somente em Belém/PA, Fortaleza/CE, Cachoeirinha/RS e Hidrolândia/GO, que são localidades onde não há disponibilidade de subproduto e onde era a única ofertante de gás carbônico local.

Dadas as vantagens de custo apontadas pelas próprias requerentes, concluo que, nas condições vigentes à época da conduta, o mercado relevante de produto para a matéria-prima inclui apenas o subproduto proveniente de correntes industriais na fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético.

Esta restrição contudo não é ainda suficiente para delimitar o mercado relevante. Os contratos de fornecimento de subproduto são tipicamente de longo prazo (com duração de aproximadamente dez anos em média, conforme dados dos autos), refletindo os compromisso de investimento entre as parte necessários para o aproveitamento industrial da matéria-prima.

Os contratos de fornecimento tipicamente permitem ao seu titular a revenda do subproduto a terceiros, ainda que sob a restrição de que os preços e condições de revenda não podem ser mais favoráveis do que as do contrato original (veja-se contrato de fornecimento entre Ultrafertil e White-Martins).

Contudo, a quantidade de subproduto comprometida em contratos de fornecimento é de difícil transferência pelo seu titular a outros produtores de CO₂ devido à tecnologia de transmissão entre as plantas industriais do gerador e do consumidor, que exige instalações adaptadas aos equipamentos de ambos.

Sendo assim, a parcela de toda a quantidade de subproduto comprometido contratualmente que efetivamente se transforma em oferta no mercado é aquela periodicamente liberada pelo vencimento do prazo contratual. Admitindo-se, a título de aproximação, que os prazos contratuais de fornecimento de subproduto tenham em média 10 anos e uma distribuição uniforme de vencimentos ao longo do tempo, apenas 10% de toda a quantidade de subproduto contratada se tornaria disponível no mercado a cada ano.

Conclui-se que, em um dado momento do tempo, no período de um ano por exemplo, a oferta de subproduto é constituída por dois componentes. O primeiro é aquela quantidade de subproduto ainda não contratada por nenhum produtor de CO₂, eventualmente posta à venda por um produtor de amônia, hidrogênio ou gás sintético. O segundo componente é a quantidade de subproduto dessas fontes que eventualmente esteja sendo liberada no mercado em função do vencimento do prazo de um contrato de fornecimento firmado no passado com algum produtor de CO₂.

Assim, devido ao comprometimento a longos prazos dos contratos de fornecimento, o mercado relevante da matéria prima tem que se restringir apenas àquela quantidade livre para negociação a cada momento de CO₂ gerado com sub-produto dos processos de fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético.

II.4. Mercado relevante geográfico de matéria prima

Como visto, o aproveitamento do subproduto só pode se dar on site, isto é, a partir da instalação da planta de gás carbônico em local vizinho à fonte da matéria-prima. Sendo assim, o mercado relevante geográfico da matéria-prima não pode ser diferente do mercado relevante geográfico do produto final.

Um fornecedor de subproduto que fosse monopolista numa área de 400 Km de raio poderia exercer poder de mercado sobre os produtores de CO₂ demandantes de matéria prima que pretendessem aí se localizar, pois sempre haveria uma parte da área que não seria atendida pela produção de CO₂ de qualquer planta que usasse matéria-prima produzida fora da área.

Desse modo, o mercado relevante geográfico para o subproduto também é definido como a região circunscrita por um raio de aproximadamente 400 Km com centro em Cubatão, que à época da conduta englobaria praticamente toda a oferta de subproduto localizada nos Estados da região Sudeste mais o Estado do Paraná.

II.5. Das participações da representada nos mercados relevantes

Há, portanto, dois mercados relevantes de produto verticalmente relacionados envolvidos pelas condutas apontadas no presente processo administrativo:

1) o mercado de CO₂ gerado com sub-produto dos processos de fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético, não comprometido por contrato de fornecimento e portanto livre para negociação.

2) os mercados, não raro integrados verticalmente na mesma firma, de fabricação e distribuição de dióxido de carbono comercial.

Quanto aos mercados relevantes geográficos referentes aos mercados de produto final e de matéria-prima, para ambos trata-se da área dos Estados da Região Sudeste, somada à área do Estado do Paraná.

Dadas as definições dos mercados relevantes, os dados dos autos permitem concluir que, no ano da conduta alegada, 1996, das 1.090 toneladas por dia de capacidade total de produção de CO₂ comercial na região Sudeste mais Paraná, a White Martins possuía participação de 98% (1.070 ton por dia) enquanto a única concorrente era a AGA, com participação de apenas 2% (20 ton por dia).

No mercado de matéria-prima, a Ultrafertil tinha participação de 100% da oferta, já que foi a única a disponibilizar CO₂ gerado com subproduto dos processos de fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético livre para negociação na região Sudeste mais Paraná, no ano de 1996.

III. Da verificação da conduta

Para se verificar a conduta imputada, é necessário se amealhar evidências nos autos de que, com as suas ações, a representada incorreu nas condutas anti-concorrenciais apontadas na representação.

Conforme precisa o Despacho de abertura do processo administrativo, a conduta alegada se trata da aquisição de fonte de matéria-prima com o único objetivo de inviabilizar a entrada de um concorrente no mercado.

Especificamente, temos que verificar se a aquisição pela White Martins do direito às 370 ton/dia de subproduto da Ultrafertil e da exclusividade de acesso a qualquer excedente criou dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente (inc V), ou impediu o acesso de concorrente às fontes de insumo ou matérias-primas (inc VI), ou destruiu, inutilizou ou açambarcou matérias-primas ou produtos intermediários (inc XV).

As condutas imputadas à representada só podem ser caracterizadas como anti-concorrenciais se, quando vistas da perspectiva dos fatos que a cercaram coetaneamente, revelam um contraste irreconciliável com ações típicas de um ambiente concorrencial.

Em um ambiente idealmente concorrencial, o excedente de 170 ton/dia posto à venda pela Ultrafertil seria disputado entre Messer e White Martins, ou quaisquer outros interessados, através da oferta de condições e preços que fosse mais vantajosa para a vendedora, de modo que a matéria-prima disponível no momento fosse alocada àquela firma que fosse a mais eficiente em empregá-la na produção de gás carbônico, em atendimento à demanda pelo consumidor final.

A caracterização da condutas da representada como anti-concorrenciais no presente processo está calcada no fato de que a White Martins, que arrematou todo o excedente de matéria prima da Ultrafertil, não a utilizou para produzir gás carbônico, não tinha capacidade para usá-la e nem tampouco pôde demonstrar a intenção de usá-la no futuro ou para outros fins comerciais legítimos.

Passa-se, portanto, à investigação das evidências que podem apoiar a caracterização das condutas imputadas como anti-concorrenciais. A discussão é organizada em torno das seguintes questões:

a) Se não podia processar mais do que 200 ton/dia, para que a White Martins ampliou a capacidade disponível de subproduto pelo aditamento?

b) Houve precedência temporal entre a oferta da Messer à Ultrafertil e assinatura do aditamento com a White Martins que permita interpretar esta última como uma resposta estratégica à ameaça de entrada?

c) Se a White Martins pretendia utilizar o fornecimento de matéria-prima adicionado pelo aditamento, por quê então renunciou ao seu direito muito antes de ser obrigada?

d) A planta da White Martins em Piaçagüera/Cubatão tem capacidade nominal de processamento de 200 t/dia, e a White Martins contratou a disponibilidade total de fornecimento da Ultrafertil, que somava 370 t/dia, além da exclusividade de acesso a todo e qualquer excedente de oferta. Para que fins teria contratado o subproduto se não fosse para empregá-lo na produção de gás carbônico comercial?

Haveria três possíveis razões legítimas para tal decisão, cuja plausibilidade examina-se mais adiante: i) A White Martins pretendia atuar de intermediário no mercado de subproduto; ii) A White Martins pretendia processar o subproduto em outro local; iii) A White Martins pretendia aumentar a capacidade de processamento da planta de Piaçangüera.

i) Pelo contrato com a Ultrafertil, a White Martins estava proibida de revender o subproduto a terceiros, por preços mais vantajosos que os pagos por ela à Ultrafertil (**citar**), de modo que não seria compensador para a White Martins atuar como intermediária no mercado de subproduto.

ii) O subproduto fornecido não é armazenável, ao contrário do CO₂ comercial produzido (como admite a representada às fls 456 dos autos do AC08000.012075/96-14), e portanto não tem condições tecnológicas de ser estocado para uso posterior na produção do CO₂ em outro local. Por essa

razão, toda planta de produção de CO₂ que utiliza subproduto como matéria-prima se localiza na vizinhança da geradora de subproduto de onde este é canalizado por dutos diretamente à planta processadora.

iii) A White Martins já tinha excesso de capacidade vendável (contratos de fornecimento de matéria prima em quantidades que excediam a necessidade para atender sua fabricação de CO₂) em todas as suas outras plantas localizadas em posição de servir o mercado consumidor da região sudeste, por um longo período de tempo antecedendo a conduta. Desse modo, se a White Martins pretendesse apenas aumentar a oferta de CO₂ no mercado da região sudeste, teria como opções o aumento imediato da produção em qualquer outra das suas plantas ali localizadas, além da própria planta de Cubatão, sem ter que contratar fornecimento adicional de subproduto nem dispendir recursos com qualquer investimento para aumentar a capacidade da planta de Cubatão.

Dados de fornecimento de subproduto da Ultrafertil para consumo anual da White Martins (fls148 dos autos) medidos em toneladas e toneladas/dia médios (entre parênteses):

local	1994	1995	1996
Liquid Carbonic (Araucária - PR)	21.173 (58)	22.143 (60)	25.914 (71)
Liquid Carbonic (Cubatão - SP)	42.139 (115)	58.011 (158)	50.637 (138)
White Martins (Cubatão - SP)	-	-	16.195 (44)

As disponibilidades diárias máximas contratuais são de 150 ton/dia para a Liquid Carbonic em Araucária, de 265 ton/dia para a Liquid Carbonic em Cubatão e de 370 ton/dia para a White Martins em Cubatão. Pode-se verificar que, apesar das plantas da Liquid Carbonic terem atingido consumos máximos mensais próximos da quantidade total disponibilizada pela Ultrafertil nas suas respectivas localidades em 1996, os consumos anuais estão muito distantes das quantidades de subproduto disponibilizadas. Em termos anuais, as taxas de utilização da quantidade disponibilizada de matéria prima são as seguintes:

Quantidade de subproduto fornecido dividida pela quantidade de subproduto consumida, em médias anuais:

local	1994	1995	1996
Liquid Carbonic (Araucária - PR)	38,7%	40%	47,3%
Liquid Carbonic (Cubatão - SP)	43,4%	59,6%	52,1%

White Martins (Cubatão - SP)	-	-	11,9%
------------------------------	---	---	-------

Tais dados significam que a Liquid Carbonic já tinha capacidade de aumentar a produção de CO₂ e a oferta no mercado relevante antes do aditamento, sem necessidade de aumentar a disponibilidade fornecimento de subproduto.

Note-se, ademais, que a planta de CO₂ não precisa ser dimensionada estritamente para atender demandas de pico diárias, já que, ao contrário do subproduto, o produto final (dióxido de carbono comercial) pode ser armazenado, conforme menciona a página da internet da White Martins:

"O tipo de purificação necessária depende da fonte de gás carbônico e das impurezas nele contidos. Torres de carvão ativado e/ou peneiras moleculares, secadores com sílica gel ou alumina e colunas de destilação são alguns dos equipamentos utilizados na purificação do CO₂ @ 99.9% v.

Após a compressão, a cerca de 20 barg, o gás carbônico é liquefeito através da troca térmica com refrigerantes, como por exemplo a amônia. Segue então para tanques de estocagem de onde é distribuído para os clientes."

Finalmente, e talvez mais significativo, a White Martins não demonstrou por qualquer documentação trazidas aos autos, a existência de quaisquer planos ou projetos de expansão da capacidade de processamento da planta de Cubatão, de datas anteriores ao aditamento do contrato com a Ultrafertil.

Pode-se concluir, portanto, quanto à primeira questão, que as quantidades de subproduto fornecidas pela Ultrafertil e não imediatamente processadas em CO₂ comercial pela White Martins, foram perdidas para a economia, já não tiveram qualquer valor comercial para a sua titular.

b) O aditamento que alterou o contrato original de fornecimento de subproduto à White Martins foi firmado em data posterior ao recebimento pela Ultrafertil da proposta firme de aquisição de subproduto pela Messer. Tal precedência temporal permitiria à White Martins ter a ciência da proposta da Messer no momento em que fez sua própria oferta à Ultrafertil pelos 170 ton/dia adicionais e pela exclusividade de todo e qualquer excedente de subproduto.

Ressalte-se que, não há nos autos qualquer documentação de data anterior ao aditamento que comprove a pre-existência um compromisso de opção na forma de primeira recusa entre a Ultrafertil e a White Martins para a aquisição de toda a disponibilidade de CO₂ da Ultrafertil, como alega a Ultra-

fértil na sua resposta à Messer. Desse modo, deve-se admitir que não havia qualquer acordo prévio entre a Ultrafertil e a White Martins sobre as condições e preços de acesso às 170 ton/dia disponibilizados pela Ultrafertil e que eram objeto da proposta da Messer.

Pode-se concluir que a White Martins não agiu automaticamente em resposta à proposta da Messer, mas teve que tomar a iniciativa de fazer sua própria proposta à Ultrafertil de moto próprio e em igualdade de condições com a Messer pelo direito ao fornecimento de 370 ton/dia e à exclusividade sobre excedentes, que passou a existir somente a partir de 1º de julho de 1996 com a assinatura do aditamento.

c) Na sua manifestação de 26 de março de 1997 à SDE, a representada declara que renuncia unilateralmente aos direitos que adquirira pelo termo de aditamento ao contrato de fornecimento de 1º de julho de 1996 com a Ultrafertil.

Daquela manifestação entende-se que a White Martins abriu mão do seu direito ao fornecimento das 170 t/dia e à exclusividade sobre ofertas excedentes da Ultrafertil adicionadas pelo termo de aditamento espontânea e deliberadamente, muito antes de tal condição ser imposta pela decisão do Ato de concentração Unigases-White Martins, que só veio a ocorrer em 11 de agosto de 1999.

Se a White Martins tivesse conscientemente decidido adquirir a disponibilidade adicional de matéria prima da Ultrafertil por um critério exclusivamente de rentabilidade privada do investimento, por quê teria efetivado o distrato em prazo tão curto e sem ser instada oficialmente a tanto?

Note-se que os termos do contrato original de fornecimento, mantidos pelo aditamento, previam a impossibilidade de desistência unilateral das partes, o que leva à conclusão de que a renúncia da White Martins antes do vencimento necessariamente implicaria em ônus rescisório.

Sendo assim, se admitirmos, por hipótese, mesmo na ausência de comprovação fática, que a White Martins tivesse planos firmes e de curto prazo de expansão da capacidade de processamento das plantas de Cubatão, para o emprego do excedente de subproduto na produção, então a hipótese se torna incompatível com a iniciativa de renúncia não provocada e onerosa pela White Martins.

Assim, mesmo que a Ultrafertil não tenha reconhecido que tal manifestação por si só tivesse sido suficiente para desobrigá-la a cumprir integralmente os termos do aditamento, a renúncia da White Martins revela possivelmente seu reconhecimento da dificuldade em justificar a conduta anti-concorrencial e adicionalmente, amenizar as conseqüências de uma condenação pelo poder público.

Conclusão sobre as evidências da conduta

Há evidências nos autos de que a White Martins arrematou a disponibilidade de matéria-prima da Ultrafértil mas não a utilizou, não tinha planos de utilizá-la, não tinha capacidade física para utilizá-la e tampouco tinha interesse econômico legítimo em utilizá-la para a produção comercial de CO₂. Há também evidências de que a decisão de adquirir a disponibilidade de matéria prima ocorreu espontaneamente, em resposta à manifestação declarada da Messer em ingressar no mercado.

Conclui-se, assim, que não há base para se admitir que a conduta da White Martins tenha sido típica de interação concorrencial no mercado de subproduto, mas, ao contrário, as evidências amparam o entendimento de que a White Martins pretendeu impedir o acesso da concorrente Messer à oferta de matéria prima, o que caracteriza, sem ambigüidade, as condutas anti-concorrenciais apontadas na representação.

IV. Da verificação dos efeitos anti-concorrenciais da conduta ou da sua potencialidade

Caracterizadas as condutas do art 21, restaria ainda provar, pela regra da razão, a possibilidade de geração ou a efetiva ocorrência dos efeitos anticoncorrenciais previstos pelo art.20 da Lei 8.884/94 e apontados pela representação:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Do ponto de vista dos efeitos do ato, há duas questões a serem examinadas. Em primeiro lugar é preciso verificar se a alegada intenção de criar barreira à entrada de novo participante no mercado relevante de gás carbônico da região Sudeste mais Paraná poderia ser uma decisão racional dadas as condições de participação da representada nesse mercado à época da conduta. A segunda questão é saber se as condições de participação da representada no mercado relevante de sub-produto de correntes de amônia e hidrogênio, tam-

bém à época da conduta, eram propícias ou efetivamente permitiram que o ato da White Martins refletisse em um aumento de custo de entrada significativo para a Messer.

IV.1. Dos efeitos do ato no mercado relevante de produto final

Na decisão individual da firma de se engajar em uma conduta de criação de barreira à entrada de novo concorrente, ela leva em conta por um lado os custos da sua ação e por outro lado os benefícios de não ter que enfrentar a concorrente no mercado. Quanto menor é a participação de mercado da firma que inicialmente já o compartilha com outros concorrentes, menor será o benefício que auferirá individualmente da eventual obstrução à entrada de uma nova firma. O custo da ação, contudo, é o mesmo, tenha a firma participação pequena ou grande no mercado. No limite do caso em que a firma não possui qualquer poder no mercado relevante de produto, ou seja, atua competitivamente, a entrada de um novo participante não altera seu poder de mercado e nem suas oportunidades de lucro. Sendo assim, a condição necessária para que a iniciativa de criação de barreiras à entrada seja racional é de que a agente da conduta possua poder de mercado significativo no mercado relevante do produto final.

Uma estratégia de açambarcamento de matéria prima aumenta as barreiras à entrada de uma nova firma devido ao aumento do preço do insumo que a restrição na sua disponibilidade provoca. Com o aumento do preço do insumo, aumentam os custos de produção prospectivos para uma firma entrante, a tal ponto que pode tornar seus lucros esperados se reduzirem a zero, e com isso fazê-la desistir da empreitada.

A questão teórica relevante é saber se o açambarcamento do insumo, ou sua supressão do mercado de modo a desencorajar o ingresso de novos concorrentes, pode ser uma estratégia racional do ponto de vista econômico. Como a aquisição do insumo envolve um custo para o agente da conduta, é preciso saber se, em contrapartida, existe a possibilidade de que a supressão do insumo do mercado propicie ao incumbente um ganho maior do que o custo incorrido. Em outras palavras, é preciso saber se o preço pago pelo agente da conduta para açambarcar a quantidade de insumo suficiente para desencorajar a entrada de concorrente pode ser menor do que o valor da redução dos lucros do incumbente que seria provocada pela entrada do novo participante no mercado.

No caso em que a firma incumbente é monopolista no mercado relevante de produto, como era a White Martins à época da alegada conduta, é possível concluir, através de um argumento simples, que o açambarcamento

da matéria-prima é muito provavelmente uma iniciativa racional, isto é, privadamente lucrativa². Senão vejamos:

Suponha que uma firma inicialmente é a incumbente em um mercado, e obtenha um fluxo de lucro Π_i^m (lucro da incumbente em monopólio) enquanto permanecer como monopolista. Suponha ademais que, se uma nova firma decidir ingressar no mercado, estabelecendo um duopólio no lugar do monopólio inicial da incumbente, lucro da entrante será de Π_e^d (lucro da entrante em duopólio) enquanto o lucro da incumbente passará a ser de Π_i^d (lucro da incumbente em duopólio), que naturalmente é menor do que Π_i^m .

O ingresso da nova concorrente depende no entanto dela conseguir se apossar de um insumo escasso, disponível para venda.

A firma incumbente considera a possibilidade de açambarcar parte ou todo o insumo disponível no mercado, de modo a elevar o custo de produção, ou diminuir o lucro prospectivo para a firma entrante, o suficiente para fazê-la desistir da empreitada. Mas sabendo que terá uma despesa com o insumo, a incumbente deve comparar os benefícios e os custos privados da estratégia.

Como o lucro da entrante seria de Π_e^d caso ela efetivamente ingressasse no mercado, este seria o valor máximo que ela estaria disposta a pagar pelo insumo escasso, e portanto este seria também o valor máximo que o dono do insumo esperaria receber por ele. Supondo-se, portanto, que a incumbente tivesse que pagar Π_e^d ao dono do insumo pelo açambarcamento, a estratégia de açambarcamento seria lucrativa para a incumbente se e somente se o valor do seu lucro de monopólio deduzido do custo do açambarcamento fosse maior do que o seu lucro em duopólio, isto é, se $\Pi_i^m - \Pi_e^d > \Pi_i^d$. Desse modo pode-se concluir que o benefício do açambarcamento é maior do que o custo para a incumbente monopolista se e só se $\Pi_i^m > \Pi_i^d + \Pi_e^d$. A condição significa que a estratégia de açambarcamento é lucrativa privadamente para a incumbente monopolista se e só se o lucro de monopólio é superior à soma dos lucros de duopólio. Ocorre que, de fato, tal condição é sempre atendida quando os custos de produção da incumbente e da entrante são similares.

Como a White Martins era monopolista no mercado relevante de

² Gilbert, Richard J.. Mobility Barriers and the Value of Incumbency. Handbook of Industrial Organization. Ed. Richard Schmalensee and Robert Willig, 1989.

CO2 comercial e a Messer uma empresa entrante, a conclusão se adapta perfeitamente ao caso. O resultado demonstra que a incursão pela White Martins no custo do açambarcamento do subproduto da Ultrafertil com o intuito de evitar o ingresso da Messer, seria uma decisão plenamente racional do ponto de vista empresarial privado.

IV.2. Dos efeitos do ato no mercado relevante de matéria-prima

Quanto aos efeitos da conduta no mercado relevante de matéria-prima, é necessário avaliar a plausibilidade de que o açambarcamento do subproduto possa ter configurado barreira à entrada da concorrente no mercado relevante.

A barreira à entrada gerada pelo açambarcamento é representada pelo aumento do preço da matéria prima no mercado relevante a um nível suficientemente alto a ponto de tornar pouco atraente a lucratividade prospectiva para uma empresa entrante.

Como visto, no ano de 1996 a Ultrafertil foi a única ofertante no mercado relevante definido de subproduto de fontes de amônia, hidrogênio e gás sintético na região Sudeste e Paraná, de modo que o acesso ao seu subproduto com exclusividade provocou a preclusão total do mercado

No momento em que a White Martins arrematou aquela oferta de 170 ton/dia, e além disso reservou para si a exclusividade do acesso a qualquer oferta futura adicional, efetivamente tornou indisponível qualquer quantidade de matéria-prima no mercado relevante.

Evidentemente, o conceito de disponibilidade está intimamente relacionado com o conceito de custo. Em alguns casos, um recurso econômico indisponível pode significar que este simplesmente não é acessível naquele momento e naquele local a preço nenhum. Em todos os casos de interesse econômico, contudo, a indisponibilidade é relativa ao custo: um recurso tem grande ou pequena disponibilidade se é barato ou se é caro. Em particular, quando se fala da disponibilidade ou indisponibilidade de matéria-prima, a questão é ainda mais específica. Uma determinada matéria-prima é indisponível para uma firma em um determinado local e em um dado momento se o seu custo é alto demais para que possa tornar lucrativo o negócio e, portanto, viável a operação da firma.

Na sua Representação inicial, item VI - do pedido, a Messer pugna pela liberação pela White Martins da quantidade contratada de 170 ton/dia pelos mesmos preços e condições pelos quais foram arrematados. Isso significa que a Messer estaria disposta a produzir CO2 em Cubatão aos preços de

matéria-prima pagos pela White Martins à Ultrafertil. Isto também significa que, se depois do açambarcamento da matéria-prima pela White Martins, a Messer resolveu não ingressar mais como concorrente no mercado relevante do produto naquele momento, foi porque o açambarcamento efetivamente aumentou o custo da matéria prima no mercado relevante a ponto de eliminar a lucratividade esperada do negócio.

Note-se que a Messer tinha firme intenção de ingressar no mercado, como demonstra o estágio avançado das tratativas que travou com a Ultrafertil pelo fornecimento da matéria prima. Depois de ver frustrados seus planos pela conduta da White Martins, a Messer desistiu de concorrer no mercado relevante, tendo ingressado somente muito mais tarde, em 1999, junto à Hoescht no Rio de Janeiro/RJ.

Tal decisão demonstra que o aumento de custo gerado pela conduta no mercado relevante de matéria-prima foi suficiente para evitar a entrada da Messer naquele momento, assim como também pode ter evitado a entrada de outros concorrentes no mercado relevante de CO₂ por um longo período. O primeiro ingresso de novo ofertante no mercado relevante de CO₂ ocorreu no ano de 1998, quando se iniciaram as operações da AGA junto à Prossint (Manguinhos) no Rio de Janeiro/RJ, a partir do subproduto de corrente de hidrogênio.

Também é possível verificar a partir de dados dos autos que a conduta gerou um substancial aumento de custo do subproduto logo após a época da conduta, sem que tivesse havido qualquer surto de aumento da demanda final pelo gás carbônico comercial que pudesse explicá-lo.

Segundo o Parecer Técnico do DPDE no AC 08000.012075/96-14 entre White Martins-Unigases, os preços médios de compra de CO₂ pela White Martins/Liquid Carbonic à Ultrafertil foram os seguintes, em 1996:

Preços médios do subproduto fornecido pela Ultrafertil em 1996:

WM (Cubatão/SP)	R\$ 33,20
LCI (Cubatão/SP)	R\$ 26,04
LCI (Araucária/PR)	R\$ 28,08

Em resposta a diligências nos autos do AC 78/96 (fls 4397), a Petrobrás declara que a Air Liquide foi a vencedora do processo de tomada de preços realizada em julho de 1997 para a aquisição do sub-produto que seria disponibilizado na refinaria REVAP/SP de São José dos Campos quando do término do prazo contratual com a Liquid Carbonic. O contrato com a Air

Liquide previa o fornecimento de 80 ton/dia ao preço de R\$63,31 por tonelada e um prazo de 10 anos a partir do início do funcionamento em 01 de abril de 1999. Nessa mesma licitação a Messer foi vencida tendo realizado oferta de R\$43,00 por ton.

Em carta circular de 8 de outubro de 1997 a PETROBRÁS declara a várias empresas potencialmente interessadas que poderia disponibilizar dióxido de carbono como subproduto proveniente de geração de hidrogênio nas unidade REPLAN (Paulínia/SP) e RPBC (Cubatão, São Paulo - SP), para junho de 1998 e abril de 1999, respectivamente. Em 25 de novembro de 1997 a Petrobrás consulta as empresas AGA, Air Liquide, Air Products, BOC, Messer e White Martins, sobre seu interesse em desenvolver um negócio com a Petrobrás para separar o CO₂ da corrente de gás de purga na REPLAN (Paulínia/SP) e posteriormente adquiri-lo (fls 4465 do AC 78/96).

Em resposta à consulta a White Martins informou em sua proposta original que realizaria os investimentos em conjunto com a Petrobrás e adquiriria a totalidade do produto final disponível (CO₂) CO₂, a um preço de US\$ 70,10/tonelada, por um prazo contratual de dez anos e com um take-or-pay de 100%.

Além da White Martins também responderam à consulta da Petrobrás a AGA, a BOC e a Messer, que ofereceram os seguintes preços pelas seguintes quantidades de fornecimento:

empresa	disponibilidade ton/dia	preço por ton
AGA	200	US\$ 16,00
BOC	150 a 200	R\$40,00 a R\$45,00
Messer	100	R\$50,00

O excedente de subproduto da Ultrafertil em Cubatão foi arrematado em maio de 1998 pela BOC, que tinha previsão de entrada em produção somente em agosto de 1999. Segundo informam as representantes nos autos (fls 455) o preço pago pela BOC se situa em torno de US\$ 60,00 por tonelada, o que era equivalente ao câmbio da época a aproximadamente R\$ 70,00. A proposta vencida da Messer foi de US\$ 55,00 por ton (R\$65,00).

Em resumo, imediatamente após a data da conduta, o primeiro entrante no mercado de CO₂ a obter fornecimento de subproduto no mercado relevante foi a AGA, que em julho de 1997 já pagou R\$ 63,31 por tonelada. Depois dela, em 1997 e 1998, todos os contratos de fornecimento de subproduto custaram mais do que R\$ 70 por tonelada para seus titulares, incluindo, estranhamente, a própria White Martins.

Como a Ultrafértil não teria decidido vender seu subproduto à White Martins se tivesse podido vender para a Messer ou para qualquer outro entrante no mercado por um preço mais alto, é possível se calcular um limite inferior para o efeito da conduta no mercado de matéria prima como a diferença entre o menor preço de fornecimento verificado imediatamente após a conduta, os R\$ 63,31 pagos pela AGA, e os R\$ 33,20 pagos pela White Martins em Cubatão, isto é R\$30,11 por tonelada.

Em conclusão, não havendo outros fatores que possam indicar um aumento substancial de demanda nos 12 meses que se seguiram à data do aditamento, é possível se atribuir à conduta um aumento dos preços no mercado relevante de matéria-prima correspondente a no mínimo o dobro dos preços vigentes anteriormente.

V. Da duração da conduta

Em 01 de outubro de 1997, a Ultrafértil recebe da White Martins proposta de 2º termo de aditamento ao contrato de fornecimento com alteração exclusivamente da cláusula 9.2 de exclusividade de acesso aos excedentes de subproduto da Ultrafértil, mantendo outrossim todas as outras disposições contratuais.

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

Contudo, o contrato entre Ultrafértil e White Martins tinha ainda longo prazo de vigência pela frente e não permitia desistência unilateral pela White Martins, como se pode ver pela sua cláusula 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."

O relatório da SDE destaca a interpretação forçada do significado da cláusula de exclusividade por parte da representada:

"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."(fls 423)

No entanto a Ultrafertil jamais entendeu que uma simples manifestação da White Martins renunciando ao seu direito como explícito no contrato, a liberasse para oferecer ao mercado as quantidades renunciadas pela White Martins.

Veja-se que o teor da comunicação da Ultrafertil à Messer quando da sua recusa em atender à oferta, i. e, "Assim sendo, estamos compromissados com a White Martins/Liquid Carbonic nos próximos 10 (dez) anos em toda a nossa disponibilidade de CO2." (fls 54), está em franco contraste com a interpretação da White Martins de que era uma cláusula de "direito à primeira recusa".

Assim, de acordo com o entendimento manifestado no voto de vista do I Conselheiro Thompson Andrade, concluo que a White Martins manteve a responsabilidade completa e exclusiva pela conduta praticada entre 1º de julho de 1996, data de assinatura do aditamento ao contrato de fornecimento, e 10 de dezembro de 1997, data em que finalmente foi assinado o distrato entre Ultrafertil e White Martins.

VI. Da decisão e do valor da multa aplicada

Segundo a análise empreendida, ficam plenamente configuradas as condutas imputadas e verificados os efeitos nocivos à concorrência assinalados pelo Despacho de instauração do presente processo administrativo.

Sendo assim, adiciono às razões de decidir expostas no voto do Ilustre Conselheiro Relator Celso Campilongo às razões aqui expostas no que forem complementares, e apóio sua conclusão pela condenação da representada com base nos incisos V, VI e XV do art. 21 e I, II e IV do art 20 da Lei 8.884/94.

Quanto ao valor da multa imposta, adoto os critérios de valoração expostos no Voto do I Conselheiro Relator, assim como a análise de fundamentação desenvolvida no voto de vista do Ilustre Conselheiro Thompson

Andrade, que ampara a adequação daqueles valores aos parâmetros da Lei 8.884/94, e acompanho inteiramente a sua decisão.

É o voto.

Brasília, 17 de abril de 2002

Afonso Arinos de Mello Franco Neto

