

MEMORIAL 05 de fevereiro de 2002

EXMO. SR. CONSELHEIRO DR. THOMPSON ANDRADE

Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05

S/A WHITE MARTINS, qualificada nos autos do Processo Administrativo em epígrafe, vem à presença de V.Exa., por seus advogados, face ao voto proferido pelo eminente Conselheiro-Relator, Dr. Celso Campilongo, apresentar **MEMORIAL**, cuja juntada requer, para expor e requerer o quanto segue:

1.- O ilustre Conselheiro-Relator entendeu estar configurada a infração à ordem econômica, com o que determinou a aplicação de multa, fixando-a em 5% do faturamento bruto da Representada.

2.- Assim procedeu, basicamente por considerar que:

a) Não prosperaria a tese da Representada de que o Termo de Compromisso de Desempenho firmado teria efeito de Termo de Compromisso de Cessação;

b) Teria havido prejuízo à concorrência (sem que tenha, contudo, analisado a racionalidade econômica da conduta do agente ou mesmo mensurado o dano); e

c) A conduta mereceria severa punição (que, no caso resultou quiçá na mais alta sanção jamais imposta pelo **CADE** em sua História em termos percentuais).

3.- *Data venia*, a argumentação não procede.

I – O Termo de compromisso de Desempenho não teria o “efeito” de Termo de Compromisso de Cessação.

4.- A questão, tal como versada no Voto exarado pelo eminente Relator, é fruto, *concessa venia*, de evidente equívoco cognitivo.

5. O Termo de Compromisso de Desempenho, ao contrário do que foi entendido, não produziu o “efeito” de Termo de Compromisso de Cessação, mas, embora sob esse título unificado, é um instrumento que perfaz os

dois. É corriqueira no mundo jurídico (e inúmeras são as hipóteses) a celebração de contratos múltiplos em instrumento único, independentemente do *nomen iuris* que se lhe atribua. Assim, por exemplo, um contrato de locação com cláusulas de fiança e arbitragem é, em verdade, um documento que instrumentaliza três contratos distintos (locação/fiança/arbitragem).

6.- É juridicamente impossível dissociar-se, *in casu*, um Termo do outro, vez que o comando do Termo de Compromisso de Cessação é imanente aos princípios gerais do Compromisso de Desempenho, este sim, fruto de – no caso, ausente – análise econômica racional com efeitos *ex tunc* sobre a conduta.

7.- Não por outra razão houve por bem o E. Conselho, ao disciplinar a pena cominada ao inadimplemento das obrigações assumidas no Termo conjunto a **multa prevista no art. 25 da Lei de Regência, aplicável apenas aos Compromissos de Cessação** e não aos de Desempenho.

II – Da ausência da análise da racionalidade econômica da conduta – Da ausência de análise do contrato de fornecimento

8.- Pode-se afirmar, em resumo, que o Voto do eminente Relator, resultado de um Processo Administrativo enviesada e adredemente pinçado a um Ato de Concentração então sob o exame do **SBDC**, transformou um fenômeno estrutural (aquisição de fonte de matéria-prima), cuja legitimidade reconhecidamente se presume face o princípio constitucional da livre iniciativa, em uma verdadeira conduta ilícita *per se*, sem que sequer se cogitasse da discussão sobre a racionalidade econômica da restrição avençada ou das eficiências decorrentes da operação.

9.- Remembre-se, à guisa de registro histórico, que à época se enfrentava momento notoriamente “anti-Representada” junto ao **DPDE**, onde a empresa era vítima de toda sorte de investigações de *griffe*, estimuladas pelo beneplácito compulsivo da Autoridade Pública.

10.- Tratou-se de imputação de pretensa restrição vertical anticompetitiva de natureza contratual, de que resultaria barreira ao ingresso de novos entrantes no mercado relevante. Mas, se se cuidava de “barreiras ao ingresso”, não deixa de ser curioso o fato de que, a despeito do reiterado e vigoroso reclamo da Representada, em nenhum momento sequer se indagou (a) que empresas teriam deixado de ingressar no mercado a despeito da dita restrição contratual ou (b) em quanto tempo lograram os entrantes fazê-lo.

11.- Teve-se a oportunidade nestes autos de se afirmar: “inegável ser, a discussão econômica, imprescindível à análise antitruste (mesmo por-

que, sem ela, não se chega, na maioria das vezes, a conclusão alguma sobre a incidência ou não do art. 20 da Lei n 8.884, de 1994)”¹

12.- Demonstra a leitura do Voto do eminente Relator que a recomendação fora feita a ouvidos moucos, mesmo porque sobre tema sequer se cogitara na acusação inicial ou se ensejou o exercício do contraditório.

13.- É bem verdade que o eminente Relator, em seu Voto, assevera ter ocorrido “desperdício acintosamente econômico, uma prodigalidade nada empresarial”, sendo certo, porém, com todo o devido respeito, que tais conclusões se encontram inaceitavelmente desamparadas da fase da motivação. Aliás, *a propos*, seria a temática da malversação (o que se diz apenas *ad argumentandum*) de matérias-primas questão concorrencial ou de Política Industrial ou de fomento?

14. Em verdade, a “sede condenatória” era de tal sorte intensa que, para a consecução do objetivo adverso desejado, chegou-se a transformar um único saldo de fonte de matéria-prima (que posteriormente se revelou até menor do que o imaginado) no próprio mercado relevante, desprezando-se, ao despautério, a disponibilidade de fontes (até hoje ociosas) em quase o dobro existentes no “restante” do mercado geográfico (todo o Sudeste mais Paraná).

15.- Talvez sofregamente, chegou-se até mesmo a entender localizar-se a Ultrafertil e respectiva fonte em sítio geograficamente privilegiado em relação a outros. Olvidaram-se, porém, dois fatos: (a) ao lado (vizinho) da Ultrafertil está estabelecida outra fonte, ainda hoje ociosa, a RPBC (porque esta não seria também geograficamente privilegiada ?), e (b) entre a Ultrafertil e os clientes consumidores há que se enfrentar nada mais nada menos que a questão logística da subida da Serra do Mar (porque, então, não seria mais favorável que a da Ultrafertil, a localização da REPLAN, em Paulínea, já no Planalto Paulista e servida por excelentes rodovias planas ?).

16.- Em suma: lastreou-se o Voto do eminente Conselheiro-Relator, não na acusação formulada à Representada ou nos resultados do embate do contraditório dela resultante, mas basicamente no r. Parecer da douta Procuradoria-Geral que dedicou-se com denodado empenho a tema estranho à imputação, qual seja o da pretensa ilicitude da cláusula contratual de exclusividade ou preferência. Não o fez, porém, *data venia*, à luz da boa técnica, posto que até mesmo dispensou qualquer análise econômica ou jurídica que pudesse supedanear as conclusões alcançadas. Não foi nem mesmo caracterizado ou mensurado o pretenso dano à concorrência !

¹ Do parecer dos ilustres Professores Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, pág. 6

III – Da plurisubjetividade do delito de açambarcamento por via contratual

17.- Não restou apreciado igualmente o fato de que conquanto tenha-se reiteradamente impingido a prática de açambarcamento à Representada, não se atentou que esta, quando consumada mediante contrato, **somente se tipificaria** como infração quando na presença de, ao menos, uma dualidade de agentes (as partes contratantes): trata-se de prática colusiva. É pacífica, a respeito, a doutrina².

18.- Assim, questiona-se: Por que foi imputada conduta infracional somente à Representada? É evidente que não tem a Autoridade a “discrição” de “optar” por esta ou aquela parte contratante, sendo cediço que a exclusão de uma implica, automaticamente, na da outra.

19.- Qual a responsabilidade (se é que alguma há de alguém) da Ultrafértil na contratação e/ou na morosidade de colocação da fonte à disposição do mercado? Qual a responsabilidade do **DPDE** em exigir, sem amparo legal, a aquiescência da Ultrafértil à renúncia da Representada a essa fonte, protegendo, apesar dos protestos da Representada, o efeito desejado de oferecimentos daquela ao mercado?

20.- O fato é que não há infração plurissubjetiva com apenas um responsável !

Confirma-o a jurisprudência do próprio E. **CADE**, à unanimidade do Plenário, em Voto paradigmático da ilustre Conselheira **LÚCIA HELENA SALGADO E SILVA**³, que assim se ementa:

"RESPONSABILIDADE PENAL-ECONÔMICA - INFRAÇÃO PLURI-SUBJETIVA - PRETENDIDA CONDENAÇÃO DE APENAS UM DOS AGENTES - INADMSSIBILIDADE

² Coelho, Fábio Ulhôa, “Direito Antitruste Brasileiro”, , Editora Saraiva, pág. 71: “ A infração de impedir o acesso de concorrentes a fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologias e aos canais de distribuição é das modalidades de práticas anticoncorrenciais que pressupõem acordo entre agentes econômicos (práticas colusivas). Não é possível incorrer-se na conduta infracional (sic) do inciso VI unilateralmente” (ênfatisou-se).

³ Voto proferido no Processo Administrativo nº 29/22, de 14 de outubro de 1998, Representante: Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos no Estado do Rio Grande do Sul, Representadas: Aché Laboratórios Farmacêuticos Ltda., Prodoctor Produtos Farmacêuticos Ltda. e Prodome Química e Farmacêutica Ltda., apud Franceschini, "Direito da Concorrência - Case Law", págs.1293/1294.

Uma empresa não pode ser sancionada por conduta que só pode ser concretizada com esforço plúrimo".

IV- Irascibilidade e Irracionalidade da multa proposta

21.- Propõe o Voto do ilustre Relator a imposição, segundo afirma a imprensa, da **maior multa já aplicada pelo CADE**, superior, inclusive, àquela imposta por ocasião da condenação a cartéis, infração que o ordenamento entende quase que *per se*. Não deixa de causar espécie, máxime sabendo-se ser a Representada primária (isso se diz apenas por amor ao debate, eis que ilibada e atípica é sua conduta de mercado e lícita a cláusula de preferência guerreada).

22.- Translúcida a preocupação de zeloso rigor na condenação, sem que se diga *a cause* ou *quid prodest*. De pronto já se viram preenchidas todas as sete circunstâncias agravantes na dosimetria da pena (talvez à falta de mais incisos ao *caput*).

23.- A contradição demonstra-se tão flagrante que, embora majorada a pena face “*os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado*” (inciso VI), não deixou o Voto do festejado Relator de salientar ser “*impossível quantificar precisamente a vantagem auferida pela White Martins*” (mesmo porque não houve qualquer efeito adverso demonstrável no mercado).

24. Dedicou-se igualmente atenção ao inciso V: “*grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros*”. O despropósito é, *concessa maxima venia*, ululantemente óbvio, dado o fato do ingresso de todas as concorrentes no mercado, em prazos diminutos, inferiores mesmo àqueles considerados quando da análise de barreira ao ingresso de novos agentes no mercado relevante e, pasmese, até mesmo na vigência da malsinada cláusula dita restritiva.

25.- Aventou-se gratuitamente até mesmo de “*má fé*” (inciso II), sem que se explica-se como de tal aleivosia se poderia cogitar na contratação de um resto de fonte diante do *mare nostrum* de disponibilidade (poderia alguém açambarcar uma caixa de fósforos apoderando-se de pedaços de um palito ?).

26.- De outra banda a multa, se confirmada (do que se cogita apenas *ab absurdo*) seria, com o devido respeito, irracional, posto que dela resultariam gravíssimos custos sociais, a partir inclusive do fato de caracterizar-se como confiscatória e, destarte, materialmente inconstitucional.

27.- A sugestão impensada, nos patamares cogitados pela imprensa,

colocariam certamente em risco a própria continuidade do negócio, afetando desmesuradamente os custos da empresa, notadamente a folha de pagamento e programas de desenvolvimento, tudo à custa do emprego e do bem-estar da Coletividade. Dir-se-á que o **CADE** é indiferente aos impactos sociais de suas medidas e externalidades quejandas, mas certamente não o será ao ponto de desconsiderar o interesse do Consumidor (*ultima ratio* da legislação concorrencial).

28.- Por fim, à guisa de maiores subsídios à consideração do Egrégio Plenário, requer-se a juntada aos autos do anexo estudo econômico da lavra de **EDGARD PEREIRA E ASSOCIADOS**, intitulado “Mercado Relevante e Eficiências na Análise de Contratos de Exclusividade”.

29.- Assim sendo requer-se seja reconhecida a improcedência da acusação, arquivando-se definitivamente o presente Processo Administrativo, sem prejuízo das devidas homenagens a que sempre faz jus o ilustre Conselheiro-Relator.

Termos em que,

Pede Deferimento.

S/A WHITE MARTINS

De São Paulo para Brasília, 05 de fevereiro de 2002.