

MEMORIAL 18 de junho de 2002

EXMO. SR. CONSELHEIRO DR. ROBERTO CASTELHANOS PFEIFFER
Processo Administrativo n.º 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 r. Voto proferido pelo eminente Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior, apresentar **MEMORIAL**, cuja juntada requer, para expor e requerer o quanto segue:

I- Do voto

1.- O ilustre Conselheiro Ronaldo Porto entendeu “*existirem fundamentos sólidos, amplamente analisados nos votos que me antecederam, para justificar a condenação da White Martins pelas condutas que lhe são imputadas. Sendo assim, adiciono às razões de decidir expostas nos votos dos Ilustres Conselheiros Celso Campilongo, Afonso Arinos e Thompson Andrade as razões aqui expostas no que forem complementares, e apoio 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.*”

2.- Inicie-se por frisar, portanto, que o ilustre Conselheiro inúmeras vezes, senão em quase todas, adota na construção de seu voto o posicionamento da Procuradoria, ou dos ilustres Conselheiro que lhe antecederam na votação, atribuindo aos votos anteriores o *status* de verdade e certeza, o que de fato não deve prevalecer. Nada, portanto, acrescentou para sanar as deficiências dos votos anteriores, olvidando-se, tanto quanto seus antecessores, de que o Processo Administrativo é regido pelo princípio da verdade material ou real e de que o ônus da prova compete à acusação.

3.- Assim o foi, por exemplo, para rebater as preliminares argüidas, quando adotou o entendimento da Procuradora Federal, Dra. Áurea Regina Socio de Queiroz Ramim, ou no caso da estimativa do valor do dano causado pela suposta prática, quando, serviu-se do voto do Conselheiro Thompson Andrade.

4.- Quanto às objeções de mérito, tampouco pode-se dizer tenham sido rebatidas, ao contrário, as dúvidas persistem, como é o caso da questão relativa ao Compromisso de Desempenho, Compromisso de Cessação.

5.- No tocante a esta, o ilustre Conselheiro entendeu equivocada a posição da **REPRESENTADA**, bem como a dos pareceristas Prof. Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, tendo para tal proposto duas questões: “A

prática de que a representada era investigada nesse processo administrativo cessou por causa do Termo de Compromisso de Desempenho assinado quando do encerramento do AC 78/96 ? Foi o Termo de Compromisso de Desempenho o motivo que levou ao fim da conduta objeto deste processo administrativo ?”

6.- Entretanto, com o máximo acatamento, equivocou-se o Conselheiro ao entender que não. Obviamente que a prática que ora se afirma infração, cessou por causa do Termo de Compromisso de Desempenho e Cessaçã e da mesma forma o referido Termo levou ao fim da conduta objeto deste processo administrativo.

7.- Conforme já se teve a oportunidade de afirmar neste autos, não há como se negar que esta matéria – a disputa por fontes – já foi objeto de análise e julgamento pelo i. CADE. A simplista afirmação de que a prática em comento já teria cessado por ocasião da celebração do Ato, está a ocultar toda a tramitação e negociação que culminou na aprovação daquele.

8.- Ou seja: pactuou-se a aprovação da fusão e, em contrapartida, a liberação da referida fonte, estabelecendo-se, pela primeira vez de forma precisa, que doravante não mais haveria racionalidade econômica se houvesse a manutenção daquela conduta¹.

9.- Importa notar também, que diversas das questões levantadas res-

¹ Isto porque não se negue que após a submissão do Ato de Concentração 78/96, uma das conseqüências possíveis, previstas em lei, seria a determinação do desfazimento da operação. Assim, se isto ocorresse, para concorrer com a própria Liquid Carbonic, a White Martins estaria a necessitar da garantia de fornecimento da fonte de insumo da Ultrafértil.

Assim, os ilustres Conselheiros parecem olvidar as ponderações levadas a efeito pela SEAE, indicando, e mesmo pressionando, que o Ato de Concentração seria aprovado mediante a liberação daquela específica fonte de insumo, com o que a White Martins abriu mão. Ou seja: a questão teve toda uma dinâmica e complexidade que não pode ser apreciada somente baseando-se no momento consumativo da celebração dos termos.

Não se pode descurar que o conceito de abuso do poder econômico é juridicamente indeterminado, com o que sua caracterização é realmente difícil. Assim quando da lavratura dos termos de compromisso de desempenho e cessação, resolveu não somente a questão da estrutura do mercado, como também identificou e tipificou nos autos uma conduta que estaria a ocorrer e que doravante passaria a se caracterizar como passível de ser punida, ou seja, aproveitou para resolver a questão também.

Naquele momento interessou ao CADE então, fazer cessar de forma definitiva e legal, amparada pela lei antitruste, uma prática, que poderia muito bem voltar a ocorrer a qualquer momento. Imprimiu-lhe de forma indelével o carimbo da ilicitude.

taram pendentes, sem a conclusiva resposta, notadamente as referidas no último memorial. Tal é o caso da possibilidade da demonstração da racionalidade econômica da conduta e do contrato de exclusividade, dentre outras tantas².

² 5.- Com efeito, as propostas condenatórias se recusam reiteradamente a responder questões básicas, tais como:

a) considerando-se uma acusação de açambarcamento de fontes de CO₂ ou de criação de dificuldades à entrada de concorrentes no mercado:

(i) que empresa deixou de nele ingressar?

(ii) as que o fizeram, em que prazo e período o fizeram (aliás no curso da vigência da cláusula de exclusividade e em tempo inferior a 2 anos)?

(iii) como teria havido óbices à entrada da Representante se esta dispunha de fonte própria junto à sua controladora, Hoechst, que subseqüentemente ativou, após perder a licitação da fonte da Ultrafertil para a BOC?

a) qual o mercado relevante a ser considerado?

(i) o de gás carbônico ou o de subprodutos (fontes)?

(ii) no primeiro caso, porque a total desconsideração da existência de farta disponibilidade de matéria-prima no mercado (que até hoje supera a capacidade produtiva instalada de todas as indústrias na Região Sudeste mais Paraná), inclusive cerca de 70 tdp na própria fábrica da Ultrafertil (sabendo-se diminuta a escala mínima)?

(iii) no segundo, quem deteria posição monopólica, a REPRESENTADA ou a Ultrafertil, que impôs severas condições comerciais (inclusive reajustes cambiais de preços) à contratação da fonte e à sua (legalmente dispensável) concordância com a rescisão da cláusula de exclusividade (elevação desmesurada do valor da cláusula take or pay)?

a) considerando-se que a imputação inicial (de que a REPRESENTADA se defendeu) foi de mau uso de insumo escasso no período compreendido entre 26 de março de 1997 (data da renúncia unilateral ao excedente da Ultrafertil) e 10 de dezembro de 1997 (data em que esta “consentiu” com tal renúncia)), como se pode pretender condenação por conduta de que não foi a REPRESENTADA sequer acusada (pretensa ilicitude da cláusula de exclusividade) e em relação à qual não se concedeu o direito de ampla defesa mediante o devido processo legal e o contraditório?

(i) qual a racionalidade econômica da restrição vertical resultante da cláusula?

(ii) qual o efetivo grau de fechamento do mercado dela resultante?

(iii) é permitido à Autoridade Pública “selecionar” uma das partes em se tratando de infração pluri-subjetiva (pretensa açambarcamento/fechamento por via contratual), sabendo-se do poder de mercado da Ultrafertil (titular da fonte) em relação aos interessados?

a) qual a responsabilidade do DPDE ao protelar a imediata colocação do excedente da Ultrafertil no mercado, após a renúncia unilateral a este pela REPRESENTADA, e pelo que se pretende agravar a pena imposta?

(i) porque o DPDE sem embasamento legal exigiu da REPRESENTADA a obtenção do “de acordo” da Ultrafertil à referida renúncia de direitos, sujeitando aquela a sub-

10.- E se assim se afirma, é porque há que se perceber que esta questão liga-se, inclusive, à única preliminar debatida pelo Conselheiro, qual seja, à mudança de acusação no decorrer do processo.

11.- Por evidente que a defesa deva ser em relação aos fatos e o pedido, e não de enquadramento normativo, mas no caso em tela fundamental perceber-se a diferença, já que dizia respeito a disputa por fontes, pela possibilidade de adentrar ao mercado. Jamais se apresentou reclamo quanto a qualquer modificação da qualificação jurídica da pretensão condenatória, mas, sim quanto à serôdia alteração dos fatos objeto da lide.

12.- Assim, adquire todo o sentido a afirmação de que não se disponibilizou à **REPRESENTADA** a possibilidade de contestar a acusação imputada sob a égide do devido processo legal, ou seja, que se discutisse, ao amparo da ampla defesa, a licitude da cláusula de exclusividade ou que se lhe comprovasse a racionalidade econômica. Chega-se ao absurdo, *concessa maxima venia*, em r. Voto proferido, a asseverar que não haveria provas nos autos de que a **REPRESENTADA** teria utilidade para o excedente contratado. Tem razão: o tema da racionalidade econômica jamais foi objeto de pesquisa ou mesmo da acusação ou da fase instrutória !!!!

13.- Desta feita, importante consignar que existiam sim razões de ser dos contratos. Assim, por exemplo, houvesse sido possível, facilmente a **REPRESENTADA** demonstraria que o excedente contratado junto à Ultrafertil era necessário à expansão na produção de Carbonato de Cálcio Precipitado (PCC), cuja demanda crescia excepcionalmente após o Plano Real. E este produto era fabricado por empresa então do mesmo grupo econômico da **REPRESENTADA (Quimbarra)**.

14.- Assim, se não há prova específica neste tocante, é porque isto, como dito, NÃO FOI OBJETO DOPROCESSO, ou de contraditório; A IMPUTAÇÃO NÃO ERA ESSA !

15.- Por tal motivo, inclusive, posteriormente a **REPRESENTADA** viu-se compelida a adquirir outra fábrica de PCC, em março de 1998, localizada em Suzano, tendo sido esta operação submetida à apreciação deste i. Conselho, por meio do Ato de Concentração n. 08012.001243/1998-24, que aprovou sem restrições em 09/12/98.

16.- Há, entretanto, uma novidade no voto do ilustre Conselheiro que não pode passar despercebida, ao se perceber que seu voto reconhece pela primeira vez, embora timidamente, que:

meter-se a penosas e onerosas negociações comerciais com a Ultrafertil, de que resultou elevado preço pago pela REPRESENTADA?

a) que não houve impedimento ao ingresso de novos concorrente (teria havido um “retardamento”, sem que, porém, se tenha identificado quem teria tido sua entrada postergada, por quanto tempo ou a partir de quando);

b) que a Messer não dependia da fonte da Ultrafertil para adentrar o mercado, uma vez que teria fonte própria, cativa, junto à sua controladora, Hoechst; e

c) que havia disponibilidade de matéria-prima no mercado para novos entrantes (apenas que “*estas não eram fontes disponíveis comercialmente*”, sem, todavia, se ter explicado o porquê).

17.- Nesse passo, importa perceber, então, que a questão passou a ser temporal, ou seja, teria existido um retardamento artificial não explicado ou discutido. Assim, por exemplo, sequer se abordou a questão da responsabilidade do DPDE, que, efetiva e ilegalmente retardou a disponibilização do excedente existente junto à Ultrafertil ao mercado, ao exigir, sem base legal, a concordância desta à renúncia pela **REPRESENTADA** ao seu direito de preferência. Ao contrário, usou tal retardamento fora do controle da **REPRESENTADA** para agravar-lhe a pena !!!!!

18.- É evidente, não se pode concordar com o entendimento do ilustre Conselheiro de que todas as outras fontes não se prestassem ao fornecimento do sub produto, porque demandassem investimentos, custos e tempo, mesmo porque, indiretamente, reconheceu o voto sob exame que todas as outras empresas puderam ingressar no mercado (logo, qualquer tentativa de criação de barreiras à entrada seria impossível, equivalente à colocação de portas no descampado). O equívoco é, portanto, patente e quiçá tenha sua razão de ser na definição de mercado relevante de sub produto do Conselheiro Afonso Arinos, que seria somente a fonte da Ultrafertil (sequer considerando até mesmo a disponibilidade lindeira de CO2 na RPBC). Não há dúvida que, para o exame da suposta criação de obstáculos ao ingresso de novo concorrente, o que importa determinar é o grau de fechamento do mercado de sub produto. É incontestável também que novas fontes dessa matéria-prima surgiram senão concomitantemente aos fatos sob exame, ao menos na seqüência imediata dos mesmos.

19.- Alega-se que as fontes disponibilizadas pela Petrobrás em suas refinarias, que, em *quantum*, ultrapassam sobremaneira os 170 tpd da Ultrafertil, só teriam sido ofertadas comercialmente em momento pretérito. Não obstante, parece evidente que o simples fato de a Petrobrás decidir tornar disponível para terceiro tal subproduto em dado momento não ilide o fato de que a matéria-prima já se encontrava disponível antes.

20.- Ocorre que o mercado de gás carbônico à época encontrava-se em acelerada expansão, tendo, portanto, elevada procura. As empresas, como a Petrobrás, a Prosint, a Peróxidos, entre outras, que, antes não viam alternativa para comercialização do subproduto, passaram celeremente a comercializá-lo. Antes não havia demanda, o que, por suposto, não quer dizer que não havia oferta possível e economicamente viável da matéria-prima para a produção do gás carbônico.

21.- O fato é que fontes havia e conseqüentemente a possibilidade da entrada, dispondo a Messer da própria fonte, cativa !. Não restou até o presente momento adequadamente explicitada a inviabilidade econômica destas outras fontes; aliás, matéria que caberia à acusação. Com o que se afirma que subsiste, portanto, a subjetividade dos critérios econômicos apresentados.

22.- Não procedem, tampouco, as ponderações do ilustre Conselheiro de que a Ultrafertil não tivesse se beneficiado da situação por ela criada relativamente à morosidade de colocação da fonte à disposição do mercado. Evidente que ela ao retardar esta colocação acabou por auferir grandes vantagens pecuniárias com este subproduto, já que pôde beneficiar-se da situação. Continua-se a questionar: 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 um implica, automaticamente, na da outra.

23.- E no tocante à imposição da multa, andou melhor – inicialmente – o ilustre Conselheiro ao apresentar dois novos argumentos. O primeiro deles por reconhecer que a imposição de multa que se sabe de antemão desproporcional, já em seu mínimo legal, ter grandes chances de ser anulada pelo Poder Judiciário; e outro, pelo fato de ter reconhecido que o “*critério mais racional do ponto de vista econômico para a fixação da dosimetria da multa deveria levar em consideração o faturamento da empresa no mercado relevante definido para a análise do caso e não pura e simplesmente o seu faturamento bruto nacional.*”

24.- Entretanto, como sustentou que a multa não poderia ser menor que vantagem auferida de modo a desencorajar a prática sancionada, acabou por abandonar este critério. E assim, utilizando-se de mensuração subjetiva e confiscatória do ilustre Conselheiro Thompson Andrade – com a qual, à obviedade, não se concorda -, estimou que a multa deveria oscilar entre R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões, fixando-a ao final em R\$ 24 milhões (igualmente despropositada e confiscatória).

25.- Neste patamar, resta ainda a certeza de que a multa, se confirmada (do que mais uma vez se cogita apenas *ab absurdo*) nos valores citados, continuaria a ser, com o devido respeito, **irracional**, posto que dela resultari-

am gravíssimos custos sociais a serem imputados ao E. CADE, mesmo porque possivelmente inibitória da própria atividade (que passaria quiçá a ser economicamente injustificável), a par de caracterizar-se como confiscatória³ e, destarte, materialmente inconstitucional.

26.- E, finalmente, cabe indagar porque se a própria SEAE, que é justamente o órgão de SBDC responsável pela análise econômica das condutas sob investigação, não identificou qualquer prática anticoncorrencial ou qualquer vantagem econômica indevida da REPRESENTADA, e, ainda, considerou cumpridas integralmente todas as exigências impostas pela própria Secretaria, com todo respeito, como poderia prosperar o entendimento dos rr. Votos até o momento proferidos?

27.- De qualquer modo, e antes de se cogitar de qualquer redução da pena cogitada pelos rr. Votos proferidos, há que se reconhecer, antes de mais nada, a absoluta improcedência da acusação, arquivando-se definitivamente o presente Processo Administrativo.

28.- Aponte-se, novamente, que há, definitivamente, algo de essencialmente maligno na proposta condenatória, máxime na medida em que inteiramente dissociada dos fatos reais e lastreada tão-somente em verdades formais não comprovadas !!! Sugere-se a condenação com base na interpretação

dos fatos e não nestes. O único fato insofismavelmente comprovado é que se trata de uma acusação de fechamento de mercado no qual **TODOS** os *players* mundiais adentraram em prazo inusitadamente rápido (não há notícias de um mercado – qualquer que seja – que tenha sido aberto tão celeremente quanto o de gás carbônico no Brasil) !!!!

Termos em que,
Pede-se **JUSTIÇA**.

³ Paulo Carneiro Maia define confisco: “ Confisco ou confiscação, vocábulo derivado do latim *confiscatio*, de *confiscare* – em sentido restrito, é o ato pelo qual são apreendidos, ou adjudicados ao fisco, bens pertencentes a outrem , mediante a atuação administrativa ou decisão judicial, fundados em lei.

O confisco, em tese, qualifica uma punição. É a *sanctio juris* “provinda do enriquecimento ilícito” que o Presidente da República pode decretar nas hipóteses capituladas e discriminadas em legislação de exceção e tendente a assegurar o prosseguimento da Revolução de março de 1964” (Enciclopédia Saraiva de Direito, Saraiva, 1978, v.17, p. 517 apud Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos, Editora Saraiva

S/A WHITE MARTINS

De São Paulo para Brasília, 18 de junho de 2002.