

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 9 número 3 - 2002

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

JURISPRUDÊNCIA

LEGISLAÇÃO



São Paulo

Volume 9 número 3 - 2002

ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

**Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748**

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 2002

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado /
Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

Processo Administrativo nº 022.579/97-05

Representante: Messer Griesheim do Brasil Ltda.

Representada: S/A White Martins

PARECER DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO	7
PARECER DA PROCURADORIA DO CADE.....	83
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR CELSO CAMPILONGO	119
ADITAMENTO AO RELATÓRIO CELSO CAMPILONGO123	
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR CELSO CAMPILONGO.....	125
ADITAMENTO DE VOTO CELSO CAMPILONGO	152
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE.....	156
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS	166
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO	194
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER.....	278

DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA WHITE MARTINS

MEMORIAL 19 DE ABRIL DE 2001	321
MEMORIAL 05 DE FEVEREIRO DE 2002	339
MEMORIAL 22 DE MARÇO DE 2002.....	345
MEMORIAL 13 DE MAIO DE 2002	358
MEMORIAL 18 DE JUNHO DE 2002.....	377
PARECER PROFESSORES EROS ROBERTO GRAU E PAULA FORGIONI.....	385
ESTUDO ECONÔMICO 1: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS -	411
ESTUDO ECONÔMICO 2 - MERCADO RELEVANTE E EFICIÊNCIAS NA ANÁLISE DE CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE.....	422

ÍNDICE

PARECER DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO.....	7
DAS PRELIMINARES PROCESSUAIS	23
DAS ALEGAÇÕES DE MÉRITO DA REPRESENTADA	40
DA APRECIÇÃO DOS FATOS	53
DA CONCLUSÃO:	78
PARECER DA PROCURADORIA DO CADE.....	83
I- DO RELATÓRIO:.....	83
II- DAS PRELIMINARES.....	92
II.1- DA INCONSTITUCIONALIDADE	92
II.2- DA INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE:	93
II.3 -DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL:	94
II.4 -DA NULIDADE E FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO INSTAURADOR:.....	95
II.5- AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO:.....	96
II.6- INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO E DA NECESSIDADE DE GARANTIA DE SIGILO:	98
II.7- MENÇÃO EQUIVOCADA A OUTROS PROCESSOS SOFRIDOS PELA REPRESENTADA:	100
III- DO MERCADO RELEVANTE	101
IV- DA ANÁLISE DA CONDUTA RESTRITIVA:	109
V- DAS MEDIDAS SUGERIDAS PELA PROCURADORIA:	115
V.A- DA APLICAÇÃO DE MULTA PELA INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:	115
V.B- DA REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO:.....	116
VI- DA CONCLUSÃO:.....	117
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	119
ADITAMENTO AO RELATÓRIO.....	123
VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR	125
I. INTRÓITO.....	125
II. PRELIMINARES	125
III. DO TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO E DE SEUS EFEITOS	130
IV. TEORIA DOS ATOS PRÓPRIOS.....	138
V. ANÁLISE DA CONDUTA.....	140
VI. ANÁLISE DE POSIÇÃO DOMINANTE	144
VII. AÇAMBARCAMENTO	146
VIII. DECISÃO.....	147
ADITAMENTO DE VOTO	152
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE	156
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS	166
I. HISTÓRICO	166
II. MERCADOS RELEVANTES	173
II.1. MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO FINAL.....	173
II.2. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO DE PRODUTO FINAL	173
II.3. MERCADO RELEVANTE DE MATÉRIA-PRIMA	175
II.4. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO DE MATÉRIA PRIMA.....	178
II.5. DAS PARTICIPAÇÕES DA REPRESENTADA NOS MERCADOS RELEVANTES	178
III. DA VERIFICAÇÃO DA CONDUTA	179

IV. DA VERIFICAÇÃO DOS EFEITOS ANTI-CONCORRENCIAIS DA CONDUTA OU DA SUA POTENCIALIDADE	184
IV.1. DOS EFEITOS DO ATO NO MERCADO RELEVANTE DE PRODUTO FINAL	185
IV.2. DOS EFEITOS DO ATO NO MERCADO RELEVANTE DE MATÉRIA-PRIMA	187
V. DA DURAÇÃO DA CONDUTA	190
VI. DA DECISÃO E DO VALOR DA MULTA APLICADA	191
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO	194
I - DAS PRELIMINARES ARGÜIDAS	194
II - OBJEÇÕES DE MÉRITO DA REQUERIDA	198
1)- O COMPROMISSO DE DESEMPENHO TERIA PRODUZIDO OS EFEITOS DE UM COMPROMISSO DE CESSAÇÃO	199
2)- NÃO TERIA SIDO DEMONSTRADA A RACIONALIDADE ECONÔMICA DA CONDUTA E DO CONTRATO DE FORNECIMENTO	205
3)- HAVERIA A PLURISUBJETIVIDADE NO DELITO DE AÇAMBARCAMENTO POR VIA CONTRATUAL	207
4)- NÃO TERIAM SIDO RESPONDIDAS PERGUNTAS PERTINENTES AO CASO	211
5)- A DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE	211
6)- A SUBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS ECONÔMICOS UTILIZADOS	218
7)- A MULTA IMPOSTA VIOLARIA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	219
III - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O ARTIGO 23, I DA LEI 8.884/94	219
HIPÓTESE I: A EMPRESA A-BR-T	221
HIPÓTESE II: A EMPRESA A-BR-OR	222
HIPÓTESE III: A EMPRESA A-PR-T	224
HIPÓTESE IV: A EMPRESA A-PR-OR	224
HIPÓTESE V: A DEFINIÇÃO PELO MERCADO RELEVANTE	225
O SISTEMA JURÍDICO E A LEI 8.884/94	226
REGRAS E PRINCÍPIOS	227
OS PRINCÍPIOS E A LEI 8.884/94	229
RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE	230
VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE	231
ORIGEM CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO	235
CONSAGRAÇÃO JURISPRUDENCIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	236
A ADIN N. 1094-8-DF	238
A RACIONALIDADE ECONÔMICA E AS SANÇÕES	239
A DOUTRINA AMERICANA DO TREBLE DAMAGES	241
EXEMPLOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E EUROPÉIA	243
OUTRAS QUESTÕES	247
A INTERPRETAÇÃO E O PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE	253
INTERPRETAÇÃO CONFORME DO DISPOSITIVO	257
IV - DOSIMETRIA	264
USO DO INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A MODERAÇÃO DE SEUS ELEMENTOS NO CAMPO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	267
A ESTIMATIVA DA VANTAGEM AUFERIDA	272
VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER	278
I-DA NÃO IDENTIDADE ENTRE COMPROMISSO DE DESEMPENHO E COMPROMISSO DE CESSAÇÃO	278
II. ANÁLISE DA CONDUTA	284
II.1. BREVE DESCRIÇÃO	284
II.2. BREVE DIGRESSÃO HISTÓRICA A RESPEITO DO AÇAMBARCAMENTO	285
II.3. O REQUISITO DA PLURISUBJETIVIDADE NÃO É ESSENCIAL PARA A CARACTERIZAÇÃO DO AÇAMBARCAMENTO	286
II.4. EXEMPLOS DE REPRESSÃO AO AÇAMBARCAMENTO NA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA	288

II.5. AÇAMBARCAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO: BREVE RETROSPECTO.....	290
II.6. DA INCIDÊNCIA DO AÇAMBARCAMENTO NO PROCESSO EM ANÁLISE	294
II.7. DESNECESSIDADE DE PROVAR QUE ELA CONFIGURA EFETIVAMENTE AÇAMBARCAMENTO PARA QUE ELA TIPIFIQUE INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	297
III. AUSÊNCIA DE RACIONALIDADE ECONÔMICA NA CONDUTA.....	298
IV- ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NOS TIPOS QUE DESCREVEM INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA	302
IV.1. DO MERCADO RELEVANTE.....	302
IV.2. DA INFRAÇÃO NO CASO CONCRETO.....	302
V. TEMPO DE DURAÇÃO DA CONDUTA	305
VI. ALUSÃO A JURISPRUDÊNCIA COMPARADA	305
VII- CONSIDERAÇÕES SOBRE O LIMITE MÁXIMO DA SANÇÃO A SER IMPOSTA A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.....	307
VIII- SANÇÃO A SER APLICADA.....	315
MEMORIAL 19 DE ABRIL DE 2001	321
I – PRELIMINARMENTE	322
I – DA TENTATIVA DE REFUTAÇÃO DAS QUESTÕES PRELIMINARES E PREJUDICIAIS	322
II – DA AMPLIAÇÃO DO RAIO DE DISCUSSÃO.....	324
II – MÉRITO.....	325
I – DO AÇAMBARCAMENTO E DAS FONTES DE INSUMO EXISTENTES À ÉPOCA	325
II - DO AÇAMBARCAMENTO COMO BARREIRA AO INGRESSO DE NOVOS CONCORRENTES.....	328
III - DO AÇAMBARCAMENTO ENQUANTO DELITO PLURISUBJETIVO	329
IV – DO CONTRATO COM A ULTRAFÉRTIL.....	329
V - DO AÇAMBARCAMENTO E AMPLIAÇÃO DO RAIO DE DISCUSSÃO PROPOSTO PELA DOUTA PROCURADORIA, EM DESCONSIDERAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.....	332
VI- DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS.....	333
VII– DO FAVORECIMENTO EXCLUSIVO.....	334
VIII- DA INTENÇÃO DA EMPRESA QUIMBARRA EM INSTALAR FÁBRICA PARA A PRODUÇÃO DE CARBONATO DE CÁLCIO PRECIPITADO.....	334
IX-.- DA NECESSIDADE DO PRODUTO PARA EXPANSÃO	335
III – PEDIDO	337
MEMORIAL 05 DE FEVEREIRO DE 2002	339
I – O TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO NÃO TERIA O “EFEITO” DE TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO.....	339
II – DA AUSÊNCIA DA ANÁLISE DA RACIONALIDADE ECONÔMICA DA CONDUTA – DA AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO CONTRATO DE FORNECIMENTO	340
III – DA PLURISUBJETIVIDADE DO DELITO DE AÇAMBARCAMENTO POR VIA CONTRATUAL.....	342
IV- IRASCIBILIDADE E IRRACIONALIDADE DA MULTA PROPOSTA	343
MEMORIAL 22 DE MARÇO DE 2002.	345
I - MERCADO RELEVANTE E GRAU DE FECHAMENTO.....	349
II - DA RACIONALIDADE DO CONTRATO EM QUESTÃO.....	349
III- DOS EQUÍVOCOS METODOLÓGICOS E DA INJURIDICIDADE NA DETERMINAÇÃO DA MULTA PROPOSTA.....	350
III.1 - A QUANTIDADE DE MATÉRIA-PRIMA UTILIZADA COMO PARÂMETRO	350
III.2 - ELASTICIDADE-PREÇO DA DEMANDA.....	351
III.3 - ANÁLISE DE CUSTOS E TAXA INTERNA DE RETORNO.....	351

III.4 – Da Dosimetria da Pena e suas Conseqüências	352
MEMORIAL 13 DE MAIO DE 2002.....	358
I- DO VOTO	358
II – DESATENDIMENTO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE A IMPUTAÇÃO E SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE DE DEMONSTRAR A RACIONALIDADE ECONÔMICA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE.	365
III – IMPOSSIBILIDADE DE SE DESVINCULAR A QUESTÃO ESTRUTURAL DA QUESTÃO COMPORTAMENTAL – O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO E O TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO.	367
III- DA INJURIDICIDADE NA DETERMINAÇÃO DA MULTA PROPOSTA- DA DOSIMETRIA DA PENA E SUAS CONSEQÜÊNCIAS	370
MEMORIAL 18 DE JUNHO DE 2002.....	377
I- Do voto	377
PARECER PROFESSORES EROS ROBERTO GRAU E PAULA FORGIONI	385
I – INTRODUÇÃO.....	387
II – OS INSTRUMENTOS PREVISTOS NA LEI ANTITRUSTE PARA A CONSECUÇÃO DE SEUS OBJETIVOS	388
III – O COMPROMISSO DE DESEMPENHO	389
IV- O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO.....	390
V – ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA	394
VI – O COMPROMISSO DE DESEMPENHO CELEBRADO NO PROCESSO DE CONCENTRAÇÃO Nº 78/96	396
VII - A INCIDÊNCIA DO ART. 53 DA LEI Nº 8.884, DE 1.994, NO CASO EM TELA E A IMPOSSIBILIDADE DE PENALIZAÇÃO DA REPRESENTADA	398
VIII - OS DEMAIS QUESITOS APRESENTADOS	402
IX – CONCLUSÃO.....	409
ESTUDO ECONÔMICO 1: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS	411
INTRODUÇÃO	411
1.CUSTOS DE TRANSAÇÃO, COMPORTAMENTOS OPORTUNISTAS	412
2.GANHOS DE EFICIÊNCIA	415
3.POSIÇÃO DOMINANTE E DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE.....	419
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	420
ESTUDO ECONÔMICO 2 - MERCADO RELEVANTE E EFICIÊNCIAS NA ANÁLISE DE CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE.....	422
INTRODUÇÃO	422
1. EFEITOS CONCORRENCIAIS DO CONTRATO	422
1.1. ELEMENTOS PARA DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE.....	422
1.2. O MERCADO RELEVANTE DE MATÉRIAS-PRIMAS PARA PRODUÇÃO DE GÁS CARBÔNICO	426
2. DA RACIONALIDADE DO CONTRATO EM QUESTÃO	433
3. SÍNTESE	435

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO****Ref.: Processo Administrativo nº 022.579/97-05**

Representante: Messer Griesheim do Brasil Ltda.

Representada: S/A White Martins

PARECER DA SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICORelatório¹

Senhor Secretário

Aos dois dias do mês de setembro de 1997, a empresa Messer Griesheim do Brasil Ltda., doravante denominada Messer, protocolou, nesta Secretaria, representação contra a empresa S.A. White Martins – WM - apontando-lhe práticas infrativas à ordem econômica e requerendo, com base nos artigos 30, *caput*, 32 e 52 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, a instauração de processo administrativo e a adoção de medida preventiva determinando a imediata cessação das práticas que denuncia.

A *peça inicial* informa que a Representante pertence ao Grupo Messer, fabricante de gases industriais. O mercado em que atua, de produção e fornecimento de gases industriais, compõe-se de dois segmentos distintos: produção e comercialização de dióxido de carbono (CO²) e produção e comercialização de gases atmosféricos.

No mercado internacional de produção e fornecimento de gases industriais, a Messer é concorrente efetiva da Praxair, e no mercado nacional, é concorrente direta da S.A. White Martins (controlada pela Praxair) na produção e fornecimento de gases atmosféricos, embora quanto à produção e fornecimento de dióxido de carbono (CO²), ainda não tenha sido possível entrar no mercado nacional em função das barreiras impostas pela WM.

A estrutura da produção e comercialização de gases industriais, no País, ainda, segundo a representante, é constituída pelo monopólio da empresa Liquid Carbonic - LCI, agora transferido à WM, da produção e comercializa-

¹ Este Parecer contou com a preciosa colaboração de Everton das Neves Gonçalves, que desenvolveu pesquisa doutrinária sobre o setor e jurisprudência.

ção de dióxido de carbono, e o quase monopólio desta última na produção e comercialização de gases atmosféricos.

O segmento de produção e comercialização de dióxido de carbono é o ponto fulcral da denúncia da empresa Messer, que se sente prejudicada devido a práticas que considera abusivas por parte da WM, possibilitadas pela recente aquisição da Liquid Carbonic. Faz menção à *forte correlação e conexão entre os referidos segmentos* - mercado de gases do ar e de CO₂ - e a decorrente possibilidade de prática, por parte da White Martins, de comercialização dos referidos gases em forma de *pacote* (fls. 30 e 31)².

Até 1995, o dióxido de carbono era produzido pela Liquid Carbonic que participava do mercado com 98,21% da capacidade instalada da produção nacional, estimada em 1.120 tpd. (toneladas por dia), compondo com a AGA, capacidade estimada em 20 tpd (1,79%), e pequenos produtores, (fabricantes de refrigerantes e cervejas com produção para consumo cativo), a estrutura da oferta (fls. 04 e 15).

Ainda acusa possuir, a Requerida, *participação em torno de 70% do mercado e de cerca de 80% da capacidade instalada de produção nacional de gases industriais de forma geral.* (fl. 32). Da mesma forma, detecta ter possuído, a White Martins, *83% da capacidade instalada de produção nacional estimada em 1320 toneladas por dia no final de 1995*, por fim acusando que o *grupo White Martins/LCI passou a deter 92% do total da capacidade instalada de produção nacional de dióxido de carbono estimada em 1420 toneladas por dia* (fls. 15 a 18).

A partir de 1995, portanto, a White Martins entrou no segmento de CO₂ com a imediata operacionalização de sua primeira unidade junto a Ultrafertil em Cubatão, já produzindo 200 tpd. de dióxido de carbono, atingindo 15% de *market share*, em direta contestação à Liquid Carbonic, que teve reduzida a sua participação para 83% do mercado.

No ano de 1996, a White Martins adquiriu a Liquid Carbonic. A operação, foi submetida à análise dos Órgãos de Defesa da Concorrência no Ato de Concentração n.º 08000.012075/96-14. Na oportunidade da manifestação dos terceiros interessados, foi objeto de impugnação da Representante com base na alegação de que o resultado dessa operação gerou um grupo mais poderoso (White Martins + Liquid Carbonic) a deter 98,48% do total da capa-

² Para fins de padronização, toda vez que for referida página do AC 08000.012075/96-14 acompanhará o número da folha a expressão AC, quando a numeração referir a este Processo Administrativo nada além da expressão fl. ou fls. acompanhará o número de página ou , ainda, acompanhará a expressão PA.

cidade instalada da produção de dióxido de carbono destinada à comercialização no mercado nacional.

Alega que, mesmo com uma nova unidade da AGA atuando junto à Prossint no Rio de Janeiro, a White Martins domina o mercado com, aproximadamente, 92% de participação (fl. 18) e, segundo alega, diferentemente da conduta tradicional da Liquid Carbonic nesse mercado, a nova controladora passou a impedir o acesso às fontes de subproduto, única disponibilidade de matéria-prima viável para a Messer e outros concorrentes potenciais, uma vez que passou a deter as fontes de matéria-prima, constituídas em um subproduto resultante de processos químicos, o CO² *in natura*

Com a fusão, a Messer alega que a WM passou *também a deter o acesso de quase todas as fontes supridoras de matéria prima de CO₂* (fl. 26); da mesma forma quanto à existência de *barreiras à entrada de novos concorrentes* em função do *domínio de mercado e exclusividade sobre as fontes de matéria prima do dióxido de carbono*; trata-se segundo seu julgamento, de uma *barreira intransponível para essa desejada competitividade*. A propósito enumera 17 fontes disponíveis de CO₂ das quais 15 estariam em poder da White Martins (fls. 35 a 37).

Além disso, chama a atenção para a questão de exclusividade sobre fonte de alta qualidade na captação de CO₂ como é o caso da Ultrafertil - comprometida com a WM por 10 anos em caráter de exclusividade, informa que a Requerente não utiliza todo o gás que esta contratualmente à sua disposição. (Ver adiante análise do contrato WM & Ultrafertil) (fls. 35 e 36).

Outra lembrança para corroborar a idéia de que o Grupo WM/LCI empreenderia política de venda casada de gases é o fato da WM ter apresentado publicamente no seu Relatório da Administração (fls. 37 a 39) juntamente com o balanço e as demonstrações financeiras do primeiro semestre de 1996 a seguinte nota:

(...) Aprovada a incorporação das subsidiárias sul-americanas da Liquid-Carbonic - empresa líder mundial na produção do dióxido de carbono, a S. A White Martins completou seu portfólio de gases industriais, assumindo imediatamente a liderança de mercado na oferta de um produto que apresentava, inclusive, a característica de ser utilizado por cerca de 40% da sua base de clientes existentes anteriormente.(fl. 38)

Explanando quanto à produção do dióxido de carbono destinado à comercialização, segundo a representante, dá-se mediante dois processos:

1. por combustão - obtém-se o CO² diretamente pela queima de materiais em plantas industriais destinadas exclusivamente à produção de dióxido de carbono;

2. por purificação e liquefação de subproduto - obtém-se o CO² *in natura* pela purificação e liquefação de um subproduto de um processo químico em plantas industriais de produção de hidrogênio, gás sintético, amônia ou derivados de petróleo.

Acrescenta, ainda, a Representante, que as fontes de produção de CO² pelo processo de combustão estão fora do mercado porque são propriedade das próprias empresas que o exploram comercialmente, também, não se constituindo em alternativas viáveis economicamente para a produção em larga escala dado que o valor do combustível tem um peso de 80% no custo final do produto.

Em contrapartida, as fontes de produção por subproduto são as que ficam acessíveis a terceiros mediante contrato com o titular da propriedade da fonte, apesar de nem todas serem viáveis para a exploração, além de, comparativamente, apresentarem um custo muito mais baixo.

Essas diferenças são percebidas na própria estrutura da produção do dióxido de carbono (90,15% por processo de subproduto e 9,84% por processo de combustão) e na localização das fontes supridoras por combustão que estão situadas em locais onde não existem fontes por subprodutos e onde o custo do frete inviabiliza a remessa do produto acabado (Belém, Fortaleza, Hidrolândia, Cachoeirinha).

A Representante relata que, sem contar a fonte da planta da Prosint, Manginhos/RJ, existem 16 plantas industriais, então em funcionamento, como fontes de matéria-prima para a produção de dióxido de carbono (processo de combustão e processo de subproduto), perfazendo uma capacidade instalada de 1320 tpd, sendo que dessas, 11 geram matéria-prima por processo de subproduto e 5, por combustão.

Considerando a respeito da inviabilidade econômica de comparação entre fontes para CO₂ a partir de combustão e de fontes a partir de subproduto, a Messer alega que *de um total de 1320 Tpd de capacidade instalada de todas as, então, 16 plantas existentes de produção, 1190 Tpd ou 90,1515% são de plantas geradoras a partir de subprodutos contra apenas 130 Tpd ou 9,8485% resultantes de combustão.*(fl. 16).

Notícia que os preços de CO₂ praticados no Brasil (algo em torno de US \$ 600,00) estão muito acima dos verificados no comércio internacional, mormente nos EUA onde existe considerável grau de competitividade nesse mercado. Tal fato pode ocasionar dificuldade na implementação de novos mercados e usos internos para o CO₂ como, por exemplo a limpeza e purifi-

cação de efluentes, uso de CO₂ no resfriamento como alternativa para substituição de câmaras frigoríficas a base de eletricidade, etc.

Anexa o Quadro n.º 06 à peça inicial, com o perfil da produção de CO₂ destinado à venda no mercado brasileiro, com base no controle das fontes economicamente viáveis para exploração existentes, ou para entrar em operação até 1998, indicando a participação da White Martins/Liquid Carbonic em 85,91%, da AGA em 8,45% e, outros em 5,63% (fl. 20).

Assim, ao ter notícia dessa operação, a Representante insurgiu-se, formalmente, contra o Ato de Concentração, ora em análise no CADE, por reconhecer uma estratégia utilizada pela Representada para aumentar seu poder de mercado e impedir a entrada de concorrentes. Além disso, alega efetiva barreira imposta aos possíveis entrantes no mercado no que concerne ao acesso à matéria prima, ainda enumerando dificuldades de levar a cabo suas tratativas com a própria LCI e com a Ultrafértil em função da concentração de empresas – WM/LCI conforme se vê:

1- Frustam-se as tratativas de 25/07/95 entre Messer e LCI para fornecimento de oxigênio e nitrogênio para início em dezembro de 1995;

2- Frustra-se o protocolo de intenção, datado de 22/10/95, para a formação de uma joint venture entre a Messer e a LCI para a produção e venda de oxigênio, nitrogênio e argônio. É, textualmente informado, em adição ao exposto, tratar-se de:

(...) um protocolo de intenção para formarem uma joint venture visando a produção e venda de oxigênio, nitrogênio e argônio por meio de gasoduto ou em forma líquida. Para o atendimento básico da mencionada joint venture, estava prevista a intenção de ambas as empresas investirem na construção de uma planta de separação de gases do ar (denominada ASU), no Estado do Rio de Janeiro, no valor de US\$ 13 milhões, bem como ainda a intenção de um eventual investimento adicional na construção de uma unidade de produção de hidrogênio, no mesmo local. (fl.41 do PA ou 293 do AC)

3- Rescinde-se em 22/05/96, por proposta da LCI, agora incorporada pela WM, contrato de fornecimento datado de 25/07/95.

Tais prejuízos decorrentes da concentração WM/LCI levam, por fim, a que as tratativas da Messer com a Ultrafértil, para a compra da matéria-prima de Cubatão, iniciadas em março de 1996, resultem na resposta negativa da Ultrafértil, com o fundamento de que já teria contratado anteriormente com a White Martins/Liquid Carbonic, disponibilizando-lhe com exclusividade

toda a sua produção de dióxido de carbono por um período de dez anos.(fls. 41, 42, 44 e 54 do PA ou 1129 do AC)

Aponta, ainda, a Representante, o contrato de fornecimento de dióxido de carbono na unidade industrial da REVAP-SP, atualmente utilizado pela White Martins, e gerando 80 tpd de CO², em fase de expirar, como fato a merecer a avaliação e o monitoramento desta Secretaria.

Apesar da Petrobrás ter anunciado que, ao expirar o contrato com a White Martins, estará aceitando propostas pelo sistema *Take or Pay*, por prazo de 10 anos, renováveis por mais 5 anos, a representante teme que seja renovado com a própria White Martins, considerando sua presença já no local e o precedente na fonte Ultrafertil, o que fecharia mais o mercado para novos entrantes.

Em face do que expôs na peça inicial, a Messer solicita abertura de Averiguações Preliminares, e, imediatamente após, a instauração de Processo Administrativo, com base nos fatos descritos, que considera como indícios suficientes para tanto.

Pretende a representante, a cessação de práticas infrativas à Lei n.º 8.884/94, que imputa à representada, quais sejam, limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado (inciso, IV, art. 21), impedir o acesso de concorrentes às fontes de matéria-prima (inciso, VI, art. 21), açambarcamento de matéria-prima (inciso XV, art. 21). Pretende, também, com base no inciso V do art. 24 da supra referida Lei n.º 8.884/94, seja declarada sem efeito a cláusula de preferência no contrato firmado entre a Ultrafertil e White Martins/Liquid Carbonic, por ser restritiva à concorrência, disponibilizando à representante o excedente do CO² daquela fonte.

Requer, ainda, a adoção de medida preventiva, com base no art. 52 da supra citada Lei n.º 8.884/94, no sentido de que a representada fique impedida de firmar novo contrato de aquisição de matéria-prima (subproduto) com a Petrobrás relativo à planta industrial REVAP-SP, em São José dos Campos. O fornecimento da matéria-prima só deverá continuar a ocorrer, em caráter temporário e provisório, com prévia autorização desta Secretaria, e até a entrada em funcionamento de nova unidade a ser instalada por terceiro que vier a vencer a oferta de contrato da Petrobrás.

Em 10 de setembro de 1997, o então Inspetor-Chefe, Dr. Edson Machado, considerou que tais fatos careciam de esclarecimentos por parte da White Martins, propondo a instauração de Averiguações Preliminares e a notificação da representada para apresentar suas razões os contratos firmados e os compromissos assumidos com a Ultrafertil e S/A White Martins/Liquid Carbonic (fl. 57).

Aos 18 de setembro de 1997, a empresa Messer solicita, nos autos da presente Averiguação Preliminar, a confirmação junto à SEAE/MF da existência de documento assinado pela White Martins disponibilizando a terceiros o excedente de 170 tpd. de CO₂ oriundos da Ultrafertil e comprometidos, contratualmente, com a White Martins (fls. 64 e 65); informação esta que é aludida e reiterada por esta última à folha 192 como contidas no AC 08000.012075/96-14.

Notificadas, a White Martins e a Ultrafertil, já em instância de Averiguação Preliminar, apresentam suas razões às folhas 68 e seguintes do feito.

A Ultrafertil vem aos autos trazendo importantes informes tais como, seu volume médio de geração, consumo interno, reserva técnica e passível de utilização do Dióxido de Carbono nos anos de 1994, 1995 e 1996 nas unidades de Cubatão e de Araucária (fls. 68/70 do PA). Na primeira, tem-se apresentado um volume médio de geração da ordem de 635 tpd. que, por sua vez, é passível de total utilização; enquanto que, na segunda localidade, o volume médio de geração é de 1.940 tpd., um consumo interno estimado em 1.540 tpd, uma reserva técnica de 250 tpd e uma disponibilização de 150 tpd.

Em seguida, a Ultrafertil, diferentemente do alegado pela White Martins, passa a afirmar que, naquela data – 02/10/1997, restavam comprometidos, de julho de 1996 a julho de 2006: em Cubatão, 370 tpd para a White Martins, 265 tpd para a Liquid Carbonic e 150 tpd, em Araucária, também, para a Liquid Carbonic (fl. 69).

Fazendo menção ao anexo 1, juntado aos autos, à folha 148, a Ultrafertil apresenta o volume de gás - CO₂ - efetivamente consumido pelas empresas White Martins e Liquid Carbonic nos anos de 1994, 1995 e 1996. Da mesma forma, apresenta contratos firmados entre o Grupo White Martins e a própria Ultrafertil – (fls. 71/146) - em que podem ser apreciadas cláusulas anticoncorrenciais tais como visto no item 4.7 do 2º termo de aditamento ao contrato de fornecimento de dióxido (CO₂) firmado em 05 de maio de 1989 entre Ultrafertil S. A Ind. e Com. de Fertilizantes e Liquid Carbonic Industrias S. A – (fl. 85), mantida no terceiro – (fl. 82) e quarto – (fl. 78), termos aditivos.

No contrato entre Liquid Carbonic e Ultrafertil de Piaçaguera e em seu aditamento, é anticoncorrencial a cláusula 4.8 às folhas. 122 e 127. Da mesma forma, no contrato entre a WM e a Ultrafertil de 25/11/94 e seu termo aditivo de 01/07/96 identifica-se como abusiva a cláusula 9.2 à folha 138.

Ato contínuo, apresenta, a Ultrafertil, minucioso relatório de vendas para a WM e a LCI nos anos de 1994, 95 e 96 nas unidades de Araucária e Cubatão demonstrando o efetivo consumo de CO₂. Informado, pois, fica, pela

Ultrafertil, que o preço do subproduto praticado em Araucária, a partir de 04/07/94 estabilizou-se em R \$ 23,64 permanecendo, assim, até 03/07/96 quando foi majorado em 37,52% alcançando valor de R\$ 32,51. Quanto aos valores estipulados para a comercialização em Cubatão tem-se como preços para efetivas compras, a partir de 4/7/94 a cifra de R\$ 15,45; majorada em 5/9/94 para R \$ 23,93 (54,9%), diminuindo em 4/11/94 para R \$ 22,87; em 31/12/94 para R \$ 22,26, em 20/02/95, para R \$ 15,45, em 07/04/95, para R \$ 13,60, voltando a subir em 04/09/95 perfazendo, após oscilações inerentes à quantidade comercializada um patamar médio de R \$ 32,92 (fls. 152 a 185).

A empresa White Martins, em sua *manifestação*, de início, acusa atitude ou *estratégia tumultuária da Representante*, lembrando episódios da mídia e levantando o fato de que outros competidores do mercado de gases já conquistavam sua fatia no mercado tais como a AGA e a Air Liquide; além de reafirmar sua **renúncia unilateral** - grifo nosso - *há vários meses do excedente de 170 tpd oriundos da fonte de Cubatão da Ultrafertil* (fls. 190 a 197).

Posteriormente, faz menção a diversos quesitos solicitados em Despacho de 19 de setembro de 1997 – (fls. 60 e 61) - alegando terem, os mesmos, sido respondidos nos autos do Ato de Concentração número 08000.012075/96-14 (fls. 192 a 196).

Posiciona-se, em seguida, no sentido de que NÃO HÁ RAZÃO, PORTANTO, PARA A DUPLICIDADE DE PROCEDIMENTOS, - (fl. 196) - referindo à existência do presente PA e de um AC tratando de assuntos, segundo seu entendimento, correlatos e possíveis de apreciação em um único feito. Em razão mesmo, deste último entendimento, a Representada interpõe RECURSO HIERÁRQUICO às folhas 204/210, ainda tentando argumentar quanto a procedimentos escusos por parte da Representante no presente PA.

Por fim, a Representada acusa a entrada de novos concorrentes no mercado de CO2 tais como a Air Liquide explorando fontes da Peróxidos, em Curitiba - PR; Rhodia, em Paulínea - SP e Petrobrás - REVAP, em São José dos Campos - SP; a AGA com suas plantas no Rio de Janeiro - Prosint e a possibilidade de novos entrantes uma vez que existem fontes não utilizadas tais como as da Petrobrás em Paulínea e Cubatão e a da Ultrafertil - 170 tpd (fls. 220 a 224). Torna-se interessante verificar quadro apresentado às folhas 232 em que a Representada estipula uma situação atual de capacidade, em termos de fontes, de 2.405 tpd, das quais Ela possui 855, equivalentes a 35,6% do total.

Em informações prestadas junto à SEAE. (fls. 443/667 do AC), contendo respostas a questionário da SEAE, dados sobre preço de venda de CO2 e localização das plantas das concorrentes da WM, com suas respectivas ca-

pacidades instaladas no mercado de gases do ar da região SE, podem ser acrescentadas as seguintes ilações por parte da WM:

Preço de venda de CO₂: O preço do Gás Carbônico comercializado a granel na Região Sudeste é de R\$ 440,00/tonelada (CIF e impostos)

Discriminação	Vlr. R\$ / ton
FOB Fábrica	221,70
Impostos	90,80
Distribuição	93,00
Assit. Téc. De Manut. E Aplicações	13,50
Encargos nas vendas faturadas	21,00
Total	440,00

É interessante notar que, ao responder a questão número 6 oriunda de investigação da SEAE, sobre a *evolução do preço (FOB, es impostos) do gás carbônico a granel comercializado na região do Estado de São Paulo entre outubro de 1995 e abril de 1996*, (fl. 448 do AC) a WM explica que, em abril de 1996, esse preço era de R\$ 471,43/ton. e que, no último trimestre de 1996, foi de R\$ 422,00/ ton.

Em seguida faz menção a uma *tabela de preços médios dos produtos comercializados pela LCI*, alertando tratar-se de *preços praticados em todo o território nacional, nas diversas formas de comercialização do gás carbônico - a granel, em cilindros e na forma sólida (gelo seco)*. (fl. 448 e 567 do AC).

Às folhas 450 e 451 do AC, declara equivocada a afirmação de que 40% dos clientes da LCI também seriam clientes da WM informando tratar-se de um percentual de 8,3% correspondentes a 323 clientes.

Em resposta à questão número 9 da SEAE, a WM procura dar inovadora significação ao termo *exclusividade* alegando quanto à cláusula 9.2 de contrato firmado entre a mesma e a Ultrafertil, (fl. 683 do AC) – assunto abordado nas folhas 193 a 196 do PA:

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.

Ainda levantando a hipótese de aumento da demanda por gás carbônico e a conseqüente necessidade de utilização de fontes outras de CO₂ que não as mais economicamente viáveis, estuda fontes alternativas e destaca que o gás possivelmente colocado à disposição pela Petrobrás em Cubatão e Paulínea - RBPC e REPLAN só se tornam economicamente atrativos a partir de investimentos custeados por operações de exploração de CO₂ nos níveis elevados de preços de CO₂ praticados no Brasil.

Mais adiante, referindo ao contrato de fornecimento entre a WM e a Ultrafertil datado de 25/11/94, mais especificamente à cláusula abusiva 9.2 do Termo de Aditamento de 1/07/97 item 3.14.1 deste parecer expressa com acerto que:

A exclusividade sobre um insumo do qual não se faz uso tem por objetivo impedir seu acesso a concorrentes potenciais. Dessa forma, seguindo a interpretação da Ultrafertil sobre a cláusula 9.2, a White Martins teria buscado levantar barreiras à entrada de novos competidores no mercado de gás carbônico.

Uma estratégia de garantir insumos no futuro e/ou de impedir o acesso deste por parte de concorrentes só faz sentido se tais recursos não forem amplamente ofertados. Nesse sentido, a presteza da White Martins em modificar as cláusulas de seu contrato de fornecimento de CO₂ com a Ultrafertil, após assumir o monopólio no mercado de gás carbônico da região Sudeste, seria uma evidência da sua importância estratégica e, logicamente, da dificuldade da sua obtenção. Fl. 1559 do AC.

Às folhas 233 a 246 a Inspetoria Geral manifesta-se ressaltando os seguintes pontos:

- *Os aspectos do mercado de produção e fornecimento de gases industriais (CO₂ e gases atmosféricos), já avaliados nos estudos levados a efeito nesta Secretaria, indicam a existência de dois produtos que devem ser tratados em mercados relevantes distintos, embora guardem forte correlação entre si. Mormente nos aspectos do seu fornecimento, onde os canais de distribuição, a logística do transporte e de comercialização reforçam o poder de mercado da empresa que produz ambos.*

- *O mercado relevante, no presente caso, é o de produção e fornecimento de CO₂, que sob a ótica geográfica, deve contemplar a localização das fontes supridoras de matéria-prima que são inquestionavelmente essenciais para a atuação da empresa produtora do CO₂ e os limites territoriais impostos pela viabilidade econômica na sua comercialização.*

- *O acesso às fontes essenciais de matéria-prima e a sua reserva ganham papel fundamental na competitividade do setor.*
- *Considerando as fontes da Ultrafertil, de Cubatão e de Araucária, a estimativa das capacidades instaladas e disponíveis de CO2 a partir de subproduto na região SE mais Paraná , em abril de 1997 (sic 98): (fonte: estudos DPDE/SDE):*

Empresas	Fontes	Tpd	%
WM	Comgás - SP	100	8,7%
LCI	Ultrafertil - CUBATÃO	465	40,3%
	Oxiten - MAUA	45	4,0%
	Petrobrás - REDUQUE	45	4,0%
	Petrobrás - BETIM	45	4,0%
	Ultrafertil - Araucária	150	13,00%
total		855	74,00%
Air Liquide	Peróxidos - CURITIBA	70	6,10%
	Rhodia - Paulínea	65	5,60%
	Petrobrás - S J CAMPOS	65	5,60%
total		200	17,30%
AGA	Prosint - RJ	100	8,70%
total		100	8,70%
total geral		1155	100%
Disponíveis	Ultrafertil	170	16,50%
	Petrobrás - REPLAN	440	42,72%
	Petrobrás - RBPC	420	40,78%
total		1030	100%

- *Estimativa da capacidade instalada de gases do ar, em abril/97; Grupo WM/LCI detém 76% na região SE; 100% na região N; 100% na região NE; 100% na região Sul; e 100 % na região CO.*

Total de 9.440 tpd, correspondentes a 67% da capacidade instalada no País, tendo como segundo colocado AGA com 16%.(fonte Seae/MF)

Efetivamente, há que se reconhecer que a White Martins tem poder de mercado, não só expressado pelo seu significativo “market share” nos dois segmentos, como também, por outros fatores que, juntos, facultam à empresa a capacidade de agir e influir no mercado, tais como um sistema de

distribuição nacional e o poder econômico de que dispõe sua controladora a nível mundial.

Ainda conclui, a Preclara Inspetora, que as condições e fatos analisados,...

(...) à priori, permitem concluir que, em tese, a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção da seu domínio de mercado, criando dificuldades a concorrentes no mercado e a potenciais entrantes mediante políticas comerciais predatórias. Nesse caso, a fusão com uma concorrente reforçará seu poder de mercado nos dois segmentos da produção de gases industriais(fl.s.240 a 242).

Da mesma forma definiu-se a Inspeção pelo não afastamento da existência de indícios suficientes a demandar uma apuração dos fatos e dos seus efeitos no mercado, impondo-se, pelas razões acima expostas, que essa apuração seja feita já como processo administrativo(fl. 245), por fim, sugerindo, pelas razões apresentadas a instauração de processo administrativo com base nos artigos 20, incisos I/II/IV c/c artigo 21 incisos V, VI, e XVIII, artigo 32 e seguintes da Lei n.º 8.884/94, por reconhecer nos fatos acima referidos indícios suficientes à sua instauração.

Aos 19 de junho de 1998 é instaurado o presente PA vindo, a Requerida, a manifestar-se mediante Defesa apresentada às folhas 258 a 292.

Inicialmente apresenta histórico de fatos, destacando o fato de existirem outros concorrentes no mercado questionado de CO2 e que a atitude da Representante se firma no sentido, principalmente, *de obtenção da declaração de inexistência de efeito do contrato de fornecimento de dióxido de carbono da Ultrafertil para a Representada*, assim como, *disponibilização do fornecimento de dióxido de carbono, pela ULTRAFÉRTIL, “através de contrato, nos mesmos prazos, preço e demais condições constantes do contrato” firmado com a REPRESENTADA (ou seja, outorga de fonte por ato de Príncipe, independentemente da concordância da Ultrafertil)*. (fl. 260).

Posteriormente, a Representada manifesta, novamente, atitude tumultuária, por parte da Representada, em relação à existência de AC em análise no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Ato contínuo, reafirma ter abdicado do direito de preferência junto à Ultrafertil quanto a excedente de 170 tpd de CO2 contratados em Cubatão e acusa a Representante de *apostar na desleal estratégia de denegrir a imagem da Representada em arengas perlongantes, como instrumento de competição*.(fl. 263)

Quanto à nota da Inspetora-Chefe, após trazer à discussão diversos apanhados de dita nota, acusa suas conclusões de tratar de *simples conjecturas*. (fl. 266), inclusive afirmando a entrada de novos concorrentes no setor e a

renúncia já referida quanto às 170 tpd em Cubatão, contratadas junto à Ultrafertil.

Em seguida apresenta como lapso técnico a falta do *de acordo* do Sr. Secretário de Direito Econômico, à folha 246, quando da instauração do PA (fl. 267), bem como, o fato da Sra. Secretaria Substituta da SDE não ter subscrito seu Despacho de 19.06.98 (fl. 249).

Passa, então, a alegar preliminares quanto a não observação do *due process of law*, quanto à Constitucionalidade do feito (fl. 268), quanto a incompetência *ratione materiae* (fl. 271), alegando tratar, a matéria discutida, de interesse meramente comercial, quanto à inépcia da inicial pela falta de fundamentação inerente ao enquadramento legal apresentado pela Representante (fl. 272), quanto à nulidade e falta de motivação do ato instaurador de folha 249. (fl. 274), quanto a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (fl. 278) e, finalmente, quanto à inépcia da representação e da necessidade de garantia de sigilo (fl. 280).

Em seguida, analisa o mérito à *guisa de adivinhação* (fl. 284) novamente acusando que outros concorrentes já adentraram no mercado de CO2 e que, Ela, Representada, se houve com incompetência para competir em licitações junto à Petrobrás e à Ultrafertil.

Por fim, o raciocínio adivinhativo da Representada lhe faz perceber à folha 286 que potencialidade, a sugerir apuração em Processo Administrativo, está definida às folhas 242 e 243 do presente, conjecturando:

No caso concreto, há que apurar a existência de objeto ou efeito nocivo às relações concorrenciais de mercado na estratégia do grupo White Martins / Liquid Carbonic de reservar fontes de matéria-prima para posterior expansão de seus negócios, por meio de cláusulas de exclusividade nos contratos acima referidos.

Destaca, ainda, ao referir à renúncia ao direito de preferência junto às fontes de matéria-prima da Ultrafertil o exposto na Nota Técnica da Sra. Inspetora Geral conforme se vê:

Há que se verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente de CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que tal cláusula remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 223/03/97 a 01/10/97.

Alega, então que *nunca existiu qualquer estratégia da Representada no sentido de reservar fontes de matéria-prima mediante contratos de exclusividade para fins anticoncorrenciais*, uma vez que, segundo seu entendimento, aos 26 de março de 1997, nos autos do AC 08000.012075/96-14, manifestou sua renúncia unilateral ao dito direito de preferência, tendo **a Ultrafértil resistido em reconhecê-la até 10 de dezembro de 1997, quando se assinou, formalmente, o distrato bilateral.**1(fl. 287).

Adiante, a Representada afirma ter, a Inspeção Geral da SDE/MJ, chegado às raias do ridículo, acusando *ser motivo de pânico a qualquer estudante primeiro-anista de Direito* quando levanta a questão da vigência e efetividade da renúncia no período de 23/03/97 a 01/10/97 em relação ao questionado contrato com a Ultrafértil – Cubatão (fl. 288). Chama a atenção, ainda, para os efeitos de tal renúncia junto a terceiros e conclui segundo suas premissas levantadas em preliminares e no mérito requerendo, por fim, confidencialidade no presente processo e produção de provas genéricas para o definitivo arquivamento do feito.

Nos autos, ainda são juntados o 2º termo de aditamento ao contrato de fornecimento de dióxido de carbono (CO₂) de 25/11/94 firmado entre Ultrafértil S. A e White Martins Gases Industriais S/A (Cubatão) (fls. 299 a 303), bem como, Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico ratificando o Despacho de folhas 249, em especial, excluindo o inciso XVIII e incluindo o inciso XV do art. 21 mantendo os demais (fls. 305 a 306).

Mais uma vez, a Representada manifesta sua indignação com os possíveis vícios instauratórios do presente PA às folhas 312 a 318; destacando o caráter penal da ação e refutando o Despacho Instaurador, no mais, pugnan-do pela nulidade do PA pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do feito.

Foram, então, trazidas aos autos do presente Processo, algumas peças do Ato de Concentração 08000.012075/96-14 para fins de esclarecimento do feito conforme MEMO/DPDE/n 344/98 à folha 323 e dispositivo do Regulamento de Competências da SDE – RCSDE, artigo 19, parágrafo 6º.

Passa-se, então, a apresentação da nova Defesa da Representada (fls. 379 a 397).

Inicialmente, chama a atenção para sua manifestação de 30 de julho de 1998, em especial, tratando da nulidade do feito em função de vícios apontados tais como a pretensa *ofensa aos princípios da imutabilidade e irretratabilidade da acusação, reformatio in pejus da imputação e a ausência de exordial acusatória*.

Em seguida, ratifica expressamente os argumentos de defesa apresentados em 30.07.1998, destacando a *inconstitucionalidade do processo de*

conhecimento, incompetência racione materiae do E. CADE e, assim, da d. SDE, inépcia da inicial, nulidade e falta de motivação do ato instaurador, ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo e inépcia da Representação, ainda recordando, quanto ao mérito, segundo princípio da eventualidade, que os discutidos excedentes da Ultrafértil e da REVAP já estavam à disposição de terceiros interessados que estão atuando no mercado (Air Liquide, AGA, BOC, Air Products).

Chama a atenção para a existência...

(...) de despacho proferido pelo d. Sr. Secretário de Direito Econômico, nos autos do Processo Administrativo nº 08000.005529/97 –82, publicado no D.ºU. de 17/09/98, no mesmo sentido de que merece declaração de nulidade o ato administrativo instaurador de Processo Administrativo quando, dentre outras exigências, falte a indicação legal e precisa da prática da infração da ordem econômica e se encontrem ausentes os requisitos válidos para a instauração do Processo (fl. 382).

Por fim, pede a anulação do presente Processo Administrativo e seu arquivamento e apresenta documentos.

Em 22 de outubro de 1998 foi oficiada a SEAE para manifestar a respeito do feito e, em 5 de novembro de 1998, foi expedida notificação para a Representada para oferecer alegações finais.

Aos 12 de novembro de 1998, a SEAE manifesta sua opinião sobre o feito deixando de analisar o comprometimento de fontes da Ultrafértil à época dos fatos e partindo do princípio que, naquela data, o mercado estaria concorrencial em função da entrada de novos concorrentes. (fls. 403/406)

Em função do fato deste DPDE estar acompanhando o mercado de gases do ar e de CO₂, assim como o comportamento econômico-comercial da Representada há tempo razoável, principalmente através do AC 08000.012075/96-14, cuja entrada na SDE ocorreu em 27/05/1998, tendo, dessa forma, coligido diversas informações sobre o mercado e, inclusive, tomado notícia dos fatos narrados e discutidos no presente PA; elaborou Relatório Sucinto conforme disposto no artigo 26 do Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência - RCSDE.

Aos 24 de novembro de 1998 r. Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico encerra o feito.

Ainda em manifestação datada de 27 de novembro de 1998, a Representada demonstra suas razões finais sendo de destacar os seguintes itens:

1- Item 5 – *A instalação do Processo Administrativo e o prosseguimento do feito a despeito do entendimento de existência de eivas na instrução processual*; - fato que se entende sanado em virtude do Despacho do Sr. Secretário em 19/08/1998 – (fls. 305/306)

2- Item 6. *A falta de delimitação formal da acusação em relação aos fatos apurados no Processo Administrativo* – A Autoridade, no Despacho de 19/08/1998, reitera seu entendimento quanto à necessidade de instauração do Processo Administrativo e ratifica o entendimento e causas motivadoras da Sra. Inspectora Geral em Nota de 09/06/1998 – (fls. 233/246).

3- Item 7. O entendimento de que a defesa apresentada em função de notificação de 16 de setembro de 1998 é *complementar à primeira apresentada*.

4- Item 9. Alegação de que *NÃO HOUVE QUALQUER INSTRUÇÃO PROCESSUAL (além das defesas...)* (fl. 425) – (desconsiderando que o parágrafo 2º do Regulamento de Competências permite juízo de admissibilidade para que o Secretário determine as diligências julgadas necessárias; além de esquivar-se, a Representada, de apreciar provas documentais legalmente coligidas e juntadas nos autos conforme se vê, por exemplo, às folhas 323/378.

5- Item 10. Questionamento da *autoridade da Diretora do DPDE para expedir notificação para apresentação de alegações finais e para determinar diligências*. (desconhecendo que a fase de conhecimento se dá no DPDE, por fim, conforme artigo 26 do RCSDE e 39 da Lei 8884/94, terminando-se o Processo com relatório sucinto do Diretor da DPDE para o Sr. Secretário e a expedição, por parte Deste, de relatório circunstanciado, que, *in casu*, é apresentado.

6- Item 11. *A concessão de cópia* de peça dos autos à Representante. (Considerado que foi seu legítimo interesse como informante).

7- Item 13. Relatório de 24 de novembro de 1998 deste DPDE que apresentar-se-ia desconforme ao processado.

8- Item 16. O requerimento de *reabertura de fase processual* para apresentação de provas, inclusive pericial e oportuna apresentação de defesa final.

9- Nas preliminares, alega: *inconstitucionalidade, incompetência em razão da matéria, inépcia da representação, ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, notadamente face à ausência de inicial acusatória e à falta de motivação do despacho instaurador e menção equivocada a outros processos sofridos pela REPRESENTADA*.(fl. 428). Alega, também, falta de motivação do despacho instaurador e *ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório*.

10- No mérito, a Representada reitera suas defesas anteriormente apresentadas e quer fazer acreditar a necessidade de ser provada a *raridade do insumo CO2* ou sua finitude para restar possível o desperdício ou o açambarcamento do mesmo. Alega existirem múltiplas fontes de CO2 e procura demonstrar a competitividade atual do setor.

11- Comenta, ato contínuo, o parecer da SEAE demonstrando que o *monopólio de dióxido de carbono foi desfeito*.(fl. 431) e o Relatório Sucinto do DPDE destacando a abordagem de contratos que não são objeto do presente Processo Administrativo.

12- Item 41 Acusa o DPDE de *utilizar presunções em lugar de provas , pois, como visto, sequer investigou , com metodologia técnica-pericial, a existência ou não de fontes de matéria-prima no mercado.* (fl. 433) – (A Representada esquece que este DPDE monitora o mercado desde maio de 1996 quando do início dos trabalhos relacionados ao AC 08000.012075/96-14.)

13- Item 47/51 justifica informações prestadas no AC 08000.012075/96-14 e juntadas aos presentes autos alegando *divergências conceituais*.

14- Item 52/72.2 *Questiona a metodologia e o raciocínio de investigação do DPDE* quanto à utilização de CO2 contratado pela própria Representada em função dos dados apresentados no Processo Administrativo.

15- Por fim apresenta seu entendimento ao Requerer nulidade do feito e seu arquivamento.

Motivada pelo parecer da SEAE, a Representante manifesta-se reiterando suas posições quanto ao açambarcamento de matéria-prima por parte da Representada, destacando seu *equivocado enfoque prospectivo.* (fl. 447)

Este é o **relatório** quanto aos fatos trazidos pela Representante, justificativas alegadas pela Representada e informações obtidas em diligências formalmente apresentados no Protocolo desta Secretaria ou coligidos nos autos e acompanhados de farta documentação.

Das preliminares processuais

Em suas manifestações, a Representada, levanta diversas alegações no campo processual do feito; o que urge imediato e necessário esclarecimento, destacando-se alguns pontos importantes a serem lembrados, inicialmente:

1- A Representação ingressa na SDE em 02/09/1997. (fls. 03/56).

2- Aos 10/09/1997, é proposta a instauração de Averiguação Preliminar notificada em 23/09/1997.(fls. 57/63).

3- Em 19/06/1998, é instaurado Processo Administrativo.(fl. 249)

4- Em 30/07/1998, é apresentada defesa conforme artigo 33 da Lei 8884/94.(fls. 258/303).

5- Aos 19/08/1998, Despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico Re-ratifica o Despacho de folhas 249 para instauração de Processo Administrativo.(fls. 305/309).

6- Manifesta-se, a Representada, em 02/09/1998.

7- Notifica-se, a Representada, para complementar sua Defesa, abrindo-se novo prazo de 15 dias conforme artigo 33 da Lei 8884/94.(fl. 319)

8- Junta-se ao processo documentos já coligidos em AC nº 08000.012075/96-14 (fls. 323/378) para que, o quanto antes possível, a Representada tenha acesso a elementos inerentes ao processado, inclusive, tomando-se a cautela de não simplesmente enumerar ou citar documentos do referido AC, como a própria Representada o faz, sem juntá-los aos presentes autos. (fls. 190/197 e 204/210).

É de ressaltar que, inclusive, às folhas 210, a Representada solicita que o presente procedimento, então em fase de Averiguação Preliminar, seja apensado aos autos do Ato de Concentração 08000.012075/96-14 o que leva a determinação do seguinte Despacho em 07.10.1997:

Ao Sr. Inspetor Geral para que se pronuncie sobre o requerido, após exame das informações e documentação constantes do A. C. em que a White Martins incorpora a Unigases.

Observa-se, pois, que, desde a fase de Averiguações Preliminares, o presente feito vem sendo acompanhado por este DPDE juntamente com os Autos do AC referido.

9- Em função das diversas peças juntadas aos autos tais como: manifestações da Ultrafertil (fls. 54, 68/70, 147/185), da Petrobrás (fls. 55/56), contratos diversos, mormente, entre a Representada e a Ultrafertil (fls. 71/146, 299/303) e manifestação da SEAE (fls. 402/406), além de outros, tais como as diversas manifestações e defesas apresentadas pela Representada em não menos diversos momentos processuais. (Em sede de Averiguação Administrativa – fls.190/202, 204/210, 220/226; em sede de Averiguação Preliminar – fls. 258/303, 312/318 e no presente Processo Administrativo – fls. 379/397 e 423/443) o DPDE concluiu seus trabalhos, quanto à instrução processual, e exarou sucinto relatório de conformidade com o artigo 26 do novo Regulamento de Competências da SDE – RCSDE; o que gerou o Despacho de mes-

ma data – 24/11/1998 -, por parte do Sr. Secretário de Direito Econômico, declarando encerrada a instrução processual.

Cabe destacar que é entendimento razoável que o Sr. Secretário manifeste, após concluída a instrução processual, conforme artigo 39 da Lei 8884/94; entretanto, pelo princípio de que *quem pode o mais, pode o menos*, resta plenamente legítimo o despacho acima referido.

10- Notificada, a Representada, para a apresentação de alegações finais, Esta comparece ao feito, tempestivamente, para expor, como de fato, o faz, seus últimos argumentos sobre a documentação ingressa nos autos que apresentam 422 páginas até então.

É de observar que cabe à parte o livre arbítrio para rebater e comentar, em sede de alegação final, qualquer peça dos autos, inclusive, cabendo-lhe, silenciar a respeito, como o faz, ao não referir sobre os documentos juntados às folhas 323/379 do feito. É de observar, no entanto, que o DPDE, até mesmo, tomou cuidado de questionar, a Representada, sobre documentos inseridos entre as páginas referidas quando da solicitação de manifestação em sede de alegações finais. Da mesma forma, garantido restou o amplo acesso aos documentos durante a investigação; uma vez que, em 26 de novembro de 1998, foi deferido pedido de cópias para a Representada que, por seu desejo, solicitou cópias do feito, reservando-se, segundo seu entendimento, a tão somente requerer reprodução das páginas 379 a 419 do 2º volume e dos pareceres da SEAE e do DPDE (fls. 420/21).

Portanto, em relação às diversas possíveis irregularidades processuais arguidas pela Representada pode ser verificado o que segue:

Quanto à Defesa de 31/07/1998 protocolada no MJ em 30/07/1998 (fls. 258/292):

1- Item 11 – Inconstitucionalidade pela não observância do princípio processual do juízo natural, alegando que:

(...) não se pode entender constitucional um sistema em que, in casu, a SDE, da qual integra a parte acusatória, o ilustrado DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA – DPDE, denuncie, por este instrua o Processo, emita juízo de admissibilidade e, por fim, encaminhe o feito para julgamento pelo juiz natural da causa, sem que este tenha tido qualquer participação no feito, para “julgamento.”

Mais adiante, a Representada reconhece as determinações da Lei 8884/94, embora fazendo conhecido seu descontentamento a respeito:

Assim, ofende as garantias individuais constitucionalmente consagradas a lei que estabelece, especialmente em matéria repressiva, tal dicotomia. Isto porque a instrução probatória se integra no próprio iudicium causae. Provar o fato típico implica em demonstrar a causalidade entre o resultado e a conduta que dele é prius e antecedente, pois de outra forma não se realiza a adequação típica.

Data maxima venia, parece que a Representada assume uma posição interpretativo-jurídica na qual a Lei 8884/94 teria caráter penalista o que demonstra equívoco em uma visão moderna do Direito Antitruste. De outra forma, dentro do dispositivo legal referido, confere-se à SDE competências investigatórias de forma a ser subsidiada a decisão soberana do órgão competente, qual seja, o CADE.

Por ora, esta SDE cumpre seu papel investigatório e conclui, segundo seu entendimento, sobre as práticas investigadas sugerindo à instância de decisão elementos coligidos conforme o rito processual ora vigente e o devido processo legal.

2- Item 20 – Incompetência *Ratione Materiae* – A representada alega que o conteúdo da representação é estritamente de Direito Comercial o que, em sendo assim, fugiria da competência do CADE para apreciação.

Mais uma vez equivocava-se, a Representada, pois verifica-se, nos autos, que a matéria não trata de pura relação contratual entre duas empresas – White Martins e Ultrafêtil – pois, em verdade, durante o período em que os fatos ocorreram havia exercício de posição dominante em um mercado quase – monopolizado. Do mesmo modo, provou-se a existência de terceiros interessados que foram prejudicados em função da indisponibilização de fonte mantida contratualmente e não utilizada. Desta forma, afetando o mercado, o fato passou a ser passível de análise sob a égide da Lei 8884/94.

3- Item 22 – Inépcia da Inicial – A Representada busca, desta feita, a favorecer seu interesse, dar caráter meramente civilista ao processado. Deve ser lembrado, no entanto, que a SDE atua, inclusive, *ex officio* na apuração de práticas infrativas da concorrência; desta forma, considerados bastantes os fatos representados procedeu-se à análise de elementos suficientes para levar a frente o presente processo e chegar-se a este derradeiro relatório, no âmbito da SDE.

4- Item 23 – Nulidade do despacho de fls. 249 - Entende-se sanados quaisquer vícios como os levantados (falta do “de acordo” do Sr. Secretário de Direito Econômico, assinatura da Sra. Secretária de Direito Econômico Substituta ou falta de motivação e especificação dos fatos a serem apurados).em função do despacho que re-ratificou o entendimento do Despacho de

fls. 249, desta feita, às fls. 305/306, demonstrando convencimento inequívoco desta SDE, c, em especial, de suas autoridades sobre os fatos relatados em folhas 233/246.

5- Item 35 – Ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo – A representada parte do pressuposto de inépcia da inicial em função da suposta não especificação dos fatos que constituem a infração e falta de formalidades (sanadas conforme número 4 acima).

Lembre-se que o despacho de folhas 249, ratificado pelo de folhas 305/306, apresenta, como fatos e fundamentos, os relatados às folhas 233/246. Dentre outras afirmativas, ali, é lido, *ipsis litteris*, à folha 243:

Outro dado relevante ao exame das questões trazidas ao presente, é o volume da capacidade de produção da maior fonte supridora da matéria-prima do CO2, que é a Ultrafertil, de 750 tpd.

Atualmente estão sendo utilizados apenas 470 tpd., gerando um excesso de cerca de 280 tpd de matéria-prima disponível, considerando que a White Martins não tem unidade industrial de beneficiamento.

Tais condições, à priori, permitem concluir que, em tese, a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção da seu domínio de mercado, via cláusulas de exclusividade nos contratos com fonte de matéria-prima por sub-produto, criando dificuldades a concorrentes no mercado e a potenciais entrantes mediante políticas comerciais restritivas.

No caso concreto, há que apurar a existência de objeto ou efeito nocivo às relações concorrenciais de mercado na estratégia do grupo White Martins/Liquid Carbonic de reservar fontes de matéria –prima para posterior expansão de seus negócios, por meio de cláusulas de exclusividade nos contratos acima referidos³. (...)

Há que verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente do CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que , tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97.

³ Tal referência pode ser vista às fls. 237., no terceiro parágrafo:

Pretende, também, com base no inciso V do art. (...) no contrato firmado entre a Ultrafertil e White Martins/Liquid Carbonic, por ser restritiva à concorrência, disponibilizando à representante o excedente do CO2 daquela fonte.

Parece que não resta dúvida, a não ser, supostamente, para a Representada, quanto ao que está sendo apurado neste rito processual, qual seja, a relação contratual entre a empresa White Martins – hoje, Grupo White Martins/Liquid Carbonic e a Ultrafertil, bem como o reflexo de estipulações contratuais quanto à exclusividade e à indisponibilização de matéria-prima não utilizada para o mercado, inclusive prejudicando terceiros em um período determinado, qual seja, 23/03/97 a 01/10/97.

É de ressaltar que apesar de todas as evasivas jurídico-processuais, a Representada, por fim, procura se defender, no mérito, quanto às práticas infrativas que lhe são imputadas conforme se vê nos itens 57 e seguintes às folhas 284/291 através de argumentos abaixo comentados e analisados.

Acresce, ainda, que, da mesma forma, às folhas 379, a Representada demonstra seu inequívoco conhecimento quanto às práticas que lhe são imputadas, até mesmo, pela Representante. Veja-se:

(...)alegando, em síntese, pretensão açambarcamento pela REPRESENTADA das fontes de CO2 relativamente a excedentes desta matéria-prima na ULTRAFÉRTIL (Cubatão – SP) e na REVAP – Petrobrás (...)

6- Item 37 – Inépcia da representação e da necessidade de garantia do sigilo:

No número 3, acima, já se falou quanto à inépcia da inicial, entretanto, quanto à representação pode-se referir que, à SDE, resta poder discricionário para, em tomando conhecimento de algum fato que possa contrariar os princípios da livre concorrência, proceder a atividade investigatória, inclusive *ex officio*, mesmo que a partir de escassas informações. Os fatos apurados, por ora, vieram ao conhecimento desta SDE e foram tratados, inclusive, no Ato de Concentração 08000.012075/96-14. Entretanto, para que pudesse o fato – concentração ser analisado independentemente da prática infrativa procedeu-se a distintos processos, já que e em razão de, até mesmo existir representação independente de terceiro prejudicado.

A princípio, deve ser zelado o rito processual previsto na Lei 8884/94 que reza a apuração de Atos de Concentração e de Práticas Infrativas; de forma a serem plenamente identificados os elementos caracterizadores de um e de outro procedimento.

7- Item 55 – Menção equivocada a outros processos sofridos pela Representada:

A Representada parece distorcer, intencionalmente, as afirmações de Nota à folha 245. É óbvio que conhecido está, por esta SDE, o inciso LVII do

artigo 5º da Constituição Federal e ninguém a está considerando culpada antes de sentença penal condenatória.

Deve-se explicar à Representada que não se está a tratar de um procedimento penal e que, em última análise, as decisões do CADE não são de natureza judicial e sim administrativa. De fato, necessário se faz, na condução de uma investigação, seja em sede de Averiguações Preliminares ou de Processo Administrativo, verificar a conduta da empresa no mercado, até mesmo, para fins de constatar possível reincidência quando da dosimetria de sanções previstas no Capítulo III da Lei 8884/94. Assim, justifica-se a preocupação da Sra. Inspectora Geral em fazer ver a necessidade de acompanhar feitos outros que, embora em fase de investigação, podem levar à condenação durante a tramitação do presente feito e, portanto, à reincidência em possível condenação pelas práticas no momento apuradas; fato que deve ser considerado conforme artigo 27 inciso VIII da Lei 8884/94.

Às folhas 312/318, a Representada volta a reafirmar suas posições acima descritas e rebatidas, em especial quanto à falta de formalidades processuais, nulidade do feito e possível *reformatio in pejus*. Quanto a esta última nova posição da Representada cabem *duas ou três palavras*.

Acusa, a Representada, que o próprio Sr. Secretário da SDE parece não ter absoluta certeza quanto ao enquadramento legal da prática infrativa, quando da substituição do inciso XVIII do art. 21, constante do despacho de folhas 249, pelo inciso XV. Deve ser lembrado, no entanto, que:

1. Os incisos do artigo 21 da Lei 8884/94 são meramente exemplificativos já que não se trata de um artigo de caráter penal cujo conteúdo restrinja-se a *numerus clausus* em relação às suas hipóteses; aliás, explicita a Lei: *As seguintes condutas, além de outras, (...)*.

2. *In casu*, as práticas referidas na representação e, mesmo, estudadas pelo DPDE através de AC 08000.012075/96-14 continuam sendo as mesmas no momento do Despacho de folhas 249 e do documento de 305/306; restando, apenas e tão somente, melhor juízo de apreciação, quanto ao enquadramento formal, ao Sr. Secretário quando do segundo Despacho.

3. *Ad argumentandum*, mesmo em sede de Direito Penal, o que não é o caso, cabe ao Juiz aceitar o libelo conforme a capitulação dos fatos feita pelo Promotor de Justiça ou reformá-lo de forma a enquadrar o fato típico ao tipo penal que, segundo seu julgamento, melhor se adapte aos fatos; portanto, prevalece, para fins de justiça, a prática e não o *nomen juris*.

4. Observa-se, ainda, que os incisos exemplificativos do artigo 21 estão todos sujeitos ao mesmo tipo de sanção próprio do *caput* do referido artigo; portanto não há de falar em *reformatio in pejus* uma vez que não existe

sanção específica para o inciso XVIII do citado artigo distinta da sanção que seria aplicável no caso de enquadramento no inciso XV.

Desta forma não procede a alegação de nulidade proposta no item 5 às folhas 317 da manifestação da Representada. Não se infringiu os *princípios da irretratabilidade (art. 42 do CPP)* – a título de esclarecimento, lembre-se à Representada que, talvez, *em função da visão penalista de seus Procuradores*, equivocadamente, estes buscam capitular, os fatos ora apurados, como tipos penais, entretanto, quando muito, a Lei 8884/94 faz referência ao CPC – Código de Processo Civil em seu artigo 83 e não ao Código de processo Penal; com a *venia* da exceção do artigo 86 que refere a prisão preventiva. *Permissa venia*, parece uma estratégia de defesa equivocada buscar, em uma norma administrativa, enquadramento penal, inclusive com desconforto para a Parte envolvida processualmente.

Aos 15 de outubro de 1998, a Representada junta, aos autos, Defesa complementar (fls. 379/385) na qual cabe, nesta etapa do presente relatório, comentar:

1. A Representada reitera as considerações preambulares oferecidas em manifestações anteriores no feito, tais como falta de motivação do despacho instaurador do Processo Administrativo.

2. Desta feita, se vale, a Representada, a seu benefício, de circunstâncias envolvendo outros Processos Administrativos; quais sejam, o 08000.022487/97-81 e o 08000.005529/97-82 que foram declarados nulos no âmbito desta Secretaria em função da falta de pressupostos legais. Ora, é evidente que, se naqueles processos, foram detectadas carências processuais, dever de justiça era reconhecê-las e expurgá-las ou corrigi-las o que se sabe ter sido feito. De outra forma, corrigidas tais irregularidades, tramita, normalmente, nesta SDE o Processo Administrativo 08000.022487/97-81 para alegações finais em 26/11/1998 enquanto o Processo Administrativo 08000.005529/97-82, em função de derradeiro convencimento desta SDE foi encaminhado para arquivamento ao CADE em 15/09/1998.

Em manifestação de 27 de novembro de 1998, a Representada vem trazer, aos autos, suas alegações finais. Após desenvolver histórico sobre o processo, no qual, além das alegações de caráter formal e preliminar anteriormente explicitadas, alega novas supostas irregularidades; vem, por fim, apresentar suas razões quanto a preliminares e quanto ao mérito.

1. No item 9 (fl. 425), desta feita, a Representada alega que NÃO HOUVE QUALQUER INSTRUÇÃO PROCESSUAL, ainda mencionando possível desconsideração do dispositivo do Regulamento das Competências da SDE - RCSDE nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência; qual seja, o artigo 17, parágrafos 2º e 3º, acusando o Sr. Secre-

tario de não se *preocupar em apurar a verdade real dos fatos que insinuou (sem descrever) no despacho de instauração, especificando a prova e determinando, por despacho fundamentado, as diligências necessárias, ainda quedando-se inerte.*

Acusa, ainda, o Sr. Secretario de Direito Econômico de agir com parcialidade quando, então, teria *desconsiderado o caráter isonômico e de equilíbrio* entre as partes.

Efetivamente, furta-se, a Representada, mais uma vez, de manifestar-se sobre as provas documentais carreadas para o processo, desta feita acusando a Autoridade que se houve com diligência, inclusive, sanando eventual vício de forma e re-ratificando seu entendimento claro e preciso sobre os fatos – folhas 305/306, também, preocupando-se em oferecer mais prazo de defesa à Representada para que pudesse defender-se inequivocamente.

Ademais, lembre-se que o Regimento Interno da SDE vigorando através da Portaria 144 de 03/04/1997, do Ministro da Justiça, reza, em seu artigo 14, as competências do DPDE, sendo de destacar, em especial, os incisos V e VI a saber:

Art. 14. Ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica compete:

(...)

V – planejar, coordenar, supervisionar e orientar a instrução de averiguações preliminares dos processos administrativos e das consultas, bem como dos feitos relativos a atos de concentração econômica;

VI – propor a instalação de averiguação preliminar e processos administrativos relativos ao abuso do poder econômico e à defesa da concorrência.

Mais adiante, o mesmo Regimento explicita em seu artigo 39 que *aos Diretores de Departamento incumbe dirigir, orientar, acompanhar, decidir e fiscalizar a execução das competências das respectivas unidades.*

Portanto, conta, o Sr. Secretario com equipe de auxiliares que procedem às averiguações e diligências necessárias para a formação de seu livre convencimento, sendo de bom alvitre, interpretar a norma do Regulamento de Competências em conformidade com a Lei 8884/94, com o Regimento Interno da SDE e, ainda, segundo o bom senso.

2. No item 10 (fl. 425); acusa, a Representada, de proceder a *Sra. Diretora do DPDE, sponte propria, ao mesmo tempo: (a) notificar (sem ter para tanto autoridade legal) a REPRESENTADA a “apresentar”, no prazo*

de 05 (cinco) dias, alegações finais” e (b), também sem autorização do Sr. Secretário (art. 17, & 2º, do regulamento das Competências), contraditoriamente, dar início à instrução processual, solicitando informações pertinentes a outro procedimento (AC nº 08000.012075/96-14)!!!!!!

Novamente, a Representada esquivava-se quanto à sua responsabilidade de atender às determinações do Aparelho Estatal que, por ora, persegue a derradeira análise e explicitação dos fatos apurados; senão, veja-se:

2.1 O artigo 39 da Lei 8884/94 prevê que, ***concluída a instrução processual, o representado será notificado para apresentar alegações finais, no prazo de cinco dias, após o que o Secretario de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá pela remessa dos autos, (...) – grifo nosso.***

Parece clara, a Norma; e, assim sendo, tem-se que a instrução processual é de competência do DPDE, conforme visto acima, e, coligidas as provas necessárias, cabe à Diretora do DPDE encerrar a fase instrutória e fazer juntar, aos autos, as últimas razões da Representada de forma a subsidiar, através de sucinto relatório, o Sr. Secretario, para que este possa, posteriormente ao encerramento da persecução administrativa, decidir sobre o futuro do feito mediante relatório circunstanciado.

No pedido de alegações finais de folhas 399/400 não se estava dando início à instrução processual como quer fazer ver, a Representada; e nem se estava a diligenciar sobre outro procedimento.

Como já dito alhures, as provas de um fato pertencem ao mundo real e não ao formal no que tange à sua existência; de outra parte, existe, sim, para fins de apuração e conclusão sobre um fato, a necessidade de o Aparelho Estatal conhecer de provas carreadas para os autos; lembre-se da máxima jurídica pela qual o que não está nos autos não existe como meio probante. Fato é, no entanto, que por circunstâncias diversas, informações pertinentes aos fatos presentemente tratados foram trazidas para os autos do AC 08000.012075/96-14 e que, ali sendo devidamente coligidas e submetidas ao crivo das diversas manifestações do Grupo White Martins/Liquid Carbonic, foram trasladadas para estes autos com o mero propósito de não tumultuar a apreciação do referido Ato de Concentração como tantas vezes sugerido pela Representada em relação à empresa Messer. Cabe, ainda, lembrar que, nestes presentes autos, a Representada se manifestou, tão somente indicando páginas do dito AC sem, contudo, tomar o cuidado de trasladar peças (fls. 190/197) dada a notoriedade e o conhecimento do procedimento pela própria, então consulente e por este Órgão Público que, por sua vez e cautelosamente, ao manifestar sobre algum daqueles documentos o fez apresentando-os fisicamente nestes autos.

Assim, as informações solicitadas são plenamente cabíveis, na medida em que estão relacionadas às práticas ora apuradas e, em determinando-

se a manifestação da Representada a respeito de alguns dos citados documentos, pretendeu-se inequívoco posicionamento a respeito.

Ainda urge *uma palavra* sobre a disposição do artigo 37 da Lei 8884/94 que dispõe um **prazo máximo** de 45 (quarenta e cinco dias), após a apresentação da defesa, para que se proceda a apuração do feito. Tal prazo não quer obrigar o Órgão Persecutório a, convencido dos fatos, procrastinar o feito; pelo contrário, a Lei determina a possibilidade do pleito ser instruído e relatado em **tempo econômico**, até mesmo, inferior aos ditos 45 dias.

Outrosim, não foi solicitada, pela Representada, nenhuma prova específica como, por exemplo, as previstas no parágrafo único do mesmo artigo 37 da Lei 8884/94; portanto, a SDE se houve conforme aos ditames do artigo 40 da citada Lei; diligenciando com *a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos*.

Lembre-se, ainda, que, à Parte Representada é dado conhecer da acusação e das provas coligidas; entretanto, não se pode exigir Daquela a cabal defesa que muitas vezes fenece em função da força probante e irrefutável dos argumentos. De outra parte, resta, tão somente lamentar uma estratégia de defesa que *arrisca* desconhecer, no feito, documentos que julga serem de *outro procedimento*; ainda mais quando alega não existir RAZÃO, PORTANTO, PARA A DUPLICIDADE DE PROCEDIMENTOS (fl. 196), fato que, mais a frente, é referido como DUPLICAÇÃO IMOTIVADA DE ESFORÇOS (fl. 207). Na mesma página processual, (fl. 207), chega, mesmo, a Representada, a afirmar:

a) toda a temática (inclusive a Impugnação da Representante) versada na Representação já está sob exame do DPDE/SEAE/CADE nos Autos do Ato de Concentração.

Em seguida (fl. 209), dispensa a exigência de apresentação de informações e documentos listados no feito justificando:

b) (...) mesmo porque todas (sic) os temas que por eles se pretende conhecer já são do conhecimento dos órgãos que compõem o Sistema de Defesa da Concorrência e integram os autos;

c) sobrestar o presente procedimento, pensando os respectivos autos, por linha, aos do ato de concentração já em andamento perante o digno DPDE.

Parece estranho que depois de todas estas afirmativas inequívocas, a Representada viesse, agora, em fase de alegações finais, tentar desvirtuar o

entendimento desta SDE desqualificando provas como pertencentes a OUTRO PROCEDIMENTO.

Lembre-se, inclusive, que o Despacho de folha 214 acolhido pelo de folha 215 prevê intimação do Sr. Representante Legal da Representada, *para na data e hora, previamente marcadas pela Direção daquele Departamento, vir aos autos do feito AC n° 08000.012075/96-14, identificar cada um dos quesitos que lhe foram determinados atender via da requisição ínsita na Averiguação Preliminar.*

Ato contínuo, à folha 218 vê-se a determinação da Sra. Diretora do DPDE intimando o Representante Legal da empresa White Martins que é atendida conforme folhas 220/224 e 228/229. Portanto, com tudo isto, fica provada a diligência desta SDE em inteirar-se sobre todos os fatos que são inerentes ao presente Processo Administrativo restando inequívoco o convencimento sobre as práticas imputadas; bem como o conhecimento amplo dos dois procedimentos – AC e Processo Administrativo, por parte da Representada.

E para que, derradeiramente não reste dúvidas, ainda que documentos e provas sejam oriundos de outro procedimento (entenda-se colhidos em outro procedimento), qual motivo existiria para que não fossem trazidos aos presentes autos e utilizados com toda a sua força probante; ainda mais quando estreitamente relacionadas com os documentos já existentes no processado?

Responde-se que nenhum. Aliás, é dever de justiça e lealdade processual para o Órgão apurador do feito carrear, para o mesmo, o máximo possível de provas e informações. É o que se fez.

3. No item 11 (fl. 426), é alegado o desrespeito ao parágrafo único do artigo 40 do Regulamento de Competências da SDE - RCSDE, que *impede a concessão de certidão ou peça dos autos a menos a quem o titular da SDE expressamente reconhecer legítimo interesse.*

Trata-se, aqui, de cópia do Parecer da SEAE – (fls. 402/406) permitida à Representante aos 13 de novembro de 1998 (fls. 407).

Inicialmente, deve ser lembrado que, o Processo Administrativo é público cabendo, sim, em fase de Averiguações Preliminares a *não divulgação, quando os indícios de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo.* (Art. 30 da Lei 8884/94).

É de ser rememorado, no entanto, que não é dado a qualquer conhecer do feito, já em sede de Processo Administrativo, conforme se vê no parágrafo único do artigo 40 do regulamento de Competências da SDE:

Sem prejuízo do direito de petição aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, somente será concedida certidão ou peça dos autos àqueles a quem o titular da SDE reconhecer legítimo interesse, pessoal ou institucional.

Fato é, entretanto, que, já em fase de Averiguações Preliminares, a Representante foi considerada legítima interessada uma vez candidata ao aproveitamento do excedente da Ultrafértil conforme se depreende às fls. 65/66, na medida em que se houve por atender pedido Daquela para juntada de documento ao feito. De observar-se que, conforme o artigo 24 do Regulamento de Competências da SDE, o Representante assiste ao Sr. Secretário de Direito Econômico com informações e documentos necessários à instrução do processo administrativo. Em instância de Processo Administrativo, pois, útil faz-se que o Representante fomente a SDE com subsídios a serem investigados; sendo possível que, ao conhecer de um parecer exarado por outro Órgão Público como a SEAE, se possa trazer à lembrança fato outro ou prova até então não cogitada.

4. No item 12 (fl. 427), a Representada, então, finalmente, reconhece que o DPDE tem, coligido, nos autos, PROVA, que segundo seu entendimento, pertence a OUTRO PROCEDIMENTO – grifo nosso. De fato, parece que a atitude da Representada é desqualificar as provas dos autos em função de não pertencerem ao procedimento Processo Administrativo presente e, sim, ao Ato de Concentração 08000.012075/96-14.

A bem da verdade, entretanto, é que as provas inerente a um fato real pertencem ao mundo real e não a um procedimento, explique-se melhor, a prova é inerente a um fato e não ao processo. Coligidos que foram os referidos documentos (fls. 324/378) em autos de Ato de Concentração analisados nesta Secretaria, estiveram a inteiro dispor da Representada, inclusive juntados aos presentes autos em tempo hábil para que, querendo, Esta, os contra-argumentasse. Fato é que, certamente, por estratégia de defesa e não por desídia ou por falta de contra-argumentação em relação a fatos notórios e provados, os Procuradores da Representada não cotejaram tais documentos durante a fase de conhecimento e nem mesmo em alegações finais sendo que, somente quando da provocação desta SDE, ao solicitar manifestação específica quanto às folhas 324,325,326,345 e 346 dos autos é que a Representada argumentou às folhas 433/441.

Tentou, mesmo, a Representada, desconhecer das provas válidas e regularmente trazidas aos autos, esquivando-se, inclusive, de reprografá-las, certamente por delas conhecer em sede do AC 08000.012075/96-14 e, também, por tê-las manuseado nestes autos como se verifica em função do pedido

de cópias de folhas 420, no qual é pedido cópia de folhas 379 a 419 do processo; portanto, de páginas posteriores às explicitadas páginas 323/378.

Lembre-se, novamente, que ditos documentos de folhas 323/378 foram trazidos a conhecimento desta SDE em função de diligências desenvolvidas por funcionários da própria Secretaria e que, por diligência dos mesmos, subsidiaram a fase de conhecimento do feito.

Não se há de falar em não observação do princípio do contraditório quando a parte, em tendo oportunidade para manifestação, não o faz como é o caso no que diz respeito a estas discutidas provas.

De outra parte, ainda é preciso lembrar que o juízo de convencimento da autoridade investigatória é pessoal; portanto, ainda, sob o amparo da Lei (vide artigo 15 do Regulamento de Competências da SDE), cabe às *autoridades da SDE indeferir, fundamentadamente, a juntada de documentos ou a realização de diligências manifestamente impertinentes, procrastinatórias ou prejudiciais ao esclarecimento dos fatos, à celeridade e ao bom andamento do processo*. Ora, no presente feito, a Representada, não especificando ou requerendo provas vem, em defesa complementar de 14 de outubro de 1998, protocolada neste Ministério em 15 de outubro de 1998, apenas sugerir, em caráter genérico apresentação de *toda e qualquer prova admitida em Direito, por mais especial que seja, inclusive, prova documental, testemunhal e pericial*.(fl. 385)

De qualquer forma, em vista de documentos trazidos aos presentes autos restou o cabal convencimento desta SDE, bem como, adequado não proceder a provas outras tais como a impossível perícia de um fato que transcorreu em 1997 (23/03/1997 a 01/10/1997)⁴.

Ainda argumenta, a Representada, a falta de autorização própria do Sr. Secretário de Direito Econômico para a Diretora-Substituta do DPDE em relação ao despacho de folhas 408.

Desta feita, a SDE apenas e tão somente duplica meios e procede no intuito de observar o **tempo econômico** para, seguindo o artigo 33, parágrafo 3º da Lei 8884/94 propiciar à Representada oportunidade de manifestação final quanto ao então carreado para os presentes autos.

Ainda é de observar que o despacho de folhas 419 exarado pelo Sr. Secretário determina, formalmente, o exato momento de encerramento da instrução processual do feito para o Órgão Investigador – DPDE - que, por sua vez, já diligenciou, coligiu provas, notificou a Representada para apresentar alegações finais, emitiu Sucinto Relatório; aguardou a chegada daquelas

⁴ Ver item 6 adiante.

alegações e emitiu o presente expediente concludente a fim de ser emitido, então, o derradeiro relatório circunstanciado por parte da Máxima Autoridade da SDE.

Entende-se, pois, caber, a instrução processual, ao DPDE que mantém devidamente informado o Sr. Secretário do andamento do feito; restando o despacho de folhas. 419 como peremptório em relação á continuidade dos trabalhos investigatórios por parte do DPDE; embora, ainda sendo possível à Representada atos tais como a juntada das próprias alegações finais (art. 39 da Lei 8884/94) ou de outros documentos (art. 18 parágrafo 6º do Regulamento de Competências da SDE).

Complementa, o item 13, o entendimento da Representada, de que não houveram provas coligidas nos autos, ainda acusando terem sido **exigidas** alegações finais (fls. 427).

Ora, conforme explicitado anteriormente, não cabe ao DPDE **instruir a Defesa** que tem seu livre arbítrio para se manifestar sobre os elementos dos autos. É bem verdade que, na falta de defesa resta a confissão tácita sobre os fatos apurados e provados; portanto, não se pode depreender outra interpretação da expressão *encaminhamento do feito para apresentação de alegações finais* (fl.418) que não a de aguardar a chegada das mesmas uma vez já requeridas anteriormente. Cuidado, ainda, se tomou para que a Representada tivesse acesso ao dito Relatório Sucinto antes de apresentar suas razões finais propiciando-lhe, mais uma vez, cabal e ampla oportunidade de manifestação a respeito da opinião do Órgão Investigatório – DPDE; como de fato o fêz em 27/11/1998.

De resto, *não se exigiu alegações finais*; mas, apenas, notificou-se a Representada, segundo a Lei, para, querendo, exercer, mais uma vez, seu direito de defesa no prazo de cinco dias.

5. No item 14, é alegado que, antes de ser atendido a pedido de provas de folhas 400, ocorreu a declaração de encerramento da instrução processual. Ocorre que, no pedido de alegações finais de folhas 400 solicitou-se, à Representada, as manifestações que lhe aprouvesse fazer, tomando-se o cuidado de especificar alguns documentos juntados ao feito para que não pairasse dúvida quanto ao conhecimento destes por parte Daquela. Não se estava, ali, a solicitar prova - já juntada ao feito - e, sim, solicitar manifestação até então não proferida pela Representada que silenciou segundo seu entendimento e vontade. De fato, desde a juntada dos mesmos em 1/10/1998 até a data de 27/11/1998, portanto, durante quase dois meses ou, mais exatamente em 58 dias, a Representada sobre os mesmos recusou manifestar-se, ou, por outro lado, deixou transcorrer *in albis* possível argumentação quanto aos ditos documentos; com a vênua da manifestação, em 27/11/98 por provocação do DP-

DE, zeloso aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ainda é de observar que tal manifestação, ainda que não justificadora das práticas apuradas foi prestada, pela Representada e conforme ao seu entendimento, tal como se o DPDE estivesse a questionar e diligenciar, absurdamente, sobre OUTRO PROCEDIMENTO, nos presentes autos.

6. No mesmo sentido, deve ser, ainda, observado quanto ao item 16 em que a Representada protesta pela *apresentação de toda a prova em Direito admitida, como aliás lhe asseguram os arts. 10 parágrafo 3º, 15 e 19 do Regulamento de Competências, inclusive prova pericial para a determinação de disponibilidade de fontes de matéria-prima que infirmem a possibilidade, sequer em tese, de açambarcamento, mesmo porque cabe o ônus probandi à acusação.*

É, realmente, de ser lembrado, inicialmente, o artigo 15 no que, inclusive, refere ao rechaçar de *diligências manifestamente impertinentes*; assim como, o artigo 19, parágrafo 1º que dispensa a produção *de prova pericial quando a comprovação do fato não depender de conhecimento especial de técnico, quando tiver sido feita por documento já juntado ao processo ou for impraticável*, e, por fim, lembre-se o parágrafo 6º do mesmo artigo 19 em que *a prova documental poderá ser oferecida em qualquer fase do processo.*

In casu, percebe-se a atitude procrastinatória da Representada, em fase de alegações finais, ao protestar por provas tais como perícia, (1) quando, conhecendo de documentos juntados aos autos até 1/10/1998 não se manifestou; (2) quando sabendo impossível periciar acontecimentos ocorridos, mormente, entre 23/03/97 a 01/10/97, pleiteou tal tipo de prova, (3) quando sabido o entendimento desta Secretaria a respeito da situação das fontes de CO2 no País conforme, inclusive, relatório deste próprio Órgão nos autos do AC 08000.012075/96-14 sugere prova pericial para determinar disponibilidade de fontes de matéria-prima; aliás, informe-se que, a Representada, em outra ocasião, fêz perceber que esta Secretaria conhecia o mercado de CO2 quando manifestou à folha 383:

*12. Torna-se risível qualquer cogitação de açambarcamento (se esta for a acusação), quando a própria e d. SDE, ao emitir seu Parecer sobre o Ato de Concentração n° 08000.012075/96-14 (doc. n° 2 anexo) registra que, após a realização deste, a participação de mercado da REPRESENTADA caiu para aproximadamente 65,39%, diante de uma capacidade produtiva de CO2 de 1485 tpd*⁵.

⁵ A representada chega a juntar aos autos extrato do parecer desta SDE (fls. 387/389)

Outrosim, cabe lembrar que o quadro em relação à exploração da fonte da Ultrafertil, atualmente é distinto do existente à época dos fatos. Verdadeiramente, hoje, a fonte se encontra comprometida, não só com a Representada que continua com as mesmas plantas de processamento anteriormente existentes – 200 tpd, como, também, com a BOC que construirá uma planta a ser efetivamente explorada uma vez que a referida empresa volta ao Brasil após alguns anos de afastamento. Cabe lembrar, ainda, que a capacidade de processamento da planta da BOC⁶ compreende 100 tpd ; número este aquém das referidas 170 tpd., e que, portanto, permite, ainda, a instalação de novo concorrente para a utilização daquele manancial. Importa lembrar, no mesmo sentido que as instalações da Representada continuam com a mesma capacidade (200 tpd) o que não justifica, por fim, a realização de perícia conforme sugerido.

Ainda faz entender, a Representada, que o relatório do artigo 26 é de competência do Sr. Secretário de Direito Econômico e não do DPDE fato que diverge do entendimento desta Secretaria conforme número 4 acima.

7.No item 18, a representada volta a pugnar pela inconstitucionalidade, incompetência em razão da matéria, inépcia da representação, ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, notadamente face à ausência de inicial acusatória e à falta de motivação do despacho instaurador e menção equivocada a outros processos sofridos pela REPRESENTADA; temas estes já abordados acima.

8. No item 20 vem, aos autos, alegar ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Sugere, talvez, a Representada, que a *culpa* pelo não convencimento de sua inocência se dá em função da não concessão de tempo superior aos 58 dias que lhe foram conferidos para a apreciação dos documentos probantes de folhas 323/378, sem falar nos contratos e outros documentos de folhas 54, 68/185 juntados ainda em fase de Averiguações Preliminares.

Talvez, a Representada esteja a sugerir inércia e ofensa ao princípio da ampla defesa, por parte desta Secretaria, ao solicitar defesa em duas ocasiões

⁶ Cabe, aqui, comentar a alegação (fls. 437) da Representada de que o DPDE não agiu com o rigor da lealdade processual ao não tratar sobre documento de folha 386 em que a BOC acusa sua entrada no mercado de CO2 através de contratação de 100 tpd junto à discutida fonte da Ultrafertil.

De fato, cabe agora reparar que tal documento é essencial para que se dispense qualquer prova pericial, uma vez que resta, então, definida a disponibilização e o comprometimento do gás da referida fonte.

ões distintas folhas 254/255 e 319/320, além do pedido de alegações finais em folhas 399/400.

Parece, pois, que todos os esforços, sim, foram envidados no sentido de ser observado o *due process of law*, principalmente, quanto aos princípios basilares do processo de ampla defesa e contraditório; assim como, primou, esta Secretaria, pela eficiência trabalhando **em tempo econômico** sem descuidar dos prazos processuais.

De outra forma, ainda, a Representada, lucidamente, vem aos autos manifestar sobre o mérito das questões objeto deste Processo Administrativo.

Das alegações de Mérito da Representada

Em manifestação de 10 de novembro de 1997 (fls. 220/224), procura, a Representada, demonstrar a existência de um mercado de CO₂ altamente competitivo, fato contestável, mormente à época dos fatos. Da mesma forma procede em 31 de julho de 1998 (fls. 258/292), no qual, desta feita, a Representada se defende das imputações que lhe são feitas alegando competitividade no mercado, inserção de novos concorrentes, existência de fontes de Co₂ alternativas e, derradeiramente, alegando sua expressa renúncia a direito de preferência junto às fontes de matéria-prima da ULTRAFÉRTIL (fls. 286/287)

Alega, então, que *nunca existiu qualquer estratégia da representada no sentido de reservar fontes de matéria-prima mediante contratos de exclusividade para fins anticoncorrenciais* e, adiante, afirma que a renúncia a um direito é *ato unilateral, que independe da vontade da contra-parte*.

Aos 14 de outubro de 1998, mais uma vez, destaca-se a suposta competitividade do setor, sem contudo ser atentado, por parte da Representada, que a disponibilidade de uma fonte de matéria-prima deve ser avaliada não só geograficamente, mas segundo aspecto temporal. Há de ser relevada a disponibilidade de CO₂ e o complementar comprometimento em determinado *periodo de tempo*.

Por fim, em 27 de novembro de 1998, já de conhecimento do Relatório Sucinto do DPDE, a representada efetua sua defesa quanto ao mérito, sendo de comentar o que segue:

1. Quanto ao item 23 sugere, a Representada, que o suprimento de CO2 não é raro nem finito e muito menos limitado às fontes assinaladas na representação sendo impossível o açambarcamento⁷.

Discorda-se, *data maxima venia*, da Representada, uma vez que, através de estudos realizados nesta SDE⁸, sabe-se da limitação de fontes economicamente viáveis de CO2 no País, mormente, com a qualidade e pureza da fonte da Ultrafértil. De outro modo, ficou provado, nos autos, real interesse e tratativas entre a empresa Messer e a Ultrafértil de explorar fonte de CO2 contratualmente comprometida e não utilizada pela Representada.

Cabe, aqui, interpretação e explicitação da Lei 8884/94, no tocante ao açambarcamento de fonte. Em que pese a existência de fontes de matéria-prima outras disponíveis, é inadmissível entender a Lei em sentido diverso ao de não permitir o enquadramento legal no dispositivo XV do artigo 21 pelo fato da existência de disponibilidade no mercado. O açambarcamento de matéria-prima não ocorre apenas e tão somente quando estão indisponíveis todos os recursos (matérias-primas e produtos intermediários) mas, sim, o que a Lei zela é pela utilização racional dos insumos. Especificamente, *in casu*, havia insumo comprometido e não utilizado sendo procurado por terceiros (fls. 54) que estiveram privados da utilização de ditos recursos. Não se está a cogitar da utilização de outras possíveis fontes disponíveis; mas sim, de apreciar a maneira como a Representada se utiliza dos potenciais de matéria-prima do e no País, mais especificamente, da melhor e maior fonte de subproduto brasileira dentro de um contexto de economia de mercado.

À época dos fatos, havia real interesse por fonte de alta qualidade e rentabilidade – Ultrafértil – e esta estava inexplorada em sua potencialidade por força da cláusula de exclusividade firmada em contrato envolvendo a Representada e a Ultrafértil, ainda sendo de destacar que nem mesmo existia capacidade industrial suficiente de processamento de CO2, por parte da Representada, em relação ao manancial disponibilizado e comprometido contratualmente com a Fonte. Desarte, não justifica a conduta da Representada em

⁷ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira em seu Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 10 ed. Rio de Janeiro: Civilização. 1963. explica que açambarcar é chamar exclusivamente a si (qualquer coisa), privando os outros da respectiva vantagem; monopolizar.

⁸ A Representada chega, inclusive, a acusar o conhecimento por parte desta Secretaria a respeito das capacidades instaladas e contratualmente utilizadas de fontes de CO2 quando cita as folhas 4.106 e 4.108 do Ato de Concentração 08000.012075/96-14. Ver folha 434 destes autos.

contratar insumo de produção superior a capacidade de processamento de suas unidades produtivas.

2. Quanto ao item número 25 (prova pericial), ver número 6 dos comentários quanto a aspectos processuais, também, na manifestação da Representada em 27 de novembro de 1998 acima.

3. No item 29 volta a Representada a alegar a competitividade no mercado de CO₂ e a existência de disponibilidade de fontes de matéria-prima. *Acusa que não se pode falar em escassez de matéria-prima ou em açambarcamento (...) mesmo porque, (...) o mercado conta com uma disponibilidade de subproduto.* (fl. 430).

Desta feita, a Representada demonstra seu equivocado conhecimento a respeito da definição de açambarcamento. Ver número 1 acima. De outra forma, ainda cabe lembrar que um dos pressupostos da Teoria Econômica é a escassez e finitude de recursos, fato que se, assim, não fosse levaria ao entendimento de não se tratarem, tais fontes de CO₂, como bem econômico, sendo, assim, inoportuna a aplicação da Lei 8884/94.

4. No item 35, a Representada utiliza-se do r. parecer da SEAE para alegar a pró-competitividade do mercado tendo em vista a entrada de novos competidores no setor.

Considerada a devida *venia*, cabe ressaltar que o relatório sugere apreciação do mercado sem ater-se ao ocorrido no período abrangido pelas práticas infrativas. De outra forma, referido relatório vem contribuir com esta Secretaria para o entendimento do mercado de CO₂.

5. A partir do item 37, a Representada rebate o Sucinto Relatório do DPDE: (agora, reconhecendo que o dito relatório é da competência do DPDE). Inicialmente, confunde-se ao referir a **Relatório-libelo**, expressão que se desconhece, seja na Lei 8884/94, seja no novo Regulamento de Competências da SDE. Ainda, a título de tumultuar o processo, a Representada defende caráter eminentemente civilista ao feito defendendo princípio da inalterabilidade e imutabilidade bem como interpretação restritiva do pedido. (fl. 432).

À guisa de informação, explique-se, à Representada que o CPC deve ser utilizado, subsidiariamente à Lei 8884/94 conforme seu artigo 83 e não existe pedido a ser interpretado restritivamente neste feito. A representação é peça meramente informativa do processo e este é o entendimento correto, tanto que cabe à SDE proceder, inclusive, de ofício na apuração de possíveis práticas infrativas. Da mesma forma, ainda a título de tergiversação não se pode dizer que o despacho instaurador de Processo Administrativo é um **pedido**. Trata-se, sim, de peça processual formal a instaurar o procedimento persecutório, segundo convencimento da Autoridade. De outra forma, é interessante notar que, no item 38, a Representada demonstra saber, inequívoca e final-

mente, que esta a sofrer processo por açambarcamento de fonte, inclusive manifestando sua desconformidade com o fato da DPDE tratar de *temas diversos ao da imputação*. – grifo nosso (fl. 432), ainda afirmando o tratamento de *questões outras não submetidas ao crivo do contraditório e estranhas à lide* – grifo nosso. Fica claro, aqui, que é inequívoco o entendimento da Representada sobre o que se apura neste Processo Administrativo; assim como é de estranhar o entendimento, por parte da Representada, de que o seu comportamento contratual seja tema diverso ao da imputação. Inúmeras peças processuais foram juntadas aos autos e mereceram a manifestação desta SDE tais como os documentos de folhas 71 a 185 ou 330, 335/336 e 364/376, dentre outros; embora não sofressem, *segundo único e exclusivo juízo da Representada*, crivo do contraditório; fato que se nega em função desta SDE ter propiciado diversas oportunidades para manifestação da Representada que, em geral, limitou-se tão somente a alegar a competitividade do setor após realização de Ato de Concentração entre as empresas White Martins e Liquid Carbonic.

De outro modo, no item 41, procura fazer entendimento de que as cláusulas consideradas anti-competitivas pelo relatório referem a práticas normais em relação a cliente-mais-favorecido; ainda acusando a Autoridade de *innovar* no processo e não proceder à consecução de *prova técnica-pericial* para a determinar *a existência ou não de fontes de matéria-prima no mercado*.

Ora é plenamente suficiente, nos autos, a documentação comprobatória sobre o procedimento da Representada ao contratar com terceiros; aliás, esta Secretaria já havia manifestado quando da apreciação do AC 08000.012075/96-14, que havia dois procedimentos envolvendo as empresas White Martins e Liquid Carbonic para contratar ora com entes privados, Ultrafértil por exemplo; ora com entes públicos como é o caso da Petrobrás. Veja-se:

6.7- Contratos com Fontes de CO₂

No volume II do Relatório WM e Liquid Carbonic são apresentados diversos contratos para fornecimento de matéria prima subproduto para produção de CO₂. Em uma sucinta análise de referidos contratos, é possível identificar, em alguns, cláusulas de exclusividade que podem limitar a atuação das empresas concorrentes, mormente, quando contratam junto à LCI ou à WM, empresas privadas. Se não veja-se: (...)

A Representada utiliza de seu poder de mercado para forçar contratos com cláusulas restritivas do direito à livre negociação com terceiros. Não se pode impedir alguém de contratar mesmo que em piores condições pelo

fato de estar atrelado a um contrato cuja cláusula leonina determine a unilateral benéfica de favorecimento.

No item 43 a representada acusa o DPDE por *exigir (injuridicamente) a “concordância” escrita da Ultrafértil com a renúncia unilateral da REPRESENTADA*

A bem da verdade, foi solicitado, pela Representante, tal documento às folhas 64 o que foi deferido pelo então inspetor chefe Edson Machado em 30.09.97 (fls. 66) ; ou seja, em âmbito de Inspeção Geral e não de DPDE. Outrossim, *pasme-se*, resta constatar que a desistência referida, por parte da Representada, foi solicitada à SEAE e não à Ultrafértil em 26 de março de 1997 conforme folha 327 e 339/340 dos autos. É como se o distrato contratual – unilateral segundo a Representada – pudesse ser feito por terceiros – e, ainda, sem a vênua da outra parte quando , no próprio conteúdo do dito contrato era verificada cláusula punitiva em caso de não cumprimento de disposição contratual; como se verá adiante.

Para que não reste dúvida quanto ao entendimento específico do que aqui se apura, e da real condição da Representada quanto ao irrefutável conhecimento dos fatos, veja-se como esta SDE se manifestou quando da elaboração de relatório nos autos do AC 08000.012075/96-14, de óbvio acesso à Representada:

6.5- Da Renúncia ao Excedente Ultrafértil-Cubatão e da Verificação de Excedentes Adicionais de CO₂ no Sudeste e Paraná.

Em respostas às **diligências efetuadas pela SDE**, a Ultrafértil SA soma aos autos importantes dados (fls. 1058/1064); senão veja-se.

É verificada a intenção da White Martins, já em 1º de outubro de 1997 em recuar quanto à atitude anticoncorrencial, no que diz respeito à cláusula 9.2 do contrato para fornecimento de CO₂ firmado entre a mesma e a Ultrafértil AS.; e., de forma inequívoca, são fornecidos dados estatísticos interessantes quanto às quantidades e respectivos valores das aquisições de CO₂ efetuadas pela WM e LCI nas unidades da Ultrafértil - importante fonte supridora de CO₂ na região SE - (fls. 1061/1062).

Ainda dado interessante a destacar nas informações prestadas pela Ultrafértil está contido nas folhas 1063/1064 dos autos onde verifica-se nos períodos de 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 que existe um volume médio de CO₂ razoável, disponibilizado pela Ultrafértil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual

disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 258,7ton/dia e um excedente não consumido de 526,3 ton./dia. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 174,77 ton./dia e um excedente não consumido de 610,3 ton./dia.

Consideradas as informações vistas às fls. 464/465 e 1492 em que a Requerente declara não haver excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafertil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafertil e que existe um grande manancial de CO₂ ocioso, embora comprometido contratualmente como grupo WM/LCI. A WM, fls. 1431/1436, reitera posição assumida perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 26 de março de 1997, em reunião convocada por esta Secretaria de Direito Econômico, no que tange *ao alegado Direito de Preferência que lhe conferia a Cláusula 9.2 do Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (Das Obrigações Gerais, do 1º Termo Aditivo) celebrado com a ULTRAFÉRTIL.* (fl. 1431). Diz textualmente:

De qualquer modo, para que não paire dúvida alguma, tratando-se de direito disponível, a White Martins, pela presente, renuncia, expressamente, em favor de seus concorrentes, a todo e qualquer direito de preferência na aquisição do referido excedente entre a capacidade de consumo atual da sua planta em Cubatão (200 ton/dia) e a quantidade total contratualmente colocada à disposição da White Martins pela Ultrafertil (370 ton/dia), reservando-se apenas o direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.(Fl. 1431).

Em seguida a Requerente afirma não reconhecer como seu, a partir de 23.03.97, *qualquer direito de preferência na aquisição do citado excedente, sempre sem prejuízo do direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.*(Fl. 1432).

Ainda informa, ter encaminhado via fac-símile à Ultrafertil, em 01/10/97, minuta de 2º Termo de Aditamento, *visando maior formalização da referida renúncia*, concluindo, por fim, ser de *pleno conhecimento da Ultrafertil* a intenção de renúncia do excedente de CO₂ por esta disponibilizado.

Analisando-se o contrato celebrado entre WM e Ultrafertil - Cubatão - SP, verificam-se alguns dados ou cláusulas a serem destacados:

Cláusula Primeira: Objeto

1 O objeto deste Contrato é o fornecimento por parte da FORNECEDORA à COMPRADORA, de Dióxido de Carbono - CO₂, doravante denominado PRODUTO, para consumo em sua Unidade Industrial, OBEDECIDAS AS LIMITAÇÕES E CONDIÇÕES ORA PACTUADAS - (grifo nosso).

Cláusula Segunda: Do Prazo

2.1 O presente Contrato entrará em vigor na data de sua assinatura, e terá vigência de 10 (dez anos), contados a partir da data do primeiro fornecimento, o qual deverá ocorrer, aproximadamente, 18 meses após a assinatura deste Contrato de Fornecimento.

Observação: o Contrato foi assinado em 25 de novembro de 1994, portanto, em plena validade no período de 23 de março de 1997 até 1º de outubro de 1997.

Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento

3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.

Cláusula nona: Das Disposições Gerais

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.

Da mesma forma destacam-se as cláusulas do 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO₂) firmado pela Ultrafertil AS e White Martins Gases Industriais SA em 25/11/1994 e datado de 1º/07/96.

Cláusula Segunda - Do Prazo.

2.1 O prazo de vigência do Contrato é de 10 (dez) anos, contados a partir da data de assinatura do presente Termo Aditivo.

Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento

3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1 do Contrato original.

Cláusula nona: Das Disposições Gerais:

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.

Permanecem inalteradas as demais cláusulas e condições estipuladas no Contrato original que, explícita ou implicitamente, não tenham sido modificadas por este Termo.

Desconsiderando-se o equívoco no elencar de datas (23 e 26 de março de 1997 - fls. 1431/1432) bem como, verificadas as alegações de fls. 1497 e 1518, ainda resta lembrar que:

- efetivamente, o Contrato em questão determina sejam obedecidas as limitações e condições pactuadas,
- Contrato estava vigente no período de 23/03/97 até 10/10/97 e
- havia efetiva responsabilidade por parte da FORNECEDORA em colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato. Tal fato torna imprescindível que se faça necessária imediata comunicação por parte da COMPRADORA - WM - de desistência ou renúncia de EXCEDENTE de matéria prima disponibilizado sob pena de, assim não o fazendo, ocasionar ônus desnecessário à FORNECEDORA que de qualquer maneira tem de honrar seu compromisso assumido perante à COMPRADORA, mesmo que esta não utilize o produto disponibilizado. De outra forma, na medida em que, efetivamente, a FORNECEDORA disponibiliza matéria prima que não sabe se será consumida ou não pela COMPRADORA e verifica-se a renúncia, por parte desta última, do referido EXCEDENTE, caracterizada está a subutilização ou ineficiência no gerenciamento deste escasso recurso que, possivelmente seria melhor utilizado por outros concorrentes da COMPRADORA.

Decorre, pois, da análise do apresentado nos autos, não tratar-se de direito disponível a simples renúncia ao excedente de matéria prima, conforme quer fazer ver a Requerente - Fl. 1432, que, antes mesmo de ter comunicado à parte interessada -ULTRAFERTIL - foi comunicar ao SBDC em autos de um Ato de Concentração que nem mesmo envolve, diretamente, a FORNECEDORA, inclusive solicitando, ao DPDE, dar notícia do assunto tratado em petição de 17 de outubro de 1997 à Ultrafertil - Fls. 1433. Aliás, segundo a própria Ultrafertil, até 11/12/97 continuavam em vigor sem nenhuma alteração os contratos que foram enviados à essa Secretaria - SDE -, inclusive a cláusula 9.2 do 1o Termo Aditivo. fl. 1664.

De fato, o referido termo foi encaminhado por parte da Ultrafertil para a WM em 7 de novembro de 1997 e, em 12 de dezembro de 1997 ainda era aguardada a assinatura do referido instrumento de alteração contratual pela White Martins, para que se iniciasse negociações com terceiros, interessados na aquisição das então restantes 170 toneladas.Fl.1700.

Se não bastasse o exposto, veja-se, ainda, o contido na Cláusula nona: Das Disposições Gerais do referido Contrato em que nenhuma desistência ou omissão, por qualquer das partes, de exigir o cumprimento, pela outra, de qualquer das cláusulas, nem qualquer tolerância concedida ou demonstrada por uma das partes a outra, desobriga, exonera ou de qualquer forma afeta, nem prejudica 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 DESTES CONTRATOS, que devem ser cumpridas pela outra parte posteriormente a tal desistência, tolerância ou indulgência, ou subsequentemente à cessação, com ou sem aviso prévio, de qualquer ato desta natureza.(grifo nosso).

Já, do 1o Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO₂) firmado pela Ultrafertil AS e White Martins Gases Industriais AS em 25/11/1994 e datado de 1o/07/96 infere-se a vigência do contrato e o aumento das obrigações da FORNECEDORA em disponibilizar 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato original.

Fato que é agravado em função da cláusula de exclusividade para compra de qualquer excedente que porventura dispuser, a FORNECEDORA, observando-se, as mesmas condições pactuadas no Contrato original que, explícita ou implicitamente, não tenham sido modificadas pelo Termo.

Por fim, deve ser evidenciada a intenção de corrigir uma posição anticoncorrencial da Requerente quanto ao excedente de 170 ton/dia de CO₂ questionado em 01/10/97, fato que, a bem da verdade, aparece noticiado, nos autos, em data de 13 de fevereiro de 1998, mais precisamente, 1 ano e 8 meses

depois de ter sido informado o presente Ato de Concentração à SDE - 23/05/96. Entretanto, ressalte-se a nova atitude concorrencial, por parte da WM a partir de então verificando-se a proposta de modificação da cláusula 9.2:

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

Desta forma, entende-se, também, revogada a cláusula 3.2 do Termo Aditivo ao Contrato original.

A Ultrafertil, às Fls. 1895/1914, apresenta documentos alterando contratos mantidos com o Grupo WM/LCI, em especial derrogando a cláusula 9.2 do Termo de Aditamento de 01/07/96 do referido contrato WM e Ultrafertil - Cubatão de 25/11/94 e apresentando o novo contrato que unifica as quantidades dispostas, anteriormente para a LCI e para a WM juntamente à Ultrafertil. Outrossim, ainda é feita conhecida, para empresas do setor, a disponibilidade de 100 tpd de CO₂ para contratação. (fl. 1896/1901).

É de observar que consta na cláusula 9.2 do novo termo aditivo de 10/12/97 o seguinte:

Por iniciativa da WHITE MARTINS e aceitação da ULTRAFÉRTIL, as PARTES declaram revogada a cláusula 9.2) Fl. 1903.

No item 47 passa, a Representada, a tecer comentários sobre as solicitações das folhas 399/400 destes autos; parecendo, salvo melhor juízo, estar inovando no processo. Diz *in verbis* no item 47.4:

*Na mesma tabela 1 apresenta-se ainda a **capacidade nominal de produção** de gás carbônico das referidas unidades de produção (conforme informado no AC mencionado), bem como suas respectivas **capacidades vendáveis**, informadas **neste Processo Administrativo**. – grifo nosso.*

A Representada, inova ao referir a conceito até então não cogitado nas diversas manifestações trazidas aos autos do referido AC ou deste Processo Administrativo; qual seja o de *capacidade vendável*⁹, incluindo, neste Processo Administrativo, conforme suas palavras, a coluna de capacidade vendável em suas tabelas informativas; ademais, como é possível justificar a contratação de uma capacidade de insumo muito além da alegada capacidade de venda?

Desta forma, não pode esta SDE trabalhar com dados que desconhece em razão da falta de cuidado da Representada em fornecer subsídios informativos e, considerados que sejam problemas como sazonalidade, demanda efetiva, tempo de parada eventual de fornecimento de insumo por parte da fonte (o que se sabe ser diminuto, inclusive, conforme informações da própria Ultrafertil que apresentou quadro no qual demonstra seu fornecimento mensal e anual nos últimos anos) e qualidade do CO₂ (sabe-se que, no caso da Ultrafertil, o grau de pureza é de 98%) ainda restam como apropriados os cálculos apresentados pelo DPDE.

A Requerente prestou informações divergentes no Ato de Concentração 08000.012075/96-14, consideradas as informações vistas às fls. 464 e 465 do AC (fls. 325 e 326 destes autos) e 1492 do AC, 345 deste PA em que declara não haver *excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafertil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão* - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafertil e que existe um **grande manancial de CO₂ ocioso, embora comprometido contratualmente com o Grupo WM/LCI**.

No item 51, reconhece divergência não quanto às informações prestadas à SDE, mas, sim, quanto à existência de conceitos diversos, ainda acusando de minimalista o raciocínio do DPDE.

Ora, não é a primeira vez que a Representada se manifesta deficientemente, nos autos, respondendo diligências em autos e, posteriormente, se justifica perante o Órgão apreciador dos dados informados acusando *erros de metodologia ou complexidade minimalista de raciocínio*. Veja-se que, ao manifestar sobre r. parecer da SEAE em AC referido, a Representada alegou

⁹ O item 50 da manifestação da Representada de folha 436 define capacidade vendável como aquela resultante dos dias efetivos de operação, que excluem as interrupções no fornecimento do subproduto, bem como as paralisações para manutenção das unidades de produção de gás carbônico e, ainda, os períodos de interrupção do consumo devido às oscilações da qualidade do subproduto em níveis inaceitáveis pelo processo de produção.

quanto à questão da evolução do preço doméstico do gás carbônico equívoco daquele Órgão ao analisar, *ora ao preço do gás carbônico a granel para São Paulo (impostos inclusive), ora ao preço dos gás carbônico a granel, em cilindros e gelo seco praticados em todo o território nacional (impostos inclusive)*, apresentando o quadro 3 que reproduzia *as informações sobre o preço (CIF, impostos inclusive) do gás carbônico comercializado somente a granel no Estado de São Paulo que serviram de base para a elaboração do Parecer da d. SEAE e as (sic) atualiza (Fl. 1875 do AC).*

Verificadas as informações prestadas à SEAE para análise de preços praticados, pode ser visto à página 565 do AC a seguinte questão e resposta:

8.No que diz respeito a gases do ar, gases especiais e outros gases, bem como gás carbônico, indicar:

8.9 Série de preços mensais (moeda nacional e US\$) nos últimos 3 anos . Especificar metodologia utilizada (grifo nosso).

Metodologia: tanto no que diz respeito à White Martins quanto no relativo à LIQUID CARBONIC, as séries apresentadas a seguir são os preços médios praticados nas vendas a granel e a varejo e forma obtidas pela divisão do faturamento proveniente dessas vendas pela quantidade comercializada mês a mês. Até junho de 1994, os valores faturados mensalmente foram convertidos de cruzeiro real para dólar norte-americano pela taxa de câmbio média do respectivo mês.

A julgar pela pergunta formulada e pela respectiva resposta se algum equívoco houve foi por parte da própria Representada que em folhas 1875 do AC quis modificar metodologia por ela mesma estipulada para análise dos dados trazidos aos autos, apresentando nova tabela de preços contendo valores respectivamente praticados, *somente a granel no Estado de São Paulo*, de outubro/95 a dezembro de 97.

Ainda no mesmo tópico 51 acusa o DPDE de defender as “teses” da ***única concorrente que, por incompetência ou estratégia, aguarda mecês dirigistas do Poder Público para ingressar no mercado livre da álea competitiva***(fl. 436). Estaria, aqui, a Representada, a sugerir que o DPDE não atua no intuito de ver prevalecer a verdade dos fatos ou, mesmo, que atua *com imaginação fértil* (fl. 437)? A colocação além de infeliz parece desconhecer o trabalho abnegado, o tratamento inquestionável e equânime bem como o juízo de valor que esta Secretaria desenvolve, como de resto, em toda a apreciação dos diversos feitos que aqui tramitam.

De fato, adiante, são trabalhados de forma exaustiva, os documentos inerentes a fatos demonstradores de não utilização de capacidades ociosas de matéria-prima que melhor poderia ser utilizada pela concorrência.

Os itens 55 a 68 vem contestar a metodologia de cálculos para o aferimento de possíveis desperdícios na fonte da Ultrafertil em relação à utilização por parte da Representada, de CO₂. No item 56, a Representada confessa que a capacidade contratada de gás (785 tpd) é muito superior a capacidade nominal de produção da unidade da White Martins em Cubatão (200 Tpd). No item 57 a Representada tenta impugnar o princípio de que, para fins de cálculo, 30 dias são plausíveis como período médio de interrupção de uma fonte de CO₂, *consideradas as paralisações para manutenção das unidades de produção de gás carbônico e, ainda, os períodos de interrupção do consumo devido às oscilações da qualidade do subproduto em níveis inaceitáveis pelo processo de produção* (fl. 438).

Contra-argumenta-se referindo que o DPDE tem conhecimento, inclusive, em função de informação proveniente da empresa Liquid Carbonic, que uma fonte de excelente qualidade como é o caso da Ultrafertil, não permanece parada além de 1% (um por cento) do tempo disponível para operação. No item 59, a Representada *atenta às raias do ridículo* (expressão proveniente da própria Representada) quando propõe descabidas perguntas sobre a finitude do CO₂ no País.

Obviamente que o gás em ambiente natural existe em abundância e economicamente não tem valor expressivo; entretanto, o produto questionado não é o gás carbônico da atmosfera e sim o CO₂ industrializado; que, efetivamente tem valor econômico, é raro na excelência de subproduto e finito quanto a sua disponibilização em dado momento do mercado conforme demonstrado em estudos desta SDE. Aliás, quanto ao item 61, realmente reconheça-se que, **HOJE**, existe excedente de fontes a partir da entrada de 70 tpd da Ultrafertil de Cubatão no mercado, assim como, de 440 tpd da REPLAN em Paulínea, de 420 tpd. da RPBC em Cubatão, além das não citadas pela Representada a saber: 7 tpd. da RLAM em Mataripe e de 20 tpd. da Lubnor em Fortaleza conforme se vê no relatório desta Secretaria de folhas 389.

No item 64, a Representada vem alegar problemas de sazonalidade quanto à demanda de CO₂, procurando, assim, justificar a não utilização de CO₂ comprometido com a Ultrafertil e por esta disponibilizado. Reconhece-se a sazonalidade em função de falta de demanda; entretanto, da mesma forma, não se justifica reter um manancial de matéria-prima superdimensionado para o consumo médio da empresa quando outros concorrentes que possuem demanda se mostram interessados. No caso, havia terceiro interessado em explorar o gás que estava sendo jogado no ar em função da não utilização do mesmo pela Representada (que, repita-se, alega falta de demanda); o que leva a

crer que existia demanda efetiva, no período em que as práticas ocorreram já que ninguém pleitearia um insumo para produção se não tivesse para quem vender seu produto.

No item 68, ainda cabe fazer uso das palavras da própria Representada para, *data venia* deduzir que Esta, SIM, *busca sustentar o insustentável a qualquer custo do que prover o interesse da Coletividade e assegurar a livre concorrência (fl. 68)*.

Feitas estas observações, passe-se à apreciação dos fatos.

Da apreciação dos fatos

No caso presente, a empresa Messer Griesheim do Brasil Ltda. denuncia a empresa White Martins por práticas anticoncorrenciais que seriam as de limitar o acesso de novas empresas ao mercado, impedir o acesso de concorrentes às fontes de matéria-prima, açambarcar matéria-prima, em exercício abusivo de posição dominante, com o objetivo de restringir ou prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa e dominar mercado relevante.

Nos despachos de folhas 249 e 305/306 foram, pois, referidas as seguintes práticas:

Artigo 20, incisos I/II/IV c/c artigo 21 incisos V, VI, e XV da Lei n.º 8.884/94, por reconhecer, nos fatos acima referidos, indícios suficientes determinantes de conduta infrativa.

Preliminarmente, vale notar que a Representante concorre efetivamente com a representada na produção e comercialização de gases atmosféricos, onde a White Martins detém 72% do mercado, e a Messer, 1%, segundo dados coligidos pelo DPDE/SDE nos estudos que vêm se desenvolvendo em razão das investigações nos processos administrativos em curso.

A presença da Messer no mercado de gases atmosféricos ocorre em função das plantas de Suzano/SP e Belfort Roxo/RJ.

Até o presente momento, a Representante não participa no mercado de CO², demonstrando, no entanto, a clara intenção de entrada, como pode ser observado dos documentos inclusos nos autos às folhas 51/54, e que se constituem de correspondência trocada entre a Messer e a Ultrafertil, nos meses de abril, maio e julho de 1996, nas quais há explícita pretensão de compra do dióxido de carbono daquela fonte.

Da mesma forma, está demonstrada a intenção da Representante em participar de negócios conjuntos com a empresa Liquid Carbonic e o distrato

solicitado pela LCI nos dias de efetivação da concentração WM/LCI conforme se vê às folhas 335/338.

Na análise preliminar das questões trazidas pela Representante, ressaltam-se os seguintes pontos:

1. Os aspectos do mercado de produção e fornecimento de gases industriais (CO² e gases atmosféricos) já avaliados nos estudos levados a efeito nesta Secretaria indicam a existência de forte correlação entre o mercado de CO² e o de gases atmosféricos.

2. Os canais de distribuição, a logística do transporte e de comercialização da rede White Martins criam uma correlação entre os produtos.

3. O mercado relevante nesse caso é o de produção e fornecimento de CO². Nesse mercado, as fontes supridoras de matéria-prima são inquestionavelmente essenciais para a atuação da empresa. Dessa forma, o acesso às fontes e a reserva do produto ganham papel fundamental na competitividade do setor.

4- SEGUNDO A APROPRIAÇÃO DE FONTE

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO₂ a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras**, exclusive consumo cativo, as seguintes:

Empresa Fontes/Local	Capacidade	Participação %	Instal. atual Tpd
SUDESTE ¹⁰			
WM	Comgás/SP	100 ¹¹	6,70% ¹²
LCI	Ultrafértil - Cubatão/SP ¹³	465 ¹⁴	31,32%
	Oxitenno-Maua/SP ¹⁵	45 ¹⁶	3,03%

¹⁰ Obs.: Os valores apresentados entre parênteses estão conforme à Requerente, considerando-se para cálculos os averiguados junto às fontes e apresentados no Ato de Concentração 08000.12075/96-14 cujas folhas são referidas nas notas seguintes.

¹¹ Comprometida até 2002.

¹² Informação cotejada com a CONGÁS às fls. 2450.

¹³ Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

¹⁴ Comprometida até 2006.

¹⁵ Informação cotejada com a OXITENO às fls. 2291.

	Petrobrás - Reduque/RJ ¹⁷	68 ¹⁸ (45)	4,58%
	Petrobrás - Betim/MG ¹⁹	143 ²⁰ (50)	9,63%
	Ultrafêtil - Araucária/PR ²¹	150 ²²	10,10%
total		971	65,39%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea ²³	80 ²⁴ (150)	5,39%
	Petrobrás - S J Campos ²⁵	144 ²⁶ (80)	9,70%
	Peróxidos - Curitiba	70 ²⁷ (100)	4,71%
total		294	19,80%
AGA	Prosint - RJ	100 ²⁸	6,73%
	Jundiaí - SP	20	1,35%
total		120	8,08%
BOC	Ultrafêtil - Cubatão	100 ²⁹	6,73%
total		100	6,73%
Total Geral		1485	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE ³⁰	125 ³¹ (85)	73,53%

¹⁶ Comprometida até 1999.

¹⁷ Comprometida até 2000.

¹⁸ Informação da Petrobrás fls 1991.

¹⁹ Comprometida até 2001.

²⁰ Informação da Petrobrás fls 1991.

²¹ Comprometida até 2006.

²² Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

²³ Informação cotejada com a Rhodia às fls. 2462.

²⁴ Air Liquide informa que a planta da Rhodia funcionará a partir do 2o semestre de 1998 e a nova unidade a partir do 1o semestre de 1999.

²⁵ Informação cotejada com a Petrobrás às fls. 1991.

²⁶ Informação da Petrobrás fls. 1991.

²⁷ Air Liquide informa funcionamento a partir do 2o semestre de 1998.

²⁸ AGA informa funcionamento a partir de outubro de 1997, por período de 15 anos; sendo a atual produção de 40tpd , às fls. 2302.

²⁹ Informação da BOC fls. 1988, disponível a partir de maio de 1999.

	FAFEN Camaçari/BA ³²	40 ³³ (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	41,18%
total		70	41,18%
BOC	Petrobrás -REFAP-Canoas 100 ³⁴	100	58,82%
total		100	58,82%
Total Geral		170	100,00%
CENTRO O- ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO ³⁵	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1859	
Disponíveis	Ultrafertil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 ³⁶ (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 ³⁷ (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM- Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR For- taleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Atualmente, dezembro/ 98 existe uma **capacidade instalada de gases do ar** conforme descrita no parecer da SEAE no qual o Grupo WM/LCI detém 76% na região SE, 100% na região N, 100% na região NE, 100% na regi-

³⁰ Informação da Petrobrás fls. 1991.

³¹ Comprometida até 2002.

³² Informação cotejada com a PETROBRÁS às fls. 1991.

³³ Comprometida até 2002.

³⁴ Informação da Petrobrás fls. 2221.

³⁵ Combustão - Diesel

³⁶ Informação da Petrobrás fls 1991.

³⁷ Informação da Petrobrás fls 1991.

ão Sul e 100 % na região CO, perfazendo um total de 9.440tpd correspondentes a 67% da capacidade instalada no País , aparecendo o segundo colocado AGA com 16%. (Fl. 1545/46).

SEGUNDO A MOMENTÂNEA POSIÇÃO NO MERCADO

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO2 a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras**, exclusive consumo cativo, as seguintes:

Empresa	Fontes/Local	Capacidade	Participação %
SUDESTE ³⁸		Instal. atual Tpd	
WM	Comgás/SP ³⁹	100 ⁴⁰	7,22%
LCI	Ultrafértil - Cubatão/SP ⁴¹	465 ⁴²	33,57%
	Oxiteno - Maua/SP ⁴³	45 ⁴⁴	3,25%
	Petrobrás - Reduque/RJ ⁴⁵	68 ⁴⁶ (45)	4,91%
	Petrobrás - Betim/MG ⁴⁷	143 ⁴⁸ (50)	10,33%
	Petrobrás - S J Campos ⁴⁹	144 ⁵⁰ (80)	10,40%
WM/LCI	Ultrafértil - Araucária/PR ⁵¹	150 ⁵²	10,83%
total		1115	80,51%

³⁸ Obs.: Os valores apresentados entre parênteses estão conforme à Requerente, considerando-se para cálculos os averiguados junto às fontes.

³⁹ Informação cotejada com a CONGÁS às fls. 2450.

⁴⁰ Comprometida até 2002.

⁴¹ Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

⁴² Comprometida até 2006.

⁴³ Informação cotejada com a OXITENO às fls. 2291.

⁴⁴ Comprometida até 1999.

⁴⁵ Comprometida até 2000.

⁴⁶ Informação da Petrobrás fls 1991.

⁴⁷ Comprometida até 2001.

⁴⁸ Informação da Petrobrás fls 1991.

⁴⁹ Informação cotejada com a Petrobrás às fls. 1991. Fonte à disposição do Grupo WM/LCI até 1999.

⁵⁰ Informação da Petrobrás fls. 1991.

⁵¹ Comprometida até 2006.

⁵² Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

Air Liquide	Rhodia - Paulínea ⁵³	80 ⁵⁴ (150)	5,78%
	Peróxidos - Curitiba	70 ⁵⁵ (100)	5,05%
total		150	10,83%
AGA	Prosint - RJ	100 ⁵⁶	7,22%
	Jundiaí - SP	20	1,44%
total		120	8,66%
Total Geral		1385	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE ⁵⁷	125 ⁵⁸ (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA ⁵⁹	40 ⁶⁰ (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%
Total Geral		70	100,00%
CENTRO O-ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO ⁶¹	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1659	

⁵³ Informação cotejada com a Rhodia às fls. 2462.

⁵⁴ Air Liquide informa que a planta da Rhodia funcionará a partir do 2o semestre de 1998 e a nova unidade a partir do 1o semestre de 1999.

⁵⁵ Air Liquide informa funcionamento a partir do 2o semestre de 1998.

⁵⁶ AGA informa funcionamento a partir de outubro de 1997, por período de 15 anos; sendo a atual produção de 40tpd , às fls. 2302.

⁵⁷ Informação da Petrobrás fls. 1991.

⁵⁸ Comprometida até 2002.

⁵⁹ Informação cotejada com a PETROBRÁS às fls. 1991.

⁶⁰ Comprometida até 2002.

⁶¹ Combustão - Diesel

Disponíveis	Ultrafertil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 ⁶² (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 ⁶³ (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Considerando que a WM/LCI receba a fonte da REPLAN, segundo momentanea posição no mercado:

Empresa	Fontes/Local	Capacidade Instal. atual Tpd	Participação %
WM	Comgás/SP ⁶⁴	100 ⁶⁵	5,48%
LCI	Ultrafertil - Cubatão/SP ⁶⁶	465 ⁶⁷	25,48%
	Oxiteno - Maua/SP ⁶⁸	45 ⁶⁹	2,47%
	Petrobrás - Reduque/RJ ⁷⁰	68 ⁷¹ (45)	3,73%
	Petrobrás - Betim/MG ⁷²	143 ⁷³ (50)	7,84%
	Petrobrás - S J Campos ⁷⁴	144 ⁷⁵ (80)	7,89%

⁶² Informação da Petrobrás fls 1991.

⁶³ Informação da Petrobrás fls 1991.

⁶⁴ Informação cotejada com a CONGÁS às fls. 2450.

⁶⁵ Comprometida até 2002.

⁶⁶ Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

⁶⁷ Comprometida até 2006.

⁶⁸ Informação cotejada com a OXITENO às fls. 2291.

⁶⁹ Comprometida até 1999.

⁷⁰ Comprometida até 2000.

⁷¹ Informação da Petrobrás fls 1991.

⁷² Comprometida até 2001.

⁷³ Informação da Petrobrás fls 1991.

⁷⁴ Informação cotejada com a Petrobrás às fls. 1991. Fonte à disposição do Grupo WM/LCI até 1999.

⁷⁵ Informação da Petrobrás fls. 1991.

WM/LCI	Ultrafertil - Araucária/PR ⁷⁶	150 ⁷⁷	8,22%
	REPLAN	440	24,10%
total		1555	85,21%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea ⁷⁸	80 ⁷⁹ (150)	4,38%
	Peróxidos - Curitiba	70 ⁸⁰ (100)	3,84%
total		150	8,22%
AGA	Prosint - RJ	100 ⁸¹	5,48%
	Jundiaí - SP	20	1,09%
total		120	6,57%
Total Geral		1825	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE ⁸²	125 ⁸³ (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA ⁸⁴	40 ⁸⁵ (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%
Total Geral		70	100,00%
CENTRO O-			

⁷⁶ Comprometida até 2006.

⁷⁷ Informação cotejada com a ULTRAFÉRTIL às fls. 2285.

⁷⁸ Informação cotejada com a Rhodia às fls. 2462.

⁷⁹ Air Liquide informa que a planta da Rhodia funcionará a partir do 2o semestre de 1998 e a nova unidade a partir do 1o semestre de 1999.

⁸⁰ Air Liquide informa funcionamento a partir do 2o semestre de 1998.

⁸¹ AGA informa funcionamento a partir de outubro de 1997, por período de 15 anos; sendo a atual produção de 40tpd , às fls. 2302.

⁸² Informação da Petrobrás fls. 1991.

⁸³ Comprometida até 2002.

⁸⁴ Informação cotejada com a PETROBRÁS às fls. 1991.

⁸⁵ Comprometida até 2002.

ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO ⁸⁶	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		2099	
Disponíveis	Ultrafêtil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 ⁸⁷ (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 ⁸⁸ (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

5. Efetivamente, há que se reconhecer que a White Martins tem poder de mercado, não só expressado pelo seu significativo *market share* nos dois segmentos, como também, por outros fatores que, juntos, facultam à empresa a capacidade de agir e influir no mercado, tais como:

- 1) um sistema de distribuição nacional;
- 2) o poder econômico de que dispõe evidenciado;

Essa exclusividade não só impede o acesso de outras empresas à matéria-prima da maior fonte supridora nacional que é a Ultrafêtil, como cria uma reserva de matéria-prima para a White Martins, ainda sem utilização.

Se for considerado o fato de que a capacidade de produção da maior fonte, que é a Ultrafêtil, é de 750 tpd. Atualmente estão sendo utilizados apenas 470 tpd. Há cerca de 280 tpd de matéria-prima disponível, em excesso e que a White Martins sequer tem unidade industrial de beneficiamento.

Tais condições, à priori, permitem concluir que a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção de seu domínio de mercado, criando dificuldades para seus concorrentes e para potenciais entrantes mediante políticas comerciais predatórias. Nesse caso, a fusão com uma concorrente reforça seu poder de mercado nos dois segmentos da produção de gases industriais.

⁸⁶ Combustão - Diesel

⁸⁷ Informação da Petrobrás fls 1991.

⁸⁸ Informação da Petrobrás fls 1991.

Nesse contexto, a avaliação da aquisição da empresa Liquid Carbonic pela White Martins, sob julgamento do CADE tem, de fato, relevância como subsídio no exame das questões aqui denunciadas e seu eventual enquadramento legal.

A operação descrita no A.C. n.º 08000.01200075/96-14 é de submissão obrigatória ao controle do CADE, pois, trata-se de ato no qual o monopólio de um segmento e o quase monopólio de outro, passará a um controle único, criando uma forte interrelação, antes inexistente, entre os dois segmentos da produção e fornecimento de gases industriais.

É preciso observar que a compra da Liquid Carbonic pela White Martins estabelece concentração do poder econômico. Esse é um fenômeno da realidade competitiva de cada mercado concorrencial, e como tal, deve ser avaliado com a amplitude necessária ao correto entendimento dos seus efeitos nas relações de mercado, de forma a reconhecer os efeitos restritivos à concorrência e o fortalecimento do poder de mercado.

No caso da empresa denunciada, seu histórico nesta Secretaria, aponta cinco processos administrativos em curso, incluindo este, além de várias denúncias, versando sobre práticas de abuso de posição dominante e cartelização. Veja-se quanto aos Processos Administrativos:

Processo Administrativo 08000.002541/95-18 Concluso no DPDE em 12/11/98

Processo Administrativo 08000.016113/94-83 Concluso no DPDE em 23/09/98

Processo Administrativo 08000.020849/96-18 Concluso no DPDE em 07/12/98

Processo Administrativo 08000.022487/97-81 Concluso no DPDE em 04/12/98

Com relação ao requerimento de Medida Preventiva, prevista no art. 52 da referida Lei n.º 8.884/94, em virtude dos fatos novos evidenciados nas informações recebidas por esta SDE, perde o seu objeto, uma vez que, hoje, as fontes da Petrobrás de São José dos Campos e da Rhodia fornecem o CO² para a empresa Air Liquid, estando a White Martins excluída dessa relação.

Algumas considerações podem ser apresentadas e/ou mantidas em relação ao Relatório Sucinto:

Para fins de raciocínio, a prevalecerem as cláusulas contratuais 2.2.2 e 2.2.2.2 do contrato firmado entre a Ultrafértil S A, a White Martins AS e a Liquid Carbonic Industrias SA firmado em 1/7/96 – (fls.71/73), levando-se

em conta que existe suposta impossibilidade de fornecimento, em cada ano, de 30 dias, resta para o elaborar de um número de disponibilidade anual de gás, o seguinte cálculo:

$D = 785 \times (365-x) = 785 \times (365-30) = 262.975$ tpa.para o grupo White/Liquid ou

$D = 415 \times (335) = 139.025$ tpa para a Liquid Carbonic em cada ano.

$D = 370 \times (335) = 123.950$ tpa para a White Martins em cada ano.

Comparando estes dados com os totais apresentados à folha 148 tem-se que o consumo anual da White Martins, em 1996, foi da ordem de 16.195,490 tpa..

Considerado, ainda o fato de a empresa iniciar suas retiradas em janeiro de 1996, restou inaproveitada uma quantidade excessiva de CO₂ - insumo raro e disputado no mercado. O mesmo se verifica quanto à Liquid Carbonic que consumiu em 1994 – 63.312,976 tpa, em 1995, 80.154,879 e, em 1996, 76.552,435 tpa ; valores estes, bem aquém da média anual disponibilizada para a Liquid da ordem de 139.025 tpa.

Ainda considerando o Grupo White/Liquid em 1996, tem-se um consumo de CO₂ cujo montante atinge um patamar de 92.747,925 tpa visivelmente inferior ao total disponibilizado de 262.975 tpa. Considerando que a fonte da Ultrafertil é de excelente qualidade e que se encontra subaproveitada, evidentes são os fatos a denunciar a prática anticoncorrencial no que concerne às fontes de matéria prima:

Quanto à manifestação, supra, de que as respostas aos diversos quesitos solicitados em Despacho de 19 de setembro de 1997 - fls. 60 e 61- foram respondidos nos autos do Ato de Concentração número 08000.012075/96-14, pode ser analisada a documentação de folhas 432/1460 do citado AC. Sendo de destacar que, em resposta à questão 9 (nove) do Ofício SEAE/COGPI/RJ número 66 de 22 de janeiro de 1997, a empresa - White Martins - afirmava que:

(...) para que não paire dúvida alguma, tratando-se de direito disponível, a White Martins, pela presente, RENUNCIA, EXPRESSAMENTE, EM FAVOR DE SEUS CONCORRENTES, A TODO E QUALQUER DIREITO DE PREFERENCIA NA AQUISIÇÃO DO REFERIDO EXCEDENTE entre a capacidade de consumo atual da sua planta em Cubatão (200 ton/dia) e a quantidade total contratualmente colocada à disposição da White Martins pela Ultrafertil (370 ton/dia), reservando-se apenas o direito de concorrer

com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade. - fls. 193e 340 do presente PA e fl. 468 e 1432 do AC 08000.012.075/96-14.

Ao serem verificados os autos do AC 08000.012.075/96-14, ficam evidentes informações a indicarem comprometimento de fontes de CO₂, não utilizadas caracterizando prática infrativa prevista na Lei 8884/94. A fim de ilustrar e elucidar o presente PA foram extraídos dos autos do AC 08000.012075/96-14 documentos juntados às folhas 323 a 378 deste PA.

À folha 324, a WM declara utilização de 56% da capacidade vendável da fonte de Cubatão em 26/03/96, por outro lado, ato contínuo, à folha 325 afirma estar operando a plena capacidade em todas as suas fontes, inclusive na de Cubatão; com exceção das 170 toneladas / dia o que leva a crer que as outras 200 toneladas estão totalmente utilizadas. Tais afirmações são, como se vê, contraditórias e, pior, apresentadas no mesmo procedimento administrativo em que a parte está comprometida com a verdade.

É sabido, para fins de informação, que se diferenças existem entre a quantidade real e a quantidade nominal de utilização das fontes em função de dias ociosos do processo produtivo, em média não devem *ultrapassar 1% do tempo disponível para operação* conforme informado pela própria Liquid Carbonic à Comgás em função de contrato de compra e venda de gás carbônico assinado em 3/12/90.

Às folhas 325/327 são verificadas as respostas junto à SEAE para justificar a não irregularidade na contratação e não utilização das 170 t/dia por parte da WM em relação ao disponibilizado, contratualmente, pela Ultrafertil, inclusive referindo à cláusula 9.2 inserida no contrato em aditamento de 1/7/96, que é renunciado na data da informação para a SEAE e, curiosamente, a renúncia é feita para a SEAE – que não é parte contratual – solicitando que esta informe à Ultrafertil. Esta última, às folhas 328/330 informa estar vigente, em 14 /10/97 a cláusula 9.2 e, às folhas 352/356, reafirma tal vigência em 11/12/97.

No parecer da SEAE quanto ao Ato de Concentração WM/LCI, verifica-se importante conclusão quanto ao disposto na referida cláusula 9.2 a saber:

A exclusividade sobre um insumo do qual não se faz uso tem por objetivo impedir seu acesso a concorrentes potenciais. Dessa forma, seguindo a interpretação da Ultrafertil sobre a cláusula 9.2, a White Martins teria buscado levantar barreiras à entrada de novos competidores no mercado de gás carbônico.

Uma estratégia de garantir insumos no futuro e/ou de impedir o acesso deste por parte de concorrentes só faz sentido se tais recursos não forem amplamente ofertados.

Nesse sentido, a presteza da White Martins em modificar as cláusulas de seu contrato de fornecimento de CO₂ com a Ultrafertil, após assumir o monopólio no mercado de gás carbônico da região sudeste, seria uma evidência da sua importância estratégica e, logicamente, da dificuldade da sua obtenção. (fl. 349)

Mais adiante a SEAE conclui

A rapidez com que a White Martins procurou dificultar aos concorrentes o acesso ao excedente de insumo disponível na Ultrafertil é evidência da sua importância estratégica neste mercado e da dificuldade de acesso a outras fontes de insumo na região sudeste. É importante ressaltar que como consequência dessa exclusividade a Ultrafertil negou insumo à Messer Griehheim do Brasil, impedindo a entrada de mais um concorrente neste concentrado mercado (vide item VII.3 deste parecer) (...)

Em qualquer das hipóteses anteriores, portanto, a conclusão deste Parecer é a de que a concorrência nos mercados de gás carbônico e de gases do ar e outros gases localizados na região sudeste do país seria preservada e/ou incentivada mediante o compromisso formal da White Martins de abrir mão de qualquer contrato, acordo, ou compromisso com a Ultrafertil de exclusividade sobre os excedentes de CO₂ da unidade de amônia desta última, localizada em Cubatão. (fl. 348/351)

Informações sobre capacidades comprometidas contratualmente e, efetivamente, consumidas de CO₂ foram apresentadas no AC e trazidas para os autos deste PA às folhas 331/334 e 345/346.

Aos 20/10/97 a WM reitera seu entendimento a respeito da cláusula 9.2 do contrato WM/Ultrafertil de Cubatão alegando, ainda disponibilidade de outras fontes da Petrobrás (fls. 339/341).

Efetivamente, comprova-se, nos autos, que em 10/12/97 a cláusula foi expurgada do pacto WM/LCI e Ultrafertil. (fls. 357/376).

Importante, também, se faz notar que com a Oxiteno, em Mauá, a WM manteve contratualmente comprometidas quantidades de insumo – CO₂ – bem acima de sua real utilização, com exceção do ano de 1997. Contratualmente, estão comprometidas 45 ton/dia perfazendo 45 x 360 = 16.200 ton/ano

Outras informações úteis do AC a saber podem, ainda, ser destacadas:

QUESTÃO DE PREÇO

1. Em informações prestadas junto à SEAE. (fls. 443/667 do AC), contendo respostas a questionário da SEAE, dados sobre preço de venda de CO₂ e localização das plantas das concorrentes da WM, com suas respectivas capacidades instaladas no mercado de gases do ar da região SE, podem ser acrescidas as seguintes ilações por parte da WM:

Preço de venda de CO₂: O preço do Gás Carbônico comercializado a granel na Região Sudeste é de R\$ 440,00/tonelada (CIF e impostos)

Discriminação	Vlr. R\$/ton.
FOB Fábrica	221,70
Impostos	90,80
Distribuição	93,00
Assit. Téc. De Manut. E Aplicações	13,50
Encargos nas vendas faturadas	21,00
Total	440,00

É interessante notar que, ao responder a questão número 6 oriunda de investigação da SEAE, sobre a *evolução do preço (FOB, es impostos) do gás carbônico a granel comercializado na região do Estado de São Paulo entre outubro de 1995 e abril de 1996*, (fl. 448 do AC) a WM explica que, em abril de 1996, esse preço era de R\$ 471,43/ton. e que, no último trimestre de 1996, foi de R\$ 422,00/ ton.

Em seguida faz menção a uma *tabela de preços médios dos produtos comercializados pela LCI*, alertando tratar-se de *preços praticados em todo o território nacional, nas diversas formas de comercialização do gás carbônico - a granel, em cilindros e na forma sólida (gelo seco)*. (fls. 448 e 567 do AC).

2. Em resposta à questão número 9 da SEAE, a WM procura dar inovadora significação ao termo *exclusividade* alegando quanto à cláusula 9.2 de contrato firmado entre a mesma e a Ultrafertil, (fl. 683 AC):

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 dispo-

sição do mercado, podendo ser adquiridos por qualquer terceiro interessado, cabendo à White Martins apenas a preferência na sua aquisição, em igualdade de condições competitivas.

3. No volume II do Relatório WM e Liquid Carbonic são apresentados diversos contratos para fornecimento de matéria prima subproduto para produção de CO₂. Em uma sucinta análise de referidos contratos, é possível identificar, em alguns, cláusulas anticoncorrenciais, mormente, quando tratam junto à LCI ou à WM empresas privadas. Se não veja-se:

1.1 Contrato Ultrafertil S.A e White Martins - Cubatão - SP – (fls. 139-146 do PA ou 670-678 do AC).

Preço do CO₂: até 30.000 ton./ano US \$ 26,00 ton.

acima 30.000 ton./ano US \$ 23,40 ton.

Prazo: 10 anos a partir da data do primeiro fornecimento, aproximadamente 18 meses após 25.11.94.

Prorrogação: período adicional de 5 anos.

Quantidade à disposição - 200 ton./dia.

1.2 Primeiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO₂ firmado pela Ultrafertil S.A e White Martins - Cubatão - SP – (fls. 134-138 do PA ou 679-683 do AC.)

Preço do CO₂: até 38.000 ton./ano US \$ 26,00 ton.

entre 38.001 e 76.000 ton./ano US \$ 23,40 ton.

acima 76.001 ton./ano US \$ 21,06 ton.

Prazo: 10 anos a partir de 01.07.96.

Prorrogação: período adicional de 10 anos.

Quantidade à disposição - 370 ton./dia.

Cláusula anticompetitiva: 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.*

2.1 Contrato L. Carbonic e Ultrafertil - Cubatão -SP- (fls. 94-113 do PA ou 684-694 do AC).

Preço do CO₂: até Até 10.000 ton./ano CR \$ 1.895,15 ton.

de 10.001 a 20.000 ton./ano CR \$ 1.841,00 ton.

de 20.001 a 30.000 ton./ano CR \$ 1.786,85 ton.

de 30.001 a 40.000 ton./ano CR \$ 1.191,24 ton.

acima de 40.000 ton./ano CR \$ 1.028,79 ton.

Prazo: 5 anos a partir de 01/09/93.

Prorrogação: período adicional de 5 anos.

Quantidade à disposição - 265 ton./dia.

2.2 Primeiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Cubatão -SP- (fls. 695-697 do AC).

Preço do CO2: até Até 10.000 ton./ano URV's/ton. 17,52.

de 10.001 a 20.000 ton./ano URV's/ton. 16,68.

de 20.001 a 30.000 ton./ano URV's/ton. 16,19.

de 30.001 a 40.000 ton./ano URV's/ton. 10,79.

acima de 40.000 ton./ano URV's/ton. 9,32.

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: 5 anos a partir de 01/09/93.

Prorrogação: período adicional de 5 anos.

Quantidade à disposição - 265 ton./dia.

Cláusula Anticompetitiva : *4.8 A FORNECEDORA não poderá vender o produto a nenhum concorrente da COMPRADORA em condições mais vantajosas que as estabelecidas neste contrato.*

2.3 Segundo termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Cubatão -SP- (fls. 698-704 do AC).

Preço do CO2: até Até 27.000 ton./ano US \$ 26,00/ton.

de 27.001 a 54.000 ton./ano US \$ 23,40/ton. acima de 54.001 ton./ano US \$ 21,06/ton.

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: 10 anos a partir de 01/07/96.

Prorrogação: período adicional de 10 anos.

Quantidade à disposição - 265 ton./dia.
Cláusula Anticompetitiva : 4.8 - mantida.

3.1 Contrato L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 705-724 do AC).

Preço do CO2: até Nc \$ 26,47 ton.
acima ton./ano US \$,00

Prazo: 5 anos após o primeiro fornecimento ou após 18 meses a contar de 05/05/89.

Prorrogação: período adicional de 3 anos.

Quantidade à disposição - 150 ton./dia.

3.2 Primeiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 725-730 do AC).

Preço do CO2: mantido.

Prazo: 5 anos a partir de 27.05.91.

Prorrogação: mantido.

Quantidade à disposição - mantida.

3.3 Segundo termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 83-87 do PA ou 731 – 735 do AC).

Preço do CO2: CR \$ 1978, 46.

Prazo: 5 anos a partir de 01.09.93.

Prorrogação: 5 anos.

Quantidade à disposição - mantida.

Cláusula Anticompetitiva: 4.7 A FORNECEDORA não poderá vender o produto a nenhum concorrente da COMPRADORA em condições mais vantajosas que as estabelecidas neste contrato.

3.4 Terceiro termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 80-82 do PA ou 736 – 738 do AC).

Preço do CO2: 18, 26 URV's ton..

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: mantido.

Prorrogação: mantida

Quantidade à disposição - mantida.

Cláusula Anticompetitiva : 4.7 - mantida.

3.5 Quarto termo de aditamento ao contrato de fornecimento de CO2 firmado entre a L. Carbonic e Ultrafertil - Araucária -PR – (fls. 75-79 do PA ou 739 – 741 do AC).

Preço do CO2: até 15.000 ton./ano US \$ 26,00/ton.

entre 15.001 e 30.000 US \$ 23,40/ton.

acima de 30.001 US \$ 21,06/ton.

Obs. Excluído do preço básico o ICMS e demais despesas ou tributos.

Prazo: 10 anos a partir de 01.07.96.

Prorrogação: 10 anos.

Quantidade à disposição - mantida.

Cláusula Anticompetitiva : mantida.

4 Contrato L. Carbonic e Oxiteno - Mauá - SP – (fls. 852-869 do AC).

Preço do CO2: até 10.000 ton./ano Cr \$ 103,00.

de 10.001 até 15.000 ton./ano Cr 95,00.

acima de 15.000 ton./ano Cr \$ 79,00.

Prazo: 10 anos a contar de 22/10/77.

Prorrogação: período adicional de 3 anos ou períodos renováveis de 2 anos.

Quantidade à disposição - ton./dia.

Cláusula Anticompetitiva: VIII - Cliente mais favorecido

8.01 - A VENDEDORA compromete-se a não vender o PRODUTO a nenhum outro produtor, distribuidor ou consumidor em condições mais vantajosas que as oferecidas `a COMPRADORA, quando direta ou indiretamente esse gás bruto se destinar à fabricação de gelo seco ou de gás carbônico. As vendas a outros consumidores em condições mais onerosas só poderão ser

feitas após a recusa da COMPRADORA, que terá o direito de preferência manifestado em 30 dias.

4. Em respostas às diligências efetuadas pela SDE, a Ultrafertil SA soma aos autos importantes dados (fls. 328/334 do PA ou 1058/1064 do AC); senão veja-se.

É verificada a intenção da White Martins, já em 1º de outubro de 1997 em recuar quanto à atitude anticoncorrencial, no que diz respeito à cláusula 9.2 do contrato para fornecimento de CO2 firmado entre a mesma e a Ultrafertil AS.; e., de forma inequívoca, são fornecidos dados estatísticos interessantes quanto às quantidades e respectivos valores das aquisições de CO2 efetuadas pela WM e LCI nas unidades da Ultrafertil - importante fonte supridora de CO2 na região SE - (fls. 331-332 do PA ou 1061/1062 do AC). Ainda dado interessante a destacar nas informações prestadas pela Ultrafertil está contido nas folhas 1063/1064 dos autos onde verifica-se nos períodos de 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 que existe um volume médio de CO2 razoável, disponibilizado pela Ultrafertil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 258,7 ton./dia e um excedente não consumido de 526,3 ton./dia. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton./dia, uma média de consumo de 174,77 ton./dia e um excedente não consumido de 610,3 ton./dia.

Consideradas as informações vistas às folhas 325-326 do PA ou 464/465 do AC e 345 do PA ou 1492 do AC em que a Requerente declara não haver excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafertil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafertil e que existe um grande manancial de CO2 ocioso, embora comprometido contratualmente como grupo WM/LCI. Em uma situação de concorrência perfeita em que as fontes de CO2 de alta qualidade na região SE fossem abundantes, tal prática poderia ser entendida como estratégia do grupo WM/LCI em reservar fontes de matéria prima para posterior expansão de seus negócios, entretanto, na conjuntura atual, e, em função das práticas contratuais do referido Grupo WM/LCI verifica-se um intento de açambarcamento de fontes - ver as cláusulas anticoncorrenciais dos contratos acima analisados.

5. NO AC, verifica-se manifestação da WM. às folhas 1431/1436 (fls. 339/340 do PA). Desta feita, a WM reitera posição assumida perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 26 de março de 1997, no que tange ao alegado *Direito de Preferência que lhe conferia a Cláusula 9.2 do Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (Das Obrigações Ge-*

rais, do 1º Termo Aditivo) celebrado com a ULTRAFÉRTIL. Diz textualmente:

De qualquer modo, para que não paire dúvida alguma, tratando-se de direito disponível, a White Martins, pela presente, renuncia, expressamente, em favor de seus concorrentes, a todo e qualquer direito de preferência na aquisição do referido excedente entre a capacidade de consumo atual da sua planta em Cubatão (200 ton/dia) e a quantidade total contratualmente colocada à disposição da White Martins pela Ultrafertil (370 ton/dia), reservando-se apenas o direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.(Fl. 1431 do Ac ou 339 do PA).

Em seguida a Requerente afirma não reconhecer como seu, a partir de 23.03.97, qualquer direito de preferência na aquisição do citado excedente, sempre sem prejuízo do direito de concorrer com quaisquer terceiros interessados para a sua aquisição em caso de necessidade.(fl. 1432 do Ac ou 340 do PA)

Ainda informa, ter encaminhado via fac-símile à Ultrafertil, em 01/10/97, minuta de 2º Termo de Aditamento, visando maior formalização da referida renúncia, concluindo, por fim, ser de pleno conhecimento da Ultrafertil a intenção de renúncia do excedente de CO2 por esta disponibilizado.

Analisando-se o contrato celebrado entre WM e Ultrafertil - Cubatão - SP, verificam-se alguns dados ou cláusulas a serem destacados:

Cláusula Primeira : Objeto

1.1 O objeto deste Contrato é o fornecimento por parte da FORNECEDORA à COMPRADORA, de Dióxido de Carbono - CO2, doravante denominado PRODUTO, para consumo em sua Unidade Industrial, OBEDECIDAS AS LIMITAÇÕES E CONDIÇÕES ORA PACTUADAS - (grifo nosso).

Cláusula Segunda : Do Prazo

2.1 O presente Contrato entrará em vigor na data de sua assinatura, e terá vigência de 10 (dez anos), contados a partir da data do primeiro fornecimento, o qual deverá ocorrer , aproximadamente, 18 meses após a assinatura deste Contrato de Fornecimento.

Observação: o Contrato foi assinado em 25 de novembro de 1994, portanto, em plena validade no período de 23 de março de 1997 até 1º de outubro de 1997.

Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento

3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1.

Cláusula nona: Das Disposições Gerais

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.

Da mesma forma, destacam-se as cláusulas do 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO2) firmado pela Ultrafértil S A e White Martins Gases Industriais S A em 25/11/1994 e datado de 1º/07/96.

Cláusula Segunda - Do Prazo.

2.1 O prazo de vigência do Contrato é de 10 (dez) anos, contados a partir da data de assinatura do presente Termo Aditivo.

Cláusula terceira : Da Disponibilidade e Fornecimento

3.2 Quando em operação a Unidade de Amônia, a FORNECEDORA compromete-se a colocar à disposição da COMPRADORA 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato original.

Cláusula nona: Das Disposições Gerais:

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.

Permanecem inalteradas as demais cláusulas e condições estipuladas no Contrato original que, explícita ou implicitamente, não tenham sido modificadas por este Termo.

Desconsiderando-se o equívoco no elencar de datas (23 e 26 de março de 1997 - fls. 1431/1432 do AC ou 339/340 do PA) bem como, verifi-

cadadas as alegações de folhas 1497 do AC ou 346 do PA e 1518 do AC ou 347 do PA, ainda resta lembrar que:

- efetivamente, o Contrato em questão determina sejam obedecidas as limitações e condições pactuadas.

- O Contrato estava vigente no período de 23/03/97 até 1º/10/97.

- Havia efetiva responsabilidade por parte da FORNECEDORA em colocar à disposição da COMPRADORA 200 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato. Tal fato torna imprescindível que se faça necessária imediata comunicação por parte da COMPRADORA - WM - de desistência ou renúncia de EXCEDENTE de matéria prima disponibilizado sob pena de, assim não o fazendo, ocasionar ônus desnecessário à FORNECEDORA que de qualquer maneira tem de honrar seu compromisso assumido perante à COMPRADORA, mesmo que esta não utilize o produto disponibilizado. De outra forma, na medida em que, efetivamente, a FORNECEDORA disponibiliza matéria prima que não sabe se será consumida ou não pela COMPRADORA e verifica-se a renúncia, por parte desta última, do referido EXCEDENTE, caracterizada está a subutilização ou ineficiência no gerenciamento deste escasso recurso que, possivelmente seria melhor utilizado por outros concorrentes da COMPRADORA.

Decorre, pois, da análise do apresentado nos autos, não se tratar de *direito disponível a simples renúncia ao excedente de matéria prima*, conforme quer fazer ver a Requerida – (Fl. 1432 do AC ou 340 do PA, que, antes mesmo de ter comunicado à parte interessada -ULTRAFERTIL - foi comunicar ao SBDC em autos de um Ato de Concentração que nem mesmo envolve, diretamente, a FORNECEDORA, inclusive solicitando, ao DPDE, dar notícia do assunto tratado em petição de 17 de outubro de 1997 à Ultrafertil - Fls. 1433. Aliás, segundo a própria Ultrafertil, até 11/12/97 *continuavam em vigor sem nenhuma alteração os contratos que foram enviados à essa Secretaria - SDE -, inclusive a cláusula 9.2 do 1º Termo Aditivo*. fl. 1664.

De fato, o referido termo foi encaminhado por parte da Ultrafertil para a WM em 7 de novembro de 1997 e, em 12 de dezembro de 1997 ainda era aguardada a *assinatura do referido instrumento de alteração contratual pela White Martins*, para que se iniciasse *negociações com terceiros, interessados na aquisição das então restantes 170 toneladas*.(fl. 1700 do AC ou 356 do Processo Administrativo).

Se não bastasse o exposto, veja-se, ainda, o contido na Cláusula nona: *Das Disposições Gerais do referido Contrato em que nenhuma desistência ou omissão, por qualquer das partes, de exigir o cumprimento, pela outra, de qualquer das cláusulas, nem qualquer tolerância concedida ou demonstrada por uma das partes a outra, desobriga, exonera ou de qualquer forma afeta,*

nem prejudica 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 DESTES CONTRATOS, 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.(grifo nosso).

Já, do 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO₂) firmado pela Ultrafertil S A e White Martins Gases Industriais S A em 25/11/1994 e datado de 1º/07/96 infere-se a vigência do contrato e o aumento das obrigações da FORNECEDORA em disponibilizar 370 toneladas diárias do PRODUTO com qualidade aceitável, conforme cláusula 6.1.1 do Contrato original.

Fato que é agravado em função da cláusula de exclusividade para compra de qualquer excedente que porventura dispuser, a FORNECEDORA, observando-se, as mesmas condições pactuadas no Contrato original que, explicita ou implicitamente, não tenham sido modificadas pelo Termo.

Por fim, deve ser evidenciada a intenção de corrigir uma posição anticoncorrencial da Requerente quanto ao excedente de 170 ton/dia de CO₂ questionado em 01/10/97, fato que, a bem da verdade, aparece noticiado, nos autos, em data de 13 de fevereiro de 1998, mais precisamente, 1 ano e 8 meses depois de ter sido informado o presente Ato de Concentração à SDE - 23/05/96. Entretanto, ressalte-se a nova atitude concorrenciais, por parte da WM a partir de então verificando-se a proposta de modificação da cláusula 9.2:

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

Desta forma, entende-se, também, revogada a cláusula 3.2 do Termo Aditivo ao Contrato original.

6. Das considerações do parecer da SEAE no AC 08000.12075/96-14:

Análise dos impactos da operação e análise das contestações:

Inicialmente é constatado que a operação *transformou um duopólio em monopólio no mercado de gás carbônico na região sudeste, eliminando a concorrência efetiva.*

Além do que *ocasionou uma alteração qualitativa nas relações de mercado, através da eliminação de qualquer alternativa de fornecimento.*(Fl. 1559 do AC ou 349 do PA)

Mais adiante informa a contestação do referido monopólio pela AGA, no Rio de Janeiro com planta de 100 tpd e pela Air Liquid em Curitiba e Paulínea com as plantas da Peróxidos do Brasil e da Rhodia com 70 e 80 tpd respectivamente e , por fim, detecta que a não obtenção de fontes de insumos para a produção de gás carbônico economicamente viáveis na região sudeste pelos concorrentes tornaria a operação em questão facilitadora na obtenção de poder de mercado pelo Grupo WM/LCI. Fl. 1560 do AC.

Quanto às demais regiões brasileiras, o r. parecer conclui que *não houve alteração*, em função da operação WM/LCI, *do poder de mercado do ofertante de CO₂*, o que não caracteriza *problemas do ponto de vista do controle antitruste preventivo*. Fl. 1561 do AC.

Ao analisar o mercado relevante de gases atmosféricos, o r. parecer conclui que a *operação em análise não modificou o grau de concentração da oferta, uma vez que a Liquid Ccarbonic não operava neste mercado*, entretanto atenta para o fato de que a White Martins tem capacidade para *deslocar seus concorrentes no mercado da região sudeste* ampliando suas vendas de gases atmosféricos para clientes que também compram dióxido de carbono e elevando o custo de seus concorrentes, deslocando-os no mercado de gases atmosféricos, ainda lembrando que esses impactos dar-se-iam na região sudeste. (fl. 1561 do AC).

Adiante faz ver da possibilidade de prática pelo Grupo WM/LCI de subsídio cruzado e de vendas em pacote.

Discorda-se do r. parecer da SEAE uma vez que foram trazidos aos autos documento de folhas 1841 a 1863 do AC nos quais se verifica a real intenção da LCI em construir uma fábrica de gases do ar em Americana - SP o que, certamente, seria considerado um atenuante ou diminuição do grau de concentração na oferta de gases do ar. (Podem ser verificadas as capacidades garantidas de produção à folha 2162 do AC).

Quanto à possibilidade de prática de subsídio cruzado, esta é bem considerável uma vez que a Requerente noticia nos autos que o ato tem como eficiência alocativa a *utilização da logística de distribuição mais eficiente e mais abrangente da WHITE MARTINS para comercialização do GÁS CARBÔNICO*. (fl. 1485), bem como a acertiva de folha 538 onde a Requerente declara à SEAE que a *comercialização dos produtos da WHITE MARTINS e LIQUID CARBONIC de forma UNIFICADA* (grifo nosso) *é um passo importante para a obtenção de um nível maior de eficiência*, ainda acrescentando que, *além de possibilitar a racionalização das estruturas de vendas e distribuição, a operação conjunta permite a utilização da rede de distribuição da WHITE MARTINS - mais abrangente em termos geográficos - para venda da produção da LIQUID CARBONIC*.

Além do exposto, já é noticiada nos autos a existência de 823 clientes de CO₂ e de gases que representam 8,3% do faturamento da White Martins. (fl. 450 do AC).

O r. parecer após tecer comentários sobre as possibilidades inerentes ao ato de concentração em questão e suas conseqüências inclina-se para a realização de compromisso de desempenho em que a *White Martins* abriria mão do controle dos excedentes de CO₂ da *Ultrafertil* ainda não utilizados., embasada no comportamento de preços na região sudeste, após a aquisição em análise e na consideração da cláusula de exclusividade contida no termo de aditamento ao contrato assinado pela *White Martins* e *Ultrafertil* (fl. 1568 do AC ou 350 do Processo Administrativo).

Além do exposto, propugna pelo impedimento da *White Martins* participar de negociações para a aquisição de volumes adicionais de CO₂ com a *Ultrafertil* durante o prazo de no mínimo 6 (seis) anos. (fl. 1568/69 do Ac ou 350/351 do Processo Administrativo).

7. Manifestação da WM. Em folhas 1820/26 1837/38 e 1840/89 do AC.

Às folhas 1820/21 do AC ou 357 do PA, por fim, vem a Representada/Requerente fazer juntada aos autos do 2º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO₂) de 25/11/94 firmado entre *Ultrafertil SA* e *White Martins Gases Industriais S A* (Cubatão) datado de 10 de dezembro de 1997.

Passa a ser objeto do referido contrato a comercialização de 200 tpd de CO₂ e revoga-se a cláusula 9.2, permanecendo as demais cláusulas do Contrato original e do 1º Termo aditivo datados , respectivamente, de 25/11/94 e 01/07/96.

Em seguida, volta a Requerente a alegar tratar-se, a cláusula 9.2 do contrato de fornecimento firmado entre ela e a *Ultrafertil*, de direito a primeira recusa possibilitando, posterior desistência unilateral por sua parte de tal estipulação; coisa que não é, absolutamente, *juridicamente despicienda* uma vez que quantidades de CO₂ estiveram indisponíveis ao mercado durante, no mínimo, 6 meses, segundo datas de 26.03.97, em que a Requerente desobrigou-se perante a SEAE do excedente de 170 tpd da *Ultrafertil* (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01.10.97, em que a *Ultrafertil* declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (fl. 353 do PA ou 1665 do AC).

Adiante, demonstra que, segundo seu entendimento, foi aumentada a oferta de gás em fontes de CO₂ na região SE mais Paraná , em 97% - ou seja, de 1.070 para 2.100. Posteriormente, defende a inexistência de barreiras à entrada de novos competidores no mercado.

8. Manifestação da Ultrafertil. (fls. 1895/1914 do AC ou 358/376 do Processo Administrativo).

Apresenta DOCUMENTOS ALTERANDO CONTRATOS MANTIDOS COM O GRUPO WM/LCI, em especial derogando a cláusula 9.2 do Termo de Aditamento de 01/07/96 do referido contrato WM e Ultrafertil - Cubatão de 25/11/94 e apresentando o novo contrato que unifica as quantidades dispostas, anteriormente para a LCI e para a WM juntamente à Ultrafertil. Outrossim, ainda é feita conhecida, para empresas do setor, a disponibilidade de 100 tpd de CO2 para contratação. (fl. 359/364 do PA ou 1896/1901 do AC).

É de observar que consta na cláusula 9.2 do novo termo aditivo de 10/12/97 o seguinte:

Por iniciativa da WHITE MARTINS e aceitação da ULTRAFÉRTIL, as PARTES declaram revogada a cláusula 9.2) Fl. 1903.

Da conclusão:

Analisadas as peças coligidas no presente Processo, bem como, consideradas as informações obtidas durante a apreciação do AC 08000.0120075/96-14 SDE/MJ pode-se concluir conforme segue:

1. Verifica-se um comportamento anticoncorrencial, por parte das empresas do Grupo White Martins/Liquid Carbonic Industries na contratação de matéria prima - CO2 em contratos que envolvem particulares no outro polo da obrigação, muito especialmente no que diz respeito ao contratado junto à Ultrafertil e à Oxiteno observado nestes autos.

No contrato entre WM e Ultrafertil - Cubatão - SP, aditado em 01/07/96 - depois da informação do Ato de Concentração, verifica-se a cláusula 9.2, excluída, somente em 10.12.97.

Ao contrato LCI e Ultrafertil - Cubatão - SP é aditada a cláusula 4.8 - mantida depois de informado o Ato de Concentração - 01/07/96.

Ao contrato LCI e Ultrafertil - Araucária - PA é aditada a cláusula 4.7 mantida depois de informado o Ato de Concentração - 01/07/96.

No contrato LCI e Oxiteno - Mauá - SP é estipulada a cláusula 8.01.

A oxiteno apresenta, nos autos, informação quanto a subutilização de sua fonte de CO2 por parte do Grupo WM/LCI, verificando-se um aproveitamento, efetivo, de matéria prima da ordem de 52,38% em 1994; 61,40% em 1995; 70,80% em 1996 e 73,74% em 1997. Assim a média de não consumo de fontes disponibilizadas entre 94 e 97 é de 35,42%.

2. Entre 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 existe um volume médio de CO2 razoável, disponibilizado pela Ultrafertil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 258,7ton/dia e um excedente não consumido de 526,3. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 174,77ton/dia e um excedente não consumido de 610,3.

3. Restou provado, nos autos que, no mínimo, entre o período de 26/03/97 data em que a Requerente comunica ter desobrigado-se de relação contratual, perante a SEAE, do excedente de 170 tpd da Ultrafertil (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01/10/97, data em que a Ultrafertil declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (fl. 1665 do AC ou 353 do PA).- aproximadamente - 6 meses, quantidades de CO2 estiveram indisponíveis no mercado conforme previsão de **práticas constantes do artigo 20, inciso I, II e IV combinado com art. 21, V, VI e XV**, uma vez que restou provado nos autos que:

3.1. A empresa Messer teve reais dificuldades para seu desenvolvimento no mercado de gases, em especial de CO2 quando viu suas tratativas com a Ultrafertil e com a própria Liquid Carbonic frustradas em função da ação predatória em mercado por parte da empresa White Martins em um primeiro momento e por parte do Grupo White Martins/Liquid Carbonic, após a concentração;

3.2. Ocorreu real impedimento à concorrência quanto ao acesso às fontes de matéria prima de excelente qualidade como é o caso da Ultrafertil e em função, também de somente terem sido noticiadas, as disponibilidades da REPLAN E DA RBPC, em 14/10/97 ao mercado – portanto, data posterior ao período de 26/03/1997 a 01/10/1997; o que diminuiu a oferta de CO2 no mercado em , aproximadamente em 860 tpd. (fl. 1457 do AC ou 341 do PA),bem como ter ocorrido real interesse de concorrente - Messer em negociar com a Ulltrafertil tendo sido impedida em função desta estar comprometida com a Requerente pelos *próximos 10 anos*- fls. 1122/29 do AC ou 335/338 do PA

3.3. Foram, efetivamente, desperdiçados escassos recursos – CO2, contratualmente comprometidos entre a Ultrafertil e a WM, que, disponibilizados por aquela, não foram consumidos por esta e, desta forma, foram , ao ar, jogados, quando existia procura efetiva por tais recursos no mercado.

3.4. Existe **posição dominante no mercado de CO2**, por parte do Grupo WM/LCI, cfe. Art. 20, II, par. 2º e 3º da Lei 8884/94, em função da detenção de 65,39% das fontes de matéria prima de CO2 na região SE considerada a apropriação contratual, perfazendo um total de 971 Tpd; ou, ainda,

80,51% como posição momentânea de exploração das fontes em atividade, perfazendo 1115 Tpd; ou, por fim, 85,21% se considerada a adjudicação da REPLAN para o Grupo WM/LCI⁸⁹.

Nas demais regiões brasileiras há uma dominação de mercado de 100% em relação ao CO₂. No que concerne aos gases do ar, o item precedente justifica o mesmo domínio de mercado conforme art. 20, par. 2º e 3º da Lei 8.884/94.

Fato importante a considerar quanto ao domínio de mercado de CO₂ é o conhecimento de que, no Brasil, a demanda atual gira em torno de 240.000 toneladas por ano - tpa ou, aproximadamente 700 toneladas por dia - tpd.; assim, o Grupo WM/LCI pode, sozinho, abastecer o mercado consumidor.

4. O Grupo WM/LCI prestou informações divergentes no Ato de Concentração, consideradas as informações vistas às fls. 464, 465 do AC ou 325/326 do PA e 1492 do AC ou 345 do PA em que declara não haver *excedentes não utilizados em relação às 785 ton./dia da Ultrafértil - com exceção das 170 ton./dia de Cubatão* - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais; a serem analisados estes dados, conclui-se divergência entre as informações prestadas à SEAE e as colhidas juntamente à Ultrafértil e que existe um **grande manancial de CO₂ ocioso, embora comprometido contratualmente com o Grupo WM/LCI**.

5. Ainda é possível ser analisada a questão de práticas de preços de CO₂ que foram diminuídos de um patamar médio R\$ 457,75 no ano de 96 e de R\$ 460,00 no ano de 97 com relação aos praticados em 1995, sem ter sido provada nenhuma alteração de custos nos autos e, ainda verificando-se os fatos em tempos de estabilidade econômica.

6. Considerados todos os documentos coligidos aos autos, todos os elementos de prova carreados, todas as razões alegadas e a conjuntura de mercado de gases, em especial de CO₂; restou inquestionável a conclusão de que

⁸⁹ A Representada trás ao conhecimento desta SDE a seguinte informação:

71.2 No processo de licitação para o aproveitamento de gás carbônico da REPLAN (Paulínea – SP), a proposta da REPRESENTADA foi a priori declarada pela PETROBRÁS como a melhor alternativa dentre aquelas oferecidas, portanto aquela que melhor serve aos propósitos da estatal. De fato, orgulha-se a EREPRESENTADA de ser sempre competitiva, ao contrário da REPRESENTANTE.

71.2 (SIC) Não há, porém, até o momento, nenhuma definição por parte da Petrobrás, estando em curso um processo de discussão a cerca dos aspectos técnicos da operação, sem prazo definido para sua conclusão, a menos, quem sabe, que o d. DPDE busque uma solução dirigista menos eficiente, em desfavor da livre concorrência e da Coletividade.

a Representada incorreu em infrações da Ordem Econômica conforme disposto no artigo 20, incisos I, II e IV combinado com artigo 21, inciso V, VI e XV da Lei 8884/94 quando, no mínimo, entre o período de 26/03/97, data em que a Requerente comunica ter desobrigado-se de relação contratual, perante a SEAE, do excedente de 170 tpd da Ultrafertil (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01/10/97, data em que a Ultrafertil declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (fl. 1665 do AC ou 353 do PA).- aproximadamente - 6 meses, manteve, sob sua disposição, a maior fonte de matéria-prima brasileira de subproduto – CO₂, sem utilizar quantidade expressiva – 170 tpd. De CO₂ (equivalente a 10% do mercado brasileiro naquele período) que, assim, estiveram indisponíveis no mercado, quando havia terceiro interessado – Messer - que, em consequência se houve prejudicado em contratar aquela Fonte da Ultrafertil em função do comprometimento contratual desta última com a Representada.

Do exposto, ainda, sugere-se sejam aplicadas as sanções legais referidas em conformidade ao artigo 23, inciso I da Lei 8884/94 c/c artigo 24, inciso I.

Da mesma forma, sugere-se a aplicação de multa diária conforme o art. 26 da Lei 8884/94 em função de terem sido prestadas informações enganosas ao SBDC.

Para fins de gradação da pena, pesam contrariamente à Requerida os seguintes incisos:

I – as infrações cometidas são de gravidade relevante em função da necessidade e escassez dos recursos no mercado relevante e a posição de domínio da Requerida,

II – o infrator não se houve com boa fé, conforme visto na prestação de informações divergentes ao SBDC.

III – a vantagem auferida em função da diminuição da atuação dos concorrentes em explorar as 170 tpd da Ultrafertil equivale a um percentual de aproximadamente 10% do mercado nacional ($170/1859 = 9,1447$) ou 11,45% do mercado da região SE + Paraná ($170/1485 = 11,4478$).

IV – houve efetiva consumação da prática por, no mínimo, 6 meses.

V – o grau de lesão à livre concorrência, aos terceiros interessados e aos consumidores está refletida conforme o item III acima e a manutenção de preços ao consumidor de CO₂ elevados na ordem de Cr\$ 471,53 em abril de 1996 quando, em nível internacional, sabe-se que o preço interno do Co₂ pode ser até 10 vezes menor, conforme informações obtidas no AC 0800012075/96-14.

VI – como efeitos negativos produzidos no mercado, comprovou-se a eliminação da Messer quando de suas tratativas junto à LCI e junto à Ultra-fértil.

VII – a situação econômica do infrator recomenda severidade em função do Grupo WM/LCI estar inserido em excelente situação no *ranking* mundial de CO2, segundo apurado em relação a sua matriz norte-americana Praxair.

VIII – desconhece-se a condenação em feitos anteriores até o momento.

Brasília, DF, 10 de dezembro de 1998.

Eliane A Thompson Flôres

Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica

À consideração do Secretário de Direito Econômico

PARECER DA PROCURADORIA DO CADE

PARECER Nº: 160/2001

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº: 08000.022579/97-05.

REPRESENTANTE: MESSER GRIESHEIM DO BRASIL LTDA.

REPRESENTADO: S.A. WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS.

CONSELHEIRO-RELATOR: MÉRCIO FELSKY.

EMENTA: PROCESSO ADMINISTRATIVO -DENÚNCIA - AÇAMBARCAMENTO DE MATÉRIA-PRIMA -GÁS CARBÔNICO - PARECER PELA EXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.

SUGESTÃO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA PECUNIÁRIA E OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Senhor Procurador-Geral,

I- DO RELATÓRIO:

01- Cuida-se de Processo Administrativo instaurado com fulcro no art. 32 da Lei nº 8.884/94, relativo à denúncia de açambarcamento de matéria-prima - mais especificamente de gás carbônico bruto - fornecida pela empresa Ultrafertil, mediante contrato de fornecimento de matéria-prima à empresa WHITE MARTINS.

02- A presente denúncia foi, primeiramente, realizada pela MESSER GRIESHEIM como objeção apresentada nos autos do Ato de Concentração nº 78/96, envolvendo as empresas WHITE MARTINS e LIQUID CARBONIC¹. A referida operação envolveu a aquisição da LIQUID CARBONIC pela WHITE MARTINS e a formação de um monopólio no mercado de gás carbônico na Região Sudeste.

03- Às fls. 03/56, há a representação da MESSER GRIESHEIM, que expõe detalhadamente os seguintes pontos:

¹ A operação foi aprovada com condições na Sessão Ordinária realizada dia 10 de setembro de 1999, sendo o acórdão publicado no Diário Oficial da União de 24 de setembro deste mesmo ano.

1- A LIQUID CARBONIC detinha o monopólio no mercado de gás carbônico e a WHITE MARTINS um quase-monopólio no mercado de gases atmosféricos. Com a aquisição da LIQUID CARBONIC pela WHITE MARTINS, esta passou a deter o monopólio no mercado de gás carbônico:

2- O gás carbônico é um produto intermediário produzido a partir de dois processos industriais, a saber: combustão, onde o gás é gerado a partir da queima de materiais combustíveis; e "by-product", onde há captação de uma corrente de gás carbônico gerada como subproduto de outros processos químicos que é então purificada para comercialização:

3- A produção de CO₂ através de combustão é considerada economicamente inviável para produção em larga escala, especialmente se comparados com os baixos custos de obtenção de matéria-prima nas fontes de subproduto:

4- Todas as fontes geradoras de subproduto estão comprometidas contratualmente com a WHITE MARTINS. Tal fato significa que a MESSER GRIESHEIM, empresa concorrente potencial, enfrenta elevadas barreiras a sua entrada, dada a ausência de fontes de CO₂ disponíveis.

04- Por fim, a MESSER expõe os fatos que considera caracterizadores de infração da ordem econômica, "in verbis":

"Conforme já foi narrado na Impugnação ao Ato de Concentração White Martins -Liquid Carbonic, no capítulo "BARREIRAS" (item 6, em especial 6.5), a MESSER não dispende de fontes de abastecimento de CO₂ e em busca de alternativas para romper o verdadeiro monopólio da WHITE MARTINS/LIQUID CARBONIC, passou a manter tratativas com a empresa ULTRAFÉRTIL, que opera a maior fonte de dióxido de carbono do país, viável econômica e tecnicamente para beneficiamento, em seu estabelecimento de Cubatão.

Assim, realizaram-se firmes tratativas entre a MESSER e a ULTRAFÉRTIL em março de 1996, como documenta a carta anexa (doc. 3), de cujo resultado a MESSER apresentou em 10 de maio de 1996, uma firme proposta para a compra dessa produção excedente de dióxido de carbono e ainda mais duas alternativas para o relacionamento entre as empresas, uma através de parceria com criação de nova empresa para produção e comercialização de gases industriais e dióxido de carbono e outra através de parceria apenas para a produção e comercialização de dióxido de carbono (doc. 4).

Com esse leque de alternativas proposto e com a carta de intenção já formalizada, aguardava a Representante resposta da ULTRAFÉRTIL.

Passando-se o tempo sem resposta da ULTRAFÉRTIL à proposta, em 4 de julho de 1996 a MESSER reiterou os termos de sua proposta e solicitou pronta resposta para iniciar os seus investimentos programados (doc. 5), com que iniciaria sua entrada no mercado de CO₂ do país, então monopolizado.

Todavia, surpreendentemente, em 9 de julho de 1996, a ULTRAFÉRTIL, através de carta (doc. 6) colocou fim a todas as tratativas de forma incisiva e clara, sem deixar margem à reconsideração, assim fazendo com fundamento em compromisso anterior que teria com a WHITE MARTINS/LIQUID CARBONIC, valendo a pena a transcrição dessa carta pela qual se assegurou, ipso facto, a exclusividade à WHITE MARTINS do remanescente da única fonte tecnicamente e economicamente viável de fornecimento de dióxido de carbono para ser beneficiado, então disponível no mercado: (...)

Conforme se infere desses fatos a WHITE MARTINS/LIQUID CARBONIC tendo tomado ciência dessas tratativas e do teor da proposta da MESSER, passou a exercer enorme pressão para que a ULTRAFÉRTIL se tornasse sua fornecedora exclusiva de dióxido de carbono, não somente para as plantas de beneficiamento existentes, mas também para que a WHITE MARTINS criasse uma reserva estratégica de matéria-prima ainda que sem utilização, com o único e exclusivo objetivo de impedir o acesso de potenciais concorrentes à principal fonte de dióxido de carbono do Brasil." (Grifou-se)

05- Às fls. 68/70, a Ultrafertil apresenta dados sobre o fornecimento de gás carbônico. Assim, a WHITE MARTINS detém, junto à fonte da Ultrafertil, duas plantas de CO₂ em Cubatão. A planta da WHITE MARTINS, tem acesso a 370 ton/dia de CO₂ e a planta da LIQUID CARBONIC, adquirida pela WHITE MARTINS, detém cerca de 265 ton/dia.

06- Tais contratos prevêm um prazo de 10 anos de duração do fornecimento a partir de 01 de julho de 1996. Ademais, no contrato firmado com a WHITE MARTINS, a Ultrafertil assegura à compradora exclusividade para a aquisição de qualquer excedente de matéria-prima.

07- Às fls. 190/202, a WHITE MARTINS manifesta-se acerca da repetição das diligências, afirmando que todos os dados sobre o mercado de gás carbônico já fazem parte da instrução do Ato de Concentração nº 78/96.

08- A seguir, fls. 204/210, a WHITE MARTINS interpõe recurso hierárquico, requerendo a reconsideração do despacho de instauração da presente Averiguação Preliminar. Defende que há "duplicação imotivada de esforços", uma vez que toda a temática versada na presente representação já está sob análise dos órgãos de defesa da concorrência; que todos os assuntos obje-

to dos documentos e informações solicitados pela SDE já foram apresentados e estão acostados no Ato de Concentração nº 78/96.

09- Às fls. 233/246, a Inspeção Geral da SDE identifica a existência de fortes indícios de infração e opina pela conversão da presente Averiguação Preliminar em Processo Administrativo.

10- A representada foi regularmente notificada, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.884/94, conforme informação de fls. 254/255, afim de apresentar defesa no prazo legal de 15 dias.

11- Às fls. 258/303, a WHITE MARTINS apresenta sua defesa. Aduz que a representante quer a outorga de fontes de matéria-prima, livre da concorrência e da álea negocial. Defende que a questão do alegado açambarcamento já se encontra superado, dado que a WHITE MARTINS renunciou ao seu direito de preferência, bem como pelas informações que confirmam a existência de ampla disponibilidade de fontes de gás carbônico. Por fim, aduz, "in verbis":

"Não deixa de ser notável, como dito, a incompetência da MESSER na obtenção, por meios próprios, de fontes de CO₂, haja vista que sua concorrente AIR LIQUIDE, nesse curto período, já se apossou de nada menos que 3 (três) delas. Tais fontes se caracterizam pela excelente qualidade, excepcional localização e significativo volume.

Com referência ao mercado da região Sudeste, incluindo Paraná, "a participação da WHITE MARTINS/LIQUID CARBONIC na disponibilidade desta Região, que por um átimo foi de 100% (se desconsiderada a produção das cervejarias) caiu imediatamente após a aquisição em análise para 35,6%. O fenômeno pró-competitivo, gerado pela transação e sustentado pela ausência de barreiras à entrada, foi consequência do ingresso de pelo menos dois novos " concorrentes (AGA e AIR LIQUIDE), além da possibilidade de entrada de novos agentes a partir do aproveitamento do subproduto já disponibilizado pelas refinarias da PETROBRÁS e do excedente da ULTRAFÉRTIL."

12- Às fls. 305/306, o Senhor Secretário de Direito Econômico ratifica o despacho de instauração de Processo Administrativo, reconhecendo estarem presentes indícios que apontam para a investigação dos fatos. Desta forma, o Secretário nega provimento ao recurso hierárquico interposto pela WHITE MARTINS para anular a presente instauração.

13- Às fls. 312/318, a WHITE MARTINS apresenta outra manifestação. Alega, em síntese, a nulidade da instauração de Processo Administrati-

vo e a nulidade do segundo despacho que ratificou o primeiro e pede, novamente, a extinção do presente feito.

14- A seguir, a pedido da Diretora do DPDE, foram juntadas cópias de peças constantes do Ato de Concentração n° 78/96, com informações sobre a alegada prática de açambarcamento de matéria- prima.

15- Às fls. 379/443, a representada apresenta sua defesa complementar. Em preliminar, alega a inconstitucionalidade do processo de conhecimento, a incompetência "rationae materiae" do CADE, a inépcia da petição inicial. nulidade e falta de motivação do despacho de instauração do Processo Administrativo. ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo. No mérito, refuta novamente a alegação de açambarcamento, asseverando que não há escassez de matéria- prima. nos seguintes termos:

"Torna-se risível qualquer cogitação de açambarcamento (se esta for acusação), quando a própria e d. SDE, ao emitir seu Parecer sobre o Ato de Concentração n° 08000.012075/96-14 (...) registra que, após a realização deste, a participação de mercado da REPRESENTADA caiu para aproximadamente 65,39%, diante de uma capacidade produtiva de CO2 de 1.485 tpd.

Ainda, examinando a estrutura de oferta no mercado relevante geográfico, a mesma d. SDE; ressalta que aquela está sujeita a substancial modificação, tendo em vista as seguintes disponibilidades já confirmadas:

Ultrafertil (Cubatão-SP): 70 tpd;

Petrobrás (Paulínia-SP): .440 tpd;

Petrobrás (Cubatão-SP): 420 tpd.

Logo, consideradas apenas essas disponibilidades (ou seja, não se computando a possibilidade de produção por fontes alternativas e por combustão) verifica-se que o mercado conta com uma disponibilidade de subproduto de quase o dobro (83%) da atual capacidade vendável da Região Sudeste. o que torna a argumentação de açambarcamento. no mínimo, estapafúrdia".

16- A seguir, a empresa WHITE MARTINS foi adequadamente notificada para apresentar alegações finais. Em despacho publicado no Diário Oficial da União, a instrução deu-se por encerrada.

17- Às fls. 401/406, a SEAE opina sobre a denúncia, considerando inexistente a prática de qualquer conduta anticoncorrencial. Talo teor da conclusão do parecer econômico, " in verbis ":

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

As evidências demonstram que, em que pese a transferência do controle acionário da Liquid Carbonic para a White Martins, o monopólio de dióxido de carbono foi desfeito. Os fatos demonstram que houve uma redução da participação no mercado da empresa, tanto pela entrada de novos concorrentes com novas fontes, como pela redução de suas fontes de matéria-prima".

18- O DPDE junta aos autos relatório circunstanciado dos autos, do qual é possível extrair-se as seguintes informações, "in verbis":

"Do exposto, conclui-se que, entre 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 existiu volume médio de CO₂ razoável, disponibilizado pela Ultrafertil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 258,7 Ton/dia e um excedente não consumido de 526,3. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 174,7 Ton/dia e um excedente não consumido de 610,3".

19- Às fls. 423/443, a WHITE MARTINS apresenta suas alegações finais, nas quais reitera a inexistência de açambarcamento, a ampla disponibilidade de fontes de gás carbônico, bem como "o fenômeno pró-competitivo, gerado pela transação sustentado pela ausência de barreiras à entrada, foi consequência do ingresso de pelo menos três novos concorrentes (AGA, BOC, AIR LIQUIDE), além da possibilidade de entrada de novos agentes a partir do aproveitamento do subproduto já disponibilizado pelas Refinarias da PETROBRÁS."

20- Às fls. 444/457, a representante MESSER GRIESHEIM apresenta novas informações sobre o mercado de gases, afim de contestar os termos do parecer técnico da SEAE, "in verbis":

"Deve-se, portanto, fazer os seguintes reparos quanto às considerações finais apresentadas pela SEAE/MF em seu parecer:

1º) que a entrada dos novos concorrentes ainda não se concretizou, pois boa parte das fontes ainda não disponibiliza matéria-prima para a produção de CO₂. sendo que em alguns casos nem há previsão de quando isso irá ocorrer;

2º) que as fontes adquiridas pelos novos concorrentes não se mostram tão viáveis economicamente quanto aquelas detidas pela White Martins;

3º) que, portanto, não se pode afirmar que houve uma redução substancial na participação de mercado da White Martins, e muito menos pode-se dizer que o mercado tenha se tornado pró- competitivo;

4º) que, portanto, a White Martins detinha e continua detendo poder de mercado suficiente para praticar as condutas denunciadas pela representante, e,

5º) que mesmo quando os novos concorrentes passarem a atuar de forma mais efetiva, isso não significará que a White Martins deixará de deter posição dominante, com uma elevada participação de mercado e acesso exclusivo às melhores fontes de matéria-prima do mercado, tendo lucros suficientemente grandes para reduzir seus preços e expulsar do mercado qualquer dos supostos entrantes concorrentes."

21- Às fls. 460/467, a WHITE MARTINS vem apresentar mais dados sobre o mercado de gás carbônico e a operação de aquisição da LIQUID CARBONIC.

22- Às fls. 468/523 está o parecer técnico da SDE, da lavra da então Diretora do DPDE, Eliane Aleixo Thompson Flôres. Neste opinativo, concluiu-se que a representada praticou infração contra a ordem econômica. Este o teor da conclusão de fls. 520/523, os quais foram acolhidos pelo Secretário de Direito Econômico às fls. 524 dos autos:

"Verifica-se um comportamento anticoncorrencial, por parte das empresas do Grupo White Martins/Liquid Carbonic Industries na contratação de matéria-prima - CO₂ em contratos que envolvem particulares no outro polo da obrigação, muito especialmente no que diz respeito ao contratado junto à Ultrafertil e à Oxiteno observado nestes autos.

No contrato entre WM e Ultrafertil -Cubatão -SP. aditado em 01/07/96- depois da informação do Ato de Concentração. verifica-se a cláusula 9.2. excluída. somente em 10.12.97.

Ao contrato LCI e Ultrafertil- Cubatão -SP é aditada a cláusula 4.8 - mantida depois de informado o Ato de Concentração- 01/07/96.

Ao contrato LCI e Ultrafertil- Araucária - PA é aditada a cláusula 4.7 mantida depois de informado o Ato de Concentração- 01/07/96.

No contrato LCI e Oxiteno - Mauá -SP é estipulada a cláusula 8.01.

A Oxiteno apresenta. nos autos, informação quanto a subutilização de sua fonte de CO2 por parte do Grupo WM/LCI. verificando-se um aproveitamento, efetivo. de matéria prima da ordem de 52.38% em 1994, 61,40% em 1995, 70.80% em 1996 e 73, 74% em 1997. Assim a média de não consumo de fontes disponibilizadas entre 94 e 97 é de 35,42%.

Entre 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 existe um volume médio de CO2 razoável. disponibilizado pela Ultrafertil. comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI, porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária} tem-se um volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia. uma média de consumo de 258, 7 ton/dia e um excedente não consumido de 526.3. Já. no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 17.,1.7 7 ton/dia e um excedente não consumido de 610,3.

Restou provado, nos autos que, no mínimo, entre o período de 26/03/97 data em que a Requerente comunica ter desobrigado-se de relação contratual. perante a SEAE. do excedente de 170 tpd da Ultrafertil (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01/10/97, data em que a Ultrafertil declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (fl. 1665 do AC ou 353 do P A) - aproximadamente -6 meses, quantidades de CO2 estiveram indisponíveis no mercado conforme previsão de práticas constantes do artigo 20, inciso I, II e IV combinado com art. 21, V VI e XV, uma vez que restou provado nos autos que :

A empresa Messer teve reais dificuldades para seu desenvolvimento no mercado de gases, em especial de CO2 quando viu suas tratativas com a Ultrafertil e com a própria Liquid Carbonic frustradas em função da ação predatória em mercado por parte da empresa White Martins em um primeiro momento e por parte do grupo White Martins/Liquid Carbonic, após a concentração;

Ocorreu real impedimento à concorrência quanto ao acesso às fontes de matéria prima de excelente qualidade como é o caso da Ultrafertil e em função, também de somente terem sido notificadas, as disponibilidades da REPLAN e da RBPC, em que diminuiu a oferta de CO2 no mercado em, a-

proximadamente em 860 tpd. (fl. 1457 do AC ou 341 do PA), bem como ter ocorrido real interesse de concorrente -Messer em negociar com a Ultrafertil tendo sido impedida em função desta estar comprometida com a Requerente pelos próximos 10 anos - fls. 1122/29 do AC dou 335/338 do P A.

Foram, efetivamente, desperdiçados escassos recursos - CO₂, contratualmente comprometidos entre a Ultrafertil e a WM; que, disponibilizados por aquela, não foram consumidos por esta e, desta forma, foram, ao ar, jogados, quando existia procura efetiva por tais recursos no mercado.

Existe posição dominante no mercado de CO₂, por parte do Grupo WM/LCI, cfe. Art. 20, II, par. 2º e 3º da Lei 8.884/94, em função da detenção de 65,39% das fontes de matéria prima de CO₂ na região SE considerada a apropriação contratual, perfazendo um total de 971 Tpd, ou, ainda, 80,51 como posição momentânea de exploração das fontes em atividade, perfazendo 1115 Tpd; ou, por fim 85,21% se considerada a adjudicação da REPLAN para o Grupo WM/LCI²,

Nas demais regiões brasileiras há uma dominação de mercado de 100% em relação ao CO₂. No que concerne aos gases do ar, ao item precedente justifica o mesmo domínio de mercado conforme art. 20, par. 2º e 3º da Lei nº 8.884/94.

Fato importante a considerar quanto ao domínio de mercado de CO₂ é o conhecimento de que, no Brasil, a demanda atual gira em torno de 240.000 toneladas por ano -tpa ou, aproximadamente 700 toneladas por dia - tpd.; assim, o Grupo WM/LCI pode, sozinho, abastecer o mercado consumidor.

O Grupo WM/LCI prestou informações divergentes no Ato de Concentração, consideradas as informações vistas às fls. 464, 465 do AC ou 325/326 do PA e 1492 do AC ou 345 do PA em que declara não haver excedentes não utilizados em relação às 785 ton/dia da Ultrafertil- com exceção das 170 ton/dia de Cubatão - e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais,. a serem analisados estes juntamente à Ultrafertil e que existe um grande manancial de CO₂ ocioso, embora comprometido contratualmente com o Grupo WM/LCI. (...)

Considerados todos os documentos coligidos aos autos, todos os elementos de prova carreados, todas as razões alegadas e a conjuntura de mercado de gases, em especial de CO₂, restou inquestionável a conclusão de que a Representada incorreu em infrações da Ordem Econômica conforme disposto no artigo 20. incisos 1, II e IV combinado com artigo 21. inciso V; VI e XV da Lei nº 8.884/94 quando, no mínimo, entre o período de 26/03/97, data em

² A Representada trás ao conhecimento desta SDE a seguinte informação:

que a Requerente comunica ter desobrigado-se de relação contratual, perante a SEAE, do excedente de 170 tpd da Ultrafertil (fl. 468 do AC ou 327 do PA) e 01/10/97, data em que a Ultrafertil declara ter recebido proposta de alteração contratual por parte da Requerente (/l. 1665 do AC ou 353 do PA) - aproximadamente -6 meses, manteve sob sua disposição, a maior fonte de matéria-prima brasileira de subproduto -CO₂, sem utilizar quantidade expressiva -170 tpd. De CO₂ (equivalente a 10% do mercado brasileiro naquele período) que, assim, 'estiveram indisponíveis no mercado, quando havia terceiro interessado - Messer - que, em consequência se houve prejudicado em contratar aquela Fonte da Ultrafertil em função do comprometimento contratual desta última com a Representada.

Do exposto, ainda, sugere-se sejam aplicadas as sanções legais referidas em conformidade ao artigo 23, inciso I da Lei nº 8.884/94 c/c artigo 24, inciso I.

Da mesma forma, sugere-se a aplicação de multa diária conforme o art. 26 da Lei nº 8.884/94 em função de terem sido prestadas informações enganosas ao SBDC."

23- O presente Processo Administrativo foi distribuído ao ilustre Conselheiro Mércio Felsky e, a seguir, enviado a esta Procuradoria para análise e emissão de parecer jurídico.

II- DAS PRELIMINARES

II.1- DA INCONSTITUCIONALIDADE.

24- Como preliminar (fl. 268), a Representada alega que o processo administrativo previsto na Lei nº 8.884/94 constitui infração ao princípio do Juízo Natural, estabelecido na Constituição art. 5º., inciso LIII, que prescreve que "ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente".

25- Aduz a Representada que tal vício se materializa na dicotomia entre os diversos órgãos SDE e o CADE, de modo que, "a autoridade que processa (SDE) não julga e aquela (CADE) que julga não processa (...)". Eis o teor de suas argumentações:

"Não se compreende, pois, que uma autoridade ou órgão julgante, como é o CADE, sem ter presidido à colheita de provas, venha proferir decisão como os graves consectários dela decorrentes" (fl. 269).

26- Ora, tal preliminar revela que a Representada equivocadamente toma o princípio da identidade física do juiz como se fosse o princípio do juízo natural. O princípio do juízo natural é aquele que veda juízo de exceção e exige uma repartição prévia e clara de competências jurisdicionais, com intenção de evitar arbitrariedades do Poder Público e garantir a imparcialidade dos julgados. Tais condições são plenamente atendidas pela Lei nº 8.884/94, como se vê da leitura dos arts. 7º, incisos II, III, V e VI; e art. 14, incisos III, VI, VIII, X e XII.

27- Sobre o princípio da identidade física do juiz, constante do art. 132 do Código de Processo Civil, vale dizer que se trata de um princípio geral, previsto apenas em lei ordinária, de mesma hierarquia da Lei nº 8.884/94. Este diploma legal, por lei especial, deve ser aplicado aos procedimentos nela previstos, em detrimento da regra inscrita no art. 132 do C PC. Dessa maneira, fica garantido é a Lei nº 8.884/94 que fixa o due process of law específico para apuração de infrações contra a ordem econômica. Neste sentido, entendo não procede esta primeira preliminar.

II.2- DA INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE:

28- Alega a Representada que o sistema de defesa da concorrência é incompetente para conhecer a matéria constante do presente Processo Administrativo, posto que, segundo ela, trata-se de interesse "meramente comercial" (fl. 272) - vale dizer, privado - da Representante.

29- Esta Procuradoria entende que a alegação não merece prosperar, isto porque, a defesa da concorrência é uma atividade do Estado que se insere na moderna tutela de interesses diferenciados. Vale dizer, à Lei nº 8.884/94 também se aplicam os mecanismos legais de proteção de interesses difusos de toda a coletividade. A própria lei, em seu art. 1º Parágrafo único, afirma ser a coletividade a titular dos bens jurídicos que visa proteger .

30- Assim, os órgãos de defesa da concorrência têm não só competência, mas também dever de apurar, e, em consequência, conhecer de todos os casos que possam limitar ou restringir a livre concorrência.

31- Para fins de aplicação da Lei nº 8.884/94, não importa que os fatos também acarretem, além de infração à ordem econômica, lesão a direitos privados individuais. Em tais situações, a Lei nº 8.884/94 prevê em seu art. 29 faculta a qualquer prejudicado a possibilidade de discutir sua pretensão perante o Poder Judiciário.

32- De qualquer maneira, constituindo a prática lesão a direitos individuais ou não, têm o CADE e a SOE o dever de conhecer e apurar as denúncias de infração à ordem econômica, posto que se tratam de infrações a interesses difusos, matéria da competência dos órgãos de defesa da concorrência, que desempenham este mister em nome da coletividade.

II.3 -DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL:

33- Esta Procuradoria entende que o Processo Administrativo de que trata a Lei nº 8.884/94 não é, como insiste a Representada, "processo penal-econômico" (fl. 272). A atividade judicante do CADE dá origem a um ato administrativo, este sim dotado, eventualmente, de cunho punitivo-repressivo.

34- A Representada alega ser "inepta" a peça acusatória inicial, o despacho de fl. 249 que instaurou este Processo Administrativo, invocando como supedâneo legal o art. 41 Código de Processo Penal e art. 282, inciso III do Código de Processo Civil c/c art. 83 Lei nº 8.884/94.

35- Sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, noto que não há previsão legal para tanto, eis que o art. 83 da Lei nº 8.884/94 estabelece a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347/85 e 8.078/90, sem mencionar o diploma processual penal.

36- No que toca à aplicação do Código de Processo Civil, este só deve ser aplicado em caso de omissão da Lei 8.884/94 e, mesmo assim, desde que não contrarie suas disposições especiais. Neste diapasão, saliento também a diferença entre o processo civil comum e o processo administrativo da Lei nº 8.884/94. Para o processo civil, existe sempre uma lide, isto é, uma pretensão do autor resistida pelo réu. Para solucionar este conflito de interesses, o autor ingressa com um pedido de tutela jurisdicional frente ao Estado-juiz.

37- Já no processo administrativo do CADE não há que se falar em lide. Trata-se do Estado cumprindo seu dever de zelar por uma ordem econômica que respeite a livre concorrência, cumprindo o princípio constitucional inscrito no art. 170, inciso IV e art. 173, § 4º, todos da Constituição Federal.

38- A suposta inépcia da peça inicial decorreria, segundo a Representada, da ausência dos fundamentos de fato e de direito, que constituem a causa de pedir. Devo salientar que a instauração de Processo Administrativo pode ser iniciada de ofício, pelo próprio Secretário de Direito Econômico, ou através de representação que denuncie uma prática abusiva. Ademais, a Lei nº 8.884/94 dispõe que o Processo Administrativo será instaurado por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados pela autoridade antitruste.

39- Este despacho é o ato administrativo que dá início ao Processo Administrativo, momento em que a autoridade reconhece que há indícios de infração a merecer análise. Em outras palavras, não é a representação que dá início à instauração, como sói acontecer no processo civil. Deste modo, a representação não se submete a requisitos estritos de validade segundo as normas do processo civil comum, funcionando como uma "notitia" para a autoridade antitruste. Assim, não procede esta preliminar.

II.4 -DA NULIDADE E FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO INSTAURADOR:

40- Em outra preliminar, a Representada alega que o despacho da fl. 249 é nulo, posto que, além de não constar a assinatura do titular da SDE, encontra-se despido de fundamentação e motivação.

41- Entende esta Procuradoria que a falta da assinatura do Secretário constitui mera irregularidade, que não invalida o referido despacho. Ademais, a falta de assinatura é vício que pode, a qualquer momento, ser convalidado. Vejo que foi esta a atitude do i. Secretário, como se pode ver do despacho de fl. 305.

42- Seguindo decisões jurisprudenciais elencadas pelo próprio Secretário da SDE no referido despacho, esta Procuradoria qualifica a falta de assinatura como mera irregularidade formal, não havendo que se falar em nulidade (Ap. Cr. No. 9665/89, Reg. Do Acórdão no. 47.647, T. Crim., TJDF., Rei. Des. Carlos Augusto Machado Faria).

43- Ademais, mesmo entendendo que tal irregularidade não pode gerar a nulidade pretendida, vejo que à Representada foi proporcionada ampla defesa, direito efetivamente exercido através da peça de fls. 258/292. Fica claro, assim, que a irregularidade não causou prejuízo, dada a inexistência de cerceamento ao direito da Representada. Este argumento apenas fortalece a tese favorável à convalidação do despacho da fl. 249 pelo do despacho de fl. 305.

44- Quanto à falta de motivação e fundamentação, vejo que despacho da fl. 305 os incluiu em seu corpo, "in verbis ":

"Estarem presentes os indícios de demandam uma investigação dos fatos, em sede de processo administrativo. com vistas à apuração da existência de objeto ou efeito no mercado de CO2 das 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."

45- Desta forma, cumpridos todos os requisitos para a instauração válida do Processo Administrativo, ficam convalidados todos os atos anteriormente praticados, forte, também, no princípio da instrumentalidade das formas, que prescreve que se um ato processual cumpriu sua função, não se deve anulá-lo, mas sim, convalidá-lo, se o vício que o acomete for suscetível de convalidação. É precisamente este o caso.

II.5- AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO:

46- A alegada inépcia na inicial resultaria, de acordo com a Representada, em extinção do presente processo administrativo sem julgamento do mérito, seguindo o Código de Processo Civil art. 267, inciso IV.

47- Como ficou demonstrado no item III supra, a inicial - se é que pode ser assim chamado o despacho que instaurou o presente Processo Administrativo - não é inepta e, em consequência, o processo não é nulo, devendo prosseguir .

48- Ademais, fortalecendo este entendimento, vê-se nos autos novo despacho do Secretário da SDE, fl. 305, que vem sanar qualquer defeito que porventura existente no despacho de fl. 249. Este novo despacho, no meu sentir, constitui-se em pressuposto válido para o prosseguimento do processo.

49- A Representada, em peça de defesa datada de 02 de setembro de 1998 - onde insiste em afirmar que não houve *due process of law* - levantou mais três elementos que, segundo seu entendimento, constituiriam, mais uma vez, ausência de pressupostos processuais para o desenvolvimento deste processo.

50- De início, alega que a substituição do inciso XVIII pelo XV, ambos do art. 21 da Lei 8.884/94, operado através do segundo despacho do Secretário da SDE, acarreta *reformatio in pejus*.

51- Salvo melhor apreciação do tema, entendo que 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.

52- A Representada alega também que o despacho de fl. 305 fere os princípios da imutabilidade -Código de Processo Civil art. 303 - e da irretratabilidade - Código de Processo Penal art. 42. Sobre este último, já é sabido que o Código de Processo Penal não é fonte subsidiária para o Processo Administrativo, diante da redação clara do art. 83 da Lei nº 8.884/94. Fica, deste modo, afastado o princípio da irretratabilidade da matéria, tratada na Lei nº 8.884/94.

53- Sobre a aplicação subsidiária do c PC, cumpre . lembrar que esta só pode ser realizada desde que não contrarie norma especial da própria Lei nº 8.884/94, quer em um dispositivo específico, quer em sua análise global.

54- Assim, as razões que informam o presente Processo Administrativo são totalmente diferentes das que informam o processo civil. O primeiro tem em vista a defesa de bens jurídicos, cuja titularidade cabe à coletividade, onde o Estado-Administração desempenha função de defesa de um interesse difuso. No segundo, há um conflito de interesses particulares.

55- Desta maneira, não se pode invocar a ~ aplicação subsidiária do Código de Processo Civil com a única e exclusiva intenção de desnaturar o Processo Administrativo regulado pela lei antitruste, impondo a ele princípios que não se coadunam com sua ratio legis. O princípio da imutabilidade foi idealizado para aplicação em um processo jurisdicional, o processo civil. Estendê-lo à sede administrativa da lei antitruste seria impor às razões que nortearam a criação da Lei nº 8.884/94 um golpe fatal, retirando dela toda eficácia na proteção da livre concorrência e livre iniciativa.

56- Por fim, alega a Representada que o processo em curso esta maculado pela ausência de exordial acusatória, já que a abertura deste processo foi sugerida pela Inspeção-Geral, órgão incompetente para tal. Aduz a Representada que apenas o DPDE poderia sugerir ao Secretário da SDE a instauração do Processo Administrativo. O fato de este processo administrativo ter sido instaurado em decorrência de proposição da Inspeção- Geral da SDE não implica ausência de competência, já que esta Inspeção- Geral é órgão integrante da SDE.

57- A Portaria no. 753/98 do Ministério da Justiça, em seu art. 2º, prevê que "compete à SDE instaurar de ofício ou mediante representação os procedimentos administrativos destinados a apurar e prevenir infrações contra a ordem econômica, nos termos do seu regimento Interno.

58- Assim, agindo a Inspeção-Geral, é como se a própria SDE estivesse agido no exercício de atribuições que lhe foram conferidas pela Portaria acima. Isso se dá porque os órgãos da Administração Pública Direta não têm personalidade jurídica própria. Assim, ao agir, agem em nome do Estado e por

ele praticam estes atos. Este entendimento alinha-se com a lição de Hely Lopes Meirelles que se segue:

"A atuação dos órgãos é imputada à pessoa jurídica que eles integram, mas nenhum órgão a representa juridicamente. (...)

Não há entre a entidade e seus órgãos relação de representação ou de mandato. mas sim de imputação. porque a atividade dos órgãos identifica-se e confunde-se com a da pessoa jurídica. Daí por que os atos dos órgãos são havidos como da própria entidade que elas compõem".

59- Fortalecendo este posicionamento, temos o ato do Secretário da SDE de fl. 305, ratificando toda a atividade processual desenvolvida. Frise-se que o Secretário ratificando e toma este ato perfeito e acabado. Por todos os argumentos levantados, não pode esta preliminar ser aceita, sob nenhum dos argumentos trazidos pela Representada, devendo o processo prosseguir.

II.6- INÉPCIA DA REPRESENTAÇÃO E DA NECESSIDADE DE GARANTIA DE SIGILO:

60- A Representada invoca, ainda em preliminar, a inépcia da representação que deu origem a este Processo Administrativo, visto que traz discussão, em sede de controle repressivo de condutas, algo que só deve ser tratado em controle preventivo. Afirma que a representação não aponta fato anti-concorrencial da Representada, mas somente investe contra a operação celebrada entre WHITE MARTINS e LIQUID CARBONIC.

61- Alega, ainda, que as intenções da Representante dizem respeito à obtenção de informações sigilosas, a cujo acesso foi impedida no Ato de Concentração.

62- Quanto a esta última consideração, entendo que a Representada pode, a fim de preservar a confidencialidade de certos dados, requerer o sigilo de informações, na forma da lei, que, uma vez fundamentado e justo, será deferido. Deste modo, a presença de informações sigilosas no Processo Administrativo não obsta seu prosseguimento, já que estas podem ser juntadas em apartado confidencial, inacessível aos concorrentes da Representada.

63- No que toca à inépcia da representação, entendo que este instituto não existe, à luz da lei n.o 8.884/94 e da sua sistemática. A inépcia é instituto de natureza processual civil, eminentemente, criado para preservar a autoridade julgadora da precariedade e do constrangimento em apreciar questão de

interesse particular sem que existam condições de identificar os fatos, aplicar o direito, ou ainda compreender o interesse almejado.

64- Ocorre que, no âmbito do Processo Administrativo regulado pela lei nº 8.884/94, a suscitada inépcia não tem sentido. O interesse público que informa e motiva o processo afasta qualquer hipótese de julgamento avesso aos fatos, à lei ou ao interesse tutelado. A diferença justifica-se, porque, enquanto no processo civil a identificação dos fatos, depende da ação das partes; no processo administrativo de defesa da concorrência, é dever do Estado buscar a verdade acerca dos fatos e submetê-los à lei.

65- Ainda assim, a respeito da representação, não há dúvida que ela aponta matéria de fato sobre a qual pesa a suspeita de prática anticoncorrencial já identificada no corpo de Ato de Concentração envolvendo a WHITE MARTINS e a LIQUID CARBONIC. Nestes termos, afirma a representante à fl. 08:

"Praticamente todas as fontes geradoras de subproduto [que são as fontes de matéria prima economicamente viáveis] estão comprometidas contratualmente com a representada."

66- Adiante, a Representada afirma que durante as negociações com a Ultrafertil para fornecimento de matéria-prima, exerceu sua preferência na compra do fornecimento total do insumo, frustrando a entrada da Representante.

67- Ao mesmo tempo, a Representada, por não ter capacidade instalada para beneficiar todo o montante de matéria-prima disponibilizado, dispersava no ar o excedente, pelo qual pagava, mas não utilizava por falta de estrutura de beneficiamento.

68- Tudo isso, segundo a requerente, com a finalidade de afastar e impedir a concorrência, o que caracterizaria prática de impedir o acesso de novas empresas no mercado, impedir o acesso às fontes de matéria prima e açambarcamento ilícito, tal como definidos nos incisos IV, VI e XV do art. 21, combinados com os incisos I, II e IV do art. 20 da Lei 8.884/94. (fl. 14).

69- Deste modo, além do instituto de inépcia não ser aplicável à representação, esta, efetivamente, traz elementos de fato sobre os quais pesa a suspeita de anticoncorrenciais, contrariamente ao que alegou a Representada. Mais, ainda deu a eles a qualificação jurídica. Com tais razões, não procede esta preliminar.

II.7- MENÇÃO EQUIVOCADA A OUTROS PROCESSOS SOFRIDOS PELA REPRESENTADA:

70- A Representada alega que a nota técnica da Sra. Inspectora-chefe, Dra. Magali Klalmic, ao Sr. Secretário da SDE, Sr. Ruy Coutinho do Nascimento, fere o art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que afirma que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória", ao fazer menção a outros processos movidos contra a requerida. pedindo seja suprimida dos autos tal menção.

71- Esta preliminar também não procede. Em primeiro lugar, os outros processos administrativos, vale lembrar- não são instrumentos jurídicos aptos a gerar uma sentença penal condenatória a que alude o dispositivo constitucional.

72- Relembre-se que o Processo Administrativo para apuração de conduta lesiva à concorrência, de competência da SDE, SEAE e CADE, tem natureza jurídica de ato administrativo, e não um "processo penal-econômico " como insiste a Representada.

73- Seu resultado, por conseqüência, é uma obrigação de dar quantia certa. fazer, ou não fazer, constituindo título executivo extrajudicial, consoante art. 60 da Lei nº 8.884/94, e não uma sentença, ainda menos sentença penal condenatória.

74- Tal entendimento é reforçado pelo fato de que a decisão do CADE poder ser atacada no Poder Judiciário perante um juiz monocrático, isto é, perante a primeira instância jurisdicional, o que prova a natureza jurídica administrativa da decisão do CADE.

75- Em segundo lugar, a Nota Técnica referida afirma com clareza meridiana que:

"No caso da empresa denunciada. seu histórico nesta secretaria. aponta cinco processos administrativos em curso, além de várias denúncias. versando sobre práticas de abuso de posição dominante e cartelização."

76- Desta maneira, a nota técnica apenas traduz fielmente o que está ocorrendo: cinco processos em curso, em outras palavras, sem decisão final do CADE, o que não afrontaria o texto constitucional, mesmo que estes Processos Administrativos tivessem natureza jurídica penal.

77- Aceitar tal alegação como inconstitucional seria fulminar com o vício da inconstitucionalidade qualquer tipo de certidão sobre a existência de

processos em andamento. Sem prejuízo do que foi dito, citamos os Processos Administrativos envolvendo a Representada que se encontram em curso: PA 08000.002541/95-18; PA 08000.016113/94-83; PA 08000.020849/96-18 e PA 0800.022487/97-81, além do presente.

III- DO MERCADO RELEVANTE

78- À luz do disposto no r. voto condutor decisão do Ato de Concentração nº 78/96, acolho a definição de mercado relevante do produto e geográfico dada naquele feito.

79- A denúncia de açambarcamento de matéria- prima é prática que se insere no mercado de gás carbônico da Região Sudeste, nos termos do citado voto "in verbis ":

"3.1.1. GÁS CARBÔNICO:

Trata-se de um tipo de gás não inflamável, incolor e inodoro. Sob certas condições de temperatura e pressão, pode apresentar-se no estado gasoso, líquido ou sólido (gelo seco).

Quando processado, o CO2 pode ser utilizado em diversas aplicações industriais. (...)

Vale observar que o CO2 é um produto homogêneo. Sua diferenciação ocorre na prestação de serviços e no fornecimento de soluções técnicas na distribuição que otimizem os processos produtivos de seus clientes.

O CO2 pode apresentar substitutos em algumas aplicações, tais como o uso de ácidos minerais (clorídrico, sulfúrico, etc.) no controle de Ph, de argônio no processo de solda, de resinas na fabricação de moldes e de nitrogênio no resfriamento, moagem, atmosfera protetora e atordoamento de aves. Não há dados nos autos que informem o grau de substituíbilidade técnica e econômica destes produtos e, portanto, saber se são "bons substitutos " do CO2. Entretanto, deve-se destacar que inexistem produtos substitutos na principal aplicação de CO2, a carbonatação de bebidas, que responde por mais de 50% do volume de vendas do produto.

O CO2 é obtido a partir das seguintes tecnologias:

a) Combustão:

É a tecnologia mais antiga e relativamente mais ineficiente para grandes escalas de produção. Em algumas regiões, em razão da falta de dispo-

nibilidade de indústrias, o processo de combustão de matérias orgânicas, como óleo combustível, gás natural, carvão, cavacos de madeira, etc, é bastante utilizada. Entretanto, o CO₂ gerado possui alto grau de impureza, o que ocasiona elevados custos em separação e purificação. Ao contrário da planta de by product, possui a vantagem de possibilitar a localização da planta junto ao consumidor, reduzindo os custos de distribuição.

b) By-product:

No processo de by-product, o CO₂ é obtido a partir dos resíduos de indústrias de outro produto que não o CO₂. É o processo mais empregado no Brasil, sendo o custo do processo de produção de CO₂ mediante esta tecnologia cerca de 60% inferior àquele resultante do processo de combustão (informação prestada pelas Requerentes na audiência pública realizada em 01 de dezembro de 1998).

Esta tecnologia implica na instalação da fábrica de CO₂ próxima à indústria fornecedora da matéria-prima e na elaboração de contratos de fornecimento de longo prazo. O grau de pureza do CO₂ varia com a fonte de subproduto utilizada. Vale dizer, nas plantas de by-product, o CO₂ é canalizado até a fábrica, onde será processado e armazenado.

As fontes de by-product provêm de dois segmentos:

- indústrias de fermentação, como, por exemplo, cervejarias e usinas de açúcar e álcool:

- plantas industriais, como as de hidrogênio, gás sintético, amônia ou refinarias de petróleo, onde o CO₂ é resultante de processos químicos.

Pelas informações obtidas junto às Requerentes e outros concorrentes nas diversas audiências realizadas, embora a planta de combustão possa apresentar vantagens em termos de redução de custo de transporte, sendo usada para fornecimentos do tipo on site, ou em regiões de estrutura industrial pouco desenvolvida (e, portanto, com escassas fontes de sub-produto), não é capaz de competir, na região Sudeste, com plantas de CO₂ de tecnologia by product. (...)

Quanto ao CO₂, o mercado geográfico relevante também deve ser definido, no máximo, regionalmente. Em audiências realizadas no CADE, as empresas AGA (12/11/98) e Air Líquide (10/11/98), consideraram seus raios de atuação em cerca 300 km. De acordo com a AGA, somente numa emergência o mercado de São Paulo poderia ser atendido por uma fábrica no RJ (onde se localiza a planta da AGA). Na audiência pública de 01/11/98, a AGA afirmou poder atender clientes distantes até 800 km da sua planta. Já na mes-

ma audiência, a BOC Gases afirmou que a distância economicamente viável é de 400 km.

A SDE ainda realiza as seguintes considerações adicionais: "Observe-se, porém, que o Paraná está incluído na região Sudeste, uma vez que a fonte de Araucária- PR está no raio de 500 Km discutido acima para o mercado consumidor de São Paulo (o maior do país), da mesma forma a fonte da Peróxidos de Curitiba."

Tendo em vista esses argumentos, a Procuradoria do CADE afirma:

"121- (...) deve-se

reconhecer como mercado relevante geográfico deste Ato de Concentração a Região Sudeste, compreendida pelos consumidores localizados nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, haja vista que tais clientes se encontram no raio de distância, dentro do qual o transporte de gás carbônico é economicamente viável.

122- Em consonância com o parecer da SDE, fls. 4.104, deve ser incluído no mercado relevante geográfico o Estado do Paraná, tendo em vista a localização da planta da Ultrafertil na cidade de Araucária, que se encontra no raio de 500 Km de distância do centro consumidor "

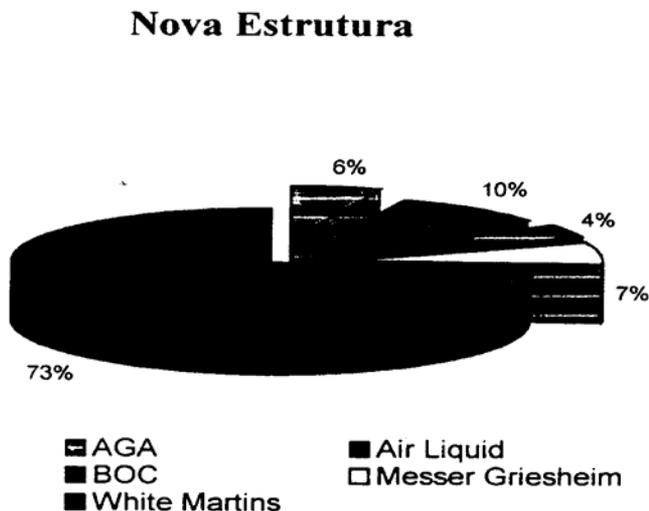
80- Em termos de estrutura de mercado, pode-se ver, em breve retrospectiva, que o setor foi, durante anos, monopólio da empresa LIQUID CARBONIC. Em 1995, a WHITE MARTINS passou a produzir gás carbônico na Região Sudeste, fato que foi alcançado com a construção de uma planta by-product de purificação e liquefação, com capacidade de produção de 200 ton/dia.

81- Tal planta está localizada nas adjacências da unidade industrial da Ultrafertil, empresa fornecedora da matéria-prima, cujo suprimento é estabelecido em contrato.

82- Em janeiro de 1996, a WHITE MARTINS adquiriu o controle acionário da LIQUID CARBONIC e passou a deter o monopólio no mercado de gás carbônico na Região Sudeste.

83- Deste período até os dias de hoje, outros grupos, até então não atuantes no mercado, ingressaram no setor de produção de gás carbônico.

Assim, trago para este parecer as atuais participações de mercado das empresas concorrentes³, a saber:



84- Além da estrutura de mercado altamente concentrada, a análise do mercado de CO₂ identificou a existência de elevadas barreiras à entrada no setor. Tais são estas barreiras, a saber:

- 1- Capacidade ociosa elevada das plantas de gás carbônico;
- 2- Dificuldade de acesso à matéria-prima;
- 3- Dificuldade de acesso à clientela.

85- No que se refere à dificuldade de acesso à matéria-prima, tal fato se dá, indubitavelmente, em razão da escassez de fontes de CO₂ bruto economicamente viáveis para a produção de gás carbônico no sistema "by-product".

86- Nos autos do Ato de Concentração, a adquirente WHITE MARTINS sustentou a existência de várias fontes alternativas, com larga escala de produção, o que refutaria a existência da escassez⁴.

³ Os dados de market share apresentados foram colhidos da análise do Ato de Concentração nº 78/96, envolvendo a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins.

87- A argumentação da WHITE MARTINS não pôde prosperar, diante de outras informações trazidas que comprovaram que a escassez de fontes de gás carbônico na Região Sudeste é um fato que dá a característica mais importante deste mercado.

88- De fato, vários são os processos industriais que geram CO₂ como subproduto. No entanto, nem todos são economicamente aproveitáveis e, portanto, nem todas as fontes de gás carbônico apresentam viabilidade do seu aproveitamento industrial.

89- Algumas fontes não são economicamente viáveis, dado o baixo teor de pureza do CO₂ gerado; outras, porque o volume de gás carbônico gerado é reduzido e outras, ainda, porque a corrente de gás carbônico é fornecida temporariamente, muitas vezes em razão das paralisações para manutenção dos equipamentos da indústria.

90- Neste contexto, ressalte-se as características da fonte de gás carbônico da Ultrafertil, que demonstram a sua importância estratégica: alto grau de pureza da corrente de gás bruto, cerca de 98%; elevado volume de subproduto disponibilizado, na casa das 635 ton/dia; curtos períodos de interrupção de fornecimento de matéria-prima, além da sua excelente localização, próxima do principal centro consumidor, que favorece a distribuição do CO₂ aos clientes do mercado geográfico.

91- Assim, a WHITE MARTINS detém duas plantas de produção de gás carbônico, que utilizam a fonte da Ultrafertil: uma planta foi construída pela própria WHITE MARTINS, com capacidade para produzir 200 ton/dia; a outra planta pertencia à LIQUID CARBONIC e passou às mãos da WHITE MARTINS a partir da operação, com uma capacidade produtiva de 265 ton/dia⁵.

92- Desta forma, a WHITE MARTINS possui, hoje, dois contratos de fornecimento de gás bruto, cada um relativo a uma das suas plantas. Veja a situação destas plantas, a saber:

⁴ A WHITE MARTINS apresentou estudo técnico elaborado pelo INT Instituto Nacional de Tecnologia, que elenca todos os processos industriais que geram corrente de dióxido de carbono, sem, contudo, analisar a viabilidade econômica de cada uma das fontes enumeradas.

⁵ Mais que isso, a WHITE MARTINS possui, também, uma planta de gás carbônico na unidade da Ultrafertil em Araucária.

Quadro de Capacidade Ociosa das Plantas na Ultrafertil

Ano Contratual	Unidade Produtora	Capacidade média passível de utilização comercial T./dia	Adquirente	Volume Contratual Disponível t./dia	Média Anual de consumo da White Martins e Liquid Carbonic t./dia	Volume médio não consumido t./dia
01/07/97 a 30/06/98	Complexo Cubatão SP	635	White Martins	370 até 10/12/97 200 após 10/12/97	59,7 63,5	310,3 136,5
			Liquid Carbonic	265	106,3	158,7
	Complexo Araucária PR	150	Liquid Carbonic	150	67,2	82,8

93- Ressalte-se que a dificuldade de acesso à matéria-prima, caracterizada como uma barreira à entrada de novos concorrentes, é condição estrutural convergente com a denúncia de açambarcamento de matéria-prima. Neste sentido, leia-se o que esta Procuradoria⁶ aduziu sobre a questão quando da análise do referido Ato de Concentração, "in verbis ":

151- Outra barreira identificada na análise refere-se à escassez da matéria-prima. eis que a produção de gás carbônico mais econômica pauta-se no aproveitamento de subproduto. Desenvolveu-se nos autos extensa averiguação. a fim de constatar a escassez ou não da matéria-prima. De um lado, pugna a WHITE MARTINS pela abundância das fontes de CO₂, de outro lado, denunciam as demais empresas a escassez do insumo e a conduta restritiva da WHITE MARTINS. visando dificultar ainda mais o acesso à matéria-prima.

152- Neste ponto, a discussão acerca da escassez de matéria-prima passou a ser extremamente técnica. Foram enumerados os diversos processos químicos que geram corrente de gás carbônico. identificando-os com o grau

⁶ Parecer n° 244/99, da lavra desta signatária.

de pureza do subproduto. a quantidade ofertada diariamente e a empresa detentora do contrato de fornecimento, a saber: (...)

153- Nesta mesma linha de raciocínio tanto a SEAE quanto a SDE reconheceram a escassez como uma barreira, impondo à requerente WHITE MARTINS condições para a aprovação do ato de concentração nos seguintes termos:

1- Deixar a WHITE MARTINS de participar de concorrências futuras para a aquisição de gás carbônico;

2- Eliminar dos contratos de fornecimento as cláusulas que façam referência a exclusividade de acesso ao insumo.⁷"

94- Da mesma forma, o teor das restrições apostas à aprovação da operação pela SEAE também convergem para a questão da escassez de matéria-prima como barreira à entrada de novos concorrentes no mercado de gás carbônico. Assim, este parecer⁸ considerou que a cláusula de exclusividade no contrato de fornecimento de CO2 bruto dificultava ainda mais o acesso a insumos economicamente viáveis, de modo que tais foram as condições sugeridas pela SEAE:

"Por último, o contrato assinado pela Ultrafertil e White Martins, datado de 25 de novembro de 1994, previa o fornecimento de 200 tpd de CO2 da primeira para a segunda, pelo prazo de 10 anos, prorrogáveis por mais de 5 anos. Esse contrato de fornecimento viabilizou a construção da unidade da White Martins, que passou a funcionar em 1996. Porém, após a aquisição da Liquid Carbonic, o contrato sofreu aditamento. em 1º de julho de 1997, que modificou seu prazo para 10 anos, prorrogáveis por mais 10 anos, além da inclusão da cláusula 9.2. que prevê que "A FORNECEDORA disponibilizará o excedente que porventura dispuser, observando-se, para tanto, as mesmas condições ora pactuadas". O efeito da inclusão dessa cláusula foi a recusa da Ultrafertil à Messer afirma que "estamos compromissados com a White Martins/Liquid Carbonic nos próximos 10 (dez) anos em toda a nossa disponibilidade de CO2". Parece evidente que a interpretação da Ultrafertil é a de que a cláusula 9.2 dá a exclusividade de todo o seu insumo para a White Martins, apesar desta última entender que se trata apenas de uma cláusula de "direito à

⁷ A cláusula de exclusividade foi objeto de representação perante os órgãos de defesa da concorrência instaurada pela Messer Griesheim, dando origem ao PA nº 08000.022579/97-05.

⁸ Parecer Técnico nº 74/97, de autoria do ora Conselheiro Ruy Santacruz.

primeira recusa" (vide item VII.1 deste parecer). A exclusividade sobre um insumo do qual não se faz uso tem por objetivo impedir seu acesso a concorrentes potenciais. Dessa forma, seguindo a interpretação da Ultrafertil sobre a cláusula 9.2, a White Martins teria buscado levantar barreiras á entrada de novos competidores no mercado de gás carbônico.

Uma estratégia de garantir insumos no futuro e/ou de impedir o acesso deste por parte de concorrentes só faz sentido se tais recursos não forem amplamente ofertados. Nesse sentido, a prestação da White Martins em modificar as cláusulas de seu contrato de fornecimento de CO2 com a Ultrafertil, após assumir o monopólio no mercado de gás carbônico da região sudeste, seria uma evidência da sua importância estratégica e, logicamente, da dificuldade da sua obtenção. (...)

95- Mais adiante e, em sintonia com o que se lê acima, o mesmo opinativo econômico aduz mais considerações e conclui, "in verbis":

Diante da confirmação da inexistência de novas fontes de insumos para a produção de CO2, e do domínio por parte da White Martins do excedente ainda disponível na Ultrafertil, a redução da concorrência efetiva não seria compensada por . uma concorrência potencial vigorosa e, nesse caso, a operação da forma como foi apresentada elevaria substancialmente o poder de mercado das requerentes e não poderia ser aprovada. Sendo assim, uma possibilidade a ser analisada seria a aprovação da operação mediante o compromisso da White Martins em abrir mão do controle sobre os excedentes de CO2 da Ultrafertil ainda não utilizados, o que certamente conduziria a pelo menos uma nova entrada no mercado.

Dois fatos contribuem para a conclusão de que esse .compromisso seria necessário. Em primeiro lugar, deve ser ressaltado o comportamento dos preços do gás carbônico na região sudeste, após a aquisição em análise. O retorno dos preços para os elevados níveis anteriores à entrada da White Martins seria um indicador da existência de barreiras ao ingresso de novos produtores que permitiria ao monopolista (ou detentor de forte posição dominante) manter esse nível de preços. Nesse sentido, a intervenção antitruste, à luz do artigo 54 da Lei 8.884/94, não seria sequer preventiva. uma vez que o uso do poder de mercado por parte do novo monopolista já estaria sendo observado.

Em segundo lugar, deve ser considerada a cláusula de exclusividade contida no termo de aditamento ao contrato assinado pela White Martins e Ultrafertil que se constitui claramente numa tentativa da primeira de manter algum grau de controle sobre a oferta de insumos. A rapidez com que a White Martins procurou dificultar aos concorrentes o acesso ao excedente de insumo

disponível na Ultrafertil é evidência da sua importância estratégica neste mercado e da dificuldade de acesso a outras fontes de insumo na região sudeste. É importante ressaltar que como consequência dessa exclusividade a Ultrafertil negou insumo à Messer Griesheim do Brasil, impedindo a entrada de mais um concorrente neste concentrado mercado." (Grifou-se)

96- A análise daquele Ato de Concentração identificou outra barreira à entrada de novos concorrentes, que é a elevada capacidade ociosa das plantas de gás carbônico da WHITE MARTINS, fato que ficou cabalmente comprovado pelos dados apresentados pela Ultrafertil. Neste diapasão, leia-se as conclusões do voto do i. Conselheiro-Relator do referido Ato de Concentração, "in verbis":

"Considerando, por exemplo, uma taxa de crescimento de 10% a.a. (hipótese extremamente otimista tendo em vista o atual quadro econômico), e que a planta da White Martins opera com capacidade ociosa média de 60% (em relação à capacidade vendável -160 tpd), esta planta apenas alcançaria o teto de sua capacidade daqui a 9 ou 10 anos. A planta da Liquid Carbonic tem uma performance média muito melhor (71,4% entre julho de 1996 e junho de 1997), embora tenha reduzido significativamente sua produção em julho e agosto de 1997."

IV- DA ANÁLISE DA CONDUTA RESTRITIVA:

97- O mercado de gás carbônico é um setor altamente concentrado, no qual a WHITE MARTINS exerce inquestionável liderança de mercado, além de que este setor apresenta consideráveis barreiras à entrada de novos players.

98- Neste ponto, importante diferenciar, de um lado, as barreiras próprias, peculiares, inerentes ao mercado relevante de gás carbônico e, de outro lado, as barreiras originárias de uma prática ou de uma ação de um agente econômico.

100- Assim, a escassez de matéria-prima na Região Sudeste é uma característica própria do mercado de CO₂ e é provocada, em grande medida, pela estrutura de produção de gás carbônico baseada no aproveitamento de subproduto gerado por outras indústrias.

101- Ou seja, a quantidade de matéria-prima ofertada para produção de gás carbônico depende diretamente do número de empresas geradoras de

corrente de gás carbônico bruto como um resíduo de seus processos químico-industriais. Nos Estados Unidos, diversamente do que ocorre aqui, o gás carbônico é fartamente encontrado, fato este que se atribui ao estágio de evolução da indústria norte-americana. No Brasil, tal não se apresenta e a Região Sudeste caracteriza-se pela escassez de fontes de CO2 bruto.

102- Neste contexto de escassez de matéria-prima, outra barreira vem somar-se para dificultar ainda mais a entrada de novos players. Esta barreira consiste na elevada capacidade ociosa das plantas da WHITE MARTINS, especialmente as plantas que exploram CO2 fornecido pela Ultrafertil, o insumo de maior teor de pureza.

103- Na mesma linha da análise do Ato de Concentração, é forçoso reconhecer que a capacidade ociosa nas unidades de produção de dióxido de carbono é uma barreira à entrada provocada pela WHITE MARTINS, que inibe a entrada de novos concorrentes. Diante da iminência da entrada de um novo player, pode a empresa líder passar a produzir mais, ocupando capacidade instalada ociosa e, conseqüentemente, influenciando na redução de preços.

104- Da mesma forma, a cláusula de exclusividade sobre um excedente de matéria-prima, que a planta não tem condições de utilizar - porque superior a sua capacidade instalada - é outra forte barreira à entrada de novos concorrentes.

105- É também inequívoco que tal barreira decorre direta e exclusivamente de um ato voluntário da própria empresa, que firmou aditamento ao contrato de fornecimento de matéria-prima com a Ultrafertil, com a finalidade específica de incluir tal cláusula.

106- Neste ponto, veja-se com maior detalhamento, a sistemática adotada no referido contrato, fls. 71/73⁹ e 134/1381¹⁰, quanto ao fornecimento de matéria-prima:

1- Cláusula 1.1: a WHITE MARTINS e a LIQUID CARBONIC passam a ter acesso a 785 (setecentos e oitenta e cinco) toneladas diárias do produto;

⁹ "Side Letter" relativa aos contratos de fornecimento de dióxido de carbono firmados por Ultrafertil S.A., White Martins Gases Industriais S.A. e Liquid Carbonic Indústrias S.A., datado de 1º de julho de 1996.

¹⁰ 1º Termo de Aditamento ao Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono (CO2) Firmado pela Ultrafertil S.A., e White Martins Gases Industriais S.A. em 25/11/1994, datado de 1º de julho de 1996.

2- Cláusula 2.1: o preço do produto, com pureza de 98%. é escalonado de acordo com o volume consumido pelas contratantes, a saber:

Até 80.000 ton/ano US\$ 26,00;

Acima de 80.000 a 160.000 ton/ano US\$ 23,40;

Acima de 160.000 US\$ 21,06.

3- Cláusula 2.2: o volume mínimo efetivamente consumido por ano deve obedecer a uma programação:

1º ano 125.000 ton/ano;

2º ano 145.000 ton/ano;

3º ano 160.000 ton/ano.

5- Cláusula 2.2.2.1: a Ultrafertil compromete-se em evitar paralisações simultâneas em suas unidades de amônia de Cubatão e Araucária.

6- Cláusula 2.1 do 1º Termo de Aditamento: o prazo de vigência do contrato é de 10 (dez) anos, contados a partir da assinatura do Termo, que é 1º de julho de 1996, prorrogável por mais 10 anos.

7- Cláusula 4.1 do 1º Termo de Aditamento:

8- Cláusula 9.2 do 1º Termo de Aditamento: a WHITE MARTINS passa a deter a exclusividade para compra de qualquer excedente.

107- De acordo com a clássica teoria dos contratos, todo contrato deve ser um acordo livre de vontades, que vise favorecer mutuamente ambos os contraentes. O sinalagma, "vínculo de reciprocidade ou interdependência que liga, no espírito das partes, as duas obrigações principais"¹¹ e a comutatividade, equivalência das prestações dos contraentes, são características dos atos jurídicos bilaterais.

108- Ora, de se ver que a cláusula de exclusividade favorece unicamente um dos contratantes, qual seja a WHITE MARTINS. O benefício auferido refere-se à garantia do suprimento de matéria-prima pelo prazo de 10 anos, ou ainda, à tentativa de "manter algum grau de controle sobre a oferta de insumos".¹²

109- O mesmo não se pode afirmar quanto à Ultrafertil. A referida cláusula de exclusividade não redundava em vantagem econômica supra-normal para a Ultrafertil. Mais ainda, para a empresa supridora de matéria-prima a exclusividade pactuada é até indiferente.

¹¹ In. CONRATO, Luiz Roldão de Freitas Gomes. Rio de Janeiro; Renovar. 1999.

¹² Cf. descreve o parecer da SEAE no Ato de Concentração nº 78/96

110- E isto tudo, frise-se, dentro de uma ótica privatística, que concilia interesses particulares no momento da celebração de um contrato.

111- No entanto, o conteúdo jurídico das cláusulas deve ser analisado também à luz do interesse coletivo, a fim de que o interesse particular não suplante o direito à livre concorrência e à livre iniciativa. Neste sentido, o interesse público sobrepõe-se ao interesse dos contratantes e o princípio da liberdade de contratar, inserto na máxima latina "pacta sunt servanda", fica mitigado, reduzido pelo dirigismo contratual a um âmbito de atuação que não afronte o interesse público, notadamente que as cláusulas do contrato não sejam contrárias ao interesse difuso tutelado pela Lei nº 8.884/94.

112- Ademais, a Ultrafertil poderia, a qualquer momento, disponibilizar o gás bruto - como o fez - ao mercado e obter um novo comprador para o volume de CO2 até então não utilizado.

113- Assim, a WHITE MARTINS tem acesso a 370 ton/dia de insumo gerado pela Ultrafertil, sendo que a capacidade de produção máxima de sua planta é de 200 ton/dia. Ora, cerca de 170 ton/dia de CO2 bruto não são consumidos pela WHITE MARTINS e não puderam ser consumidos por outras empresas, dada a cláusula de exclusividade de 10 anos assinada no contrato de fornecimento de matéria-prima.

114- A racionalidade econômica da referida exclusividade não é outra senão assegurar para si insumos escassos. Tal fato só se justifica em um mercado onde os recursos são, de fato, precários. Ademais, também é racional, dentro de uma perspectiva de maximização de lucros, que a WHITE MARTINS tenha procurado dificultar a entrada de novos concorrentes, isto porque queria manter a sua posição monopolista.

115- À época em que o contrato de fornecimento de matéria-prima foi aditado para incluir a cláusula de exclusividade - julho de 1997- a WHITE MARTINS detinha o monopólio no mercado de produção de gás carbônico na Região Sudeste. Neste período, dominava todas as fontes de CO2, especialmente as da Ultrafertil, consideradas as melhores de todas, dado o alto teor de pureza da corrente eliminada.

116- Ademais, as informações dos autos conduzem à conclusão de que a WHITE MARTINS não pretendeu assegurar para si o acesso à matéria-prima, até porque, àquela época, detinha todas as fontes disponíveis, explorando-as, inclusive, com considerável capacidade ociosa. Ao contrário, a WHITE MARTINS pretendeu, indubitavelmente, dificultar a entrada de novos concorrentes e, por conseguinte, eliminar a concorrência potencial, bem como permanecer na posição dominante de mercado.

117- De se ver que a cláusula de exclusividade produziu efeitos sobre o mercado. De início, foram canceladas as negociações entre Ultrafertil e

MESSER GRIESHEIM. A Ultrafertil informou à representante que não mais poderia disponibilizar CO2 bruto, em face do aditamento do contrato de fornecimento de matéria-prima, no qual estava pactuada a exclusividade - por 10 anos - da WHITE MARTINS sobre todo o excedente de CO2 bruto gerado pela Ultrafertil.

118- Veja-se que, àquela época, a entrada da MESSER GRIESHEIM no mercado de gás carbônico, se implementada, significaria a contestação do monopólio da WHITE MARTINS no mercado de gás carbônico. Tal empresa entrante, dadas as características do insumo e o volume a ser contratado, poderia exercer uma efetiva concorrência. A entrada em questão foi eliminada e, desta forma, a WHITE MARTINS permaneceu por mais tempo como monopolista no setor.

119- A seguir, a Air Liquide, em 1997, conseguiu contratar o fornecimento de matéria-prima com a empresa Rhodia. Para tanto, dispôs-se a pagar, em oferta pública, um valor extremamente elevado pela tonelada do gás bruto. O preço da matéria-prima passou a ser extremamente alto, especialmente se comparado aos valores já pagos de fornecimento de CO2.

120- Neste novo patamar de preços do CO2 bruto, a viabilidade econômica da produção de gás carbônico só será possível em níveis de preços monopolistas. Ou seja, com a redução de preços de CO2, a Air Liquide, por exemplo, tende a ficar em franca desvantagem competitiva em relação à WHITE MARTINS, dada a estrutura de custos desfavorável daquela empresa entrante. O mesmo se diga em relação à BOC GASES.

121- Nesta mesma linha, todas as contratações de matéria-prima posteriores foram realizadas em níveis de preço extremamente elevados - mais que o dobro do valor pago - sendo que a WHITE MARTINS participou de todas as ofertas públicas referentes a novas contratações" a saber. Faço menção, em particular, a oferta realizada pela Petrobrás nas suas unidades REVAP e RELAN.

122- Assim, a conduta da WHITE MARTINS, além de representar a elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado de CO2, fındou eliminando, em um primeiro momento, e prejudicando, em segundo plano, a livre concorrência e a livre iniciativa. Com tal conduta quis garantir a continuidade de seu monopólio no mercado de gás carbônico, exercendo, assim, de forma abusiva a sua posição dominante.

123- Este efeito anticompetitivo foi realizado com a cláusula de exclusividade de uma matéria-prima escassa, que se caracteriza por uma prática de açambarcamento de matéria-prima. Os efeitos de eliminação ou prejuízo se realizaram concretamente, eis que, primeiro, a entrada da MESSER GRIE-

SHEIM foi impedida e, segundo, as demais entradas foram dificultadas pela significativa elevação dos preços do insumo.

124- Nestes termos, entendo que a conduta descrita insere-se no disposto no artigo 20, incisos I e IV da Lei nº 8.884/94, caracterizando-se como infração da ordem econômica, eis que atingiu os efeitos nocivos descritos nos referidos incisos do artigo 20, incisos I e IV, "in verbis":

"Art. 20: Constituem infração de ordem econômica, independentemente de culpa. os atos sob qualquer forma manifestados. que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados :

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

II- omissis

III- omissis

IV- exercer de forma abusiva posição dominante". (Grifou-se)

125- Assim, a conduta da representada WHITE MARTINS adequa-se ao tipo aberto descrito no art. 21 do mesmo diploma legal, "in verbis":

"As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. caracterizam infração de ordem econômica:

(...)

VI- impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; " (Grifou-se).

126- A infração em exame é um delito de natureza permanente, cujo momento consumativo prolonga-se no tempo, permanecendo os efeitos por um determinado espaço de tempo. Assim, a infração iniciou-se em julho de 1996, ocasião em que se deu o aditamento do contrato da WHITE MARTINS com a Ultrafértil para incluir a cláusula de exclusividade.

127- A conduta restritiva findou em 10 de dezembro de 1997, ocasião em que se deu novo aditamento contratual, com a exclusão da referida cláusula. Note-se que o fim da exclusividade sobre o excedente de CO2 gerado pela Ultrafértil só se deu após o pronunciamento da SEAE que, em seu parecer, reconhece a nocividade desta exclusividade, dada a escassez de in-

sumo. A própria requerente anuncia sua disposição em cumprir antecipadamente as imposições para a aprovação da operação.

128- Desta forma, a conduta anticoncorrencial existiu por um período de 17 (dezessete) meses consecutivos, período no qual irradiou efeitos nocivos no mercado relevante. Esta a conduta que resta comprovada nestes autos e que merecerá a sanção da lei.

129- Em atenção à completude da análise, tenho que aduzir que, mesmo tendo decorrido longo lapso de tempo entre a denúncia e a decisão, com substancial alteração da situação de fato do mercado, inclusive, com o aditamento contratual que excluiu a cláusula de exclusividade, não considero que os fatos havidos estejam superados. Por um determinado espaço de tempo, o mercado de gás carbônico conheceu um efeito anticoncorrencial advindo de uma prática da WHITE MARTINS.

130- Esta prática não pode ser desconsiderada pelo simples fato de não mais existir. O açambarcamento de matéria-prima aconteceu durante em certo período e desconsiderá-lo agora seria, no meu sentir, negar a aplicação da Lei nº 8.884/94.

V- DAS MEDIDAS SUGERIDAS PELA PROCURADORIA:

V.A- DA APLICAÇÃO DE MULTA PELA INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:

131- Conforme sustentado no item acima, a conduta da WHITE MARTINS subsume-se no disposto no artigo 20, incisos I e IV c/c artigo 21, incisos VI e XV da Lei nº 8.884/94, constituindo-se em infração contra a ordem econômica.

132- Cuida-se de ilícito de natureza administrativa, a que a lei impõe, como sanção, multa pecuniária, nos termos dos artigos 23, 24 e 27 da Lei nº 8.884/94.

133- Nestes termos, a multa por infração contra a ordem econômica pode variar de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto da representada. A aplicação da pena dentro dos limites estabelecidos na lei é discricionária e tal discricionariedade de aplicação da sanção pauta-se nos critérios elencados no artigo 27 da lei, que servirão para majorar ou para atenuar a pena, aumentando ou reduzindo o valor da multa aplicada.

134- Assim, entendo que servem para majorar a pena as seguintes circunstâncias, a saber: a vantagem auferida pelo infrator, a consumação da infração, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, circunstân-

cias descritas nos incisos III, IV e VI do artigo 27 da Lei nº 8.884/94, no caso concreto, consideradas para agravar a pena aplicada.

135- Não se pode olvidar que a WHITE MARTINS auferiu, sim, uma vantagem, que se refere à manutenção da sua posição monopolista no mercado. Nestas condições, a infração consumou-se e produziu efeitos no mercado relevante.

136- Vejo que a WHITE MARTINS pôde permanecer praticando preços elevados, auferindo lucros monopolistas e impedindo a entrada de novos concorrentes, pela impossibilidade de acesso de entrantes às fontes de matéria-prima.

137- Em outras palavras, é certo que o mercado de CO2 visualizou efeitos econômicos negativos, identificados como a eliminação da concorrência potencial pela elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes.

138- De outro lado, entendo que a multa não pode aproximar-se do máximo previsto em lei, eis que a cláusula de exclusividade foi retirada do contrato de fornecimento de matéria-prima, em aditamento a este contrato realizado em 10 de dezembro de 1997.

139- Destarte, reconheço que as penas in abstracto previstas na Lei nº 8.884/94 são consideravelmente elevadas e que, mesmo diante da possibilidade de sua majoração, a multa in concreto não deve extrapolar sua finalidade punitiva-repressiva em relação ao agente econômico, sem deixar de cumprir também uma finalidade educativa em relação ao mercado em geral.

140- Desta forma, esta Procuradoria sugere seja a multa fixada em 1% (um por cento) do valor do faturamento da representada, faturamento este correspondente ao ano em que se deu a instauração do presente Processo Administrativo. Considero que a multa mínima atende ao caráter punitivo-repressivo, intento da norma, não sendo pertinente sua majoração.

V.B- DA REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO:

141- Em se concluindo pela existência da infração, reconhecendo-se a responsabilidade de ordem administrativa, deve-se perseguir a responsabilização civil e criminal decorrentes do fato.

142- Lembro que a infração insere-se no âmbito da tutela de um interesse difuso. O bem jurídico protegido pela Lei nº 8.884/94 é o mercado de livre concorrência, a que a coletividade tem direito enquanto um interesse difuso. Interesses difusos, de modo geral, são direitos que pertencem não a um indivíduo, nem a uma classe, mas a toda a coletividade, de forma pulverizada.

143- Para José Carlos Barbosa Moreira ¹³ tais interesses caracterizam-se "por uma pluralidade de titulares, em número indeterminado e, ao menos para fins práticos, indeterminável, em segundo lugar, pela indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita em conjunto, e cuja postergação a todos em conjunto prejudica ". Assim, o dano a um desses interesses atinge a todas as pessoas indistinta e conjuntamente, de modo que a reparação do ilícito é devida à mesma coletividade.

144- Neste diapasão, incumbe ao CADE proteger a liberdade das relações de mercado¹⁴, defendendo-a contra o "abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros."¹⁵ O dano a ser reparado é coletivo, eis que indeterminados são os sujeitos lesados, ou de difícil determinação. A própria Lei n° 8.884/94 dispõe em seu artigo 10, Parágrafo Único que "a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei." Outros dispositivos da lei também tratam da natureza coletiva ou difusa dos interesses relativos ao mercado.

145- Na esteira da moderna tutela diferenciada de interesses da coletividade, órgãos ou entidades públicas são incumbidos de promover a defesa dos interesses difusos em juízo. Agem, assim, como substituto processual dos lesionados, uma vez que representam em nome próprio um interesse alheio. Ao Ministério Público, principalmente, e ao CADE, também, são conferidas legitimidades para defesa de interesses da coletividade e especificamente para propositura de ação civil pública, além da exclusiva legitimidade para ajuizamento de ação penal.

146- Desta forma, esta Procuradoria sugere sejam enviados ao Ministério Público todas as informações relacionadas com os fatos tratados nestes autos e no Ato de Concentração n° 78/96, afim de que sejam apuradas as responsabilidades civil e criminal.

VI- DA CONCLUSÃO:

¹³ In Código de Defesa do Consumidor Comentado. Ada Pellegrini Grinover et alli; Forense Universitária, 1995. pág. 32.

¹⁴ Este é o escopo da atividade de defesa da concorrência. uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico. com o fim precípua de assegurar a realização dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

¹⁵ CF art. 173, § 4°

147- A denúncia afeta o mercado relevante de gás carbônico em âmbito geográfico equivalente à Região Sudeste. A representada WHITE MARTINS era, à época dos fatos estudados, monopolista neste mercado relevante, fato que se realizou a partir da aquisição da LIQUID CARBONIC. Desta data até hoje, outras empresas estabeleceram-se neste mercado, sem, no entanto ameaçar a liderança da WHITE MARTINS, que detém 73% de participação neste mercado. O mercado em questão apresenta barreiras à entrada no setor, notadamente a capacidade ociosa elevada das plantas de CO₂; a dificuldade de acesso à matéria prima; além da dificuldade de acesso à clientela.

148- A partir desta estrutura de mercado, entendo que a cláusula de exclusividade inserida no contrato de fornecimento de CO₂ com a Ultrafertil elevou ainda mais as barreiras à entrada no setor, dificultando senão impedindo a entrada de novos concorrentes e elevando consideravelmente os custos de entrada.

149- Com tais considerações, sugiro a aplicação de multa pecuniária equivalente a 1% (um por cento) do faturamento da WHITE MARTINS à data da instauração do presente Processo Administrativo, nos termos da Lei n° 8.884/94. sugerindo, outrossim, o envio de peças ao Ministério Público, para as providências de estilo.

À superior consideração.

Brasília, 22 de março de 2001.

Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim

Procuradora Federal- CADE

De acordo. Aprovo o Parecer n° 160/2001, da lavra da Procuradora Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim, no sentido da existência de infração à ordem econômica, com a conseqüente imposição de multa pecuniária, nos termos de Lei n° 8.884/94.

Ao ilustre Conselheiro-Relator.

Brasília, 30 de março de 2001.

AMAURI SERRALVO

Procurador-Geral do CADE

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

Processo Administrativo n.º 08000.022579/97-05

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o relatório.

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator

ADITAMENTO AO RELATÓRIO

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

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

É o que cumpre acrescentar ao relatório

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator

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) suposto 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, antes 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 privado 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** estabelecido na Lei nº 8.884/94, registre-se, de início, não ser o CADE o foro competente 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 Plenário (Art. 7º, I). Nem mesmo a infeliz redação do inciso LIII do art. 5º da Cons-

tuição 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.

Cumpre 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/Ultrafértil – 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 Ultrafértil, 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 Ultrafértil 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 Ultrafêtil.

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 evidentiíssimo 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 à fonte da Ultrafértil que o Termo de Compromisso, por força do voto no Ato de Concentração nº 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 à 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 à concorrência. Evidentemente, isso nada tem a ver com um Compromisso de Cessação!

Como se vê, 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 à fonte da Ultrafértil quer em relação à 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 – *condiccio 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). Afirma, 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 Ultrafértil (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 Ultrafértil, 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 Ultrafértil). 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 Ultrafértil (fl. 684). É certo, igualmente, que, se num contrato comercial todas as partes devem esperar benefícios econômicos, enquanto que para a Ultrafértil 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 n° 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 n° 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 consequência 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.

Cumpre 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 Ultrafertil, 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

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

ADITAMENTO DE VOTO

1- Os votos que se seguiram ao meu – dos Conselheiros Thompson Andrade, Afonso Arinos Neto e Ronaldo Macedo Júnior – acresceram argumentos importantes para a fundamentação da decisão. Quanto ao mérito, importante frisar que todos os votos prolatados, até o momento, são unânimes na identificação, comprovação e punição da conduta anticoncorrencial da Representada.

2- Há, contudo, no voto-vista do Conselheiro Thompson, importante demonstração econômica do valor da vantagem auferida. O cálculo é essencial para que se possa aferir se a multa aplicada encontra-se dentro dos parâmetros, especialmente os mínimos, fixados em Lei. Isso porque, para a legislação antitruste, a multa não poderia, em nenhuma hipótese, ser inferior à vantagem auferida. Incorporo às minhas razões de decidir as considerações do voto-vista do Conselheiro Thompson.

3- O voto-vista do Conselheiro Afonso Arinos Neto, por seu turno, oferece uma definição mais detalhada e precisa dos mercados relevantes abarcados pelas condutas investigadas. Tomo de empréstimo e faço minhas, igualmente, as definições do Conselheiro Arinos.

4- O voto-vista do Conselheiro Macedo introduz, no conjunto de manifestações do Plenário disponíveis até o momento, uma dimensão nova. Sabidamente, mesmo reconhecendo-se os avanços da doutrina e da jurisprudência concorrencial brasileiras posteriores à publicação da Lei nº 8.884/94, em alguns aspectos o direito antitruste nacional se recente da falta de experiência. Ainda são poucas, na história deste CADE, as condenações por condutas e, conseqüentemente, as imposições das penalidades previstas nos artigos 23 e seguintes da Lei. Isso exige do aplicador um esforço redobrado de interpretação e aplicação do Direito. Por isso mesmo, o voto do Conselheiro Macedo merece todos os encômios. Ele reflete, com clareza, uma etapa importante da evolução do antitruste nacional e de desdobra, com invulgar refinamento teórico, para oferecer uma solução original e criativa à questão dos critérios de quantificação da multa, especialmente na interpretação conforme a Consti-

tuição que faz da expressão “**multa de um a trinta por cento do faturamento bruto**”, constante do inciso I, do art. 23, da Lei nº 8.884/94.

5- Entende o Conselheiro Macedo, com razão, que, em determinadas hipóteses, a multa mínima de 1% pode ofender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Basta imaginar situação em que a empresa atue em vários mercados relevantes, com elevado faturamento, mas esteja sendo apenada por conduta anticoncorrencial num mercado muito delimitado e inexpressivo, em termos de faturamento. Qual deverá ser a pena mínima: 1% do “faturamento bruto” da empresa, na expressão literal do art. 23, ou 1% do “faturamento bruto no mercado relevante”, como sugere a interpretação do Conselheiro Macedo?

6- Como se sabe, um tribunal, ainda que administrativo, ao decidir cria vínculos para si próprio. A decisão orienta aos jurisdicionados e, quando reiterada, cria precedentes que vinculam também à Administração (confira-se, por exemplo, os artigos 2º, XIII, da Lei de Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 –, que veda a aplicação retroativa de nova interpretação, e 100, III, do CTN – Lei nº 5.172/66 –, que atribui o caráter de normas complementares das leis às “práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”). O entendimento conferido ao inciso I do art. 23, pelo Conselheiro Macedo – s.m.j. inaugural, justamente por abrir uma nova lógica interpretativa –, comporta maior reflexão e, da minha parte, maior amadurecimento da convicção sobre sua correção. Porém, como procurarei demonstrar mais adiante, no caso concreto o debate sobre o “*quantum*” da pena mínima, ainda que relevante, é dispensável.

7- Porém, antes de justificar meu voto, importante dizer algo sobre o recurso – diga-se de passagem, adequado à tese do Conselheiro Maceo– ao princípio da proporcionalidade. Entendo que, mais do que ponto de chegada que determine futuras decisões (p.e., afirmando que a multa mínima do art. 23, I, da Lei nº 8.884/94, deve ser **sempre** interpretada como 1% do faturamento no **mercado relevante**) diante da complexidade, dinamismo e variabilidade do mercado, o recurso ao princípio da proporcionalidade, além de excepcionalíssimo, deve ser apenas o ponto de partida para a apreciação jurídica de um fato concreto, nunca a certeza de distribuição igualitária para todos os casos. Cada situação específica roga sua própria proporcionalidade. Por isso, o socorro dos princípios, em especial o da proporcionalidade, por sua intrínseca mutabilidade, não pode e nem deve criar a ilusão de segurança da decisão correta e, muito menos, a confiança vinculante para julgamentos futuros. Não há nada que garanta que o **faturamento do mercado relevante** seja sempre mais proporcional ou mais justo do que o **faturamento global**. Basta que se imagine a situação, freqüente nos chamados países emergentes, de empresas entrantes num nicho particular do mercado, que sequer tenha faturamento no

mercado relevante, mas que, eventualmente, ingressem no setor, com práticas anticompetitivas, com o amparo do nome, da marca, dos capitais, dos financiamentos, etc, acumulados pela empresa nos seus outros mercados de atuação. O que seria, neste caso, o mais proporcional: multa mínima de 1% sobre o faturamento no mercado relevante ou de 1% sobre o faturamento bruto?

8- Não é demais notar que a Constituição afirma que a lei reprimirá o abuso do **poder econômico**, o que vem repetido no art. 1º da Lei nº 8.884/94. Poder econômico, posição dominante e faturamento da empresa me parecem, sistematicamente, conceitos perfeitamente harmonizáveis. Poder econômico é conceito bem mais amplo e indeterminado do que o de mercado relevante. Razoabilíssimo, assim, que a medida de proporção albergada pelo legislador tenha sido o abuso de **poder econômico** do infrator (e, assim, o **faturamento bruto**), e não o faturamento no mercado relevante. Não é impossível imaginar, apenas para argumentar, situações nas quais as condutas abusivas num mercado relevante em particular só se viabilizem por conta do poder econômico angariado pela empresa em outros mercados. De tal modo, não visualizo nenhuma inconstitucionalidade, quer em concreto, quer, muito menos, em abstrato, no disposto no inciso I do art. 23.

9- Assim, entendo que, “caso-a-caso” – com a casuística inerente ao antitruste –, sempre na dependência dos fatos, das provas e das situações empíricas, o recurso à proporcionalidade pode, excepcionalmente, ser utilizado. Mas não como regra geral, e muito menos para identificar uma inconstitucionalidade que afastaria a aplicação do disposto literalmente no art. 23, I.

10- Não é demais lembrar – ainda que não seja essa, sequer longinquamente, a interpretação do Conselheiro Macedo – que há quem defenda que “o CADE poderá infligir multa inferior ao limite mínimo referido na lei, sempre que entender compatível essa medida com a política econômica do Governo, de que é um dos agentes”¹. Ora, critério assim elástico, com a devida vênia, tolheria do CADE o papel judicante que a lei lhe atribui, transformando-o em mero instrumento de política industrial.

11- Para concluir, qualquer que seja o critério adotado pelo Plenário, a multa sugerida em meu voto – 5 % do faturamento bruto – não teria nada de inconstitucional ou ilegal. Não fica abaixo do valor da vantagem auferida (como se viu no voto do Conselheiro Thompson), mas também não ultrapassa sequer o limite máximo de 30% do faturamento no mercado relevante (como se deduz, indiretamente, do voto do Conselheiro Macedo). Finalmente, se

¹ Cf. Fábio Ulhoa Coelho. Direito Antitruste Brasileiro. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 87.

descontados os tributos, o “*quantum*” da pena é bastante próximo àquele fixado pelo Conselheiro Macedo. Entretanto, como a tradução em dinheiro do percentual de 5% indicado em meu voto, descontados os impostos – conforme demonstrado nos votos dos Conselheiros Macedo e, agora, Pfeiffer, com os critérios lá indicados –, equivale a aproximadamente R\$ 24,85 milhões, valor muito próximo aos R\$ 24 milhões fixados pelos dois Conselheiros, entendendo ser possível, inclusive para harmonizar o “*quantum*” e o critério de fixação da penas dos diferentes votos, acompanho os dois Conselheiros nesse particular. Assim, fixo a sanção no valor de R\$ 24 milhões, atualizados na forma da lei, seguindo nesse passo, as razões de decidir dos Conselheiros Macedo e Pfeiffer.

É o que cabia aditar.

Brasília, 26 de junho de 2002

Celso Fernandes Campilongo

Conselheiro-Relator

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 THOMPSON ANDRADE**

1- O meu pedido de vista do presente processo teve por intenção não a análise da imputada conduta infrativa da White Martins no que concerne ao açambarcamento da matéria prima usada para a fabricação de CO₂ no mercado relevante, o que me parece suficientemente caracterizado pelo voto do conselheiro-relator, mas examinar em que medida a multa por ele imposta se coaduna com os danos financeiros causados pela prática anticompetitiva. Deve-se notar que, conforme reza o inciso I do artigo 23 da Lei 8884/94,

“Art. 23 - A prática de infração da 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;”

2- O voto do conselheiro-relator foi pela imposição de multa correspondente a cinco por cento do faturamento bruto, excluídos os impostos, pelas agravantes por ele apontadas, as quais justificam uma punição superior ao mínimo de um por cento.¹ Embora se preveja que o valor da multa corresponda a uma vultosa quantia, será prudente observar se a mesma efetivamente supera a vantagem auferida pela White Martins com o açambarcamento, em obediência ao prescrito pelo inciso I, artigo 23 daquela Lei. Este voto de vista,

¹ Segundo o artigo 27 da Lei 8884/94, “na aplicação das penas previstas nesta Lei serão levados em consideração: 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.”

portanto, objetiva verificar se o inciso está sendo satisfeito, quantificando aquela vantagem.²

3- O mercado relevante no presente caso é o mercado produtor da matéria prima usada para a produção de CO₂. Existem diversas fontes que produzem ou podem produzir tal matéria prima. No presente caso, o produtor que deve ser considerado é a Ultrafertil, a qual assinou um Contrato de Fornecimento de Dióxido de Carbono com a White Martins, em 25 de novembro de 1994, na modalidade “take or pay”, garantindo a esta a quantidade de 200 tpd. Posteriormente, em 01 de julho de 1996, assinou o 1º Termo Aditamento à-quele contrato, estabelecendo na sua cláusula 9.2 que a Ultrafertil deve assegurar à White Martins “exclusividade para a compra de qualquer excedente que porventura dispuser, observando-se as mesmas condições ora pactuadas”. Na medida em que a White Martins não pretendia usar esta quantidade de matéria prima excedente, avaliada em 170 tpd, com finalidade produtiva imediata, mas simplesmente deixar fora do mercado um insumo que poderia ser utilizado por um potencial concorrente, como a Messer Grieshem, fica claro que se pode caracterizar a ação da White Martins como açambarcamento de matéria prima. Esta conclusão fica mais evidenciada pelo conhecimento de que havia um entendimento prévio entre Ultrafertil e Messer Grieshem para a assinatura de um contrato de fornecimento deste insumo que possibilitaria a implantação de uma unidade produtora de CO₂ por esta última.

4- Não deve prosperar a idéia de que a White Martins visava, ao assinar o contrato com a Ultrafertil, reservar legitimamente a quantidade disponibilizada para uma utilização futura compatível com a expansão produtiva requerida pelo mercado. Também não encontra respaldo na realidade a alegação de que a obtenção do contrato junto à Ultrafertil se deveu ao fato de que a White Martins ofereceu condições de compra do insumo superiores às que estavam sendo propostas pela Messer Grieshem. No primeiro caso, embora se possa reconhecer que estrategicamente possa ser advogado que sua pretensão de adquirir a quantidade adicional de matéria prima pudesse estar fundamentada em uma expansão produtiva futura, o fato concreto é de que no momento imediato, como resultado de sua ação, foi retirada do mercado uma quantidade de matéria prima que poderia permitir a entrada de concorrentes neste mercado monopolizado pela White Martins, com prejuízo para a concorrência e para o bem estar da sociedade. No segundo caso, é claro que o poder de mercado da White Martins, já cliente da matéria prima fornecida pela Ultrafertil, influenciou decisivamente para que esta tenha decidido firmar o contrato com a

² Este voto de vista estará, portanto, preocupado em mensurar o valor do inciso III do artigo 27, a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator.

White Martins, rompendo a negociação que vinha tendo com a Messer Grieshem. No entanto, a idéia de que o que ocorreu foi uma espécie de leilão no qual, quem deu o maior lance (a White Martins) levou, não é adequada porque não há nenhuma evidência nos autos de que tenha havido uma troca de lances pela matéria prima, ficando a Messer Grieshem sem condições financeiras de dar um lance maior. O que se sabe é que a negociação prévia entre Ultrafertil e Messer Grieshem foi rompida de imediato com a assinatura do contrato entre a Ultrafertil e a White Martins, conforme comunicação feita pela primeira à Messer.

5- Tal como descrito nos relatórios contidos nos autos, o mercado relevante do ponto de vista geográfico é o da região sudeste do Brasil e mais o Paraná. As fontes de matéria prima para a produção de CO₂ são, portanto, aquelas situadas nesta região. A definição deste mercado é importante para que seja dimensionada a importância relativa do açambarcamento neste mercado. Em outras palavras, é preciso saber como a subtração das 170 tpd que deixaram de ser oferecidos no mercado em razão do açambarcamento afetaram a quantidade oferecida no mercado de CO₂.

6- A entrada de um ou mais concorrentes no mercado do produto CO₂ acirraria a competição entre os produtores, com consequência sobre o preço deste produto, geralmente induzindo a uma queda deste, se o produto tiver a característica de um bem normal, tal como conceituado pela teoria econômica, qual seja, que sua demanda mostre uma relação inversa entre o preço e a quantidade demandada. No presente caso, não há razões para que o CO₂ não seja considerado como um bem normal.

7- A quantidade açambarcada do insumo, se fosse utilizada para produzir CO₂, permitiria um acréscimo de produção deste produto, cuja absorção pelos demandantes depende da demanda do mesmo. Portanto, para que se dimensione o efeito do açambarcamento da matéria prima sobre o preço vigente no mercado do produto CO₂, é preciso conhecer duas coisas:

i. O processo de produção empregado na produção de CO₂, ou seja, qual a relação entre as quantidades das matérias primas utilizadas neste processo para cada unidade do produto CO₂ produzida. A pergunta a ser respondida é a seguinte: a quantidade de 170 tpd da matéria prima específica, quando combinada com os demais insumos necessários, nas proporções dadas pelo processo produtivo, produziria quantas unidades de CO₂ ?

ii. Para que os demandantes do CO₂ no mercado relevante comprassem exatamente as unidades deste produto que seria possível produzir com a quantidade de matéria prima açambarcada, qual seria o preço de mercado de CO₂ ?

8- No que tange ao processo de produção, vou adotar a hipótese mais simples e conservadora de que este se caracteriza por coeficientes fixos de produção. Isto significa que existe uma relação constante entre os insumos usados e a produção, tal como em uma receita de bolo.³ Está se qualificando esta hipótese de simples e conservadora porque outras que costumemente poderiam ser utilizadas são justificadas por ganhos de escala gerados por uma maior produção, as quais implicariam em uma maior relação [produção de CO₂ /quantidade de insumo], crescente com a escala produtiva.⁴ Se adotada esta hipótese, a vantagem auferida com o açambarcamento da matéria prima seria maior que a calculada neste voto. Usando, portanto, de um coeficiente fixo de produção, vou fazer a hipótese de que ele igual a 0,98, semelhante ao nível de pureza daquela matéria prima na fonte Ultrafêtil.

9- Quanto ao nível de preço de CO₂ que vigoraria no mercado caso a quantidade adicional deste produto fosse ofertada e absorvida no mesmo, ele depende da reação dos consumidores deste produto, ou seja, depende da sua demanda de mercado. A relação entre a variações de preços e variações nas quantidades demandadas de um bem ou serviço é expressa através de um coeficiente chamado de elasticidade-preço da demanda na teoria econômica. Se os demandantes reduzem a quantidade demandada de um produto em um nível mais que proporcional a um aumento proporcional no seu preço, diz-se que a demanda é elástica; se a redução for menos que proporcional, a demanda é inelástica; se a redução for proporcionalmente idêntica à variação proporcional do preço, esta elasticidade será unitária.⁵ Para se conhecer a elasticidade-preço da demanda de um produto geralmente é necessário recorrer a estimativas econométricas desta demanda usando informações sobre preços e quantidades transacionadas do produto no mercado. No presente caso, embora pudesse ser interessante ter tais estimativas, pode-se recorrer a um substituto deste trabalho simulando valores possíveis e razoáveis para a elasticidade-preço da demanda. É razoável admitir que no caso do CO₂ a sua demanda é inelástica porque não existem substitutos perfeitos para este insumo para os usuários do mesmo como matéria prima industrial. Isto significa que os demandantes de CO₂ reagem menos que proporcionalmente a aumentos ou diminuições no seu preço. Assim, está se fazendo a hipótese de que o valor da

³ Em termos econômicos, está se supondo coeficientes fixos de produção à la Leontief, característico de uma matriz de input/output.

⁴ Este resultado adviria da possibilidade de emprego de uma função de produção de CO₂ com o uso menos intensivo daquela matéria prima.

⁵ Do ponto de vista quantitativo, a elasticidade-preço da demanda de um produto se expressa como $ed = - (\partial QY / QY) / (\partial P / P)$, onde $(\partial QY / QY)$ é a variação proporcional na quantidade demandada Q e $(\partial P / P)$ a variação proporcional no preço

sua elasticidade-preço da demanda está no intervalo $[0,1]^6$, o que permite fazer o cálculo do benefício auferido com o açambarcamento usando valores simulados dentro deste intervalo. Em outras palavras, o cálculo da vantagem auferida pela White Martins mostrará diversos valores, os quais servirão para balizar dentro de que limites devem estar esta vantagem.

10- A Tabela I mostra a evolução do preço real mensal de CO₂ e as quantidades processadas do mesmo no mercado relevante no período julho de 1996 a novembro de 1997. Verifica-se que o preço real médio vigorante no período foi de R\$ 560,00 (igual a R\$ 0,56 x 1000) por tonelada e a quantidade processada média diária de CO₂ foi de cerca de 585,96 tpd.

Tabela I: Preço do gás carbônico a granel e quantidades processadas de CO₂ (White Martins e Liquid Carbonic) para os meses de julho de 1996 a novembro de 1997.

Mês e ano	Preços CO₂ (R\$/Kg) em Cuba-tão-SP Preços Constantes (IPA-DI,nov.1997=100)	Quantidades Processadas CO₂ Su-deste+Paraná(em ton/Dia)
jul/96	0,49	623,60
ago/96	0,55	525,00
set/96	0,57	515,10
out/96	0,59	621,70
nov/96	0,57	602,20
dez/96	0,57	695,20
jan/97	0,55	610,30
fev/97	0,54	651,20
mar/97	0,56	661,40
abr/97	0,53	552,80
mai/97	0,53	538,10
jun/97	0,53	490,30
jul/97	0,54	529,80
ago/97	0,58	504,80
set/97	0,58	599,80
out/97	0,59	628,40
nov/97	0,58	611,70

⁶ Mais precisamente, $[0 \leq ed < 1]$

Média	0,56	585,96
--------------	-------------	---------------

Fonte dos dados: Preços: fl. 1976 do PA n^o 08000.0020849/96-18; Quantidades: Estudo do IPPA, fl. 1626 dos autos do TCD.

11- Deve-se registrar que o período selecionado para o cálculo do preço e da quantidade refere-se ao período em que teve a vigência a exclusividade, atrasando a entrada de concorrentes por 17 meses, ou seja, a data de 1^o de julho de 1996 (quanto houve o 1^o aditamento do contrato) e 10 de dezembro de 1997 (quando foi assinado o distrato). Assim, o período no qual houve o açambarcamento efetivo é o referente aos meses de julho de 1996 a novembro de 1997, no qual o preço e a quantidade diária média processada foram aqueles já assinalados.⁷

12- No período aqui considerado como de açambarcamento efetivo, o valor do faturamento com a vendagem de CO₂, a preços reais de novembro de 1997, foi de R\$186.281.664,66 no mercado relevante. Resta indagar qual teria sido o faturamento na ausência do açambarcamento da matéria.

13- Usando-se a expressão da elasticidade-preço da demanda de CO₂, pode-se calcular o efeito possível para a queda no preço deste produto caso outros produtores tivessem tido acesso à matéria prima. A Tabela II mostra as estimativas de faturamento no mercado relevante para diversos valores da elasticidade da demanda e também as diferenças de faturamento resultante do açambarcamento.⁸

Tabela II: Faturamentos estimados no mercado relevante sob hipótese de diferentes elasticidades-preço da demanda de CO₂.

Elasticidade-preço da demanda	Faturamento s/ açambarcamento (a)	Faturamento c/ açambarcamento (b)	Diferença de faturamento (a-b)
0,3	R\$ 8.746.976,00	R\$ 186.281.664,66	R\$ 177.534.688,66
0,4	R\$ 48.397.776,00	R\$ 186.281.664,66	R\$ 137.883.888,66

⁷ Isto significa que a quantidade processada naquele período foi aproximadamente de 585,96 tpd vezes 510 dias (17 meses), ou seja, 298.839,6 toneladas, sendo esta a quantidade vendida no mercado relevante, dada a impossibilidade de estocagem. O faturamento desta quantidade transacionada correspondeu a R\$186.281.664,66 a preços de novembro de 1997.

⁸ Só foram consideradas as elasticidades menores que 1 que geravam preços de mercado positivos para o CO₂.

0,5	R\$ 72.188.256,00	R\$ 186.281.664,66	R\$ 114.093.408,66
0,6	R\$ 88.048.576,00	R\$ 186.281.664,66	R\$ 98.233.088,66
0,7	R\$ 99.377.376,00	R\$ 186.281.664,66	R\$ 86.904.288,66
0,8	R\$ 107.873.976,00	R\$ 186.281.664,66	R\$ 78.407.688,66
0,9	R\$ 114.482.442,67	R\$ 186.281.664,66	R\$ 71.799.221,99

14- Como se pode observar nesta tabela, o faturamento adicional gerado pelo açambarcamento estaria no intervalo [R\$ 71,8 milhões – R\$ 177,5 milhões]. Este não seria, entretanto, o ganho adicional da White Martins com a estratégia adotada pela mesma, pois não estão sendo levados em conta os custos de produção desta empresa. Como não se tem tal informação, não apenas na situação do açambarcamento, mas também fora do contexto do açambarcamento, é possível se buscar uma solução – sem prejuízo para a qualidade da análise – que aponte os benefícios auferidos pela empresa advindos do excedente de faturamento.

15- Para suprir a informação sobre os custos de produção, vai se calcular o lucro adicional da White Martins usando-se diferentes taxas de retorno sobre o faturamento extra que a empresa obteve. A Tabela III mostra este lucro para estas taxas de retorno nos níveis de 10%, 15% , 20% e 25%.

Tabela III: Estimativa da vantagem auferida (em R\$) pela White Martins com o açambarcamento sob hipótese de diferentes taxas de retorno sobre o faturamento adicional e diferentes valores para a elasticidade-preço da demanda de CO₂ no mercado relevante.

Elasticidade-preço da demanda	Taxas de Retorno sobre Faturamento			
	10%	15%	20%	25%
0,3	R\$ 17.753.468,87	R\$ 26.630.203,30	R\$ 35.506.937,73	R\$ 44.383.672,17
0,4	R\$ 13.788.388,87	R\$ 20.682.583,30	R\$ 27.576.777,73	R\$ 34.470.972,17
0,5	R\$ 11.409.340,87	R\$ 17.114.011,30	R\$ 22.818.681,73	R\$ 28.523.352,17
0,6	R\$ 9.823.308,87	R\$ 14.734.963,30	R\$ 19.646.617,73	R\$ 24.558.272,17
0,7	R\$ 8.690.428,87	R\$ 13.035.643,30	R\$ 17.380.857,73	R\$ 21.726.072,17
0,8	R\$ 7.840.768,87	R\$ 11.761.153,30	R\$ 15.681.537,73	R\$ 19.601.922,17
0,9	R\$ 7.179.922,20	R\$ 10.769.883,30	R\$ 14.359.844,40	R\$ 17.949.805,50

16- É bem provável que a taxa de retorno efetivamente obtida pela White Martins seja igual ou superior a 25%, o que indica que os ganhos ad-

vindos com o açambarcamento estão situados na faixa entre R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões.⁹ Sendo extremamente conservador e realista, admitindo uma elasticidade-preço da demanda de 0,50, a multa, para satisfazer a regra estabelecida no inciso I do art. 23 de que esta não pode ser inferior ao benefício auferido, deve ser fixada num patamar não inferior a R\$ 28, 5 milhões.

17- Deve-se recordar ainda que, além de satisfazer aquela regra, a multa deve levar em conta as agravantes elencadas no artigo 27. Conforme consta no voto do Conselheiro Celso Campilongo, a Representada preenche, de forma contundente, sete dos oito incisos previstos no artigo 27, situação que já havia sido destacada pela SDE no seu Parecer às fls. 522/533 dos autos.

18- A multa aplicada pelo Conselheiro-relator corresponde a 5% do faturamento da Representada no exercício anterior à abertura do processo administrativo. Segundo consta às fls. 250/251 dos autos, o presente processo administrativo foi aberto em 1998, através do Despacho nº 167, de 18 de junho de 1998, publicado no DOU em 22 de junho de 1998. Desse modo, a multa aplicada refere-se ao faturamento da White Martins no ano de 1997. Embora não tenha encontrado nos autos o valor do faturamento da White Martins em 1997, dados constantes nos autos do Ato de Concentração 08000.012075/96-14, mostram que a White Martins obteve faturamento de R\$ 809,0 milhões em 1995, sendo que a Liquid Carbonic (incorporada pelo grupo Praxair em 1996) auferiu faturamento de R\$ 200,6 milhões no mesmo ano. Diante destes valores, e admitindo a sua estabilização até 1997, o valor da multa arbitrada situou-se no intervalo aproximado de R\$ 40 milhões (considerando apenas o faturamento de White Martins) e R\$ 50 milhões (incluindo o faturamento da Liquid Carbonic).¹⁰ Diante dos dados acima apontados, admito que a multa estabelecida no voto do Conselheiro-relator Celso Campilongo é adequada aos seus propósitos e, assim, acompanho inteiramente o seu voto.

É o meu voto.

⁹ Isto porque a Representada era monopolista no mercado relevante de CO₂. O açambarcamento permitiu o afastamento de concorrentes e a manutenção da sua política de preços de monopólio, o que explica o fato dos preços de CO₂ no Brasil à época (US\$ 212 p/ ton/FOB) situarem-se em patamares substancialmente superiores ao observado nos EUA (US\$ 90) e Itália (US\$160), sendo que a margem de contribuição da matéria prima (participação do custo da matéria prima sobre o preço de venda do CO₂) era de apenas 7,3% no Brasil, contra 10% nos EUA e 11,43 % na Itália (dados fornecidos pela White Martins e constantes do relatório do Conselheiro Mércio Felsky no AC 78/96).

¹⁰ Registre-se que devem ser deduzidos destes valores os impostos pagos. Entretanto, esta dedução não prejudica a avaliação realizada, uma vez que a multa aplicada deverá efetivamente se situar num patamar próximo ao intervalo indicado.

Brasília – DF, 06 de fevereiro de 2002.
THOMPSON ANDRADE
Conselheiro

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):

N° 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	Subproduto	amônia - Ultrafertil	WM	120	9,1
7	SP	São Paulo	subproduto	Gás sintético - Com-gás	WM	100	7,6
		Paulínea	Subproduto	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
		Jundiá	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 Jundiá/SP, capaz de produzir apenas 20 ton/dia. conta 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 pareceria 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 nº 8.884/94;

2) com fundamento no inciso V do artigo 24 da Lei nº 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 2º 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 1ºm termo aditivo.

Em 10 de dezembro de 1997 Ultrafertil e White Martins finalmente assinam o 2º 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 Inspectora 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 Européia¹

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 n° 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. Além disso, todos os vinte principais clientes das plantas de Cubatão estão localizadas no Estado de São Paulo.

¹ Segundo decisão da Comissão Européia 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 liqüefeito 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 conduta, 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 Piaçangüera/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 Ultrafertil 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 contra 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 Ultrafêtil 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 Ultrafertil 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 Ultrafertil 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 Ultrafertil, mantendo outrossim todas as outras disposições contratuais.

"9.2 - A FORNECEDORA compromete-se a assegurar COMPRA-DORA, 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 Ultrafertil 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 afetar, 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 subsequentemente 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

Ministério da Justiça**Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE****Processo Administrativo n.º 08000.022579/97-05****Representante:** Messer Grieshem do Brasil Ltda.**Representada:** S.A. White Martins**Conselheiro-Relator:** Celso Fernandes Campilongo**VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO RONALDO PORTO MACEDO¹**

Já foi devidamente esclarecido no presente julgamento que a matéria tratada no presente processo administrativo refere-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 n.º 8.884/94), em razão 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 n.º 8.884/94).

Entendo desnecessário retomar, neste voto, o histórico da conduta examinada nestes autos. A sua descrição minuciosa já foi feita especialmente nos votos do relator Celso Campilongo e do Conselheiro Afonso Arinos. Dividi o meu voto em quatro temas principais: I – A análise das preliminares argüidas; II – As objeções de mérito apresentadas; III – A aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a interpretação do artigo 23, I da Lei 8.884/94 e IV – A análise da dosimetria aplicável.

I - Das preliminares argüidas

A representada apresenta uma longa lista de preliminares: 1)- inconstitucionalidade por infração do princípio do juiz natural; 2)- a incompetência *ratione materiae* do CADE por se tratar de interesse meramente privado; 3)- a inépcia da inicial em face de inexistência de menção expressa à aplicabilidade do Código de Processo Penal; 4)- a nulidade e falta de motivação

¹ Para a elaboração deste voto contei com a preciosa colaboração dos estudantes e pesquisadores Rochelle Pastana Ribeiro, Ticiano Nogueira da Cruz Lima; Natasha Schmitt Caccia, Carlos Mauricio Sakata Mirandola, Maria Paula Costa Bertran, Henrique Motta Pinto, Melissa Terni Mestriner e Camila Duran Ferreira.

do despacho de instauração do PA; 5)- a violação do princípio da imutabilidade da inicial; 6)- a inicial seria também inepta por não apontar fato anticoncorrencial; 7)- haveria na inicial menção indevida a outros processos em andamento sem que neles houvesse trânsito em julgado.

Estas preliminares foram devidamente rebatidas no parecer da Procuradora Federal que atuou no feito, Dra. Áurea Regina Socio de Queiroz Ramim e também no voto do Conselheiro Relator. Reitero e torno parte integrante deste voto todos os argumentos que repeliram as preliminares elencadas. A estes, apenas acrescento o quanto segue.

Quanto à objeção feita pela Representada referente à mudança de acusação no decorrer do processo, cabem algumas considerações. Segundo a Requerida, o princípio do contraditório e o seu direito de defesa restaram prejudicados no voto do Conselheiro-Relator, na medida em que este teria se dedicado a tema estranho à imputação. O argumento não procede. Na falta de previsão expressa no Direito Administrativo, disciplinando a questão da correlação entre acusação e sentença, é preciso fazer analogias com o Processo Civil e com o Processo Penal.

Em realidade, no Processo Civil, não encontramos regra específica que discipline a correlação entre sentença e a narrativa dos fatos na petição inicial. Sabe-se que a causa petendi é constituída da narrativa dos fatos e pelos fundamentos jurídicos do pedido, que seriam uma proposta de enquadramento dos fatos narrados em determinada categoria jurídica. Tal proposta, como o próprio nome já diz, não vincula o juiz. Nesse sentido, dispõe o artigo 282, III do CPC: “Art 282. A petição inicial indicará: III- o fato e os fundamentos jurídicos do pedido”.

Deve-se diferenciar os fundamentos jurídicos dos fundamentos legais, de maneira que a exigência aqui é de mera indicação de categoria jurídica, e não de menção dos dispositivos legais. Trata-se do princípio conhecido como *Jura novit curia*. De tal sorte que o que delimita os limites do campo do exercício jurisdicional são os fatos e o pedido, e não a proposta de enquadramento normativo invocada pelo autor.

Trata-se da Teoria da Substanciação, de acordo com a qual o juiz é rigorosamente adstrito aos fatos trazidos na petição inicial, não lhe sendo lícito decidir com base em outros fatos que não estes, nem tampouco omitir-se quanto a algum deles. “Inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial.” (STJ). Tal entendimento é manifestação expressa do refrão narra mihi factum dabo tibi ius, conhecido de todos.

Vale lembrar ainda que ao disciplinar a contestação do réu, o legislador do Código de Processo Civil, deixou clara a influência da idéia de que o juiz conhece o direito, mas não conhece os fatos. O artigo 302 atribui ao réu o ônus de defender-se dos fatos alegados pelo autor, sob pena destes serem considerados verdadeiros (ônus da impugnação especificada), nada mencionando, contudo, sobre a falta de defesa quanto a qualificação jurídica desses fatos.

No que diz respeito ao Processo Penal, tendo em vista a importância dos bens jurídicos envolvidos, o assim chamado princípio da correlação entre a acusação e a sentença, ganha caráter de verdadeira garantia ao réu de que este não poderá ser condenado sem ter tido a oportunidade prévia de se defender.

Ainda assim, tudo o que foi dito até aqui em relação ao Processo Civil, é resultado de analogia com regra do Processo Penal, constante no artigo 383 do CPP, segundo a qual cabe ao juiz dar ao fato imputado a correta qualificação jurídica. No sistema de Processo Penal brasileiro, o pedido é sempre o de condenação pelo fato imputado (evento naturalístico), que é transportado para o processo na medida em que corresponde a um tipo penal. De sorte que não se exige que a acusação peça a fixação de determinada pena específica, proponha circunstâncias agravantes e nem pretenda certo regime inicial para o cumprimento das penas privativas de liberdade.

A adequação dos fatos a determinado tipo penal pelo Promotor de Justiça é meramente provisória, motivo pelo qual o réu se defende da imputação relativa a determinado fato descrito e não de sua capitulação jurídica. “O réu defende-se do fato que lhe é imputado na denúncia ou queixa, e não da qualificação jurídica feita pelo Ministério Público ou querelante.” (STF) “O réu se defende do crime descrito na denúncia, e não da capitulação nele constante” (STF)

A maioria dos doutrinadores segue esse entendimento, acreditando ser desnecessário que o julgador tome qualquer providência, ao se deparar com equívocos cometidos pelo acusador, devendo proceder a simples correção da qualificação, uma vez que o acusado defende-se dos fatos imputados e não de sua classificação jurídico penal.²

² Nesse sentido explica Fernando da Costa Tourinho Filho: “ Se a peça acusatória descrever o fato criminoso perfeitamente, mesmo tendo havido uma errada qualificação da infração, não será obstáculo a que se profira sentença condenatória. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, e sim deste. Quando o réu é citado, dá-se-lhe conhecimento do fato que se lhe imputa. É desse fato que ele se defende. Assim, uma errada classificação da infração não pode constituir obstáculo à prolação de eventual sentença condenatória. É que em todos esses casos, não há surpresa

Assim, é opinião majoritária na doutrina que a regra prevista no art. 384 do CPP só se aplica aos casos em que a nova qualificação jurídica dada aos fatos dependa, para sua configuração, de circunstância elementar não contida na denúncia. Tal possibilidade de correção é amparada mesmo quando procedida em segunda instância³.

Em face do exposto, há que se admitir que, podem ocorrer situações em que o erro na classificação do delito pode prejudicar a defesa. O artigo 383 do CPP, que é aplicado analogamente ao Processo Civil, deve ser aplicado em harmonia com o artigo 5º, inc. LV da Constituição Federal. Em tese, o contraditório não seria respeitado quando o réu fosse surpreendido e se visse prejudicado na sua defesa, pelo erro de capitulação da denúncia ou queixa.

Na verdade, a base de sua argumentação em favor da nulidade do processo administrativo fundada em suposta violação do princípio do contraditório, decorrente da mudança de acusação no curso do mesmo, reside em valorizar a importância da classificação da conduta. Afinal, por que se exige tal classificação na petição inicial? Certamente há uma finalidade.

Dentre as razões, pode-se destacar a determinação da competência e do rito procedimental adequado como razões para tal exigência, entre outras. Mas independentemente disso, não há como negar que a classificação jurídica, de fato, facilita a defesa, o que por outro lado, não faz com que ela seja essencial para seu exercício, podendo nessa medida sofrer modificações no curso do processo sem prejuízo à garantia constitucional do inc, LV do art. 5º.

Ainda nesse sentido, a retificação da acusação pela SDE visou justamente a corrigir a classificação jurídica da conduta imputada a White Martins, evitando sensíveis prejuízos ao processo (interesse público). Não houve acréscimo de fato novo, o que tornou possível o aditamento feito em consonância com o princípio da economia processual, tendo ainda sido resguardado o direito de defesa da empresa frente à nova acusação. Não há, portanto, que se falar em irregularidade do processo.

Por fim, a menção a outros processos, ainda que fosse indevida, jamais geraria a nulidade pretendida, visto que não importou em prejuízo para a Requerida.

para defesa. O fato do qual o réu vai se defender está perfeitamente descrito na peça acusatória.” (Processo Penal, v.4, p.198).

³ “A lei adjetiva penal não impede que a instância superior possa restabelecer o enquadramento jurídico do fato constante na denúncia, em decorrência de apelação do Ministério Público, ainda que importe agravação da pena para o réu. A proibição existiria se somente ele tivesse recorrido, na conformidade do que prescreve o artigo 617 do CPP, que não permite a *reformatio in pejus*.” (Revista dos Tribunais 585/401).

II - Objeções de Mérito da Requerida

A Requerida, no curso do Processo Administrativo, apresentou uma série de argumentos que foram posteriormente retomados em sede de memoriais, apresentados após o início do julgamento. Nos três memoriais apresentados após os votos dos conselheiros Celso Campilongo, Thompson Andrade e Afonso Arinos, a Requerida alegou, em síntese, que: 1)- “O Termo de Compromisso de Desempenho, ao contrário do que foi entendido, não produziu efeito de Termo de Compromisso de Cessação, mas, embora sob esse título unificado, é um instrumento que perfaz os dois”; 2)- Não teria sido demonstrada a racionalidade econômica da conduta e do contrato de fornecimento; 3)- Haveria plurisubjetividade no delito de açambarcamento por via contratual. Desta forma, tal delito somente se constituiria com ao menos dois agentes, visto tratar-se de prática colusiva; 4)- Não teriam sido respondidas perguntas pertinentes ao caso relacionadas a: a)- Qual empresa teria deixado de ingressar?; b)- As que o fizeram, em que prazo e período o fizeram?; c)- Como teria havido óbices à entrada da Representante se esta dispunha de fonte própria junto à controladora, Hoechst, que subseqüentemente ativou, após perder a licitação da fonte da Ultrafertil para a BOC? d)- Qual seria a responsabilidade do DPDE em protelar a imediata colocação no mercado do excedente da Ultrafertil, após a renúncia unilateral a este pela representada? 5)- Não teria sido respondida adequadamente a pergunta acerca do mercado relevante considerado. a)- Seria o de gás carbônico ou de subprodutos? b)- Por que não teria sido considerada a existência de “farta disponibilidade de matéria prima no mercado”? c)- Quem deteria posição monopolista, a representada ou a Ultrafertil, que impôs severas condições comerciais?; 6)- Os critérios econômicos utilizados pelo Conselheiro Thompson em seu voto seriam subjetivos, em face de inconsistências metodológicas. Ademais, os argumentos do conselheiro Arinos estariam fundados em suposições e não em provas materiais, ancoradas no princípio da verdade material. Desta forma, competiria à acusação provar a ausência de fontes alternativas. Ademais, os votos não teriam levado em consideração as fontes vizinhas da Ultrafertil, RPBC, da Petrobrás e outras refinarias como a REPLAN. Por fim, 7)- Enfatizou-se novamente os argumentos antes invocados no sentido de que a multa imposta violaria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, teria levado em consideração, o faturamento bruto da empresa como um todo, e não somente o seu faturamento no mercado relevante, o que incluiria “(a) receitas de atividades estranhas à comercialização de gás carbônico, tais como as relativas a gases industriais e medicinais e (b) receitas consolidadas de operações realizadas no exte-

rior, mais precisamente no Mercosul”. A sanção imposta, uma vez que não teria ocorrido lesão ao mercado, violaria princípios constitucionais por ter natureza confiscatória. Passo a analisar as questões suscitadas:

1)- O Compromisso de Desempenho teria produzido os efeitos de um Compromisso de Cessação

A leitura do parecer encartado nos autos, elaborado pelos juristas Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, poderia conduzir a uma tentação que deve ser afastada, qual seja, a consideração do Termo de Compromisso de Desempenho como um equivalente funcional do Termo de Compromisso de Cessação de Prática. Os motivos para esta conclusão são vários.

Primeiramente, deve-se analisar as diferenças dos Termos de Compromisso e de Cessação de Prática, quanto aos seus: objetos, finalidades e efeitos. Assim procedendo, se verá que tais institutos não se confundem.

O objeto do Termo de Compromisso de Desempenho é a imposição, por parte do CADE, de certas condições indispensáveis à aprovação do Ato de Concentração que lhe for submetido. Estas restrições visam mitigar os riscos potenciais à concorrência relacionada à operação. Tais condições são, assim, conforme voto do eminente Conselheiro Relator Celso Campilongo, “cláusulas que fixam as metas qualitativas e quantitativas (Lei 8.884/94; art.58, § 2º), de natureza prioritariamente estrutural”.

A finalidade desse instituto é fazer com que as estruturas de mercado venham a se adequar, de forma que a concentração em questão não cause danos à concorrência. Trata-se, assim, de “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 prévio”, conforme bem salientado pelo ilustre Conselheiro Relator. Como efeitos, tem-se que, se respeitado, o Termo de Compromisso de Desempenho atinge, em regra, seus objetivos. Se descumprido injustificadamente ou não atingidos seus objetivos, cabe a determinação que consta no art.58, § 3º da Lei Antitruste, qual seja, a revogação da aprovação do CADE, conforme previsto no art. 55, além da abertura de processo administrativo para a adoção de medidas cabíveis.

O Compromisso de Cessação de Prática tem objeto, finalidade e efeitos diversos. Seu objeto consiste em um benefício que é dado ao representado em um processo administrativo, nos casos em que o transcorrer natural do processo poderia significar um risco de prejuízo à concorrência. Assim, dispõe a autoridade antitruste de discricionariedade (delineada sempre pelos

parâmetros legais e constitucionais) para firmar ou não o compromisso de cessação. A sua finalidade é justamente evitar danos potenciais ao mercado. É um benefício pelo fato de que o representado, ao assinar o compromisso de cessação, não admite que sua conduta é anticompetitiva e ilícita. É o que se depreende do art.53, caput, in fine, que estabelece que o compromisso de cessação de prática investigada “não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”.

Quanto aos efeitos do compromisso de cessação de prática, pode-se apontar a obrigação gerada de que cesse a prática investigada por parte do representado (art.53, § 1º, alínea “a”); multa diária a ser imposta se houver descumprimento, nos termos do art.25 (art.53, §1º, alínea “b”); obrigações de informação da autoridade sobre mudanças estruturais da empresa representada e necessidade de apresentação de relatórios periódicos sobre a atuação da mesma no mercado (art.53, §1º, alínea “c”); suspensão do processo durante o cumprimento do compromisso de cessação e arquivamento do mesmo em se encerrando o prazo fixado, quando atendidas todas as condições estabelecidas (art.53, § 2º); possibilidade de alteração das condições do termo de compromisso por parte do CADE, se se comprovar que o mesmo se tornou oneroso demais para o representado, excluída tal possibilidade, se a mesma implicar em prejuízos para terceiros ou para a coletividade, e se a nova situação se configurar em infração da ordem econômica (art.53, § 3º); havendo descumprimento ou colocação de obstáculos à fiscalização do compromisso de cessação, o mesmo constituirá título executivo extrajudicial, devendo ajuizar-se imediatamente a sua execução, conforme previsão dos arts. 60 e seguintes (art.53, § 4º).

Como se vê, a comparação direta entre Termo de Compromisso de Desempenho e Termo de Compromisso de Cessação é equivocada, dado à impossibilidade de confusão de aspectos tão diversos. Não se diferem apenas no que tange aos seus efeitos, mas também possuem objetos e finalidades distintas, heterogêneas.

No presente caso, a pergunta que é essencial ao exame da possibilidade de confusão entre os institutos tratados, se de fato teria o Compromisso de Desempenho o caráter de Compromisso de Cessação neste caso específico, é a seguinte: 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?

A resposta a tais perguntas, contudo, é negativa. Devemos ter em mente que a White Martins não era investigada quanto à possibilidade de infração à ordem econômica quando assinou o Compromisso de Desempenho.

Em outras palavras, tal possibilidade não era objeto de análise do AC 78/96. Cuidava ele de outros aspectos, principalmente estruturais e mercadológicos, e não de conduta anticoncorrencial. Dessa forma, impossível seria que o problema relativo ao açambarcamento de matéria-prima de CO₂ ou criação de barreiras à entrada ou criação de dificuldade de acesso à insumos estivesse resolvido.

Não se pode dizer, assim, que o Termo de Compromisso de Desempenho, celebrado em 08.12.99, determinou a cessação das práticas anticoncorrenciais investigadas (fazendo-a desistir da cláusula de exclusividade de excedente no contrato que mantinha com a Ultrafértil), isto porque o contrato da White Martins com a Ultrafértil foi alterado “na melhor das hipóteses” (como frisou em seu voto o ilustre Conselheiro Celso Campilongo) em 01.10.97, retirando da agora representada, a exclusividade na compra do excedente da matéria-prima de CO₂. Percebe-se, assim, que a cessação da prática de que era acusada ocorreu antes do compromisso de desempenho firmado somente em 1999. Logo, não se pode afirmar ter sido esta a causa de tal cessação. O lapso de tempo ocorrido torna ininteligível qualquer argumentação nesse sentido.

Dessa forma, à determinação constante do item 2.3 do Compromisso de Desempenho em questão, não se pode dar o mérito de ter encerrado a prática a qual o Processo Administrativo n° 08000.022579/97-05 agora cuida. Ela foi tão-somente uma imposição por parte do CADE à White Martins, para que o Ato de Concentração 78/96 pudesse ser aprovado. Assim, se tal determinação, insculpida no Compromisso de Desempenho, for descumprida injustificadamente, gerará a sanção prevista no art.58, § 3°, qual seja, a revogação da aprovação do Ato de Concentração 78/96, e também a abertura de um novo processo administrativo, que terá como objeto o descumprimento do Compromisso de Desempenho ocorrido.

Não se pode afirmar, assim, que o Compromisso de Desempenho firmado no âmbito do Ato de Concentração 78/96 solucionou o problema que agora é objeto deste Processo Administrativo. Se assim fosse dito, haveria uma prática que não seria corretamente investigada, o que seria inadmissível, mediante o caráter indisponível dos bens que são tutelados pela Lei 8.884/94, e que incumbe ao Plenário do CADE zelar (art. 7°, inciso I).

Concluindo, o objeto deste processo administrativo (cláusula de exclusividade sobre o excedente de matéria-prima do CO₂, presente no contrato firmado entre a White Martins e a Ultrafértil, relativo à planta de Cubatão, incluída em 01.07.96 e retirada em 01.10.97) não foi abarcado pelo Compromisso de Desempenho em questão.

Ressalte-se, ademais, que a conduta que é objeto deste processo administrativo cessou em 01.10.97, um mês depois da representação da Messer Grieshem, feita em 02.09.97, quando, na verdade, deveria ter cessado logo após a reunião ocorrida na SEAE/MF, em que verbalmente a representada renunciou aos excedentes da Ultrafertil, ocorrida em 23.03.97 (portanto sete meses antes), ponto esse que foi bem lembrado pelo ilustre Conselheiro Relator.

Em memorial entregue após o voto do Conselheiro Relator, argumentam os procuradores da White Martins que houve equívoco cognitivo do Conselheiro Relator quanto ao parecer apresentado, que teria se limitado a comparar os institutos do Compromisso de Desempenho e do Compromisso de Cessação quanto aos efeitos, quando na verdade, no caso em que se analisa, o Termo de Compromisso de Desempenho seria “um instrumento que perfaz os dois”. Cita para tal comparação, o exemplo de contratos múltiplos em um instrumento único, como a locação com cláusulas de fiança e arbitragem, em que coexistiriam os três institutos num único documento. Também argumenta ser, no caso presente, impossível a dissociação de 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”. Por fim, alega mais uma vez na determinação de que no “Termo conjunto” foi prevista a pena constante do art.25 da Lei Antitruste, que seria aplicável apenas aos Compromissos de Cessação e não aos de Desempenho.

Quanto à primeira questão levantada, penso que já foram analisados aqui e no voto do Conselheiro Relator as diferenças dos institutos tanto em relação aos efeitos quanto aos seus objetos e às suas finalidades, que demonstram a impossibilidade de se os assimilar.

Na hipótese citada acerca dos contratos múltiplos, deve-se ter claro que o princípio da autonomia da vontade, que rege o direito privado, confere maior liberdade (que, contudo, também hoje está longe de ser plena) para o estabelecimento de cláusulas que se entendam necessárias, de forma que o instrumento jurídico contratual possa se adequar ao caso concreto. O regime jurídico privado é estruturado de forma a permitir tal flexibilidade e liberdade. O direito concorrencial visa resguardar interesses da coletividade, e, portanto, indisponíveis pela autoridade antitruste, que não pode considerar institutos diferenciados como se fossem iguais. Tal equiparação lhe é vedada, vez que se assim agisse, estaria a ofender o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Cabe aqui fazer uma breve distinção entre ‘transação’ e ‘compromisso’. O instituto da ‘transação’ é instituto próprio do Direito Privado, que é regido pelo princípio da autonomia da vontade das partes. Portanto, em sua

forma consagrada e de maneira geral, versa sobre direitos disponíveis e, por isso, apresenta a possibilidade de as partes (no caso, entes privados), por qualquer forma e procedimento adotados, decidirem arbitrariamente pela desconsideração de certos direitos.

Já o ‘compromisso’, assim como os Termos de Ajustamento de Conduta e o Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação, são instrumentos próprios do Direito Público que são regidos pela supremacia do interesse público sobre a vontade dos particulares. Eles constituem atos administrativos celebrados por agente do poder público, havendo, por conta disso, vinculação legal da atuação da administração a seus deveres funcionais. Desta forma, a ação do poder público é discricionária: pode agir livremente dentro do quadro legal preexistente. Ademais, cumpre ressaltar que, quando o poder público age, necessariamente responde aos interesses da coletividade e não a interesses próprios⁴.

Equivocam-se, pois, os I. pareceristas ao se remeterem ao instituto da ‘transação’, afirmando que “o que determina o caráter jurídico do ato é o seu objeto, não o local de sua formalização”⁵. Quando a parte envolvida é o poder público, a forma e os procedimentos adotados são essenciais para a celebração do ato administrativo. Tomando a conhecida “bipolaridade do Direito Administrativo”, tem-se a liberdade do indivíduo e a autoridade da Administração como elementos estruturais/organizacionais da orientação pública, dos quais decorrem dois princípios fundamentais de ordenamento jurídico pátrio e informadores de todo o Direito Público: princípio da legalidade e princípio da supremacia do interesse público pelo particular.

O princípio da legalidade estabelece os limites da atuação administrativa. Enquanto se diz que ao Direito Privado aplica-se o princípio da autonomia da vontade das partes, o qual permite fazer tudo o que a lei não proíbe

⁴ Para a tutela dos interesses difusos e coletivos, o ‘compromisso’ é instrumento a ser utilizado pela Administração com o intuito de atingir os objetivos estabelecidos pela Constituição e as exigências legais, gerando a maior eficiência no alcance da finalidade e, ao mesmo tempo, o menor ônus possível para o particular/administrado/mercado. É observado, por exemplo, para a tutela de direitos ambientais (art. 15 do decreto 92323/96) e do consumidor (art. 113 do CDC), o ‘Termo de Ajustamento de Conduta’. Os termos de compromisso guardam semelhanças, motivo pelo qual se faz necessária breve citação de suas características similares, quais sejam: são ato da administração pública; podem ser revistos tendo em vista a manutenção dos interesses da coletividade; têm como objeto prática não permitida ou proibida pelo Direito, a qual somente poderá ser objeto de termo por expressa previsão legal; versam sobre a indisponibilidade do interesse público, etc...

⁵ Parecer, p. 25.

(arts. 5º, II; e 37, CF/88); no caso em que há atuação do Poder Público, a vontade da Administração Pública é aquela decorrente de lei.⁶

A Administração Pública fica vinculada à lei, na medida em que pode decidir discricionariamente como atuar observando os limites estipulados pela norma jurídica. Destarte, qualquer interpretação extensiva (ou ampliadora) atribuída à lei conformadora da atuação estatal implicaria em atuação contra legem. Relacionado ao princípio da supremacia do interesse público (ou da finalidade pública) está o princípio da indisponibilidade do interesse público.⁷

Este preceito é essencial para o entendimento da função que o CADE exerce. Como órgão que compõe a administração, a sua função está adstri-

⁶ É princípio essencial à garantia dos direitos individuais, uma vez que - conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro - “a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade” E continua Di Pietro: “em decorrência disso, não pode a Administração Pública, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, depende a Administração de lei” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 67.

⁷ Sobre este afirma Celso Antônio Bandeira de Mello “(...) significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que o representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

(...) “As pessoas exclusivamente administrativas, autarquias, precisamente em razão do fato de assim se qualificarem, são entidades servientes. Isto significa que, por serem pessoas, podem – ao contrário da Administração – titularizar interesses públicos, embora, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhes assinalou. Sendo pessoas administrativas, sua província é a da relação de administração, e, por isso mesmo, estão adstritas ao cumprimento de uma finalidade. Ainda aí, é o dever, a finalidade, e não a vontade, que comanda a sua ação. Não dispõe a seu talante sobre os interesses públicos; não os comandam com a sua vontade; apenas cumprem, ainda quando o fazem discricionariamente, em muitos casos, a vontade da lei. Esta, em toda e qualquer hipótese, lhes serve de norte, de parâmetro e de legitimação. As pessoas administrativas não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.” Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1995, p.31-3.

ta ao cumprimento de uma finalidade: zelar pela observância da Lei que o instituiu, cujos preceitos estão inscritos no caput de seu art. 1º, dever este que está expresso no art. 7º, inciso I.

Por fim, no que tange à utilização do art. 25 no Termo de Compromisso firmado, é de notar que tal uso não tem o poder de transformar um instituto em outro. A discutida cláusula 2.3 do Compromisso de Desempenho pode ser considerada, nos termos do art. 58 § 2º da Lei 8884/94, como “metas qualitativas ou quantitativas” a serem cumpridas. Ademais, ao estabelecer a incidência do art. 25 da Lei 8884/94 para o descumprimento do disposto na cláusula 2.3 (cláusula 6.2), utilizou-se o CADE de recurso de retórica, pois deixa expresso na mesma cláusula a necessária observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, o que se dá em sede de processo administrativo, meio próprio previsto em lei para tanto. Tal recurso, conforme dito, não poderia desnaturar a essência do instituto utilizado.

Em conclusão, a afirmação feita pelos ilustres pareceristas não tem o condão de transformar o Compromisso de Desempenho em Compromisso de Cessação, ainda que somente no caso presente. Tal seria, como dito, uma afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público pela Administração. Deste modo a única conclusão possível, acompanhando as palavras e argumentos do ilustre conselheiro relator é no sentido de que “é inadmissível a confusão entre Desempenho e Cessação”

2)- não teria sido demonstrada a racionalidade econômica da conduta e do contrato de fornecimento

A representada alega que não teria sido demonstrada a racionalidade econômica da conduta e do contrato de fornecimento e que tal matéria seria estranha à acusação, motivo pelo qual sobre ela não teria sido exercido o direito da ampla defesa em violação ao princípio do devido processo legal.

Em primeiro lugar, é preciso notar que a afirmação não é correta, uma vez que a análise da racionalidade econômica do contrato constitui-se em pressuposto da análise da conduta anticoncorrencial praticada. Trata-se, em verdade da aplicação do bastante conhecido princípio da regra da razão.

É desnecessário dizer que para a análise das condutas deve-se procurar analisar se a mesma obedece ou não a uma racionalidade que a possa justificar. O princípio da regra da razão é admitido pela lei 8.884/94 e tornado expresso na resolução CADE n.º. 20. Não é por outro motivo que a própria Requerida fez da afirmação da racionalidade econômica do contrato um de

seus principais argumentos, inclusive mediante a apresentação de parecer técnico sobre o assunto.

Os argumentos que recusam a tese da racionalidade econômica das cláusulas de exclusividade poderiam ser resumidos em três principais pontos.

Em primeiro lugar, poderíamos dizer que a cláusula é estabelecida por um tempo exagerado, em relação ao ciclo de maturação do investimento. Isto porque ela advém de uma prorrogação de prazo de fornecimento – ela é acessória do contrato modificado, que prevê 10 anos para além do prazo inicial já estipulado.

Poder-se-ia justificar esta precaução em vista de eventuais planos de expansão da produção de CO₂ comercializável; todavia, nenhuma evidência neste sentido foi apresentada. E, do mesmo modo, verifica-se que a garantia de fornecimento de um mínimo de 470 t.p.d. (200 para a planta White Martins, 270 para a planta Liquid Carbonic) constante do contrato original implicava já num excedente de matéria- prima.

Isso contraria duas das justificativas: a da obtenção de informações relativas às condições de fornecimento – no caso, trata-se de uma renovação à qual foi adicionada uma cláusula de exclusividade – e a de que seria uma proteção quanto ao risco de se investir em ativos de baixa liquidez e alto custo.

Em segundo lugar, mais de 10 anos de exclusividade implicam em tempo incompatível com a natureza do ciclo do negócio: de acordo com informações prestadas pela própria empresa White Martins, antes da aquisição internacional da Liquid Carbonic pela Praxair, esta estava em processo de instalação de uma filial no país. Para isso, precisou de aproximadamente um ano para começar a produzir: assinou o contrato original com a Ultrafértil em 25.11.94, em março de 1995 já havia começado a construção de sua planta e em janeiro de 1996 iniciou a produção na unidade Cubatão.

Embora não haja dados precisos sobre o tempo de amortização do investimento, é razoável supor que ele não deva ser superior a dez anos. Ademais, a extensão de prazo que determina o período de validade da cláusula de exclusividade foi assinada no momento em que a empresa já era monopolista no mercado brasileiro, o que implica num tempo no mínimo inferior à média do mercado para maturação do negócio.

Em terceiro lugar, a cláusula versa sobre uma quantidade indefinida de insumo, denotando nítido intento de evitar que aquele fornecedor específico – a Ultrafértil – tivesse outros compradores que não a White Martins. O intento de assegurar que a produção não fosse interrompida e que o fornecedor não detivesse poder de barganha demasiado em relação à empresa fora alcançado através da garantia de fornecimento de um volume mínimo já elevado de gás-insumo por 10 anos. Não havia a necessidade, assim, da exclusi-

vidade do excedente disponível, já que a produção de CO₂ para consumo não aumentaria de nenhum modo, posto que a planta sempre operou com grande capacidade ociosa. Vejamos na tabela:

Tabela de Disponibilidade, utilização e sub-aproveitamento de matéria-prima.							
Ano Contratual	Unidade e Produtora	Capacidade média passível de utilização comercial em tpd	Adquirente	Volume Contratual Disponível Em tpd	Média Anual de consumo da WM e LCI em tpd	Vol. Médio não consumido em tpd	% não consumido
01/07/97 a 30/06/98	Complexo Cubatão	640	White Martins	370 até 10/12/97	59,7	310.3	83
				200 após 10/12/97	63,5	158.7	79
			Liquid Carbonic	270	106.3	163.7	61

Por fim, saliento que sobre o tema e já se manifestaram expressamente os votos anteriores, sendo desnecessário repetir os argumentos que acolho integralmente⁸.

3)- haveria a plurisubjetividade no delito de açambarcamento por via contratual

Alegou a requerida que o delito de açambarcamento somente se constituiria com ao menos dois agentes, visto tratar-se de prática colusiva.

⁸ No voto do Conselheiro Afonso Arinos as questões foram assim sumarizadas, em três indagações: 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 Ultrafêtil 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? Todas elas analisadas de maneira consistente da fls. 13 e ss. de seu voto de vista, que aqui expressamente acompanho.

Com relação à natureza plurisubjetiva da conduta alguns esclarecimento merecem ser feitos.

Em primeiro lugar, é necessário notar que não há nos autos evidências de que a Ultrafertil tenha realizado a mesma conduta imputada à White Martins. Inexiste evidências de que a mesma pudesse, a partir do uso da regra da razão, beneficiar-se das condutas de açambarcamento e restrição à entrada de novos competidores.

Conforme visto, esta conduta demanda a existência da demonstração da racionalidade econômica visada pela conduta. A princípio não haveria racionalidade econômica por parte da Ultrafertil em impedir a entrada de novos players no mercado de CO₂, antes o contrário, em tese, tal fato seria do seu maior interesse. Isto, contudo, não impede que se no futuro, vierem a surgir evidências de que houve colusão e conduta concertada por parte da Ultrafertil, visando impedir a entrada de novos concorrentes no mercado relevante em questão, que contra ela não possa ser feita nova acusação, através de um novo Processo Administrativo, garantido o direito a ampla defesa, no qual se venha a concluir pela condenação.

Saliente-se que tal situação é bastante comum na própria Justiça Criminal, quando em face de novas provas, é feito seja um aditamento à denúncia ou mesmo nova denúncia, em novos autos (muitas vezes após a condenação de alguns dos réus) para incriminar co-autores desconhecidos no momento em que se iniciou a ação penal.

Do conceito de açambarcamento

Dois são os incisos do artigo 21 da Lei 8.884/94 que citam a ação de açambarcar sem, contudo, defini-la:

Art. 21 (...)

XV – destruir, inutilizar ou açambarcar, sem justificada necessidade, 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.

XVI – açambarcar ou impedir a livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

Existe alguma controvérsia sobre o efetivo significado do conceito de açambarcamento. Numa acepção mais ampla que podemos encontrar, por

exemplo no Dicionário Aurélio⁹, açambarcar significa 1. Chamar (algo) exclusivamente a si, privando os outros da respectiva vantagem; monopolizar: 2. Assenhorear-se de, apropriar-se. Neste sentido mais amplo, portanto, não existe restrição ou delimitação clara sobre as finalidades da conduta. Sempre que alguém chamar algo exclusivamente para si estará realizando a conduta de açambarcar. É possível, entretanto, definir o conceito de maneira mais restrita. No verbete Acaparamento da Nova Enciclopedia Jurídica¹⁰, encontramos a seguinte definição: Açambarcamento é uma forma de manipulação ou ajuste de preços (*price fixing*, na terminologia americana¹¹), pela qual se tenta influir no processo formativo dos mesmos através de interferências na quantidade disponível de mercadoria no mercado. Acumula-se mercadorias de qualquer espécie, em quantidade superior àquela necessária para consumo próprio ou para o giro do negócio, com o ânimo de lucrar com o aumento do preço do produto ou mercadoria amealhados através de revenda controlada e escalonada dos mesmos. É considerado, inclusive, espécie de enriquecimento ilícito por parte do comprador, que vê aumentado o valor de seus produtos dada a escassez reinante dos mesmos sem causa a que se possa atribuir. Nas palavras de Fábio Nusdeo, o açambarcamento talvez constitua uma das formas mais primitivas do que se conceitua hoje como abuso de poder econômico¹².

Como pode ser perpetuado por um só infrator ou por uma coletividade deles, a doutrina¹³ costuma diferenciar o acordo a que se dá, comumente, nome de cartel de compras ou cartel de vendas do açambarcamento, praticado por mais de um player. Ambos suporiam um acordo com a fixação de preços e outras condições, tanto para a compra quanto para a venda do produto. Porém, o cartel teria escopo mais amplo e almejaria a uma duração mais prolongada no tempo. Em detalhe: cartéis de compras visam a concentrar os pedidos aos fornecedores de diversas empresas que se utilizam da mesma matéria-prima, para obter um fornecimento regular e a preços baixos; nos cartéis de venda, o

⁹ Versão eletrônica.

¹⁰ coordenação de Carlos E. Mascareñas, Tomo II, Barcelona: F. Seix Editor, 1950

¹¹ Aqui se traduziu *price fixing* como ajuste ou manipulação de preço. Por duas razões: (a) em inglês, *fixing* tem o sentido não só de fixação, mas também de ajuste; (b) a fixação de preço que a doutrina brasileira adota é compatível não com o que os americanos chamam de *price fixing*, mas com o que se convencionou a denominar *resales price maintenance*, e com o *price cartels* – duas espécies do gênero *price fixing*. Vide infra, notas 51 e 55.

¹² Fábio Nusdeo. Açambarcamento. Verbetes da Enciclopédia Saraiva do Direito, coordenação de Rubens Limongi França, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1977.

¹³ Fábio Nusdeo Açambarcamento (...), p. 160; Acaparamento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), pp 142-143.

que se quer é conseguir preços mais altos. Já o açambarcamento em sentido restrito seria plurifásico, comportando um planejamento detalhado e uma coordenação de natureza diferenciada da do cartel. São suas etapas: (a) a compra; (b) a retenção; (c) venda escalonada¹⁴.

Açambarcamento é, portanto, num sentido doutrinário restrito, prática restritiva de comércio, na modalidade horizontal, que independe de poder de mercado – basta que o agente ou o conjunto deles tenha capitalização o suficiente para levá-la a cabo. Exige um ou mais sujeitos, não necessitando obrigatoriamente ser colusiva. Comporta a intenção de dominar momentaneamente o mercado, mas não exige o ânimo monopolizador, no sentido de modificar estruturalmente o mercado, visto que a criação de condições monopolísticas tem a característica de ser temporária.

Conforme explicado, o conceito restrito de açambarcamento implicaria na intenção de revenda. Significa uma forma de manipulação de preços caracterizada pelo domínio da oferta por meio de aquisição de grandes quantidades de mercadoria qualquer – seja ela insumo ou produto final –, retenção e revenda escalonada, que faz o açambarcador obter lucros ilícitos com o aumento artificial de preços da mercadoria acumulada. Também faz parte do tipo um elemento circunstancial, que permite a prática. O lucro está relacionado, portanto, com a revenda da mercadoria – e não com sua transformação, inutilização ou destruição. A sua realização só se dá no momento em que a “desova” do produto amealhado acontece em cotações superiores às que originalmente se o adquiriu. Daí que a mera acumulação não ensejaria, segundo tal definição restrita, a configuração da conduta de açambarcar.

No caso analisado, existe uma provisão contratual que proíbe a White Martins de revender o subproduto a terceiros por preços mais vantajosos aos pagos por ela à Ultrafertil. Deste modo, acolhida a definição mais restrita, a conduta de açambarcamento estaria, a princípio, descartada.

É de se notar, contudo, que o texto da lei não traz uma definição restritiva sobre o significado de açambarcar. Em tal situação, é razoável admitir que o intérprete deva dar-lhe o significado mais amplo. Ademais, observo que mesmo que assim não se entenda, adotando-se o conceito mais restrito (como quer a Representada), é fato que a mesma conduta praticada pela empresa White Martins estaria tipificada no inciso IV do artigo 20 que define a hipótese de abuso de posição dominante. Isto porquanto persiste a infração de limitação, falseamento e prejuízo à livre-concorrência e à livre iniciativa com base

¹⁴ Fábio Nusdeo, Açambarcamento. (...), p. 160.

na subsistência da exclusividade não razoável. Assim, permaneceriam as incidências normativas previstas nos incisos V e VI do artigo 21 da lei 8.884/94.

4)- não teriam sido respondidas perguntas pertinentes ao caso

A White Martins, através de seus procuradores alega que não teriam sido respondidas as seguintes perguntas pertinentes ao caso: a)- qual empresa teria deixado de ingressar?; b)- as que o fizeram, em que prazo e período o fizeram?; c)- como teria havido óbices à entrada da Representante se esta dispunha de fonte própria junto à controladora, Hoechst, que subseqüentemente ativou, após perder a licitação da fonte da Ultrafertil para a BOC? d)- Qual seria a responsabilidade do DPDE em protelar a imediata colocação no mercado do excedente da Ultrafertil no mercado, após a renúncia unilateral a este pela representada?

As alegações comprovadas demonstraram que a representada foi bem sucedida em seu intento de retardar o ingresso de competidoras no mercado. Assim, a entrada posterior de novos competidores não infirma a alegação contida no processo administrativo instaurado pela SDE e confirmado nos votos anteriores. É certo que o ingresso de novos competidores somente ocorreu em data posterior àquela fixada na condenação pela conduta. Assim, qualquer que seja a resposta dada a tal questão, ela não elide a alegação de que foram criadas barreiras artificiais à entrada, com abuso de posição dominante, que provocaram o retardamento na entrada de novos competidores, com prejuízo para a concorrência e para os consumidores.

A eventual co-responsabilidade da SDE no retardamento alegado é fato que foge do escopo desta análise da conduta da White Martins e não tem efeito sobre a responsabilidade desta. Por tal motivo, entendo que o argumento não altera as conclusões nestes autos.

Há um aspecto importante relativo à alegação de que havia outras fontes disponíveis. Esta pergunta se reporta à própria definição de mercado relevante e será analisada a seguir.

5)- A definição do mercado relevante

Alega a Requerida que não teriam sido respondidas adequadamente as seguintes perguntas sobre a definição do mercado relevante considerado. a)- seria o de gás carbônico ou de subprodutos? b)- Por que não teria sido considerada a existência de “farta disponibilidade de matéria prima no merca-

do? c)- quem deteria posição monopolista, a representada ou a Ultrafertil, que impôs severas condições comerciais?

Entendo que também esta objeção foi devidamente respondida na reformulação do conceito de mercado relevante operada no voto do Conselheiro Afonso Arinos. Mais uma vez acolho in totum seus argumentos que foram assim sintetizados:

“Há, portanto, dois mercados relevantes de produto verticalmente relacionados envolvidos pelas condutas apontadas no presente processo administrativo: 1) o mercado de CO₂ gerado com subproduto 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.”

No que tange à alegada “farta disponibilidade de matéria prima”, cumpre ressaltar que novamente o tema foi objeto de análise em votos anteriores. Mais vez, conforme foi apontado em voto do conselheiro Afonso Arinos:

“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 subproduto da síntese de amônia e de subproduto da produção de hidrogênio e gás. Há nos autos farta evidência de que fontes de matéria-prima outras que as de subproduto da síntese de amônia e de subproduto da produção de hidrogênio e gás são empregadas somente em circunstâncias especiais, quando não existe opção de acesso aos subprodutos 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.”

Deste modo, a matéria prima disponível, é aquela posta à disposição do mercado e não toda aquela que hipoteticamente poderia (desconsiderados

custos de produção, contratos, etc.) ser utilizada para a fabricação do CO₂¹⁵. Já foi também salientado que: “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 unidades 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). “(voto do Conselheiro Afonso Arinos, pag. 21).

Desta forma, somente nas datas referidas é que a matéria prima fornecida por estas indústrias foi colocada no mercado. Tal fato já foi devidamente alegado e demonstrado seja nos votos que me precederam, seja também no minucioso parecer elaborado pela SDE, que descreve as fontes comercialmente disponíveis à época. Note-se, mais uma vez que o conceito de fonte disponível, não equivale ao conceito de fontes potencialmente produtoras de CO₂ que incluiria, em tese, toda possível fonte de combustão. Em face da repetição do argumento, entendo oportuno reproduzir a tabela contida no parecer da SDE, que indica, inclusive os documentos que comprovam as alegações :

SEGUNDO A APROPRIAÇÃO DE FONTE

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO₂ a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras**, exclusive consumo cativo, as seguintes:

¹⁵ - Neste sentido também o parecer da SDE: “Obviamente que o gás em ambiente natural existe em abundância e economicamente não tem valor expressivo; entretanto, o produto questionado não é o gás carbônico da atmosfera e sim o CO₂ industrializado; que, efetivamente tem valor econômico, é raro na excelência de subproduto e finito quanto a sua disponibilização em dado momento do mercado conforme demonstrado em estudos desta SDE. Aliás, quanto ao item 61, realmente reconheça-se que, HOJE, existe excedente de fontes a partir da entrada de 70 tpd da Ultrafertil de Cubatão no mercado, assim como, de 440 tpd da REPLAN em Paulínia, de 420 tpd da RPBC em Cubatão, além das não citadas pela Representada a saber: 7 tpd da RLAM em Mataripe e de 20 tpd da Lubnor em Fortaleza conforme se vê no relatório desta Secretaria de folhas 389.(pag. 34 do parecer de 10 de dezembro de 1998)”

Empresa Fontes/Local	Capacidade	Participação %	Instal. atual Tpd
SUDESTE			
WM	Comgás/SP	100	6,70%
LCI	Ultrafértil - Cubatão/SP	465	31,32%
	Oxitenno-Maua/SP	45	3,03%
	Petrobrás - Reduque/RJ	68 (45)	4,58%
	Petrobrás - Betim/MG	143 (50)	9,63%
	Ultrafértil - Araucária/PR	150	10,10%
total		971	65,39%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea	80 (150)	5,39%
	Petrobrás - S J Campos	144 (80)	9,70%
	Peróxidos - Curitiba	70 (100)	4,71%
total		294	19,80%
AGA	Prosint - RJ	100	6,73%
	Jundiaí - SP	20	1,35%
total		120	8,08%
BOC	Ultrafértil - Cubatão	100	6,73%
total		100	6,73%
Total Geral		1485	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE	125 (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA	40 (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	41,18%
total		70	41,18%
BOC	Petrobrás -REFAP-Canoas 100	100	58,82%
total		100	58,82%

Total Geral		170	100,00%
CENTRO O-ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1859	
Disponíveis	Ultrafertil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Atualmente, dezembro/ 98 existe uma **capacidade instalada de gases do ar** conforme descrita no parecer da SEAE no qual o Grupo WM/LCI detém 76% na região SE, 100% na região N, 100% na região NE, 100% na região Sul e 100 % na região CO, perfazendo um total de 9.440tpd correspondentes a 67% da capacidade instalada no País , aparecendo o segundo colocado AGA com 16%. (Fl. 1545/46).

SEGUNDO A MOMENTÂNEA POSIÇÃO NO MERCADO

Atualmente, dezembro/ 98 existem como **capacidades instaladas e disponíveis de CO2 a partir de subproduto e/ou outra fonte, nas diversas regiões brasileiras**, exclusive consumo cativo, as seguintes:

Empresa	Fontes/Local	Capacidade	Participação %
SUDESTE		Instal. atual Tpd	
WM	Comgás/SP	100	7,22%
LCI	Ultrafertil - Cubatão/SP	465	33,57%
	Oxiten - Maua/SP	45	3,25%
	Petrobrás - Reduque/RJ	68 (45)	4,91%

	Petrobrás - Betim/MG	143 (50)	10,33%
	Petrobrás - S J Campos	144 (80)	10,40%
WM/LCI	Ultrafertil - Araucária/PR	150	10,83%
total		1115	80,51%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea	80 (150)	5,78%
	Peróxidos - Curitiba	70 (100)	5,05%
total		150	10,83%
AGA	Prosint - RJ	100	7,22%
	Jundiá - SP	20	1,44%
total		120	8,66%
Total Geral		1385	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE	125 (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA	40 (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%
Total Geral		70	100,00%
CENTRO OESTE			
LCI	Hidrolândia/GO	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		1659	
Disponíveis	Ultrafertil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortale- za/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Considerando que a WM/LCI receba a fonte da REPLAN, segundo momentanea posição no mercado:

Empresa	Fontes/Local	Capacidade Instal. atual Tpd	Participação %
WM	Comgás/SP	100	5,48%
LCI	Ultrafertil - Cubatão/SP	465	25,48%
	Oxiteno - Maua/SP	45	2,47%
	Petrobrás - Reduque/RJ	68 (45)	3,73%
	Petrobrás - Betim/MG	143 (50)	7,84%
	Petrobrás - S J Campos	144 (80)	7,89%
WM/LCI	Ultrafertil - Araucária/PR	150	8,22%
	REPLAN	440	24,10%
total		1555	85,21%
Air Liquide	Rhodia - Paulínea	80 (150)	4,38%
	Peróxidos - Curitiba	70 (100)	3,84%
total		150	8,22%
AGA	Prosint - RJ	100	5,48%
	Jundiaí - SP	20	1,09%
total		120	6,57%
Total Geral		1825	100,00%
NORTE			
LCI	Belém/PA	10	100,00%
Total Geral		10	100,00%
NORDESTE			
LCI	Fortaleza/CE	5	2,94%
	FAFEN Laranjeiras/SE	125 (85)	73,53%
	FAFEN Camaçari/BA	40 (50)	23,53%
Total Geral		170	100,00%
SUL			
WM/LCI	Cachoeirinha RS -Copesul	70	100,00%

Total Geral		70	100,00%
CENTRO O-ESTE			
LCI	Hidrolândia/GO	24	100,00%
Total		24	100,00%
Total no País		2099	
Disponíveis	Ultrafértil - Cubatão	70	7,31%
	Petrobrás - REPLAN	440 (475)	45,98%
	Petrobrás - RBPC	420 (475)	43,88%
	Petrobrás - RLAM-Mataripe BA	7	0,74%
	Petrobrás - LUBNOR Fortaleza/CE	20	2,09%
total		957	100,00%

Deste modo, nota-se que há fartas evidências e comprovações de que, apesar de existirem, já a época da conduta, fontes que hipoteticamente poderiam produzir CO₂, estas não eram fontes disponíveis comercialmente. Tais circunstâncias estão grifadas na tabela feita pela SDE. Tais fatos já tinham sido salientados nos votos que me antecederam, especialmente no voto de vista do Conselheiro Afonso Arinos.

O mesmo deve ser dito com relação à fonte da Hoechst, assim como qualquer outra fonte derivada de combustão que, em tese, poderia ser construída. A transformação de uma fonte potencial de CO₂ numa fonte comercialmente viável e disponível demanda investimentos, custos e tempo. É certo que, se é possível imaginar que algumas fontes potenciais poderiam se tornar, no futuro, fontes comercialmente disponíveis, tal fato não as transforma, de imediato e no momento da infração, em fontes disponíveis, consoante argumentado pela White Martins.

6)- A subjetividade dos critérios econômicos utilizados

Alega a White Martins que os critérios econômicos utilizados pelo Conselheiro Thompson em seu voto seriam subjetivos, em face de inconsistências metodológicas. Os argumentos do Conselheiro Arinos estariam fundados em suposições e não em provas materiais, ancoradas no princípio da verdade material.

Também estas alegações não merecem prosperar. Conforme se verá adiante, o direito econômico opera necessariamente com simulações de vantagens, custos e benefícios. Este é um corolário da incorporação pelo direito antitruste da metodologia de análise econômica.

Esta realidade faz com que na aplicação do direito e das sanções seja obrigatória a utilização de estimativas racionais, de modo a balizar as convicções do julgador. Nem se diga que fenômeno semelhante não ocorre em outras áreas do direito. Bastaria pensar nas constantes dificuldades e freqüente polemicidade dos valores arbitrados em ações indenizatórias diariamente apreciadas pelo Poder Judiciário.

Por tudo quanto foi dito, entendo 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 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.

Resta agora, analisar a dosimetria da sanção imposta. Antes, porém, entendo necessário analisar com cuidado uma das alegações feitas.

7)- A multa imposta violaria os princípios da razoabilidade e proporcionalidade

A Requerida, enfatizou novamente em seus memoriais o argumento antes invocado no sentido de que a multa imposta violaria os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Ademais, teria equivocadamente levado em consideração o faturamento bruto da empresa como um todo, e não somente o seu faturamento no mercado relevante, o que incluiria “(a) receitas de atividades estranhas à comercialização de gás carbônico, tais como as relativas a gases industriais e medicinais e (b) receitas consolidadas de operações realizadas no exterior, mais precisamente no Mercosul.”

III- O princípio da Proporcionalidade e o artigo 23, I da lei 8.884/94

Para analisar a questão da dosimetria no caso concreto, entendo necessário enfrentar uma complexa questão envolvida na interpretação do artigo 23 da lei 8.884/94. Este dispositivo está assim redigido:

Art. 23 - A prática de infração da 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 exercício¹⁶, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador;

III - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

A primeira vista, a compreensão literal do disposto no inciso I do dispositivo em questão poderia levar a uma conclusão simples e clara: a lei procurou estabelecer um critério objetivo para a quantificação máxima e mínima das multas impostas às infrações à ordem econômica. Segundo esta regra, os parâmetros mínimos para a imposição da sanção a uma empresa seriam dois: a)- multa deveria ser de, no mínimo, um por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos; b) - a multa nunca seria inferior à vantagem auferida, quando quantificável. O parâmetro máximo, seria de 30% do faturamento bruto da empresa.

A conclusão que se impõe, portanto, é a que de que jamais uma multa poderia ser inferior a um por cento do faturamento bruto da empresa. Em determinadas hipóteses, nas quais a vantagem auferida fosse superior a um por cento do faturamento bruto da empresa, este mínimo se elevaria até o

¹⁶ O artigo 11 da Lei no. 9.021, de 30/03/1995 dispôs que:

Para os fins previstos no art. 23 da Lei no. 8.884, de 1994, será considerado o faturamento da empresa no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segundo os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa

limite da vantagem obtida com a conduta. O limite máximo da multa não poderia ultrapassar o montante de trinta por cento do faturamento da empresa, como expressamente dito pelo texto legal, a menos que o valor da vantagem auferida superasse este mesmo limite.

Um importantíssimo elemento subjacente a esta interpretação reside na admissão de que a expressão “do faturamento bruto (da empresa) no seu último exercício” se refere ao faturamento global da empresa e não ao seu faturamento bruto no mercado relevante definido para a análise da conduta. Isto porquanto a lei não teria feito qualquer especificação restritiva ou extensiva.

Esta interpretação da lei teria em seu apoio, além do apelo da literalidade, a presunção de uma certa racionalidade, visto que ao fixar o montante da multa em função do faturamento da empresa, o legislador teria buscado um critério de individualização da sanção que leva em conta a situação econômica do infrator (aspecto que é expressamente tomado em consideração também no artigo 27, VII da mesma lei “a situação econômica do infrator”). A racionalidade jurídica e econômica do dispositivo seria, pois, sempre em tese, a de impor uma sanção proporcionalmente pesada para as grandes empresas que apresentam elevado faturamento global.

Apesar destas considerações, entendo que uma tal interpretação literal do dispositivo não é compatível com o sistema de regras e princípios nos quais se insere a lei 8.884/94.

Para demonstrar os motivos que me levam a tal convicção, quero partir de cinco hipóteses.

Hipótese I: a empresa A-BR-T

1)- Imagine-se uma empresa **A-BR-T** que atue em trinta mercados de produtos distintos e que tenha tido um faturamento bruto (total, i.e., incluídos todos os produtos e serviços) no mercado nacional equivalente a um bilhão de reais no ano de 2000. Dentre os inúmeros produtos que produz encontram-se veículos automotores (responsável por 80% de seu faturamento total), motocicletas (correspondente a 6% do faturamento global), vestuário (correspondente a 2% do faturamento global), óculos (correspondente a 5% do faturamento global), relógios (correspondente a 5% do faturamento global) e inúmeros outros produtos relacionados à indústria automobilística (4% do faturamento global).

Suponha-se ainda, que num mercado geográfico claramente delimitado, equivalente ao Estado do Paraná, correspondente a dez por cento do

mercado nacional de todos os produtos e serviços ofertados pela empresa **A-BR-T**, tenha sido comprovada a ocorrência de venda casada¹⁷ de relógios e óculos produzidos pela empresa. Suponha-se que neste mercado relevante geográfico as vendas de relógios e óculos correspondam a um décimo do total do faturamento nacional neste mercado de produtos (100 milhões de reais), equivalente a 10 milhões de reais.

Suponha-se ainda, que a vantagem auferida com a prática da venda casada totalizasse 1 milhão reais no ano de 2000, ou seja, 10% do total do faturamento da empresa nos mercados relevante geográfico e do produto.

Na aplicação da sanção prevista no artigo 23 da lei 8.884/94, segundo a interpretação literal acima sugerida, chegaríamos a uma multa mínima equivalente a 1% do faturamento global, que equivaleria a 10 milhões de reais. Este resultado, já a primeira vista se nos apresenta desproporcional, já que o valor da multa seria 10 vezes o valor da vantagem auferida! Ademais, este valor seria igual ao valor do faturamento total da empresa no mercado relevante geográfico (Paraná) dos produtos (óculos e relógio) ! Nesta hipótese, a multa máxima seria de 300 milhões de reais.

2)- Mas a hipótese não deve parar aí. Imagine-se que, neste caso, tenha sido identificado o administrador, direta ou indiretamente, responsável pela infração cometida pela empresa. A este indivíduo a pena mínima aplicável, nos termos do artigo 23, II da Lei 8.884/94 seria de 1 milhão de reais (“multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador”), ou o equivalente a um milésimo do faturamento total da empresa. O resultado seria, mais uma vez, desproporcional em face do montante da vantagem obtida, que seria igual à vantagem auferida pela empresa com a prática anticoncorrencial. O valor da sanção imposta ao administrador seria igual ao faturamento da empresa no mercado relevante de óculos e relógios geograficamente definido.

Hipótese II: a empresa A-BR-OR

¹⁷ Lei 8.884/94, Art. 21 - As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no Art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

Agora imaginemos uma segunda hipótese, em quase tudo idêntica à hipótese I, mas com uma importante diferença. Neste caso, um grupo empresarial **A**, com as mesmas características da empresa **A-BR-T**, teria suas atividades separadas em distintas empresas, todas atuando no mercado nacional, mas vinculadas ao mesmo grupo controlador. Assim, a empresa **A-BR-A** atuaria no setor automobilístico, a empresa **A-BR-M** no setor de motocicletas, a **A-BR-OR** no setor de óculos e relógios, a **A-BR-S** no setor de serviços de manutenção e assim por diante.

Nesta segunda hipótese, mantidos os valores da hipótese I, verificaríamos que o faturamento da empresa **A-BR-OR**, vinculada ao setor de óculos e relógios, seria de 100 milhões de reais. O seu faturamento no Paraná seria de 10 milhões de reais. Reconhecida a ocorrência da mesma infração concorrencial, a multa mínima aplicável à empresa **A-BR-OR** agora seria de 1 milhão de reais (ou 1% de 100 milhões de reais), i.e., um décimo do valor obtido para a mesma conduta na hipótese I. É evidente que a multa aplicável não precisaria ser a mínima, podendo atingir um máximo de 30 milhões de reais. De qualquer forma, esta multa máxima seria apenas o triplo do valor da multa mínima prevista na hipótese I, para a mesma conduta.

Contudo, o que mais importaria notar é que nesta hipótese II, um fator completamente alheio às circunstâncias, gravidade e dimensão da conduta, isto é, a forma de organização interna de um grupo empresarial, poderia implicar na imposição de um valor mínimo dez vezes menor.

As conseqüências desta nova circunstância, ocasional e aleatória (ou ainda decorrente do comportamento oportunista do grupo econômico), seriam de iguais proporções para o administrador responsabilizado pela conduta. Na hipótese II a multa mínima aplicável ao administrador seria reduzida para 100 mil reais, isto é, ela seria dez vezes menor do que a multa mínima prevista na hipótese I. Ao lado de uma continuada desproporção, ainda em que em bases menores, estaríamos diante de uma flagrante violação do princípio da isonomia¹⁸.

¹⁸ Uma outra circunstância poderia trazer novo problema. No caso do faturamento de uma empresa relacionar-se predominantemente para a exportação (digamos que 90% da produção seja voltada para o mercado externo), seria razoável tomar-se como referência o faturamento do comércio no mercado internacional como base para a imposição de sanção decorrente de prática ocorrida em mercado geográfico bem mais restrito?

Hipótese III: a empresa A-PR-T

Conservados os mesmos valores das hipóteses anteriores, suponhamos agora que uma empresa **A-PR-T** atue em todos os mercados relevantes de produto em que atua a empresa **A-BR-T**, nas mesmas proporções e faturamentos. Contudo, esta empresa limitaria suas atividades ao estado do Paraná. Neste caso, o seu faturamento total seria de 100 milhões de reais. Conseqüentemente, a multa mínima aplicável para empresa pela mesma prática enunciada acima, seria de 1 milhão de reais e a máxima seria de 30 milhões de reais. Para o administrador, os valores variariam entre um mínimo de 100 mil reais e um máximo de 3 milhões de reais.

Hipótese IV: a empresa A-PR-OR

Mais uma vez, conservados os mesmos valores das hipóteses anteriores, suponhamos agora que uma empresa **A-PR-OR** atue apenas nos mercados relevantes de óculos e relógios no estado do Paraná. Neste caso, o seu faturamento total seria de 10 milhões de reais. Conseqüentemente, a multa mínima aplicável para empresa, pela mesma prática enunciada na hipótese acima descrita, seria de 100 mil reais e a máxima seria de 3 milhões de reais. Para o administrador, os valores variariam entre um mínimo de 10 mil reais e um máximo de 300 mil de reais.

Por fim, saliente-se que caso a mesma conduta tivesse sido praticada por alguma “das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial” e “não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto”, a multa seria de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência - UFIR, ou padrão superveniente. Neste caso, então, temos que a multa mínima seria substancialmente inferior aos 10 milhões de reais previstos na hipótese I.

Estaria a interpretação da lei acima proposta aplicável às hipóteses I a IV em desacordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade? Pretendo mostrar, a seguir que é possível seguir outro caminho hermenêutico e proceder a uma interpretação conforme do dispositivo em comento, harmonizando-o com os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, para concluir que “o faturamento bruto” referido no texto da lei refere-se ao faturamento bruto no mercado relevante geográfico e do produto. Para tanto, contudo, entendo necessário assentar algumas premissas. A hipótese V, a seguir, descreve os valores a que chegaríamos se aplicássemos esta interpretação.

Hipótese V: a definição pelo mercado relevante

A partir das simulações acima expostas, poderíamos pensar quais seriam os resultados caso aplicássemos a sanção prevista no artigo 23 da lei 8.884/94 tomando por referência o faturamento no mercado relevante geográfico e do produto e não o faturamento total, consoante admitido no início.

Assim interpretando a lei, verificaríamos que o valor do faturamento no mercado relevante nas hipóteses I e II, indistintamente, seria igual a 10 milhões de reais. Neste caso, a multa mínima aplicável para a empresa seria de 100 mil reais e a máxima de 3 milhões de reais. Para o administrador, a multa mínima seria de 10 mil reais e a máxima de 300 mil reais.

A tabela abaixo sumariza as hipóteses enunciadas.

		Multa imposta à empresa	Multa imposta ao administrador	Faturamento total da empresa	Faturamento no Mercado Relevante	Vantagem auferida
Hipótese I A-BR-T	Valor Mín. ¹⁹	10 milhões	1 milhão	1 bilhão	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	300 milhões	30 milhões			
Hipótese II A-BR-OR	Valor Mín.	1 milhão	100 mil	100 milhões	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	30 milhões	3 milhões			
Hipótese III A-PR-T	Valor Mín.	1 milhão	100 mil	100 milhões	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	30 milhões	3 milhões			
Hipótese V A-PR-OR	Valor Mín.	100 mil	10 mil	10 milhões	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	3 milhões	300 mil			
Hipótese V ²⁰	Valor Mín.	100 mil	10 mil	1 bilhão	10 milhões	1 milhão
	Valor Máx.	3 milhões	300 mil			

¹⁹ Valores expressos em reais

²⁰ Utilização do critério de faturamento no mercado relevante

Passo agora para a análise das premissas jurídicas.

O Sistema Jurídico e a Lei 8.884/94

Um primeiro aspecto importante a ser notado é o de que não se pode interpretar uma lei fora do sistema jurídico ao qual pertence. Um segundo aspecto é o de que compete a todos os poderes realizar o controle de legalidade das normas aplicáveis na espécie. Sobre o assunto, lembra-nos Hely Lopes Meirelles:

“controle de legalidade ou legitimidade. É o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao caso controlado. Assim para fins deste controle, consideram-se normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores. O controle de legalidade ou legitimidade tanto pode ser exercido pela Administração, quanto pelo Legislativo ou pelo Judiciário, com a única diferença de que o Executivo exercita-o de ofício ou mediante provocação recursal, ao passo que o Legislativo só o efetiva nos casos expressos na Constituição, e o Judiciário através de ação adequada”.²¹

Por tal motivo, até mesmo uma autoridade administrativa policial tem o poder-dever de realizar o controle de legalidade dos atos que pratica, conformando-os com os preceitos legais e constitucionais. Por tal motivo, lhe é vedado dar cumprimento à norma (ordem) inconstitucional ou ilegal.

A lei 8.884/94 claramente pertence ao sistema de normas positivas brasileiras e subordina-se aos mandamentos e princípios de ordem constitucional. Não é demais lembrar, que a sua própria previsão está expressa na Carta Constitucional, notadamente em seus artigos 170²² e 173²³, mas não

²¹ Direito Administrativo Brasileiro, 26 edição, Malheiros, 2001, pág. 627

²² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

apenas nestes, já que inclusive a eles se aplicam os demais dispositivos e princípios da Constituição. O trivial corolário desta constatação é que compete ao CADE não apenas aplicar a lei 8.884/94, como também, e necessariamente, fazê-lo de maneira harmônica com o sistema jurídico ao qual pertence e em respeito à ordem e aos princípios constitucionais. Este é inclusive, o sentido do artigo 2º da lei 8.884/94 ao dispor que “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. A conclusão chega a ser trivial em face dos inevitáveis conflitos de normas e interpretação que podem decorrer da aplicação da lei. Assim tem reconhecido a própria jurisprudência do CADE.²⁴

Regras e Princípios

Desde há muito a doutrina jurídica vem insistindo na distinção entre princípios e regras. Ronald Dworkin distingue as regras de direito dos princípios em sentido genérico. Estes últimos podem ser separados em duas espécies: as políticas e os princípios, em sentido estrito. Os primeiros são um tipo de standard que fixa um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social de uma comunidade. Já o princípio (em sentido estrito) é um standard que deve ser observado, não porque desejável, mas porque ele é um requisito de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade²⁵. Para Dworkin “A diferença entre

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

²³ Art. 173.

§ 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁴ Cfr., dentre outros o Ato de Concentração n.º 08012.006762/2000-09 Requerentes: Banco Finasa de Investimentos S/A; Brasmetal Indústria S/A e Zurich Participação de Representações.

²⁵ - Taking Rights Seriously, pag. 22. Harvard University Press, 1977.

princípios jurídicos e regras jurídicas é uma distinção lógica. Ambos grupos de standards apontam para decisões particulares sobre uma obrigação jurídica em circunstâncias particulares, mas elas diferem na maneira da direção que conferem. Regras são aplicáveis de uma maneira “tudo ou nada”. Se os fatos que uma regra estabelece são dados, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é, caso em que ela em nada contribui para decisão.”²⁶ Já os princípios, por não possuírem esta mesma dimensão, envolvem uma dimensão de balanceamento de seu peso e importância. Deste modo, dois princípios podem coexistir, sem que a validade de um deles exclua a validade de outro que a ele se contraponha. De maneira próxima, outros autores, dentre os quais Alexy²⁷, Canotilho²⁸ vêm também acompanhando estas distinções²⁹ e salientado a importância dos princípios na interpretação legal em geral e constitucional em particular.

²⁶ - Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 6 edição, pág. 1221: “ A agitação metódica e teórica em torno do método de balanceamento ou ponderação no direito constitucional não é uma “moda” ou um capricho dos cultores de direito constitucional. Várias razões existem para esta viragem metodológica: (1) inexistência de uma ordenação abstrata de bens constitucionais o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão adoptada às circunstâncias do caso; (2) formatação principal de muitas das normas de direito constitucional (sobretudo das normas consagradoras de direitos fundamentais) o que implica, em caso de colisão, tarefas de “concordância”, “balanceamento”, “pesagem”, “ponderação” típicas dos modos de solução de conflitos entre princípios (que não se reconduzem, como já se frisou, a alternativas radicais de “tudo ou nada”); (3) fractura da unidade de valores de uma comunidade que obriga a leituras várias dos conflitos de bens, impondo uma cuidadosa análise dos bens em presença e uma fundamentação rigorosa do balanceamento efectuado para a solução dos conflitos.”

²⁷ - Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 81 e ss.

²⁸ - J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 6 edição, capítulo 2. Pag. 1239: “Regras – insista-se neste ponto – são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer excepção (direito definitivo). Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de “tudo ou nada”; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a “reserva do possível”, fáctica ou jurídica.”

²⁹ - Entre os brasileiros caberia destacar Eros Roberto Grau, A Ordem Económica na Constituição de 1988, Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, Malheiros, 9ª edição, 2000 e Gilmar Mendes Ferreira, Jurisdição Constitucional, Saraiva, SP, 1996.

É possível afirmar que boa parte da mais recente legislação econômica brasileira, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei Antitruste está decisivamente marcada pelo emprego dos princípios. Desta forma, é impossível interpretá-las sem o emprego intensivo do recurso aos princípios que informam a sua interpretação. É importante lembrar que estes princípios manifestam-se na própria legislação, como também na ordem constitucional e sistema jurídico a que pertencem.

Os Princípios e a Lei 8.884/94

A lei 8.884/94 é farta em exemplos desta natureza³⁰. Assim, a própria definição das condutas infrativas à ordem econômica invariavelmente requerem o emprego da chamada “regra da razão”, e dos princípios da eficiência, análise econômica, igualdade, liberdade contratual¹¹⁰, etc.

Além destes, é certo que a aplicação da Lei 8.884/94 subordina-se à aplicação de outros princípios constitucionais como o princípio do devido processo legal, ampla defesa, razoabilidade, proporcionalidade, etc. Isto decorre não apenas da subordinação desta lei à constituição federal, como também da referência expressa destes princípios em legislações também aplicáveis subsidiariamente ao processo administrativo no âmbito do CADE. Tal é o caso da lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que em seu artigo 2º prevê expressamente o princípio da razoabilidade³¹ (Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”). Certo é, portanto, que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade incidem sobre a legislação ordinária, inclusive a lei 8.884/04.

³⁰ Já o artigo 1º da lei enuncia que “Art. 1º - Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

¹¹⁰ Sobre estes princípios ver de João Bosco Leopoldino da Fonseca, Lei de Proteção da Concorrência, 2ª edição atualizada, Forense, RJ, 2001, pags. 55-79.

³¹ Sobre a distinção entre o princípio da razoabilidade (que na verdade seria um “princípio” em sentido diverso do princípio da proporcionalidade, veja-se o artigo “O proporcional e o razoável”, de Luís Virgílio Afonso da Silva, mimeo, a ser publicado na Revista dos Tribunais.

Razoabilidade e Proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência parecem reconhecer uma certa sobreposição entre os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade. Conforme bem aponta Germana de Oliveira Moraes³² “Inexiste sobreposição entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. De toda sorte, embora com matriz histórica diversa e conteúdos distintos, guardam vários pontos de identidade. Por isso, há quem os trate indistintamente como noções fungíveis; há, por outro lado, quem considere o princípio da razoabilidade como uma das vertentes do princípio da proporcionalidade (Eros Roberto Grau); e ainda, por vezes, o princípio da proporcionalidade é visto como uma das expressões do princípio da razoabilidade (Celso Antônio Bandeira de Mello). Eros Roberto Grau, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, considerou um equívoco tratar o princípio da razoabilidade, como princípio distinto da proporcionalidade, atribuindo-a à circunstância de a Constituição do Estado de São Paulo referir-se ao princípio da razoabilidade no artigo 111. Para ele, a razoabilidade é uma feição da proporcionalidade e não o inverso³³. Na opinião do acatado Celso Antônio Bandeira de Mello, “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão uma faceta do princípio da razoabilidade”³⁴.

³² In Controle Jurisdicional da Administração Pública, Dialética, São Paulo, 1999, pag. 132.

³³ GRAU, Eros Roberto. “Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade”. Estudos de Direito Administrativo em Homenagem ao Professor Seabra Fagundes, Coordenadora Carmen Lúcia Antunes Rocha, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

³⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, 1993, p. 56. Em sentido contrário, com substantivos argumentos veja-se Luís Virgílio Afonso da Silva, op. cit., e também Helenilson Cunha Pontes, O princípio da proporcionalidade e o direito tributário, Dialética, São Paulo, 2000, pag. 190/191, que aponta quatro principais diferenças: “Primeiro. A exigência motivação racional da decisão jurídica que aplica o princípio da proporcionalidade é sensivelmente maior, e diferente, daquela que aplica o princípio da razoabilidade. O princípio da proporcionalidade impõe ao intérprete-aplicador deveres de três níveis, diante dos quais deve ser analisada e justificada a decisão. Segundo. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade distinguem-se pelo conteúdo. O princípio da proporcionalidade consubstancia notadamente, mas não exclusivamente, um juízo acerca da relação meio-fim, entre a medida tomada e o fim com ela buscado. A razoabilidade, por outro lado, prescinde da consideração daquela relação de meio-fim; exige apenas que a decisão jurídica seja racionalmente motivada, aprecie os interesses concretamente em discussão e seja uma dentre as várias decisões igualmente razoáveis, mediante um

Já na tradição do direito anglo-saxão, o princípio da razoabilidade tem outra conotação, “ora significando a referência à tomada em consideração, pela autoridade decisória, de elementos impertinentes, ou ao esquecimento de outros elementos pertinentes, ora compreendendo a proibição de conduta que contrarie, de forma manifesta, o senso comum”. Neste sentido, este princípio guarda correspondência com o conteúdo do princípio da proporcionalidade, tal como inicialmente apresentado, uma vez que o chamado teste de racionalidade possa envolver o juízo de adequação e de exigibilidade. Por outro lado, pondera a autora, “por vezes (nem sempre), no teste de razoabilidade, em sentido estrito, pode haver justaposição do mesmo raciocínio concernente à idéia de proporcionalidade em sentido estrito, à medida que a valoração dos interesses em conflito possa ter por fonte o consenso popular, e não o juízo do aplicador da norma jurídica.”

A longa citação serve para que se possa encontrar os critérios capazes de nortear o conceito de razoabilidade e proporcionalidade que deveriam ser adotados para a interpretação da lei 8.884/94.

Violação do Princípio da Proporcionalidade e Razoabilidade

A questão precípua que deve ser analisada no presente julgamento poderia ser assim sintetizada: Estaria a interpretação literal do artigo 23, anteriormente empregada na análise das hipóteses I a IV, em conformidade com

juízo de exclusão; desnecessário que o juízo. (...) Terceiro. A razoabilidade e a proporcionalidade distinguem-se ainda quanto à natureza. A razoabilidade constitui exigência geral da razão humana, aplicável, portanto, a todos os setores do “agir social”, nas relações morais, éticas, econômicas e também jurídicas. A proporcionalidade, por outro lado, além de princípio de interpretação, consubstancia também princípio jurídico material decorrente da opção constitucional por um Estado Democrático de Direito, e por tudo o que este significa, desde a afirmação dos direitos fundamentais, passando pela salvaguarda constitucional de um catálogo de princípios jurídicos opostos. Quarto. Em consequência do retro-exposto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade distinguem-se ainda quanto às respectivas funções eficaciais por ele desempenhadas. A razoabilidade é norma jurídica com exclusiva função de bloqueio, isto é, objetiva impedir a consumação de decisões socialmente inaceitáveis, arbitrárias ou injustas. O princípio da proporcionalidade, além da função de bloqueio, desempenhada por este como norma que veicula a vedação ao arbítrio (Übermassverbot), caracteriza-se também pela função de resguardo, isto é, de norma que exige e assegura a concretização dos interesses constitucionalmente consagrados, na melhor medida possível.”

os princípios da razoabilidade e proporcionalidade? Para responder tal pergunta, cumpriria entender melhor o significado e natureza de tais princípios.

Fábio Medina Osório, analisando o princípio da proporcionalidade salienta que “A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas. “Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder dele exigir-se.”³⁵ É possível dizer que o teste da racionalidade pressupõe o agrupamento objetivo e lógico da relação meios- fins. “Es irracional algo que pretende ser um medio para alcançar un fin y, en realidad, no tiene nada que ver con la consecución de dicho fin.”³⁶ Deve existir uma relação positiva entre meios e fins.”³⁷ Desta forma, o princípio da proporcionalidade de certo modo condiciona o exercício das funções legislativa, executiva e judicial, visando impedir abusos, excessos ou interpretações desarrazoadas que possam violar os direitos constitucionalmente consagrados³⁸.

Suzana de Toledo Barros, em monografia específica sobre o tema, sintetiza este princípio, na trilha do pensamento de Robert Alexy³⁹, da seguin-

³⁵ Luís Afonso Heck, O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais – Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã, Fabris, Porto Alegre, 1995, pag. 177.

³⁶ GARCIA, Enrique Alonso, La interpretación de la Constitución, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1984, pág.207. O autor trata da razoabilidade como critério de interpretação, salientando sua conexão com o princípio da igualdade e com a teoria dos valores.

³⁷ Direito Administrativo Sancionador, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pág. 176.

³⁸ Cfr. J.J. Gomes Canotilho, Constituição Dirigente e Vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, Coimbra, 1982, pags. 261 e ss.

³⁹ Robert Alexy, Teoria de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pág. 111/112. “Ya se há insinuado que entre lá teórica de los principios y lá máxima de lá proporcionalidad existe una connexion. Esta connexion no puede ser más estrecha.: el carácter de principio implica lá máxima de lá proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica lá máxima de lá proporcionalidad, com sus três máximas parciales de lá adecuacion, necesidad (postulado del médio más benigno) y de lá proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propriamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de el. El Tribunal Constitucional Federal há dicho, en una formulacion algo oscura, que lá máxima de lá proporcionalidad resulta “en el fondo ya de lá

te forma: “O princípio da proporcionalidade tem por conteúdo os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Entendido como parâmetro a balizar a conduta do legislador quando estejam em causa limitações a direitos fundamentais, a **adequação** traduz a exigência de que os meios adotados sejam apropriados à consecução dos objetivos pretendidos; o **pressuposto da necessidade** é que a medida restritiva seja indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa; pela **proporcionalidade em sentido estrito**, pondera-se a carga de restrição em função dos resultados, de maneira a garantir-se uma equânime distribuição de ônus”.⁴⁰

O princípio da proporcionalidade exige, em primeiro lugar, um juízo de adequação. Esta pode ser avaliada, no caso concreto, a partir da resposta a seguinte pergunta: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?⁴¹ O que este subprincípio visa discriminar é a existência de uma

própria esencia de los derechos fundamentales”(BverfGE 19, 342 (348 s.); 65, 1 (44). (...) Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y facticas. Lá máxima de lá proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderacion, se sigue de lá relativizacion con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con caracter de principio entra en colision con um principio opuesto, entonces lá posibilidad jurídica de lá realizacion de lá norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decision, es necesaria una ponderacion en el sentido de lá ley de colision. Como de aplicacion de principios validos, cuando son aplicables, está ordenada y como para lá aplicacion en el caso de colision se requiere una ponderacion, el caracter de principio de las normas iusfundamentales implica que , cuando entran en colision con principios opuestos, está ordenada una ponderacion. Pero, esto significa que lá máxima de lá proporcionalidad en sentido estricto es deducible del caracter de principio de las nomas de derecho fundamental. De lá máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimizacion con relacion a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de lá necesidad y de lá adecuacion se siguen del caracter de los principios como mandatos de optimizacion con relacion a las posibilidades facticas”

⁴⁰ O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 2ª edição, Brasília Jurídica, 2000, pag. 212.

⁴¹ Cfr. Suzana de Toledo Barros, op. cit., pag. 76. Robert Alexy afirma que o caráter de princípio implica a máxima da proporcionalidade e esclarece que “o princípio de proporcionalidade com suas três máximas parciais de adequação, necessidade (postulado do meio mais benigno) e proporcionalidade em sentido estrito (postulado de ponderação propriamente dito), infere-se logicamente da natureza do princípio, a

adequação do meio ao fim visado, pois uma medida restritiva não idônea para consecução de seu objetivo deve ser considerada inconstitucional.

No caso em exame, é de se destacar desde logo, que a sanção pecuniária fundada no critério do faturamento bruto da empresa constitui-se, a princípio, em meio idôneo para a consecução do fim colimado na lei, qual seja, punir e desencorajar futuras condutas infrativas.

O subprincípio da necessidade visa garantir que seja utilizado o meio mais idôneo e o menos gravoso. Ainda nas palavras de Suzana Toledo, “a necessidade de uma medida restritiva, bem de ver, traduz-se por um juízo positivo, pois não basta afirmar que o meio escolhido pelo legislador não é o que menor lesividade causa. O juiz há de indicar qual o meio mais idôneo e por que objetivamente produziria menos conseqüências gravosas, entre os vários meios adequados ao fim colimado”⁴². A avaliação do grau de afetação no caso concreto depende de uma análise específica da forma pela qual o meio veio a afetar o destinatário da norma.

É por este motivo, que ao lado da tarefa negativa de demonstrar como a interpretação inicial é violadora do princípio da proporcionalidade, cumpre mostrar, positivamente, qual é a interpretação da lei que se harmoniza com o mencionado princípio.

No caso em exame, resta evidente também, que a imposição de sanção ao agente que comete a infração constitui-se em medida necessária. Não vejo, assim, que estivesse atingida, na espécie a incidência do subprincípio da necessidade.

Já o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito visa acrescentar um juízo de equilíbrio aos juízos de adequação e necessidade “A diferença básica entre o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito está, no fato de que o primeiro cuida de uma otimização com relação a possibilidades fáticas, enquanto este envolve apenas a otimização de possibilidades jurídicas”⁴³.

O que se procurou demonstrar é que a otimização das possibilidades jurídicas somente pode ser feita através da adoção de um critério que mantenha um equilíbrio ótimo entre sanção e infração e dano causado. Para que tal ocorra, é necessária a interpretação do faturamento bruto “no mercado relevante”. Afinal, uma pena excessiva (como nas hipóteses I, II e III) imporá

saber, deste se deduz” Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 111/112.

⁴² Cfr. Suzana de Toledo Barros, op. cit., pag. 80.

⁴³ Robert Alexy, op. cit., pags. 112-113.

ônus desproporcional, desnecessário. Conforme se verá, a ótima proporção deverá associar o montante do prejuízo ou dano causado e sobre este fazer incidir um coeficiente de majoração adequado ao fim preventivo e punitivo da sanção.

Origem Constitucional do Princípio

Comentando a inserção do princípio da proporcionalidade no ordenamento constitucional brasileiro, Germana de Oliveira Moraes salienta que “No Direito Brasileiro, o princípio da proporcionalidade, não existe enquanto afirmação escrita de direito positivo, mas “existe como norma esparsa no texto constitucional, consoante afirma o Professor Paulo Bonavides”⁴⁴ ao escrever: **“O princípio da proporcionalidade**, é por conseguinte, Direito Positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do artigo 5º, o qual abrange a parte não escrita ou expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impositergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição”⁴⁵.

Vale lembrar que a Constituição da República, dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte”. Ao fazê-lo, incorporou, a exemplo do que fez também a lei 8.884/94, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Desta forma, embora a Constituição de 1988 não tenha adotado de forma expressa o princípio da proporcionalidade, sua aplicação é corolário dos direitos e garantias nela expressos e implícitos, em especial o princípio do Estado Democrático de Direito, e do devido processo legal substantivo. Como salientado, a lei do processo administrativo contempla expressamente tais princípios. O curioso é que no Brasil a consagração do princípio da proporcionalidade tenha se demonstrado pioneiramente na jurisprudência brasileira, no domínio do Direito Constitucional, e não no Direito Administrativo, contrariamente ao que se deu no direito Europeu.

⁴⁴ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, p. 395

⁴⁵ Germana de Oliveira Moraes, op. cit., pag. 128 / 129.

Consagração jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal

Creio também oportuno salientar que o princípio da proporcionalidade está consagrado do ponto de vista jurisprudencial.⁴⁶ Conforme aponta Gilmar Ferreira Mendes⁴⁷, o primeiro julgado significativo a incorporar o princípio no âmbito do STF ocorreu no julgamento do RE no. 18.331, da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, quando se afirmou que:

“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e

⁴⁶ Germana de Oliveira Moraes, op. cit., pag. 191/192, chega a estabelecer uma clara cronologia da afirmação do princípio no STF: “Na evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível distinguir, em síntese, nitidamente três fases distintas quanto aos fundamentos da adoção dos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade. Numa fase inicial, o emprego desses critérios no controle das atuações públicas – legislativas e administrativas, valeram-se do Direito Comparado, apresentando-se, ora sob a feição da teoria do desvio legislativo, adaptada da doutrina francesa acerca do desvio do poder dos atos administrativos para o controle da constitucionalidade das leis, como na referida decisão pioneira em que se consignou que “o poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (RE 18.831), e nas decisões relativas aos testamentos políticos, influenciados pelos pareceres do acatado administrativista Caio Tácito (MS 7.243), ora fundado em suprimentos do Direito Argentino, na decisão em que pela primeira vez há menção expressa à razoabilidade, versando sobre o poder de polícia das profissões (Rep. 930 de 1969), e do Direito Americano, no julgamento relativo à Lei de Segurança Nacional (HC de 21 de fevereiro de 1969). Na fase subsequente, passaram-se a inferir, na Corte Suprema Brasileira, essas noções de proporcionalidade e de razoabilidade dos princípios constitucionais implícitos, como no último julgamento, ou explícitos, havendo vários precedentes nos quais se reconhece a razoabilidade como ínsita ao conteúdo do princípio da igualdade, a partir das memoráveis lições de Santiago Dantas e da construção teórica de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do conteúdo jurídico da igualdade. Finalmente, nos últimos julgamentos, invocam-se de modo expresso, nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, extraídos do princípio do “devido processo legal”, sob o influxo da interpretação americana – jurisprudencial e doutrinária deste último (v. ADIN 966-4 e 958-3 e ADIN n.º 1158, em 19 de dezembro de 1994).”

⁴⁷ - “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, Repertório IOB de Jurisprudência, no. 23/94, 1ª dezembro de 1994.

como o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do “détournement de pouvoir”.

Contudo, é provavelmente a Representação no. 1077, de 28/03/84, que teve como relator o Ministro Moreira Alves aquela que mais claramente enfatizou o princípio ao se decidir que:

“Sendo – como já se acentuou – a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação de órgãos da justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela – como toda taxa com caráter de contraprestação – um limite, que é o custo da atividade do Estado, dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente, é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode taxa desta natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o montante a que pode ser compelido o contribuinte pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o quantum da alíquota põe esta fixado”.

Uma vez fixada da idéia de equivalência razoável (ou proporcionalidade em sentido estrito) entre o custo do serviço e a prestação cobrada, concluiu o voto pela inconstitucionalidade do artigo 118 da lei estadual que de forma genérica, fixava em 2% sobre o valor do pedido o quantum devido pelo contribuinte.

Mais recentemente, o mesmo princípio foi invocado a propósito do julgamento da ADIN 855-2 acerca da lei estadual paranaense no. 10.248, de 14/01/93, que tornava obrigatória a pesagem, pelos estabelecimentos que comercializassem GLP, a vista do consumidor, por ocasião da venda de cada botijão ou cilindro vendido ou trocado. Neste caso, reconheceu-se que a impraticabilidade da pesagem obrigatória conduzia a invalidade da norma que a tornava obrigatória, por ofensa ao princípio da razoabilidade.⁴⁸

⁴⁸ Nas palavras do relator Ministro Sepúlveda Pertence: “De sua vez, os esclarecimentos de fato- particularmente a manifestação do Instituto Nacional de Metrologia, Normatização e Qualidade Industrial – INMETRO, do Ministério da Justiça, são de múltipla relevância para este julgamento liminar. Eles servem, de um lado, como proficientemente explorados na petição,- não só para lastrear o questionamento da proporcionalidade ou da razoabilidade da disciplina legal impugnada, mas também para indicar a conveniência de sustar, ao menos provisoriamente - as inovações por

Por fim, também no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade de no. 966-4 e 958-3, julgadas em 1994 os princípios da razoabilidade e proporcionalidade voltaram a ser invocados na declaração de inconstitucionalidade de dispositivos da lei 8.713/93 que estabeleceu normas gerais para as eleições gerais de 03 de outubro de 1994.⁴⁹

Merece destaque ainda, o julgado na ADIN no. 1.521, que teve o Ministro Marco Aurélio de Mello como Relator, na qual se reconheceu, mais diretamente, o sentido de razoabilidade enquanto proibição do excesso:

“As intervenções legislativas não podem gerar conseqüências desproporcionais àquelas exigidas para a realização dos fins propostos, nem resultarem demasiadamente onerosas sob uma equação de custo-benefício mais ampla. Assim, a exclusão do valor-limite das mensalidades escolares dos valores adicionados às mensalidades de 1995, que estivessem sob questionamentos administrativos ou judiciais, não era razoável e ofendia ao devido processo legal substantivo, pois importava que a impugnação feita por um ou alguns estudantes pudesse inviabilizar a inclusão da parcela controvertida no valor das mensalidades de todos os alunos de uma determinada instituição de ensino⁵⁰”

A primeira vista e até o presente momento, a conclusão a que se chegaria é a de que a norma contida no artigo 23, I da Lei 8.884/94 seria inconstitucional, porquanto violadora dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Esta contudo, não é a conclusão a que vou chegar, conforme procurarei demonstrar a seguir.

A ADIN n. 1094-8-DF

Em primeiro lugar, frise-se que o artigo 23, I da Lei 8.884/94, no que tange ao seu limite máximo, já foi objeto de apreciação pela ADIN no.

ela impostas, as quais onerosas e de duvidosos efeitos úteis – acarretariam danos de incerta reparação para a economia do setor, na hipótese – que não é de afastar – de que se venha ao final declarar a inconstitucionalidade da lei”.

⁴⁹ Também esta decisão é objeto de cuidadosa análise por parte de Gilmar Mendes Ferreira e Suzana (págs. 103-128), nos trabalhos citados.

⁵⁰ RTJ, vol. 173, t.2, pag. 424.

1094-8-DF, julgada em 21 de setembro de 1995. Ao julgá-la o Ministro relator Carlos Velloso assim se exprimiu:

“sustenta-se, ademais, que seria inconstitucional a multa de trinta por cento inscrita no inciso I do art. 23. (...) Sustenta-se que a multa, no percentual de 30% do valor do faturamento bruto é confiscatória, pelo que atenta contra o direito de propriedade garantido no artigo 5º, XXII. Não se tem, no caso, entretanto, multa de 30%. Tem-se, sim, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto, excluídos os impostos. Concedo que, em certos casos, poderá ocorrer inconstitucionalidade material, vale dizer, inconstitucionalidade em concreto, no caso de aplicação da multa no seu grau máximo. Em abstrato, entretanto, não vejo configurada, pelo menos ao primeiro exame, a inconstitucionalidade argüida. Não tem relevância, portanto, a argüição. Indefero a cautelar, no ponto” (grifo meu).

O caso em exame, contudo, não se refere ao limite máximo da sanção imposta, mas sim ao limite mínimo, a partir do qual, em tese o aplicador da lei não poderia recuar. Nas hipóteses I, II e III pelas quais iniciei meu raciocínio, não se trataria de definir a dosimetria da sanção desproporcionalmente acima do mínimo permitido, mas sim do reconhecimento de que já o mínimo importaria em desproporção caso a hermenêutica da lei se fizesse sob limites da mera literalidade aparente. Neste sentido, a questão agora discutida envolve, sim, exame de eventual inconstitucionalidade genérica e abstrata da lei e não apenas a potencial inconstitucionalidade concreta derivada da aplicação da lei in concreto, no seu limite máximo.

Vale admitir também, que a desproporcionalidade concreta na aplicação da lei não será um resultado necessário decorrente da interpretação que ora estou a atacar. Isto porque é evidente que sempre que houver uma correspondência entre o mercado relevante do produto e geográfico em que se realizou a conduta e o faturamento global da empresa sancionada, não se haverá que falar em nenhum tipo de distorção ou desproporção na dosimetria da sanção (como ocorre na situação descrita pela hipótese IV). Ocorre, contudo, que esta poderá ser comumente a exceção e não a regra no mundo dos fatos econômicos.

A racionalidade econômica e as sanções

Conforme salienta João Bosco Leopoldino da Fonseca, “As normas pertinentes à preservação da concorrência no mercado não podem aplicar-se

em abstrato. Deve-se sempre proceder a uma análise do caso concreto, seguindo os parâmetros e os métodos da economia.”⁵¹ É bem verdade que inexistente consenso estável no campo da teoria da economia aplicada ao direito antitruste (Especialmente no Brasil. Provavelmente tal afirmação deveria ser matizada num país como os Estados Unidos, onde se identifica claramente a hegemonia teórica de um paradigma de análise econômica no debate sobre o direito concorrencial). Não obstante, é certo que a utilização da racionalidade econômica, em que pese a polemicidade envolvida neste conceito, constitui-se num dos critérios balizadores para a definição dos limites da razoabilidade na interpretação da lei 8.884/94.

Na análise de uma determinada conduta praticada por um agente econômico é racional que a sanção imposta seja proporcional à vantagem econômica envolvida com a prática da infração. Assim, uma sanção inferior ao valor da vantagem auferida pela conduta infracional será uma sanção ineficaz, tendo em vista que um agente econômico racional não se verá desencorajado a praticar a infração. É por tal motivo que o próprio artigo 23, I da Lei antitruste prevê que o valor mínimo da sanção jamais poderá ser inferior ao valor da vantagem auferida.⁵²

Contudo, uma sanção eficaz deverá manter uma certa proporcionalidade com a vantagem econômica auferida, bem como com o risco de que a punição ocorra. Uma sanção, será excessivamente alta se impuser um ônus muitas vezes superior à vantagem potencial máxima associada à conduta ilícita⁵³. Isto se demonstra verdadeiro não apenas do ponto de vista do princípio constitucional da proporcionalidade (subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito), de claro matiz valorativo, como também do ponto de vista econômico. Isto porque a imposição de multas excessivas pode levar as empresas a adotar um comportamento estratégico e oportunista, visando a criação de novas empresas setoriais, voltadas para a atuação em determinados mercados relevantes específicos, sempre que estivessem sujeitas a condenação por

⁵¹ João Bosco Leopoldino da Fonseca, op. cit., . 65.

⁵² Cfr. Sobre o assunto e tal premissa escreveu de maneira pioneira Gary Becker, “crimen y castigo: un enfoque económico, in Derecho y Economía. Una revision de lá literatura, Andres Roemer (org), ITAM, Mexico, 2000, pasgs.383-420.

⁵³ Tal preocupação já era presente em Jeremy Bentham ao enunciar a sua quinta norma sobre a dosimetria das sanções no capítulo “A proporcionalidade entre as punições e os crimes”, Princípios da Moral e da Legislação, Col. Os Pensadores, São Paulo, 1979, pag.62,: “Quinta Norma: O ultimo objetivo é, qualquer que seja o crime que se tencione coibir, proibi-lo da maneira menos dispendiosa possível; e por isso, a punição não deve em caso algum ser maior do que for necessário para que esta seja conforme às normas aqui indicadas.”

condutas anticoncorrenciais, de modo a reduzirem os riscos de serem sancionadas com base no faturamento bruto global do grupo econômico a que pertencem.

Ademais, ainda do ponto de vista econômico, importa considerar que a elevação excessiva da sanção pode freqüentemente levar ao descrédito da própria penalidade, gerando uma diminuição de seu potencial desencorajador de condutas infracionais similares. Ora, a imposição de multa que se sabe de antemão ser desproporcional já no seu mínimo legal, produz tal efeito na medida em que se saberá que há grandes chances de que venha a ser anulada pelo Poder Judiciário. É sobre este ponto que chamava a atenção o Ministro Carlos Velloso em seu voto no julgamento da ADIN no. 1094-8-DF (“Concedo que, em certos casos, poderá ocorrer inconstitucionalidade material, vale dizer, inconstitucionalidade em concreto, no caso de aplicação da multa no seu grau máximo”).

Assim, conclui-se que também do ponto de vista econômico sanções desproporcionais são irracionais e, como tal, violadoras do princípio da razoabilidade utilizável também na análise antitruste.

A doutrina americana do *treble damages*

A jurisprudência antitruste internacional tem admitido como limite ótimo para a fixação do valor da sanção em ações indenizatórias o montante equivalente a três vezes o valor do dano provocado. No direito norteamericano, trata-se da doutrina do *treble damages*. No direito deste país, embora seja possível a aplicação ao infrator de sanção administrativa pecuniária⁵⁴, a cominação de multa se dá precipuamente em casos em que são objetos de controvérsia condutas penalmente tipificáveis ou passíveis de reparação

⁵⁴ Neste ordenamento, a equity action (ação que visa restaurar as condições de competitividade do mercado e não propriamente multar os infratores econômicos) é o meio preferido pelo Departamento de Justiça e pelo Federal Trade Commission para a adjudicação das práticas infrativas à ordem econômica. Este último (FTC) sequer possui competência para sancionar civil e criminalmente condutas passadas. “Because it controls future behavior rather than punishing past acts, the equity action has proved an admirable vehicle for the development of antitrust law. Its main purpose is to restore competitive equity relief rather than to penalize conduct or compensate injured parties. However, equity relief may include, where appropriate, the disgorgement of improperly obtained gains.” (Philip Areeda, Antitrust Law. Paragraph 325: Equitable Relief – Nature, Objectives and Scope)

civil. A medida de caráter punitivo-pecuniário por excelência no direito antitruste norte-americano é a ação civil indenizatória chamada *private suit for treble damages*.⁵⁵

Trata-se, na verdade, de ação civil, proposta pelos indivíduos diretamente lesados por competidores que cometeram graves infrações à ordem econômica, tais como cartelização de preços, monopolização de produtos e concentrações empresariais ilegais, sendo o pedido o ressarcimento do valor do dano triplicado. Tal critério tipificador, contudo, é expresso e irrenunciável, mas retrata algum tipo de presunção de racionalidade econômica⁵⁶. O remédio *treble damages*, apesar de sua aparência privatista, serve, como bem reconhecido pelos tribunais do país em que é utilizado, a dois propósitos: compensação do dano e prevenção. Prevenção porque desencoraja os competidores a praticarem condutas ilegais, uma vez que, além de terem que restituir a vantagem ilícitamente auferida, estarão contribuindo para o restabelecimento, no mercado, daquele competidor que ele tentara destruir.⁵⁷ O *treble damages*, desta forma, assume uma função de vital importância para a difusão da cultura de obediência às leis antitruste. Além do caráter de reparação civil, assume essa sanção um caráter coercitivo desencorajados de novas condutas infracionais.⁵⁸

⁵⁵ O parágrafo 4º do Clayton Act institui o *treble damages* para as infrações antitruste, in verbis: (...) any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney's fee.

⁵⁶ Cfr. PRIVATE TREBLE DAMAGE ANTITRUST ACTIONS: AN OUTLINE OF FUNDAMENTAL PRINCIPLES; John M. Desiderio, Brooklyn Law Review; Spring, 1982; ARE ANTITRUST "TREBLE" DAMAGES REALLY SINGLE DAMAGES?; Robert H. Lande, Ohio State Law Journal, 1993.

⁵⁷ Areeda, Antitrust Law. Paragraph 325: Equitable Relief – Nature, Objectives and Scope, assim descreve o impacto do *treble damages* sobre o direito antitruste: "Such a remedy not only compensates private persons for their injuries, but gives them a powerful financial incentive to enforce the antitrust laws. The result is that public enforcement, which is inevitably selective and least likely to concern itself with local, episodic, or less than flagrant violations, is supplemented by private enforcement, which increases the likelihood that a violator will be found out, greatly enlarges penalties, and thereby helps discourage illegal conduct. Some antitrust violators have found the cost of violation to be very high."

⁵⁸ Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios Gerais de Direito Administrativo, 2. Ed, vol. I, Forense, 1979, a multa administrativa "pode ter caráter coercitivo ou de reparação civil. Se coercitiva, visa a forçar, ante a intimidação da sua

Importante ressaltar que, nos casos em que o *treble damages* é aplicado, dificilmente será necessária interferência dos órgãos antitruste, eis que esta ação também tem função coercitiva. O *treble damages*, apesar de não impedir o ajuizamento das referidas *equity suits* pelo poder público, acaba por indiretamente compelir o réu à cessação da prática. Fato é que, nos últimos quarenta anos, nos Estados Unidos, cada vez mais o governo afastou-se da propositura de ações perante o Judiciário, enquanto que o *treble damages* tornou-se elemento essencial da política de repressão anticoncorrencial.⁵⁹

Conclui-se que o *treble damages* não possui um caráter exclusivamente privatista, mas assume também uma função punitiva que, em essência, não difere da sanção antitruste norte-americana de natureza penal. Disto decorre que a medida de triplicação do dano tem servido de medida para a quantificação do valor da sanção suficientemente alta para desencorajar condutas anticoncorrenciais.

Exemplos na legislação brasileira e européia

Também a legislação brasileira recente tem demonstrado inclinação para a adoção deste critério de triplicação do dano como medida de quantificação do valor das sanções. Este é o caso da recente legislação que estabelece parâmetros para sanções aplicáveis pela Comissão de Valores Mobiliários com a nova redação dada pela Lei n.º 9.457, de 5.5.1997:

Art. 11, parágrafo. 1º A multa não excederá o maior destes valores:

I - R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais);

II - cinquenta por cento do valor da emissão ou operação irregular;

ou

III - três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito.

aplicação, não torne o infrator a desobedecer as determinações ordinatórias de serviço ou legais. Se de composição patrimonial de prejuízos, simplesmente compensar o dano presumido pela infração cometida. (Apud Régis Fernandes de Oliveira, in *Infrações e Sanções Administrativas*, RT, 1985.

⁵⁹ “Private enforcement has become increasingly important in the last forty years because of the significant decrease in the number of government prosecutions of antitrust violations.” (CHARNAS, Charles N. *California Law Review*, May, 1984.)

§ 2º Nos casos de reincidência serão aplicadas, alternativamente, multa nos termos do parágrafo anterior, até o triplo dos valores fixados, ou penalidade prevista nos incisos III a VIII do caput deste artigo.

É certo, contudo, que os parâmetros de uma lei não se definem pelos critérios utilizados por outra legislação, em particular aquela adotada em outra jurisdição. O que se quer salientar, contudo, é a existência de uma racionalidade econômica neste parâmetro dosimétrico que restaria desrespeitado caso fosse acolhida a interpretação literal utilizada na análise das hipóteses I a III, em especial a hipótese I. Isto porquanto, naquelas hipóteses, o valor mínimo da multa poderia ultrapassar o limite prudencial de triplicação do valor do dano para o cálculo do valor da sanção.

É de se lembrar também, que o valor do dano não equivale ao valor da vantagem auferida. Isto porque o valor do dano causado pode, exceder em muitas vezes o valor da vantagem. Além disso, os danos provocados no mercado concorrencial têm muitas vezes natureza difusa e coletiva, além de individual, o que torna bastante complexa a sua quantificação. Retomarei o argumento ao final.

A conclusão que se chegaria até o presente momento é no sentido de 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. Isto porque tal critério proporcionaria o estabelecimento de uma relação econômica de proporcionalidade entre o ambiente econômico no qual teriam sido auferidas as vantagens e provocados os danos, mantendo-se, assim, certa relação entre ambos. Afinal, a vantagem auferida e o dano provocado mantêm relação direta com o mercado relevante definido para a análise da conduta. Vale notar que tal metodologia é adotada pelas Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65(5) of the ECSC Treaty⁶⁰ aos estabelecerem o critérios para a dosimetria no campo concorrencial.

Neste documento podemos verificar a inclusão de semelhantes critérios de proporcionalidade em face da extensão dos danos em seus mercados relevantes, estabelecendo critérios máximos incidentes sobre o faturamento das empresas⁶¹. A metodologia lá utilizada toma por base um valor básico

⁶⁰ Published in the Official Journal: OJ C 9, 14.01.98

⁶¹ The principles outlined here should ensure the transparency and impartiality of the Commission's decisions, in the eyes of the undertakings and of the Court of Justice

definido a partir da gravidade e duração da infração⁶². A gravidade, por sua vez, é definida levando-se em consideração o mercado relevante afetado⁶³.

alike, whilst upholding the discretion which the Commission is granted under the relevant legislation to set fines within the limit of 10% of overall turnover. This discretion must, however, follow a coherent and non-discriminatory policy which is consistent with the objectives pursued in penalizing infringements of the competition rules. (...) (5) General comments

(a) It goes without saying that the final amount calculated according to this method (basic amount increased or reduced on a percentage basis) may not in any case exceed 10% of the world-wide turnover of the undertakings, as laid down by Article 15(2) of Regulation No 17. In the case of agreements which are illegal under the ECSC Treaty, the limit laid down by Article 65(5) is twice the turnover on the products in question, increased in certain cases to a maximum of 10% of the undertaking's turnover on ECSC products.

O texto realça, assim, a existência de um limite máximo do percentual do faturamento no âmbito do mercado do produto no mercado geográfico formado pelos países que integram o mercado comum europeu.

⁶² The new method of determining the amount of a fine will adhere to the following rules, which start from a basic amount that will be increased to take account of aggravating circumstances or reduced to take account of attenuating circumstances.

(1) Basic amount

The basic amount will be determined according to the gravity and duration of the infringement, which are the only criteria referred to in Article 15(2) of Regulation No 17.

⁶³ A. Gravity

In assessing the gravity of the infringement, account must be taken of its nature, its actual impact on the market, where this can be measured, and the size of the relevant geographic market.

Infringements will thus be put into one of three categories: minor infringements, serious infringements and very serious infringements.

- Minor infringements: These might be trade restrictions, usually of a vertical nature, but with a limited market impact and affecting only a substantial but relatively limited part of the Community market.

Likely fines: ECU 1 000 to ECU 1 million

- Serious infringements: These will more often than not be horizontal or vertical restrictions of the same type as above, but more rigorously applied, with a wider market impact, and with effects in extensive areas of the common market. They might also be abuses of a dominant position (refusals to supply, discrimination, exclusion, loyalty discounts made by dominant firms in order to shut competitors out of the market, etc.).

Likely fines: ECU 1 million to ECU 20 million.

- Very serious infringements: These will generally be horizontal restrictions such as price cartels and market-sharing quotas, or other practices which jeopardize the pro-

Desta forma, se uma empresa pratica várias condutas, de gravidade variável, em diversos mercados relevantes, as sanções impostas a cada uma delas deve levar em consideração o seu impacto (ou gravidade) em cada mercado relevante. Caso contrário, a pena seria a mesma independentemente da quantidade e gravidade das condutas, sempre que o valor mínimo fosse muito elevado, o que, mais uma vez, contrariaria o princípio da individualização da sanção.

Ademais, o valor da sanção sempre deverá ser superior à vantagem auferida de modo a desencorajar a prática sancionada⁶⁴. Importante consignar,

per functioning of the single market, such as the partitioning of national markets and clearcut abuses of a dominant position by undertakings holding a virtual monopoly (cf. Decisions 91/297/EEC, 91/298/EEC, 91/299/EEC, 91/300/EEC and 91/301/EEC - Soda Ash (1); 94/815/EC - Cement (2); 94/601/EC - Cartonboard (3); 92/163/EC - Tetra Pak (4); and 94/215/ECSC - Steel beams (5).

Likely fines: above ECU 20 million

Within each of these categories, and in particular as far as serious and very serious infringements are concerned, the proposed scale of fines will make it possible to apply differential treatment to undertakings according to the nature of the infringement committed.

It will also be necessary to take account of the effective economic capacity of offenders to cause significant damage to other operators - in particular consumers - and to set the fine at a level which ensures that it has a sufficiently deterrent effect.

Generally speaking, account may also be taken of the fact that large undertakings usually have legal and economic knowledge and infrastructures which enable them more easily to recognize that their conduct constitutes an infringement and be aware of the consequences stemming from it under competition law.

Where an infringement involves several undertakings (e.g. cartels), it might be necessary in some cases to apply weightings to the amounts determined within each of the three categories in order to take account of the specific weight and, therefore, the real impact of the offending conduct of each undertaking on competition, particularly where there is considerable disparity between the sizes of the undertakings committing infringements of the same type.

⁶⁴ (2) Aggravating circumstances

The basic amount will be increased where there are aggravating circumstances such as:

- repeated infringement of the same type by the same undertaking(s);
- refusal to cooperate with or attempts to obstruct the Commission in carrying out its investigations;
- role of leader in or instigator of the infringement;
- retaliatory measures against other undertakings with a view to enforcing practices which constitute an infringement;
- need to increase the penalty in order to exceed the amount of gains improperly made as a result of the infringement when it is objectively possible to estimate that amount;

contudo, é que a metodologia lá utilizada faz referência expressa ao mercado relevante onde ocorre a conduta, uma vez que as vantagens auferidas, bem como os danos provocados guardam relação direta e necessária com o mercado relevante no qual as mesmas ocorrem.

Outras Questões

Haveria ainda, outras questões a responder:

a)- É factível do ponto de vista prático a consideração do faturamento no mercado relevante?

As provas trazidas aos autos demonstram, em primeiro lugar, que tal providência é factível e recomendável. Caso a informação não seja prestada pela própria empresa sancionada, tais informações poderão ser estimados a partir de cálculos baseados em informações tributárias.

Em segundo lugar, é importante notar que a lei não determina que o valor da multa deverá ser um coeficiente exato da percentagem do faturamento. Ela apenas fixa limites máximos e mínimos. Desta forma, o aplicador da sanção pode se valer de todos os meios disponíveis para chegar a uma estimativa razoável para justificar o cálculo da dosimetria. Os percentuais de 1% e 30 % referidos no artigo 23, I da Lei 8.884/94 são apenas limites máximos e mínimos. Consigne-se que tanto a doutrina como a jurisprudência em matéria antitruste têm reconhecido a dificuldade na fixação exata de valores no momento da dosimetria, sendo curial que o cálculo da mesma deve se dar por estimativas e sempre em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

b)- Eventuais falhas na fixação do faturamento da empresa no mercado relevante poderiam importar em gravame excessivo para o particular?

A resposta aqui é negativa. Sendo o limite máximo do faturamento no mercado relevante o próprio faturamento global da empresa, é certo que esta metodologia de análise e interpretação da lei jamais importaria em ônus excessivo para o particular que, na pior das hipóteses, se veria submetido a uma cálculo de faturamento no mercado relevante igual ao faturamento nacional, nunca, porém superior.

c)- Esta metodologia de análise tornaria ineficaz a imposição de sanções pecuniárias aos grandes agentes econômicos?

Mais uma vez aqui a resposta é negativa, uma vez que a fixação do limite mínimo e máximo do faturamento, levando em consideração o mercado relevante, não importa necessariamente na imposição da multa mínima. Muito

ao contrário, na verdade, este critério torna a aplicação da sanção mais flexível e consentânea com os objetivos da individualização da pena. Assim, a multa para empresas de grande porte econômico, em homenagem ao disposto no artigo 27, II da lei antitruste (“na aplicação das penas previstas nesta Lei serão levados em consideração: VII – a situação econômica do infrator”) recomendável seria a aplicação de multa bem acima do valor mínimo. A lei conferiu limites mais flexíveis para a correta individualização da sanção para que se pudesse levar em consideração a situação econômica do infrator, a qual se define não apenas pelo faturamento global da empresa, como também do próprio grupo econômico a que pertence.

Contudo, acolhida a interpretação literal que se buscou atacar, quase sempre que a empresa infratora detivesse situação econômica privilegiada, com substancial faturamento bruto em todas as suas atividades de âmbito nacional, haveria constrangimentos legais para a imposição de multa acima do mínimo legal. Na verdade, consoante se argumentou, os constrangimentos poderiam importar na ilegalidade já na imposição da sanção em seu mínimo legal, consoante se verificou na análise das hipóteses I, II e III.

Bastaria lembrar que todas as 100 maiores empresas com sede no Brasil apresentaram faturamento em 2001 superior a um bilhão de reais. A maior delas atingiu a cifra de 34 bilhões de reais. Todas as grandes empresas apresentam um grande portfólio de produtos e atuam em diversos mercados regionais⁶⁵. Segundo dados extraídos de AC, recentemente por este Plenário,

⁶⁵ A título de exemplo veja-se o imenso leque de produtos e serviços de algumas grandes empresas:

Petrobrás Distribuidora: Produtos: distribuição de gasolina, álcool, diesel, querosene, lubrificantes e gás natural veicular para segmentos da indústria automotivo, marítimo, ferroviário e na aviação; comércio varejista de produtos de conveniência (Lojas BR Mania); prestação de serviços de reparos mecânicos (Siga Bem Caminhoneiro); serviços de troca de lubrificantes (óleos, fluidos, etc.), filtros (Lubrux Center); prestação de serviços de lavagem de veículos (Lavamania).

Petrobrás Petroquímica: produtos: exploração de petróleo; produção de combustível; gasolinas automotivas; combustíveis de aviação; óleo diesel; óleos lubrificantes acabados e graxas; óleos lubrificantes; óleos combustíveis; glp; gás natural; produtos asfálticos; querosenes de iluminação; solventes; parafina; matéria prima para fertilizantes; nafta petroquímica; coque verde de petróleo; enxofre; bunker

CVRD: Produtos: Minerais ferrosos: minério de ferro ("in natura") e pelotas, minério de manganês e ligas de manganês; Minérios não ferrosos: ouro⁹, cobre, potássium e caulim¹⁰; Alumínio¹¹; Celulose e papel¹²; energia: tem como missão produzir energia para o suprimento de instalações industriais da CVRD e para a venda de excedentes para o mercado. Aços:

Volkswagen: produtos: Automóveis: Gol, Golf, Parati, Santana, Bora, New Beetle, Passat, Variant, Kombi e Saveiro; Caminhões e ônibus: linhas de leve, médios e pesados, família Titan e ônibus; Serviços: Banco Volkswagen, Volkscard e Volkservice, Laboratório de Calibração¹³

Eastman Kodak Company: Produtos filmes negativos coloridos e preto e branco para amadores e profissionais; pilhas, fitas de vídeo e câmaras fotográficas; filmes de alto contraste para gravação de imagens médicas, utilizando processadores à laser, para ultrassom, ressonância magnética e tomografia computadorizada; impressoras à laser, inclusive para impressão de resultados de ressonância magnética, tomografia computadorizada e outras imagens médicas em filme digital; processadoras, reveladores e fixadores (fotoquímicos); scanners de filmes e impressoras a jato de tinta de amplo formato; serviços de revelação, duplicação e ampliação de filmes relacionados à fotografia profissional e amadora.

Gerdau: Produtos para a construção civil: Vergalhões GG;50 e CA;25; Vergalhões CA;60; Arames Recozidos; Barras de Transferência; Treliças; Alambrados; Telas Nervuradas Gerdau; Colunas POP; Malhas POP; Estribos; Armafer ; Serviço de Corte e Dobra; Produtos para a indústria; Barras e Perfis ;Fio; Máquina ; Sistema Construtivo; Multiviga; Produtos para Suinocultura ; Gerdau Cor; Produtos agropecuários: Arame Galvanizado; Arame para Cerca Elétrica; Arame para Culturas Aéreas; Arames Farpados; Arames Ovalados Gerdau; Cercafix; Cordoalha de Aço; para Culturas Aéreas; Cordoalha de Aço para Curral; Grampo Farpado; Grampos; Mourão de Aço; Pregos de diversos tipos: Aços especiais:

Siemens: atua em mais de 170 mercados de produtos e serviços.

Copesul Principais Produtos: Eteno ; Propeno ; Benzeno ; butadieno; Tolueno Xilenos; aromático ; Solvente C6 ; Solvente C9 ; Refinado C6C8 ; Resíduos aromáticos ; C7C8 aromático ; MTBE ; Buteno 1; Propano

Usiminas: Chapas grossas: dezenas de tipos de aços e estruturas em geral.

Basf: Químicos: inorgânicos, petroquímicos e intermediários; Plásticos e fibras: estirênicos, polímeros de performance e poliuretanos; Produtos de reforma e tintas: químicos de performance, polímeros funcionais e tintas (imobiliárias, automobilísticas e repintura automotiva); Produtos para a agricultura e nutrição: química fina e produtos para a agricultura; Petróleo e gás:

Dow Química S/A: atua nos mercados mundiais de produtos químicos e petroquímicos. Em 1998 mais de 3.500 produtos. No mercado brasileiro, o grupo Dow comercializava hidrocarbonetos (petroquímicos básicos), produtos químicos e químicos especiais, plásticos e plásticos especiais, defensivos agrícolas, corretagem de seguros e serviços financeiros de previdência.

Embratel: serviços telefônicos de longa distância nacionais (incluindo serviços de telefonia intra; regionais e inter regionais em todo Brasil); serviços telefônicos de longa distância internacionais, serviços de comunicação de dados (incluindo serviços de comunicação de dados de alta velocidade arrendados, comunicação de dados por satélite, comunicação de dados via comutador e sistemas de relê e manuseio de men-

uma única grande empresa produziria mais de 3.500 produtos⁶⁶. Para todas elas problemas e inconsistências evidenciadas através das hipóteses I, II e III se colocariam.

A tabela abaixo, com a receita líquida das 50 maiores empresas brasileiras dá uma dimensão da situação

Ranking por Receita Operacional Líquida das Maiores Sociedades Anônimas do Brasil 2001

Exercício-base: 2000

Rank por Receita	Razão Social	Setor	UF*	Ativo Total (R\$ mil)	Receita Operac. Líquida (R\$ mil)	Patrimônio Líquido (em R\$ mil)
1	Petróleo Brasileiro SA - Petrobras	Refino de petróleo e produção de álcool	RJ	65.018.487	44.627.657	25.258.884
2	Petrobrás Distribuidora SA	Comércio por atacado	RJ	3.324.426	12.233.276	1.471.642
3	Shell Brasil SA	Comércio por atacado	RJ	2.419.008	7.648.921	934.403
4	Telecomunicações de São Paulo SA - Telesp	Telecomunicações	SP	19.878.949	7.137.463	14.466.06
5	Cia. Brasileira de Petróleo Ipiranga	Comércio por atacado	RJ	1.576.799	7.127.423	994.606
6	Cia. Brasileira de Dis-	Comércio varejista	SP	6.613.939	6.866.268	3.006.914

sagens); transmissão de texto, som e imagem e comunicações via satélite móvel e marítimo.

Telefônica: telefonia fixa ; móvel; Internet; call center; guias telefônicos; tráfego de dados; cabos submarinos; business to business.

Shell: venda de combustíveis a varejo; distribuição de lubrificantes; extração de petróleo; produção de combustível; produção e comercialização de GLP; geração elétrica; fornecimento de óleo combustível e diesel; fornecimento de combustível para motor a combustão e turbinas, fluidos hidráulicos e graxas de aviões; produção de químicos: solventes, glicóis, polióis, produtos químicos básicos e poliolefinas

Ipiranga: refino de petróleo; distribuição de combustível; comercialização de combustível e outros produtos; produção de óleos brancos, produtos químicos básicos, polietileno de alta densidade, polipropileno e fluidos especiais; fabricação e distribuição de produtos para pavimentação e conservação de rodovias, impermeabilização para construção civil e para fins industriais.

⁶⁶ - Cfr. Ato de Concentração nº 08012.007759/1999. Requerentes: Dow Química S/A e Union Carbide Química Ltda.

	tribuição - CBD						
7	Empresa Brasileira de Telecomunicações SA - Embratel	Telecomunicações	RJ	11.749.441	6.691.921	6.150.187	
8	Furnas Centrais Elétricas SA	Eletricidade e gás	RJ	15.169.051	6.107.022	9.859.183	
9	Texaco Brasil SA Produtos de Petróleo	Comércio por atacado	RJ	1.283.758	5.558.928	437.392	
10	Fiat Automóveis SA	Fabricação e montagem de veículos automotores, partes e peças	MG	4.279.922	5.471.298	2.052.309	
11	Varig SA - Viação Aérea Riograndense	Serviços de transporte	RS	3.027.188	5.322.011	-148.652	10.566.00
12	Cia. Vale do Rio Doce	Extração mineral	RJ	20.100.000	4.980.000	0	
13	Embraer - Empresa Brasileira de Aeronáutica SA	Aeronaves, embarcações e veículos ferroviários	SP	5.159.079	4.962.000	1.605.592	
14	Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo SA	Eletricidade e gás	SP	8.807.838	4.631.925	2.557.800	
15	Brasil Telecom SA	Telecomunicações	DF	12.493.482	3.809.703	7.173.923	
16	Cia. Energética de Minas Gerais SA - Cemig	Eletricidade e gás	MG	11.886.978	3.627.563	7.817.533	
17	Bunge Alimentos SA	Produtos alimentícios	SC	3.464.635	3.451.751	777.832	
18	Cia. De Saneamento Básico do Estado de São Paulo - Sabesp	Saneamento	SP	15.192.145	3.355.751	8.268.473	
19	Cia. Siderúrgica Nacional - CSN	Metalurgia básica	RJ	15.477.448	3.239.141	5.746.058	
20	Ericsson Telecomunicações SA	Material eletrônico e equipamentos de comunicações	SP	3.102.733	3.016.442	1.003.419	
21	Cargill Agrícola SA	Produtos alimentícios	SP	2.280.995	2.963.251	478.748	
22	Light - Serviços de Eletricidade SA	Eletricidade e gás	RJ	9.119.904	2.907.515	2.185.833	
23	Cia. Cervejaria Brahma	Bebidas	RJ	5.943.393	2.849.150	2.576.768	
24	Copene - Petroquímica do Nordeste AS	Produtos químicos	BA	3.800.602	2.826.830	2.267.793	
25	Gerdau AS	Metalurgia básica	RJ	4.469.777	2.796.488	2.365.207	
26	Telesp Celular SA	Telecomunicações	SP	6.178.761	2.766.706	3.255.421	
27	Cia. Paulista de Força e Luz - CPFL	Eletricidade e gás	SP	6.258.731	2.413.585	4.264.526	

28	Copesul - Cia. Petro-química do Sul	Produtos químicos	RS	2.437.518	2.399.997	903.855
29	Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais AS - Usiminas	Metalurgia básica	MG	8.579.364	2.394.514	3.493.847
30	Bandeirante Energia SA	Eletricidade e gás	SP	2.632.698	2.356.456	656.912
31	Telecomunicações do Rio de Janeiro AS - Telemar Rio de Janeiro	Telecomunicações	RJ	5.780.511	2.305.976	3.760.024
32	Globex Utilidades SA	Comércio varejista	RJ	1.200.292	2.186.779	520.122
33	Casas Sendas Comércio e Indústria AS	Comércio varejista	RJ	877.787	2.184.793	242.741
34	Credicard SA Administradora de Cartões de Crédito	Serviços creditícios e conexos	SP	3.222.704	2.148.485	233.698
35	Basf SA	Produtos químicos	SP	2.534.711	2.145.767	955.309
36	Cia. Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF	Eletricidade e gás	PE	17.612.648	2.117.764	10.212.007
37	Cia. Paranaense de Energia - Copel	Eletricidade e gás	PR	7.956.321	2.021.257	4.898.154
38	Cia. Siderúrgica de Tubarão - CST	Metalurgia básica	ES	6.511.483	1.972.921	3.750.363
39	Souza Cruz SA	Produtos do fumo	RJ	2.258.771	1.913.304	1.199.213
40	Telecomunicações de Minas Gerais SA - Telemar Minas Gerais	Telecomunicações	MG	3.572.496	1.906.083	2.246.995
41	Makro Atacadista SA	Comércio por atacado	SP	704.166	1.785.407	348.621
42	Perdigão Agroindustrial SA	Produtos alimentícios	SP	2.156.138	1.660.121	538.195
43	Bompreço SA Supermercados do Nordeste	Comércio varejista	PE	1.440.446	1.657.102	533.209
44	Construtora Norberto Odebrecht SA	Construção	RJ	2.245.535	1.636.869	1.363.732
45	Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga SA	Comércio por atacado	RS	546.307	1.618.625	435.966
46	Alcoa Alumínio SA	Metalurgia básica	MG	2.221.598	1.529.196	1.119.047
47	Multibrás SA Eletrodomésticos	Máquinas e equipamentos	SP	1.901.363	1.508.641	1.330.027
48	Cia. Siderúrgica Paulista - Cosipa	Metalurgia básica	SP	4.954.766	1.457.962	1.802.078
49	Votorantim Celulose e Papel SA – VCP	Celulose e papel	SP	3.487.641	1.436.981	2.318.446
50	Nec do Brasil SA	Material eletrônico e	SP	2.291.566	1.388.017	41.269

		equipamentos de comunicações				
112	White Martins Gases Industriais SA	Produtos químicos	RJ	2.661.775	744.265	952.128
470	White Martins Gases Industriais do Nordeste SA	Produtos químicos	PE	424.662	127.067	245.737

Foram incluídas nesta pesquisa as empresas brasileiras que divulgaram balanços em órgãos oficiais de imprensa até o dia 20 de junho de 2001

Os valores das demonstrações contábeis das cinco empresas restantes, para efeito de comparação, foram ajustados para o período de janeiro a dezembro de 2000 segundo a variação do IGP-DI da FGV 1 – Exercício findo em 30 de junho de 2000 2 – Exercício findo em 30 de setembro de 2000. 3 – Exercício findo em 31 de março de 2000.

O conceito de receita operacional líquida utilizado é de receita bruta menos impostos indiretos, devoluções e descontos.

Fonte: FGV-CEAE (Centro de Estatísticas e Análises Econômicas)

A Interpretação e o Princípio da Integridade

Poder-se-ia argumentar que somente nos casos em que a interpretação da lei levasse a uma desproporção in concreto deveria o intérprete da lei invocar o princípio da proporcionalidade para condicionar a validade da interpretação literal da norma contida no artigo 23 da Lei 8.884/94. Neste caso, a questão a ser respondida pelo intérprete seria a seguinte: Diante de uma interpretação legal que pode produzir conseqüências jurídicas inconstitucionais, qual deve ser a posição do intérprete? 1)- Deve ele procurar, apenas nas situações concretas em que isto ocorrer fazer incidir os princípios que lhe garantam o restabelecimento da legalidade, ainda que isto importe numa interpretação contra legem? 2)- Ou deve ele procurar uma interpretação sistemática que devolva a legalidade ao dispositivo em todas as hipóteses em que se aplica, de modo a garantir uma aplicação uniforme e isonômica da norma?

A questão é complexa. Ela envolve, de um lado, a preservação de um princípio hermenêutico poderoso que consagra a literalidade da norma e a segurança jurídica nela implícita e, de outro, os princípios da igualdade na aplicação da lei e da integridade do sistema jurídico. Entendo, que, nesta nova situação de colisão de princípios, a segunda hipótese é preferível à primeira. Passo a expor os meus motivos.

Em primeiro lugar, conforme já apontado acima, o problema encontrado na interpretação que chamei de literal não se refere à sua aplicação in concreto, pelo órgão sancionador, mas sim a uma situação abstrata e genérica relativa às condições de aplicabilidade da norma. As hipóteses I, II, III e IV demonstraram-no na medida em que nelas restou configurada a possibilidade de resultados distintos e incongruentes a partir da mera análise da incidência do limite mínimo da sanção. Naquelas hipóteses, não se tratava de excesso ou desproporcionalidade na aplicação concreta da norma, mas sim, desproporcionalidade genérica, derivada dos próprios limites legais.

Em segundo lugar, entendo que uma interpretação caso-a-caso do princípio da proporcionalidade acabaria por provocar um resultado manifestamente discriminatório e não-isonômico em favor das grandes empresas, que apresentam elevados faturamentos e com freqüência atuam em diversos mercados relevantes geográficos e do produto. Ora, já foi visto que a intenção da lei foi justamente apenar com maior severidade justamente os infratores em melhor situação econômica (artigo 26, VII da Lei 8884/94). Com grande freqüência são os grandes infratores aqueles que contam com maior chance de exercer poder de mercado, dominá-lo e causar-lhe os maiores prejuízos. É muito provável que as infrações cometidas por empresas que atuam em mercados únicos de produtos e restritos geograficamente não gerassem as incongruências apontadas, uma vez que nelas as condições fáticas mais se assemelhariam àquelas descritas na hipótese IV. Neste caso, a violação do princípio constitucional de isonomia seria patente.

Em terceiro lugar, a aplicação caso-a-caso importaria em dois novos problemas de interpretação. O primeiro deles se refere ao fato de que nas hipóteses em que as inconsistências ocorressem, como na hipótese I, o remédio jurídico da diminuição do mínimo legal abaixo do parâmetro normativo importaria na adoção de uma interpretação contra legem in concreto do dispositivo da lei 8.884/94. Entretanto, como se verá adiante, isto contraria o princípio da presunção de constitucionalidade das leis⁶⁷. Por outro lado, a declara-

⁶⁷ Tratando do assunto pondera Marcelo Neves, in *Teoria da Inconstitucionalidade das Leis*, Saraiva, 1988, pags. 145-146: “A doutrina e a prática jurisprudencial formularam o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, presunção esta de caráter juris tantum, prevalecendo enquanto não se manifeste em sentido contrário o órgão competente, isto é, até que ele decida pela inconstitucionalidade da lei. Com base nesse princípio construíram-se duas regras tradicionais de hermenêutica: I – Na dúvida, deve decidir-se pela constitucionalidade. Pressupondo-se que a inconstitucionalidade não se presume, sustenta-se que o órgão competente só deve decretá-la quando manifesta, ou seja, clara e inequívoca. II – Deve-se adotar a interpretação que torne a lei compatível com a Constituição. Se a lei oferece dupla interpretação, uma

ção da inconstitucionalidade in concreto da norma deixaria o intérprete sem outros critérios para a aplicação da sanção.⁶⁸ Como visto, esta foi a conclusão (já citada) do julgamento da Representação no. 1077, de 28/03/84, que teve como relator o Ministro Moreira Alves e que declarou ser inconstitucional o valor da taxa judiciária⁶⁹. Neste caso, entendeu o Judiciário que não lhe com-

que implique a sua constitucionalidade e outra que importe a sua incompatibilidade com a Constituição, o órgão competente não decidirá pela sua inconstitucionalidade, devendo preferir a exegese que lhe de um sentido compatível com a Constituição, baseado na presunção de que o legislador teve a pretensão de elaborar norma jurídica válida”. Cfr. Também Lúcio Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição, Forense, RJ, 1968, pags. 93-95 e 118-120.

⁶⁸ Tratando mais uma vez do assunto, Fábio Medina Osório, *op. cit.*, pag. 341, salienta que: “Parece-me que o princípio da proporcionalidade fornece bom caminho hermenêutico para que o intérprete não aplique automaticamente determinadas sanções legais aos atos de improbidade administrativa. Nem sempre todas as sanções incidirão automaticamente, sendo esse rigor abstrato facilmente controlável pelo princípio da proporcionalidade. Aqui, uma das críticas que se pode fazer à Lei 8.429/92 é exatamente essa de haver consagrado algumas sanções abstratamente fixas e sem flexibilidade. Claro que o caminho da inconstitucionalidade seria absurdo, pois equivaleria à eliminação da sanção, deixando a sociedade ao desabrigo. Seria uma solução radical, desarrazoada e contrária ao princípio constitucional da proporcionalidade e ao princípio da moralidade administrativa. Há outros caminhos viáveis. É possível uma interpretação em conformidade com a Constituição, resgatando-se a possibilidade de atenuação do rigor abstrato da norma, adaptando-se às peculiaridades do caso concreto, afastando-se eventualmente, ou reduzindo sua carga punitiva, consoante se faça necessário.”

⁶⁹ Naquele acórdão se concluiu que: “... Por isso, taxas cujo montante se apura com base em valor do proveito do contribuinte (como é o caso do valor real do pedido), sobre a qual incide alíquota invariável, tem necessariamente de ter um limite, sob pena de se tornar, com relação às causas acima de determinado valor, indiscutivelmente exorbitante em face do custo real da atuação do Estado em favor do contribuinte. Isso se agrava em se tratando de taxa judiciária, tendo em vista que boa parte das despesas do Estado já são cobertas pelas custas e emolumentos. Não estabelecendo a lei esse limite, e não podendo o Poder Judiciário estabelecê-lo, é de ser declarada a inconstitucionalidade do próprio mecanismo de aferição do valor, no caso concreto, da taxa judiciária, certo como é que conduzirá, sem dúvida alguma, a valores reais muito superiores aos custos a que servem de contraprestação. A falta desse limite torna incompatível o próprio modo de calcular o valor concreto da taxa com a natureza remuneratória desta, transformando-a, na realidade, num verdadeiro imposto.” (grifo meu), Apud, Gilmar Mendes Ferreira, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, *Repertório IOB de Jurisprudência*, no. 23/94, 1ª dezembro de 1994.

petiria fixar um novo limite para a taxa, mas apenas declarar a inconstitucionalidade da norma. É este também o entendimento de diversos doutrinadores.⁷⁰

Por fim, e em quarto lugar, entendo que uma interpretação caso-a-caso como esta estaria em desarmonia com o princípio da integridade “que condena a incoerência de princípios entre os atos do Estado Personificado” (Dworkin). Para Ronald Dworkin este princípio pode ser assim enunciado:

“Estabeleci uma distinção entre duas formas de integridade ao arrolar dois princípios: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. A primeira restringe àquilo que nossos legisladores e outros participantes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas públicas. A segunda, requer que, até onde seja possível, nossos juizes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas. (...)”⁷¹

⁷⁰ Cfr. Régis Fernandes e Oliveira, *Infrações e sanções Administrativas*, RT, 1985, pág. 73/74: “Interessante questão que se coloca é de se saber se ao Judiciário é permitido efetuar redução do valor da sanção pecuniária imposta. Os tribunais têm admitido tal procedimento. Entendemos inadmissível tal orientação jurisprudencial. Ao Judiciário não é dado efetuar dosagem da pena administrativa. O enquadramento realizado pela autoridade administrativa ou é legal – e eventual pretensão desconstitutiva da sanção será recusada – ou a adequação é ilegal e, pois, incumbe ao Judiciário anular o castigo imposto. Vedado lhe é reduzir o montante da sanção pecuniária, porque estaria substituindo o critério administrativo pelo judicial e haveria infração ao disposto no art. 6º da CF. Se a sanção imposta pela Administração Pública extrapola os limites legais, ao judiciário apenas é dado eliminar a lesão ao direito individual do particular. Não lhe é dado reduzir o gravame. Se a administração Pública desobedece ao princípio da proporcionalidade, causa lesão ao particular e esta deve ser retirada do mundo jurídico. Como assevera Jesús González Perez, deve o agente administrativo “eleger os meios menos restritivos à liberdade, os que resultem menos lesivos aos direitos dos administradores, não impor nenhuma carga, obrigação ou prestação mais gravosas que as que sejam necessárias para cumprir com a exigências do interesse público”. (...) Descumprida a aplicação proporcional das sanções, legítimo é ao Judiciário anular não apenas o excesso, mas a própria imposição, por incompatível com o sistema jurídico brasileiro. À administração Pública restará a possibilidade de, se ainda não ocorrida decadência ou prescrição, impor nova sanção, já então adequada à disposição legal.”

⁷¹ O Império do Direito, Martins Fontes, São Paulo, 1999, pag. 261. “O conceito não se identifica com a mera coerência. Será a integridade apenas coerência (decidir casos

Nosso sistema legal prevê situações como estas e previne o intérprete da lei de realizar interpretações casuística e desconformes com o princípio da integridade. Acredito ser esta a forma mais harmoniosa de integração dos princípios constitucionais com a norma em questão. Rejeitada a interpretação caso-a-caso, sempre que for possível uma interpretação integradora e coerente do sistema legal. Cumpre agora propor uma interpretação positiva do dispositivo.

Interpretação Conforme do Dispositivo

Como é trivial em todo procedimento hermenêutico, o intérprete do direito deve sempre procurar realizar a interpretação da lei que lhe preserve a legalidade e constitucionalidade. Conforme lembra Gilmar Mendes Ferreira, “Na doutrina menciona-se, frequentemente, a frase de Cooley: “The court, if possible, must give the statute such a construction as will enable it to have effect.”⁷² Os Tribunais devem, portanto, partir do princípio de que o legislador busca positivar uma norma constitucional.”

semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.”, op. cit., pag. 263-264. Na mesma linha de pensamento ver de Klaus Gunther, “Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica”, publicada in *Cadernos de Filosofia Alemã*, no. 6, pags. 85-102, agosto de 2000.

⁷² Cooley, *A treatise on the constitutional*, Boston, 1878, p.228. Cf. também Bittencourt, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, p.93. Apud, *Jurisdição Constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e Alemanha*, Saraiva, 1996, pag. 268. Nesta mesma obra continua: “Também entre nós utilizam-se doutrina e jurisprudência de uma fundamentação diferenciada para justificar o uso da interpretação conforme à constituição. Ressalta-se, por um lado, que a supremacia da constituição impõe que todas as normas jurídicas ordinárias sejam interpretadas em consonância com o texto. Em favor da admissibilidade da interpretação conforme a constituição milita também a presunção da constitucionalidade da lei, fundada na idéia de que o legislador não poderia ter pretendido votar lei inconstitucional.”

No caso em comento, a preservação da legalidade e constitucionalidade do artigo 23, I da lei 8.884/94, somente pode ser feita se tornada compatível com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.⁷³ Em verdade, o controle de constitucionalidade pressupõe e envolve o controle da proporcionalidade.

Para tanto, é necessário que se proceda a uma interpretação conforme da lei, para mantê-la dentro dos limites e balizamentos constitucionais. Para apresentar este método, valho-me da didática síntese realizada pelo professor Paulo Bonavides:

“A interpretação das leis “conforme a constituição”, se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de toda a dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. (...) em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a constituição. (...) Uma norma pode admitir varias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição. A aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada “conforme a constituição”. Deriva outrossim do emprego de tal méto-

⁷³ Cfr. Gilmar Mendes Ferreira, op. cit., pag. 201: “O certo é que o princípio da proporcionalidade, de matiz constitucional, é de ser aplicado pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo na elaboração e concretização das normas de Direito Administrativo Sancionador, seja na própria tipificação do ato ilícito, deixando de fora dos tipos legais comportamentos que não se mostrem materialmente lesivos aos valores tutelados pelo legislador e pelo constituinte de 1988, seja na adequação da resposta estatal, através das sanções, a ilícito de menor gravidade ,seja, finalmente, na manutenção de uma coerência mínima entre os tipos sancionadores e os resultados objetivados com a intervenção pública repressiva. Verifica-se, pois, a importância do princípio em exame na aplicação de todo o Direito Administrativo Sancionador, eis que tal princípio jurídico limita, de um lado, a aparição e os contornos dos deveres jurisdictionados e administrados, e, de outro, vincula o Estado na compreensão das condutas proibidas, definindo o âmbito de alcance dos tipos repressores e suas concretas aplicações.”

do a consideração de que não se deve interpretar isoladamente uma norma constitucional, uma vez que do conteúdo geral da Constituição procedem princípios elementares da ordem constitucional, bem como decisões fundamentais do constituinte, que não podem ficar ignorados, cumprindo leva-los na devida conta por ensejo da operação interpretativa, de modo a fazer a regra que se vai interpretar adequada a esses princípios ou decisões. Daqui resulta que o intérprete não perderá de vista o fato de que a Constituição representa um todo ou uma unidade e, mais do que isso, um sistema de valor.”

O método, segundo Bonavides, toma como ponto de partida a afirmação da presunção de legalidade da norma infraconstitucional. “Presume-se, pois, da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la. A declaração de nulidade da lei é o último recurso de que lança mão o juiz quando, persuadido da absoluta inconstitucionalidade da norma, já não encontra saída senão reconhecê-la incompatível com a ordem jurídica. Mas antes de chegar a tanto, faz-se mister tenham sido empregados todos os métodos usuais e clássicos de interpretação e que os mais importantes dentre eles levem à conclusão irrecusável e evidente da inconstitucionalidade da norma.”⁷⁴

Ora, no caso em exame é exatamente o que se verifica, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade da lei para as grandes empresas, que apresentam um faturamento elevado e relacionado freqüentemente ao mercado relevante geográfico nacional pode implicar na declaração da inconstitucionalidade da sanção justamente para estas empresas. O resultado é iníquo e contrário a intenção do legislador que foi a de penalizar mais duramente justa-

⁷⁴ O autor continua: “(...) Com respeito à determinação dos limites do método em apreço, é decisivo, segundo Michel, averiguar desde logo se será atribuído ao princípio da interpretação conforme à constituição um grau mais alto do que o que possuem todos ou pelo menos certos meios gerais de interpretação (Helmut Michel, “die Verfassungskonforme Auslegung”, JuS, 1961, Heft9, p. 278). Diz aquele publicista que o ponto nevrálgico da interpretação conforme a Constituição não reside propriamente entre as teorias objetivas e subjetivas, mas em determinar se também a vontade do legislador será ou não obedecida, caso conduza a uma interpretação viciada de ilegitimidade constitucional”. Na mesma linha J.J. Canotilho, op. cit., pág. 1292: “Ora o princípio da interpretação conforme a constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe a recurso a estas para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas.”

mente as empresas de maior porte econômico (consoante reza o disposto no artigo 27, VII da lei 8.884/94, outrora citado). Poder-se-ia objetar que este método de interpretação implica na invasão indevida pelo intérprete da lei na função legislativa, visto que a operação hermenêutica acabaria por criar uma nova norma de direito.⁷⁵

Mais uma vez Bonavides refuta tal conclusão ao afirmar que: “na medida em que o método confessadamente se emprega para manter a lei com o máximo de constitucionalidade que for possível nela vislumbrar, em face de situações ou interpretações ambíguas, não resta dúvida de que ele não só preserva o princípio da separação de poderes como reconhece ao legislador uma posição de hegemonia no ato da concretização constitucional, o que está de todo acorde com o princípio democrático encarnado no legislativo.”⁷⁶ Cabe

⁷⁵ Ao Tribunal é possível, dentre vários caminhos interpretativos de uma mesma norma jurídica, optar pela declaração da “compatibilidade da norma com uma determinada interpretação”, sendo objeto da decisão- suscetível de operar coisa julgada- “a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva serve como advertência (warnfunktion) com vista a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei.” MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 228-229. Saliento que o autor não está tratando especificamente do controle difuso de constitucionalidade, eis que refere apenas uma importante modalidade de decisão do Tribunal alemão, pela qual uma das possíveis interpretações “se revela compatível com a lei Fundamental”, p. 221. O autor alerta, todavia, que a constatação de que uma determinada lei é compatível com a Constituição, dentro de dado caminho interpretativo, “não significa que apenas naquela interpretação deva ela ser considerada constitucional, uma vez que a Corte constitucional não pode proferir decisão sobre todas as interpretações. A norma declarada constitucional continua, também depois da decisão do Tribunal, carecendo de interpretação em suas outras aplicações e os Tribunais ordinários, que também são componentes para aplicações do direito, podem desenvolver outras interpretações em conformidade com a constituição”, p. 228. (Cfr. 473-475 – Paulo Bonavides)

⁷⁶ Curso de Direito Constitucional, 9ª Edição, Malheiros, São Paulo, 2001, pags. 479/480 Assinalando a relevância e os préstimos desse método, chegou Haak à seguinte conclusão: “Tal como foi até agora cultivado pela Corte constitucional federal, o método de interpretação conforme a Constituição permite aos juízes fazer valer a Constituição sem contudo anular a lei contestada – nem completamente, nem parcialmente – e sem aguardar que o legislador cumpra suas obrigações constitucionais. Ao invés de anular a lei contestada por violação de direitos fundamentais, os juízes não lhe reconhecem a existência senão na medida em que ela se acha autorizada pelas reservas previstas pela Constituição para a limitação legislativa dos direitos fundamentais. Ou expresso doutra maneira: eles não reconhecem a existência de uma norma legislativa suscetível de estar em conflito com a Constituição. Tendo recurso

acentuar, como fez Michel, que o método de interpretação conforme a Constituição se distingue da interpretação usual num ponto básico, a saber: o sentido da lei é extraído da própria lei. De tal modo que se recorre ao “*Verfassungskonforme Auslegung*” após o emprego normal dos métodos clássicos. Em suma, o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis. Por via de semelhante princípio, adotado sem excesso, o ato interpretativo não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.”⁷⁷.

Em conclusão, o que se afirma é que a interpretação razoável do dispositivo, contido no artigo 23 da lei 8.884/94 condiciona a sua validade à conformidade com os princípios constitucionais. A limitação do faturamento bruto àquele obtido no âmbito do mercado relevante busca definir os limites em que a norma preserva a sua validade in abstracto.

Nesta mesma linha de pensamento, Fábio Medina observa que: “A atividade judicante não se configura apenas no reconhecer e no expressar de decisões do Legislativo. A tarefa do poder Judiciário pode particularmente exigir o trazer à luz e o realizar em decisões representações de valores, que são imanentes à ordem jurídica constitucional, mas que não, ou apenas in-

assim a uma concepção restritiva da lei e de sua interpretação, escolhem os juízes um caminho muito mais brando que o da anulação para chegar no fundo a resultados análogos. Comporta isto uma certa moderação em face do legislador e consente, doutra parte, reservar a anulação àqueles casos em que é absolutamente necessária.”(Volker Haak, “*Quelques aspects ou controle de la constitutionnalité des lois exercé par la Cour Constitutionnelle de la République Fédérale d’Allemagne*”, pp. 86-87.) Cabe ainda acentuar, como fez Michel, que o método de interpretação conforme a Constituição se distingue da interpretação usual num ponto básico, a saber: o sentido da lei é extraído da própria lei. De tal modo que se recorre ao “*Verfassungskonforme Auslegung*” após o emprego normal dos métodos clássicos. (H. Michel, *Die Verfassungskonforme Auslegung*, ob. cit., p. 275.) Em suma, o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoável limites representa, em face dos demais instrumentos interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis. Por via de semelhante princípio, adotado sem excesso, o ato interpretativo não desprestigia a função legislativa nem tampouco enfraquece a magistratura nos poderes de conhecer e interpretar a lei pelo ângulo de sua constitucionalidade.

⁷⁷ Bonavides, Op. cit., pag. 480.

completamente, chegaram à expressão nos textos da leis escritas, em um ato de reconhecimento valorizador, ao qual também não faltam elementos volitivos. Nisso, o juiz deve preservar-se da arbitrariedade; a sua decisão deve descansar sobre argumentação racional. Isso precisa poder ser feito com razoabilidade porque a lei escrita não preenche a sua função de resolver com justiça um problema jurídico.”⁷⁸ No caso, quando o Tribunal Constitucional deixa de reconhecer uma flagrante desproporcionalidade entre dois tipos legais ligados ao mesmo bem jurídico, um sendo instrumento do outro, em flagrante parado-

⁷⁸ op. cit., pag. 210. Tal interpretação também é acolhida por J.J. Canotilho, op.cit., pág: 1210 a 1211: “O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição. Esta formulação comporta várias dimensões: (1) o princípio da prevalência da constituição impõe que, dentre as várias possibilidades de interpretação, só deve escolher-se uma interpretação não contrária ao texto e programa da norma ou normas constitucionais; (2) o princípio da conservação de norma afirma que uma norma não deve ser declarada inconstitucional quando, observados os fins da norma, ela pode ser interpretada em conformidade com a constituição; (3) o princípio da exclusão da interpretação conforme a constituição mas ‘contra legem’ impõe que o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais. Quando estiverem em causa duas ou mais interpretação – todas em conformidade com a Constituição – deverá procurar-se a interpretação considerada como a melhor orientada para a Constituição. Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (i) a interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a vários propostas interpretativas, umas em conformidade com a (ii) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a refeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de refeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correção pelos tribunais (= proibição de correção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (iii) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar do resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objetivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objetivos pretendidos pelo legislador”. É de se notar que todos os requisitos foram identificados na hipótese em análise.

xo legislativo, creio que abre mão de suas prerrogativas constitucionais e legais, deixando ao desabrigo a pessoa que busca a tutela de seus direitos. Uma vontade de cumprir a Constituição também é necessária no âmbito dos órgãos judiciários, sem dúvida alguma. Uma vontade de interpretar as normas constitucionais e legais em conformidade com os superiores valores do ordenamento constitucional, de acordo com critérios de razoabilidade e prudência, é imperativa.”⁷⁹

Em síntese, pois, entendo que a interpretação mais coerente, razoável e consistente do artigo 23, I da lei 8.884/94 é aquela a expressar “faturamento bruto” como “faturamento bruto no mercado relevante”. Tal interpretação decorre tanto da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como também dos princípios da integridade e isonomia, incidentes através da técnica da interpretação conforme do texto legal. Ao assim proceder, entendo que a hermenêutica emprestada ao dispositivo melhor condiz com a própria vontade do legislador, bem como os princípios e racionalidade que o inspiraram.

Por fim, poder-se-ia perguntar se a interpretação do dispositivo segundo o critério do faturamento no mercado relevante importaria a mesma interpretação sempre que a expressão faturamento surgisse no texto da lei 8.884/94. Contudo, observo que não se haveria que argumentar que a lei 8.884/94 não poderia utilizar o conceito de faturamento bruto total, não vinculado ao mercado relevante. Isto porque a lei efetivamente utiliza tal critério, por exemplo, no artigo 54, § 3º. Ocorre que nestes e noutros contextos inexistente a exigência da interpretação conforme de modo a preservar a constitucionalidade da norma. Em outras palavras, nestes outros contextos a interpretação mais literal da norma não conduz a nenhum tipo de inconstitucionalidade por violação de princípio fundamental, hipótese que se configura apenas na análise do dispositivo que acabo de comentar⁸⁰.

Seria razoável perguntar, por derradeiro, se esta interpretação não importaria na redução excessiva dos limites máximos para a imposição da sanção. Sobre isto cabe notar que a interpretação da norma não pode avançar

⁷⁹ Op. cit, pag. 191.

⁸⁰ Mais uma vez aqui cabe a advertência de Canotilho, op. cit., pág. 1293: “Daqui se conclui também que a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei mas nunca uma revisão do seu conteúdo. A interpretação conforme à constituição tem, assim, os seus limites na “letra e na clara vontade do legislador”, devendo “respeitar a economia da lei” e não podendo traduzir-se na “reconstrução” de uma norma que não esteja devidamente explícita no texto. (cfr. Acs. TC 254/92, in Acórdãos, 22, p. 83; 162/95, DR I-A, 8-5).”

na direção da crítica do conteúdo da opção feita pela legislador. O fato é que o legislador quis fixar um limite máximo para as sanções e assim o fez de maneira clara. Lembraria, contudo, que o limite máximo é dado não pelo percentual de 30% do faturamento, mas sim pela vantagem auferida, que poderá, em tese, superar muitas vezes este limite. Também a regra da reincidência contida no parágrafo único do artigo 23 vem admitir a superação do limite de 30% sempre que a multa cominada exceder 15% (uma vez que o dispositivo estabelece em caso de reincidência "as multas cominadas deverão ser aplicadas em dobro).

IV - Dosimetria

Passo agora a análise da dosimetria cabível ao caso concreto em exame.

Conforme aponta Fábio Konder Comparato, “a estrutura de qualquer norma ou instituto jurídico deve ser interpretada em vista das funções, próprias ou impróprias, do conjunto de seus elementos ou disposições: e toda função é limitada pela estrutura do conjunto”⁸¹. Assim, cumpre analisar quais seriam as finalidades da sanção contra a ordem econômica.

Vejamos, então quais são os seus fundamentos na lei 8.884/94:

Art. 27 - Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei serão levados em consideração:

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;

⁸¹ Direito Empresarial, Saraiva, São Paulo, 1994, pag. 4, Apud Helenilson Cunha Pontes, O princípio da proporcionalidade e o direito tributário, Dialética, São Paulo, pag. 139.

VIII - a reincidência.

A partir da leitura dos itens acima, é claro perceber que a sanção deve cumprir a sua finalidade que é ao mesmo tempo compensatória ou indenizatória (em face dos danos difusos e coletivos por ela provocados – Tanto assim que os valores são revertidos em favor do Fundo de Direitos Difusos) e também punitiva (ou coercitiva como se mencionou anteriormente), visto que visa desencorajar a prática de condutas semelhantes. Daí porque o seu valor nunca deverá ser apenas equivalente ao dano causado, mas sim superior até mesmo o valor do dano, conforme já argumentado anteriormente, quando se analisou a teoria do *treble damages*. A sua natureza reparatória é evidente nas referências ao “grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional aos consumidores, ou a terceiros” e aos “efeitos econômicos negativos produzidos no mercado”. Já a sua natureza punitiva e desencorajadora fica manifesta nas referências feitas pelo legislador em relação à “situação econômica do infrator e à reincidência”. Ainda que não seja medida do valor do dano, o legislador incluiu ainda a referência à “vantagem auferida ou pretendida pelo infrator” (também incluída no artigo 23, I da mesma lei). Tal dispositivo visa prevenir tanto o enriquecimento sem causa, como também jamais permitir que a sanção seja inferior à vantagem obtida. Afinal, caso fosse a sanção inferior à vantagem, restaria evidente que a mesma não produziria os efeitos desencorajadores pretendidos.

Ao lado destas duas funções o legislador introduziu também parâmetros balizadores da individualização da pena relacionados à intenção, boa-fé e consumação da conduta “a gravidade da infração, a boa-fé do infrator, a consumação ou não da infração”.

Vale notar que estes balizamentos distinguem substancialmente as sanções antitruste das sanções penais, por exemplo, voltadas primordialmente para a análise da conduta subjetiva do agente. Entendo inadequada, assim, a metodologia de imposição de multas que parte do mínimo legal e sobre ele vai fazendo incidir as agravantes, pressupondo que o limite máximo somente deve ser aplicado quando presentes todas as circunstâncias hipoteticamente mais graves e que concretamente jamais se verificam. Este método, comum na Justiça Criminal, onde a responsabilidade individual está em questão, tem gerado a consequência da imposição de sanções quase sempre próximas do mínimo legal, em freqüente desatenção ao princípio da individualização da pena. No direito econômico sancionador este método é particularmente inadequado, por não levar em consideração os danos causados, consoante se demonstrará.

Vale aqui enfatizar uma distinção importante já mencionada. O valor do dano não equivale necessariamente ao valor da vantagem auferida, que

freqüentemente é menor do que aquele. Vejamos: A partir de uma situação inicial de equilíbrio competitivo no mercado relevante, uma conduta infrativa em geral leva à uma redução da oferta do produto, acompanhada por um aumento do preço e uma queda do custo para os infratores (já que menor número de unidades serão produzidas). Como resultado, o lucro do infrator tende a aumentar. Todo esse aumento de lucro é roubado dos consumidores, que passam a pagar mais por menos produtos. Existe aqui uma importante questão redistributiva envolvida a qual se vincula ao problema, a saber: Quem se beneficia do aumento de lucro gerado pela conduta?

Em tese, devido à ineficiência inerente ao fato de que o produto será vendido a um preço maior do que o seu custo marginal de produção, o aumento de lucro será sempre menor do que a perda de bem estar (medida em reais) decorrente do exercício do poder de mercado, ou seja, liquidamente, a economia como um todo perde com a infração. Perde a economia pela redução da produção, e perdem os consumidores, porquanto são obrigados a pagar preços mais elevados pelos mesmos produtos.

Assim, em geral, o ganho de lucro das firmas decorrente da conduta infracional, ou a vantagem auferida (incentivo privado à infração), é maior do que o valor líquido da perda por ineficiência alocativa da conduta, mas é menor do que (ou no máximo igual) ao prejuízo experimentado pelos consumidores que não são titulares daquele lucro. Isto porque o lucro do infrator é “financiado” pelo prejuízo do consumidor.

É de se notar, contudo, que a lei 8.884/94 contempla em seu artigo 1º de maneira expressa a defesa dos interesses dos consumidores entre seus objetivos. Da mesma maneira o faz o artigo 170 da Constituição Federal. Daí a necessária consideração dos efeitos redistributivos envolvidos numa determinada conduta⁸². Segue que a tomada em consideração dos danos provocados aos consumidores somados às ineficiências alocativas geradas será sempre, em tese, superior à vantagem auferida. Afinal, o aumento do lucro do

⁸² Este também o pensamento de Calixto Salomão, para quem: “a defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (Lei 8.884/94, art. 1º), leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais. Conseqüência dessa concepção é a preocupação necessária com a eficiência econômica e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtores e consumidores”. A forma desta equação nos atos de concentração, seria aquela prevista no artigo 54, II da mesma lei, i.e., os benefícios “sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro.” Direito Concorrencial, As estruturas, Malheiros, São Paulo, 1998, pag. 31/32.

infrator repercutirá diretamente no prejuízo do consumidor para custear a elevação no preço do produto.

Entendo, assim, que o primeiro critério a ser analisado para a fixação do quantum da sanção antitruste deve ser o valor do dano provocado. É evidente, e muitos autores têm mostrado isto, que muitas vezes é difícil quantificar com exatidão o seu montante. Isto, contudo, não tem sido razão suficiente para a sua não aplicação na justiça concorrencial e fora dela. Afinal, o Judiciário tem aplicado diariamente condenações em ações indenizatórias (muitas em razão de dano moral, de ainda mais difícil quantificação) com base em estimativas e cálculos econômicos.

Uso do instituto da responsabilidade civil e a moderação de seus elementos no campo do direito da concorrência

A responsabilidade civil pressupõe três elementos: um ato, um dano e o nexo causal entre ambos. O Direito Concorrencial, a princípio, segue os princípios gerais da responsabilidade civil, sendo que o dano causado por uma conduta anticoncorrencial deve ser provido do liame de causalidade entre o ato e a consequência. As especificidades do Direito da Concorrência fazem com que o modelo da responsabilidade civil tenha seus elementos de composição flexibilizados. Por tratar-se de um direito público, a punição de um ato desprende-se da obrigatoriedade de danos visíveis imediatos. Ainda assim, não se deve dizer que o modelo de responsabilidade civil esteja sendo afastado. Ele é apenas flexibilizado para abarcar a intenção de proteção da sociedade. Entendo oportuno analisar os elementos que compõem o instituto da responsabilidade civil e suas peculiaridades em referência ao direito da concorrência: i) ato; ii) dano; iii) nexos de causalidade.

Uma condenação sobre prática anticoncorrencial deve estar embasada em um ato materialmente comprovado, elemento em que a doutrina concorrencial mostra-se pacífica. No caso em análise, o ato já foi plenamente comprovado consoante demonstrado anteriormente. Importante salientar que a doutrina, dispensa dolo para caracterização do ato lesivo, muito embora ele possa ser levado em consideração para efeitos da dosimetria da sanção.

O dano é elemento que deve estar presente para a caracterização da infração concorrencial. Deve-se observar, porém, maior maleabilidade desse critério, uma vez que a experiência vem fazendo com os tribunais especializa-

dos tenham visão mais ampla do que possa ser caracterizado como dano.⁸³ Contudo, a doutrina e a jurisprudência europeia entendem que determinados atos concorrenciais implicam, necessariamente, em dano, ainda que sua comprovação não seja quantificável ou expressa.⁸⁴ É o melhor modo de expressar

⁸³ D'Es lors que l'action en concurrence déloyale ou parasitaire est fondée sur le principe de la responsabilité délictuelle, on comprend que le préjudice doit exister. On constate, cependant, depuis plusieurs années, une tendance vers une exigence beaucoup plus comprehensive de l'exigence d'un préjudice. Id. Ibid. pág., 172.

⁸⁴ Esta afirmação, reconhecida expressamente pela Corte de Apelação de Douai tem por objetivo afirmar que as penalidades por condutas anti-concorrenciais têm por fim "non pas tant de réparer un préjudice cause à autrui que de sanctionner la déloyauté des actes commis..." Um trecho de uma decisão da Corte de Apelação de Douai expressa bem as condições desse entendimento: "Attendu qu'est dépourvu de pertinence l'argument de la société Smaghe selon lequel ces sociétés (demandresses), ne justifiant pas d'un préjudice exactement quantifié, ne pourraient prospérer en leur demande. Que la preuve d'un préjudice chiffré n'est pas une condition nécessaire au succès d'une telle demande D'Es lors que la démonstration (faite au cas d'espèce) d'un risque de confusion entre deux produits concurrents s'infère nécessairement l'existence d'un préjudice. Qu'en effet, la particularité de l'action en concurrence déloyale, que a pour finalité non pas tant de réparer un préjudice causé à autrui que de sanctionner la déloyauté des actes commis, est de pouvoir se suffire pour sa recevabilité et son bien fondé d'un préjudice même éventuel, mais rattachable aux faits générateurs du trouble commercial. Attendu qu'en la présente instance il importe peu que les sociétés appelantes ne fassent pas la démonstration de ce que les agissements de la société Smaghe ont eu pour conséquence une baisse précise de leur chiffre d'affaires que serait la mesure de leur préjudice. Qu'elles demandent la réparation pouvant leur être accordée sous la forme de l'interdiction pour l'avenir d'actes semblables et d'allocation de dommages-intérêts dont le montant sera apprécié par la Cour à partir des éléments tels qu'ils ont été fournis et librement débattus par les parties. Id. Ibid. pág. 175. Id. Ibid. pág. 175 No mesmo sentido, J. Jonquieres, n/s/ Cass. Com 22 octobre 1985, RDPI 1985, p. 137, in apud Concorrence Deloyale et Parasitisme: "Il affirmait: 'ce qui sera sanctionné par l'action en responsabilité particulière dite 'concorrence déloyale', action dont le caractère disciplinaire ne doit pas être perdu de vue, ce n'est pas cause un préjudice à autrui, c'est d'avoir cause un préjudice à autrui, c'est d'avoir pour ce faire, commis des actes déloyaux.' Pour cet auteur, la preuve du préjudice n'est nécessaire que pour l'obtention de dommages-intérêts, mais elle n'est pas exigée pour le succès de l'action en general que sanctionne un abus de la liberté du commerce. Em effet, observait-il, 'l'interdiction de ces moyens déloyaux pourra être obtenue sans autre condition que celle de l'intérêt né et actuel que posséder nécessairement tout concurrent... à ne pas avoir à lutter contre de tels moyens...L'exigence d'un préjudice certain comme condition d'introduction de l'action en concurrence

que a sanção contra a conduta anticoncorrencial tem também caráter punitivo e não apenas indenizatório, consoante afirmado acima. Enfim, a verdade é que o dano ou prejuízo mensurável não deve ser visto como uma das condições imprescindíveis para a sanção, uma vez que “(...) il est, en effet, des cas où des actes abusifs, déloyaux doivent être sanctionnés sans qu’il y ait lieu d’exiger un préjudice.”⁸⁵

Ainda que o prejuízo não seja tão palpável, como ficou demonstrado, a possibilidade do dano já é elemento suficiente para determinação de sanção à conduta. Trata-se de um alargamento do que deva ser entendido como dano. Assim, ainda que não quantificável, certas práticas não podem, jamais, trazer benefícios à concorrência⁸⁶.

A legislação americana aponta o critério de triplicar o valor do dano causado para obtenção de um valor para sanção pecuniária. Em contraste com o critério de deterrência, diz-se que a mera multiplicação do dano por três não é, muitas vezes, capaz de inibir condutas semelhantes. Isso é especialmente considerado porque sabidamente não serão todas as práticas anticompetitivas que são detectadas pelos órgãos antitruste. Fixar um valor meramente determinado pelos prejuízos causados pode não surtir o efeito de desestimular outras condutas, reafirmando-se o caráter de dosagem da pena levando também em consideração o critério de deterrência.

déloyale est cond excessiv, car em réalité, l’action requiert simplement l’existence d’un intérêt né et actuel’.”

⁸⁵ O texto prossegue afirmando que é inegável que “l’action em concurrence déloyale est une action à caractÈre disciplinaire” E reforça: “la vie des affaires implique que des comportements anormaux soient sanctionnés au moins par l’interdictions de les poursuivre; si ces mêmes actes ont cause um préjudice, ce préjudice doit être repare. Lê préjudice ne doit être erige em condition de la concurrence déloyale; son existence ne doit être prise em compte que pour as réparation.” Portanto, “la jurisprudence se contente trÈs souvent d’un préjudice éventuel, voir hypothétique, renonçant ainsi à l’exigence d’un préjudice certain.” E finalmente: “Cette constatation renforce dans la conviction que l’exigence d’un préjudice em tant que condition de la concurrence déloyale doit être abandonnée. C’est évidemment lê caractÈre disciplinaire de cette action qui domine.”Id. Ibid. pág. 178

⁸⁶ Cite-se novamente o caso do acórdão de Douai, em que uma empresa é processada por lançar um nome comercial que induz o consumidor a confundi-lo com o de uma outra marca já estabelecida. Do mesmo modo podemos ver o caso em análise: como a compra com exclusividade, aliada ao desperdício da escassa matéria-prima (e indisponibilidade para que os concorrentes a adquiram) poderia ser vista como uma prática comercial comum? Mesmo que as duas novas entrantes tenham conseguido superar as altas barreiras imposta pela prática de açambarcamento, não se configuraria o prejuízo à concorrência? Evidentemente, sim. O prejuízo é implícito em toda a questão.

Segundo Gary Becker⁸⁷ os custos de uma conduta lesiva não são unicamente aqueles decorrentes da prática anticompetitiva. São, em verdade, três tipos: i) as perdas causadas pelas condutas em si mesmas; ii) os custos em detectar e quantificar a infração, seus responsáveis e os danos dela decorrentes, no sentido instrutório; e iii) os custos de imposição da sanção e condenação do agente, no sentido propriamente punitivo.

A identificação do nexo de causalidade é baseada nas perdas quantitativas do lesionado. Sua incidência pode ser diversificada em elementos variados, por exemplo, no lucro, na perda de consumidores ou no aumento nos custos de fabricação. O ato ao qual corresponde o dano deixa-se ver pelos impactos numéricos no mercado e na concorrência. No caso brasileiro, trata-se, conforme apontado de um dano de natureza transindividual que poderá assumir a natureza de dano coletivo (prejuízo para a economia), difuso (prejuízos para os consumidores) e individuais homogêneos, sem prejuízo ainda, da existência de prejudicados individuais (empresas).

A natureza do direito concorrencial e a especificidade dos resultados das práticas lesivas geram efeitos no mercado muitas vezes imperceptíveis a curto prazo. Portanto, o critério quantitativo que identificaria o nexo causal é elemento de difícil materialização.⁸⁸ Ainda que na doutrina pátria a possibilidade de supressão do nexo causal seja vista com certas reservas, resta evidente que a impossibilidade de quantificar o dano não deve ser determinante para a impossibilidade de punir a conduta.

No presente processo administrativo o voto de vista do Conselheiro Thompson Andrade quantifica a vantagem auferida pela Representada, caracterizando o nexo de causalidade. O valor atribuído, porém, não reflete o dano causado ao mercado e aos consumidores (conforme argumentado, sempre maior do que o primeiro). Não foram realizadas estimativas precisas sobre o valor do dano causado pela conduta. Contudo, é possível estimar o valor da vantagem auferida que, conforme argumentado, sempre será igual ou inferior ao valor do dano. Adoto, pois, como procedimento conservador para a análise do valor inicial para o cálculo do valor da sanção, o valor da vantagem auferida.

⁸⁷ Becker, Gary. *An Economic Approach*, 76 J. Pol. Econ. 181 (1968), citado por Hovenkamp, Herbert. "Federal Antitrust Policy – The Law of Competition and its Practice", St. Paul, West Publishing Co., 1994, pág. 587.

⁸⁸ "(...) toutes ces considérations [as mesmas referentes ao alargamento do entendimento de dano] font que l'exigence du lien de causalité, comme son caractère de certitude, sont alléges, voire supprimés." GUYON, Yves. *Droit des affaires*, Paris, Economica, 6a. ed., pág. 840.

Antes de analisar os números alcançados, cumpriria salientar que o valor da vantagem auferida jamais será suficientemente alto para desencorajar a conduta infrativa. Isto porque, conforme alegado anteriormente, o desencorajamento da conduta pressupõe que as desvantagens decorrentes do sancionamento sejam superiores aos riscos envolvidos na realização da conduta. Por tal motivo, a sanção, em tese, jamais pode ser igual à vantagem auferida. Pelo mesmo motivo, uma sanção penal para o delito de furto que impusesse ao réu a mera devolução da quantia subtraída também seria insuficiente para punir e desencorajar novas condutas criminosas⁸⁹.

O valor da vantagem deve, pois, ser aumentado de modo a tornar a sanção eficaz. Qual deve ser o índice multiplicador que deve incidir sobre o valor do dano ou, no caso, da vantagem auferida? Há polêmicas na doutrina e na jurisprudência internacional. Conforme aponta Frank Easterbrook: “It is difficult to determine what this multiplier should be because, there is no right answer to the sanctions problem”⁹⁰. Tais dificuldades não têm, contudo, im-

⁸⁹ Hovenkamp distingue em duas vertentes o caráter da sanção econômica: análise feita pelo interesse de deterrência e pela medida dos danos. A idéia de deterrência é a de que o agente sinta-se temeroso em cometer um dano de grandes proporções, pois sua punição deve, em tese, ser proporcional aos danos causados. Cita, como introdução a essa concepção o exemplo de que se um roubo e um homicídio fossem igualmente apenados com morte, não haveria motivação para que o ladrão deixasse de matar sua vítima. In verbis: “The marginal deterrence argument applies to antitrust. For example, there is probably a correlation between the size of cartel’s monopoly overcharge and the chance of detention: a cartel which pushes the price of widgets from a competitive level of \$ 1,00 to \$ 1,20 is less likely to be detected than a cartel that pushes the price up to \$2,50. Since private damages actions yield three times the monopoly over-charge, the “fine” that a violator must pay if it is caught will be substantially larger if the price increase is larger. When the cartel members calculate the increased probability of detection and the increased size of the expected fine, they may well decide to be content with the relatively small \$1,20 cartel price. The result is that the cartel will probably impose smaller losses on society. However, if all instances of price fixing were punished by a fine of \$ 1,000,000, then the cartel would consider only the increased likelihood of detection and might well conclude that the larger monopoly overcharge would be better. If the probability of detection does not vary with the amount of the overcharge, a uniform fine of \$ 1,000,000 would give the cartel no legal incentive to charge a lower rather than a higher cartel price.” Hovenkamp, pág. 588.

⁹⁰ Frank Easterbrook, *Detrebling Antitrust Damages*, 28 J.L. & ECON. 445, 447-48 (1985). No mesmo sentido, Hovenkamp, op. Cit., pag. 601. “Computation of damages is often far more speculative than the initial determination that a particular act is anticompetitive and should be condemned. For example, proof that a price fixing

pedido os tribunais de concorrência de aplicá-lo. No direito norte-americano, já foi observado, adota-se o fator multiplicador três. Em outras palavras, o valor do dano é triplicado nas ações civis. Já argumentei que esta medida vem sendo adotada também pela legislação brasileira no caso do Mercado de Capitais.

Talvez se pudesse argumentar que no contexto americano o *treble damages* constitui-se numa ação indenizatória. Assim, parte do valor final da demanda visaria indenizar o concorrente prejudicado. Se assim fosse, por hipótese, apenas duplicação do dano teria natureza punitiva (com caráter deterrente ou dissuasório). Adotando-se, mais uma vez, esta medida conservadora e aplicando-a ao caso em questão, teríamos que o valor da vantagem auferida deveria ser, no mínimo duplicado, para que se atingisse um valor adequado⁹¹ para desencorajar condutas semelhantes.

Passo agora, para a análise das estimativas obtidas para o caso concreto.

A estimativa da vantagem auferida

No caso em questão, a estimativa do valor do dano já foi feita no voto do ilustre Conselheiro, economista e professor titular de economia industrial da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Thompson Andrade. Segundo o seu voto e fundamentos, que aqui acompanho integralmente, o valor estimado da vantagem auferida, seria algo em torno de R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões. Os valores estão expressos na tabela apresentada em seu voto vista, aqui reproduzida:

Tabela III: Estimativa da vantagem auferida (em R\$) pela White Martins com o açambarcamento sob hipótese de diferentes taxas de retorno sobre o faturamento adicional e diferentes valores para a elasticidade-preço da demanda de CO2 no mercado relevante.

Elasticidade-preço da demanda	Taxas de Retorno sobre Faturamento			
	10%	15%	20%	25%

conspiracy existed and even that it raised the price of some product may be relatively easy to establish, but quantifying the increase can be very difficult.”

⁹¹ Trata-se, aqui do subprincípio da adequação referido anteriormente.

0,3	R\$ 17.753.468,87	R\$26.630.203,	R\$ 35.506.937,	R\$ 44.383.672,
00,4	R\$ 13.788.388,87	R\$ 20.682.583,	R\$ 27.576.777,	R\$ 34.470.972,
00,5	R\$ 11.409.340,87	R\$ 17.114.011,	R\$ 22.818.681,	R\$ 28.523.352,
00,6	R\$ 9.823.308,87	R\$ 14.734.963,	R\$ 19.646.617,	R\$ 24.558.272,
00,7	R\$ 8.690.428,87	R\$ 13.035.643,	R\$ 17.380.857,	R\$ 21.726.072,
00,8	R\$ 7.840.768,87	R\$ 11.761.153,	R\$ 15.681.537,	R\$ 19.601.922,
00,9	R\$ 7.179.922,20	R\$ 10.769.883,	R\$ 14.359.844,	R\$ 17.949.805,

Em seu voto o Conselheiro Thompson observou que “É bem provável que a taxa de retorno efetivamente obtida pela White Martins seja igual ou superior a 25%, o que indica que os ganhos advindos com o açambarcamento estão situados na faixa entre R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões.⁹² Sendo extremamente conservador e realista, admitindo uma elasticidade-preço da demanda de 0,50, a multa, para satisfazer a regra estabelecida no inciso I do art. 23 de que esta não pode ser inferior ao benefício auferido, deve ser fixada num patamar não inferior a R\$ 28, 5 milhões.”

A partir das análises feitas, cabe discutir e analisar a dosimetria da sanção imposta. A análise mais conservadora, quanto aos valores, é aquela que fixa o quantum da vantagem auferida em R\$ 17,9 milhões de reais. Fixemo-nos, por ora, neste valor. Caso façamos incidir sobre o mesmo o fator de multiplicação dois (igualmente conservador), chegaríamos a um resultado equivalente a R\$ 35,8 milhões de reais. Note-se, por outro lado, que caso adotássemos a média aritmética dos valores R\$ 17,9 milhões de reais e R\$ 44,3 milhões de reais, chegaríamos a um resultado de R\$ 31,1 milhões de reais. Caso fizéssemos incidir o fator multiplicador dois sobre este valor chegaríamos a R\$ 62,2 milhões de reais.

Caberia avaliar se, de acordo com a metodologia de análise do artigo 23, I, se algum destes valores não extrapolaria os limites legais fixados.

⁹² Isto porque a Representada era monopolista no mercado relevante de CO₂. O açambarcamento permitiu o afastamento de concorrentes e a manutenção da sua política de preços de monopólio, o que explica o fato dos preços de CO₂ no Brasil à época (US\$ 212 p/ ton/FOB) situarem-se em patamares substancialmente superiores ao observado nos EUA (US\$ 90) e Itália (US\$160), sendo que a margem de contribuição da matéria prima (participação do custo da matéria prima sobre o preço de venda do CO₂) era de apenas 7,3% no Brasil, contra 10% nos EUA e 11,43 % na Itália (dados fornecidos pela White Martins e constantes do relatório do Conselheiro Mércio Felsky no AC 78/96).

Após pedido de vista efetuado na 243ª Sessão Ordinária, realizada em 17 de abril de 2002, verifiquei a necessidade de retirar o presente Processo Administrativo de pauta, para a realização de diligências complementares. No intuito de complementar a instrução do feito, foi realizada a seguinte diligência: no dia 25 de abril de 2002, ofício/CADE n.º 815/02, determinei que fossem trazidos aos autos os faturamentos das empresas Liquid Carbonic e White Martins, nos anos de 1995 e 1996, respectivamente. Faturamentos estes referentes ao mercado nacional de CO2 nos Estados da região Sudeste mais o Paraná. Ressalte-se que as informações deveriam ter sido encaminhadas acompanhadas de documentação comprobatória.

No dia 14 de maio, por meio de petição protocolada no CADE, a Representada apresentou as informações solicitadas, quais sejam:

Faturamento da White Martins no ano de 1996 no mercado de CO2 = R\$ 166,7 milhões;

Faturamento da White Martins no ano de 1996, nos Estados da Região Sudeste mais o Paraná, no mercado de CO2 = R\$ 102,4 milhões;

Faturamento da Liquid Carbonic, no ano de 1995, no mercado nacional de CO2 = R\$ 160,9 milhões;

Faturamento da Liquid Carbonic, no ano de 1995, nos Estados da Região Sudeste mais o Paraná, no mercado de CO2 = R\$ 99,8 milhões.

Posteriormente, em atenção a outro ofício, a Representada informou que o valor estimado do faturamento da empresa White Martins no mercado relevante em questão, no ano de 1996, excluídos os impostos totalizaria R\$ 82,0 milhões.

Ocorre, que as informações acima mencionadas, não foram encaminhadas a este Gabinete acompanhadas de documentação comprobatória. Diante disso, foi feita nova diligência requerendo, novamente, documentação que comprove os faturamentos acima mencionados, as quais até a presente data não foram apresentadas. Entendi inoportuno e desnecessário o adiamento, por mais uma sessão do presente julgamento.

É de se lembrar que o valor da vantagem auferida freqüentemente pode ser maior do que 30% do faturamento da empresa (especialmente do faturamento da empresa dentro do mercado relevante). Isto porque a vantagem auferida pode ter sido obtida em período superior a um ano (exercício), limite máximo para a fixação do valor do faturamento.

Esta é, aliás, a hipótese tratada nos autos, onde a vantagem auferida corresponde a aproximadamente um ano e meio. A infração ocorreu de 1º de

julho de 1996, data de assinatura do aditamento ao contrato de fornecimento e 10 de dezembro de 1997, data em que foi assinado o distrato entre a Ultrafertil e White Martins. Assim, é certo que em muitos casos a vantagem auferida superará em muito o limite de 30% do faturamento. Eis aí a razão pela qual sabiamente o legislador previu que a multa “nunca será inferior à vantagem auferida” (artigo 23, I).

Adotados os valores informados pela própria Representada (ainda que sem comprovação), verificaríamos que o valor máximo da sanção impositiva seria o equivalente à 30% de R\$ 82,0 milhões, isto é, ou o valor da vantagem auferida, caso este supere aquele. No primeiro caso, chegaríamos a um valor de R\$ 24,6 milhões, descontados os impostos. Contudo, é de se notar que este seria também o valor mínimo, caso reconhecido que este foi o valor da vantagem auferida (Segundo estimativas do voto vista do Conselheiro Thompson, fixado entre R\$ 17,9 e 44,3 milhões).

Se tomássemos o valor fixado no voto do Conselheiro Campilongo, é curioso notar, chegaríamos a resultados surpreendentemente próximos. Tomado o valor do faturamento bruto da White Martins em 1996 (R\$ 809 milhões) e fazendo sobre ele incidir o mesmo desconto proporcional dos impostos informados pela Representada com relação ao faturamento no mercado relevante (faturamento com impostos = R\$ 102,4 milhões; faturamento sem impostos = R\$ 82 milhões), chegaríamos a um valor aproximado do faturamento bruto total, sem impostos equivalente a R\$ 497 milhões. Curiosamente, o percentual de 5% deste faturamento bruto equivale a aproximadamente R\$ 24,85 milhões, número próximo aos R\$ 24,6 milhões obtidos acima.

Seria cabível ainda no processo de individualização da sanção verificar a existência de fatores agravantes ou atenuantes. Vale lembrar que, em tese, seria possível a aplicação de multas em valores distintos a dois infratores que cometessem a mesma infração. Isto porquanto o mesmo valor poderia ser excessivamente alto para um dos infratores ao mesmo tempo em que excessivamente baixo para o outro.

No caso em exame, contudo, entendo desnecessária tal análise. Isto porquanto fixo o valor da vantagem auferida até a data da cessação da prática (10 de dezembro de 1997) em R\$ 24 milhões⁹³. Tal valor deverá ser corrigido e atualizado na forma da lei desde aquela data (10 de dezembro de 1997) até a data do recolhimento. Deixo de duplicar este valor em face do limite de 30% do faturamento no mercado relevante, conforme expus anteriormente. Mais

⁹³ - A discrepância entre este valor e aquele recomendado pelo voto do Conselheiro Thompson Andrade deve-se à adoção de um critério um pouco mais conservador para o cálculo da taxa de retorno.

uma vez saliento que mesmo que fosse da vantagem auferida fixada da maneira mais conservadora, no mínimo estimado no voto do Conselheiro Thompson (isto é R\$ 17,9 milhões), este valor, se multiplicado por fator de acréscimo 1,3407 (até mesmo menor do que dois), atingiria o valor final da sanção equivalente àquele agora definido.

Observo que não há divergências substanciais com os valores fixados no voto do Conselheiro relator. A discrepância encontrada deve ser antes atribuída à utilização de metodologia algo diversa (mas expressamente admitida e recomendada pelo relator em seus parágrafos finais), bem como ao reconhecimento de que incidiria na espécie sete agravantes, quando, na verdade, a boa-fé não seria circunstância agravante, mas tão somente circunstância atenuante, inexistente na espécie.

Saliento que não há que se alegar que tal multa afrontaria o princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Conforme visto, a metodologia de interpretação da lei, benéfica para o infrator, visou justamente adequar o modelo sancionatório à exigências constitucionais. Ademais, o valor tomou como referência a vantagem auferida e não partiu da pena mínima para então fazer incidir as agravantes. A dosimetria das sanções concorrenciais, por tudo que foi dito, deve levar em consideração os danos e os limites economicamente adequados para desencorajar a conduta infracional (o seu caráter deterrente).

É o voto.

Brasília, 5 de junho de 2002

Ronaldo Porto Macedo Júnior

Conselheiro do CADE

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

Conselheiro-Relator: Celso Fernandes Campilongo

VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO PFEIFFER¹

O meu voto vista já é o quinto voto a ser proferido nos presentes autos. Assim, seria redundante apreciar todos os aspectos, dado que os Conselheiros que me antecederam já trataram exaustivamente sobre eles. Assim tratarei apenas de poucos aspectos, todos eles, no entanto de importância central para a elucidação do processo administrativo, uma vez que a acolhida dos argumentos da representada acarreta o necessário arquivamento do Processo Administrativo.

Como já me pronunciei sobre as preliminares argüidas, concordando com o seu afastamento e por entender que as fundamentações adotadas em votos anteriores são efetivamente suficientes para tanto, sendo redundante qualquer acréscimo, sobre as mesmas não me manifestarei, adotando os fundamentos dos votos dos Conselheiros Celso Campilongo e Ronaldo Macedo.

I-DA NÃO IDENTIDADE ENTRE COMPROMISSO DE DESEMPENHO E COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

Previsto na Lei 8.884/94, em seu artigo 53, o compromisso de cessação é um instituto do Direito Econômico “decorrente da descaracterização da natureza penal e da aceitação político-econômica da lei da concorrência” como expõe o voto da ex-Conselheira Neide Teresinha Malard². É um instrumento que dispõe o Estado, em sua atividade interventora na economia, para compor conflitos concorrenciais, transigindo com o particular.

¹ Para a elaboração deste voto contei com a preciosa colaboração dos estudantes e pesquisadores Carlos Mauricio Sakata Mirandola e Camila Duran Ferreira.

² FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE. São Paulo : Editora Singular, 1998, p. 258.

Compõe o compromisso de cessação o mesmo capítulo da medida preventiva. O legislador pátrio o fez intencionalmente. Assim como o compromisso, a medida preventiva destina-se a antecipar desejosos efeitos, que a delonga de um processo poderia prejudicar. Adotou nossa legislação atuação preventiva e funcional, visando o bem-estar da coletividade, uma vez que atende imediatamente ao interesse do consumidor.

A **medida preventiva** destina-se a assegurar a possibilidade de efetividade da decisão final, garantindo a presença do suporte fático em sua aplicação, impedindo, deste modo, que se frustrate o objetivo primordial do processo. Instituto correspondente a este na doutrina norte-americana é o *cease and desist order*, medida judicial proposta pelo DOJ ao agente econômico.³

Para se conceder a medida preventiva é necessária a abertura do processo administrativo, na medida em que sua concessão só é realizada se houver **fundado** receio de que o representado possa tornar ineficaz o julgamento do processo ou causar dano irreparável.

O **compromisso de cessação**, tem como objetivo precípua fazer com que a prática de atos prejudiciais à economia cesse. É um benefício concedido ao agente econômico, que se cumprido integralmente em prazo estabelecido, conceder-lhe-á o arquivamento do processo. A origem deste instituto está no *consent decree* norte-americano. Tal categoria tem sido enriquecida em sua aplicação jurisprudencial, e pode ser separada em três grupos, os quais determinam suas funções e usos:

i) *Compromissos que explicam e interpretam disposições legais*: sua aplicação, em diferentes contextos, serve para “clarear” conceitos de *standards* já existentes.

ii) *Compromissos que estabelecem novas estruturas legais*: estendendo ou modificando casos julgados, formulam novas disposições antitrustes.

iii) *Compromissos que regulam o comportamento competitivo entre agentes econômicos*: adquire um caráter de instrumentalidade, na medida em que é utilizado com o objetivo de adequar o comportamento dos infratores à política da agência antitruste.

³ “These orders carry no criminal or civil penalties for past conduct, nor do they assess damages; rather, like a judicial injunction, they undo and prevent further unlawful - action.”, conforme destacam KAPLOW & Areeda. *Antitrust Analysis: Problems, Text and Cases*, New York : Aspen Law & Business, 1997, p. 68.

As duas primeiras categorias não se aplicam ao direito brasileiro, haja vista sua gênese baseada no sistema de *civil law*. No entanto, na análise do terceiro item, constata-se que o compromisso de cessação de nosso diploma antitruste tem, precipuamente, tal função.

O compromisso serve como um “remédio” ao problema anticompetitivo, na medida em que prescreve detalhadas reformas, tanto estruturais como comportamentais, ao agente. A abstração da legislação ganha a concretude necessária para a solução do conflito com a ordem econômica.

Cumprе ressaltar que a celebração do debatido termo não implica em confissão de culpa, ou mesmo, o reconhecimento da ilicitude da conduta analisada. Este é seu principal *appeal*⁴, do ponto de vista do agente econômico visto que a parte acusada terá a vantagem do arquivamento de um processo que, em um possível desfecho, poderia levar à grave conseqüências. Por outro lado, o descumprimento do acordado implicará em multas e posterior retomada do processo. Cumprе ressaltar que as punições e a expectativa da retomada de um processo, rápido e eficaz, sejam suficientemente altas para assegurarem o cumprimento integral do termo pelo agente. Já, do ponto de vista da administração, sua grande vantagem é permitir celeridade na cessação da prática, em situações em que se sabe ou da dificuldade na obtenção de provas ou na complexidade da matéria, ou seja, situações que demandam uma profunda e demorada instrução probatória. Configura-se como um dos instrumentos mais eficazes na política de combate às infrações contra a ordem econômica, uma vez que estabelece a imediata restauração da concorrência, poupando-se as dilações do processo administrativo.

Diferem o compromisso de desempenho e o compromisso da cessação de prática quanto ao momento processual a serem celebrados. O termo de desempenho é acordado em face da aprovação de ato de concentração. Contrariamente ao compromisso de cessação de prática que visa à imediata cessação de conduta anticompetitiva, submetida ao julgamento do CADE, por meio de processo administrativo. Cumprе ressaltar também que este versa sobre prática investigada, ao contrário daquele que trata de, tão somente, ato de concentração, no qual não se verifica, até então, conduta anticompetitiva.

É justamente este o primeiro obstáculo a ser suscitado em relação à engenhosa tese da representada. Com efeito, no presente caso, faria sentido a tese caso o compromisso fosse celebrado em um momento inicial do processo, ou, ainda que numa fase adiantada, caso a autoridade administrativa não tives-

⁴ Cf. MATTOS, César. O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem da teoria dos jogos. Revista do IBRAC, v.4, n.º 4, 1997, p. 45.

se evidências suficientes para a condenação ou absolvição. Porém, em um momento extremamente adiantado, com a devida vênia, nenhum sentido faz a celebração do compromisso de cessação, pois contraria toda a lógica ressaltada.

Por seu turno, o compromisso de desempenho necessariamente será celebrado em um momento extremamente adiantado. Na realidade, ele é celebrado após a decisão do órgão julgador sobre o mérito do ato de concentração, como instrumento viabilizador da implementação da decisão. Assim, do ponto de vista da conveniência e oportunidade são bastante distintos os escopos dos dois institutos.

Nem lhe socorre alegação de que o termo de compromisso de desempenho foi o momento culminante de um processo que se iniciou anteriormente, com a cessação da prática.

Se assim fosse, pergunta-se: a) Porque não fora, àquela época, celebrado o Termo de Cessação de prática; b) Porque a representada não se comportou, desde a instauração do processo administrativo até as vésperas do julgamento como se as tivesse havido um “termo de compromisso lícito”, posteriormente formalizado em um “termo de compromisso de desempenho” Em dupla função?

Porém, no caso concreto, dada a existência de um motivo administrativo já instaurado poderia contornar-se tal nulidade, desde que: a) não houvesse qualquer dúvida de que o termo de ajuste de conduta travertido indevidamente de compromisso de desempenho fizesse referência à conduta investigada;

b) houvesse o preenchimento de todos os requisitos necessários à validade da celebração do compromisso de ajuste de conduta; c) houvesse o termo celebrado produzido (ou ser apto a produzir) todos os efeitos típicos de um compromisso de ajuste de conduta.

Restou claro na redação do Compromisso de Desempenho firmado que o seu objetivo era regular a estruturação da operação, a fim de minorar eventuais impactos anticompetitivos. Dentro deste contexto explica-se a restrição de acesso a fontes. Porém, não houve uma menção detida e específica à conduta em si.

No entanto, ainda que fizesse uma menção pormenorizada, não haveria como se dar guarida à tese da representada. Ora, um dos pressupostos permissivos da celebração do compromisso de cessação de prática é que a conduta ainda esteja em curso. Com efeito, o art. 53, § 1º inclui dentre os requisitos para a celebração do termo de compromisso de cessação de prática:

“O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;

b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.”

Ressalte-se também que os termos do compromisso devem ser fixados obedecendo-se às condições prescritas nos parágrafos do artigo 53, não se podendo dispor de qualquer delas. A autoridade irá transigir com o particular, assim com condições pré-fixadas.

A questão é que ele faz cessar uma determinada conduta, que é objeto de apuração. Assim, ela tem que estar especificamente referida e descrita. Já o compromisso de desempenho é mais genérico, pois traça condições a serem obedecidas pelas empresas envolvidas para que um determinado ato de concentração possa ser aprovado. Assim, tal caráter genérico não se coaduna com o do compromisso de cessação. Possui, na realidade, uma natureza prospectiva ou seja, estipular condições a serem estabelecidas visando um resultado no futuro. Já o compromisso de ajuste de conduta possui uma natureza retrospectiva: visa ele a modificar uma situação que vem do passado, que já ocorreu e permanece ocorrendo.

Importante salientar a parcimônia com que deve ser utilizado o instituto, que não pode acarretar incentivos ao cometimento da infração ao se extinguir a punição do agente.

Ressalte-se, por outro lado, a parcimônia com que devem ser analisados os requerimentos de celebração do compromisso de cessação. A este respeito, transcrevo as seguintes ponderações de César Mattos, à luz da teoria dos jogos, o efeito perverso que poderia assumir a indiscriminada celebração:

“(…) caso o CCP se torne prática recorrente, o mesmo poderá gerar um forte incentivo à infração ex-ante. O CCP seria visto como uma perspectiva de perdão que torna lucrativa a prática infratora.”⁵

Se tal efeito perverso pode assumir a celebração do Compromisso, de cessação o que se dirá de celebrar termos de compromisso de desempenho aos quais posteriormente possa ser dado o caráter de cessação de prática.

Há, ainda, outros traços distintivos entre os dois institutos que não permitem sejam considerados idênticos. Com efeito, o compromisso de desempenho é um instituto estabelecido pela Lei 8.884/94 em seu artigo 58. Traduz-se por metas – quantitativas e qualitativas - a serem cumpridas pelas empresas que buscam junto ao CADE a aprovação de um ato de concentração econômica que possa “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços”⁶. Configura-se como uma válvula de escape para que uma operação concluída, que possa acarretar em elevado custo social, seja eficiente.

Ressalte-se também o caráter impositivo do termo de desempenho que não se encaixa ao aspecto transacional do compromisso de cessação. Assim, com a devida vênia, os diversos traços distintivos não permitem o aproveitamento do compromisso de desempenho firmado como compromisso de cessação de prática.

Um último argumento merece ser destacado. Como já referido, a suspensão do processo administrativo, enquanto se aguarda o cumprimento das obrigações estipuladas no compromisso de cessação, é uma de suas características primordiais. No entanto, constitui fato incontroverso que após a sua celebração a aludida suspensão não foi efetivada e não foi requerida pela representada, portando-se, assim, como e o termo celebrado não fosse apto a tanto.

Assim, mesmo após a celebração do compromisso de desempenho a representada continuou a agir como se ele não tivesse o condão de suspender o andamento do feito, apresentando o parecer em que defendia a tese da equivalência entre os dois institutos apenas na véspera da data marcada para o primeiro julgamento.

⁵ Franceschini, José Inácio Gonzaga, Edgard Antonio Pereira e Eleni Lagroteria da Silva, “Denúnciação de práticas anticompetitivas”, (Revista de Direito Econômico, nº 26 – agosto/dezembro de 1997 – pág. 47).

⁶ Artigo 54 da Lei 8.884/94

Com efeito, nem ela, nem a administração entenderam que estavam celebrando compromisso de cessação de prática, tanto que, posteriormente, não se comportaram como se o tivessem feito. Não há como deixar de aplicar a teoria do fato próprio.

II. ANÁLISE DA CONDUTA

II.1. Breve descrição

Em 13.03.1996, sabedora de que ainda havia disponibilidade de fornecimento de matéria prima junto a uma planta de amônia, a Messer entrou em contato com a Ultrafertil para contratá-la. Tal planta era capaz de ofertar mais de 640 t.p.d. de insumo e teria, até aquele momento, compromissos de apenas 470 t.p.d. – 200 t.p.d. contratados pela Planta White Martins e 270 t.p.d. contratados pela Planta Liquid Carbonic, ambas do grupo White Martins.

As negociações evoluíam, a ponto da Messer fazer por escrito em 10.05.96 proposta firme de parceria e aquisição de subproduto. Segundo informações das Requerentes, intrigadas com a demora na resposta e com receio de que algum impedinte das negociações tivesse surgido na reta final, solicitaram em 04.07.96 uma resposta formal quanto à proposta firme feita. No entanto, em 09.07.96 são informadas que o grupo White Martins havia exercido direito advindo de compromisso de opção na forma de primeira recusa e modificado os termos dos contratos que tinha anteriormente com a Ultrafertil para ampliar o prazo do fornecimento e acordar a exclusividade de venda de toda disponibilidade de insumo.

O aditamento celebrado pelas duas últimas empresas, datado de 01.07.96, modifica (i) as cláusulas 2.1 e 2.2 aumentando por um período adicional de 10 anos – para além do já acordado; (ii) a cláusula 3.2 para aumentar o montante de insumo disponibilizado pela Untrafertil à planta White Martins de 200 t.p.d. para 370 t.p.d.; (iii) na mesma cláusula, as condições de preço para o fornecimento da matéria prima; (iv) a adição de uma cláusula de exclusividade, pela qual a Ultrafertil disponibilizaria toda a oferta excedente de subproduto que tivesse disponível.

É justa e somente esta última cláusula que examinaremos por agora. Seu texto, *ipsis literis*, é o seguinte:

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

II.2. Breve digressão histórica a respeito do açambarcamento

Açambarcamento é conduta tradicional e historicamente caracterizada pela acumulação de mercadorias de qualquer espécie, em quantidade superior àquela necessária para consumo próprio ou para o giro do negócio *com o ânimo de lucrar com o aumento do preço do produto ou mercadoria amealhados*⁷ através de revenda controlada e escalonada dos mesmos. É considerado, inclusive, espécie de enriquecimento ilícito por parte do comprador, que vê aumentado o valor de seus produtos dada a escassez reinante dos mesmos sem causa a que se possa atribuir.

Nas palavras de Fábio Nusdeo, o açambarcamento talvez constitua uma das formas mais primitivas do que se conceitua hoje como abuso de poder econômico⁸.

Açambarcar deriva de *sambarco* e significa monopolizar, apropriar-se, sonegar. Historicamente, muitos relatos dessa prática já nos chegaram. Na antiguidade grega, há indicações de que as atividades de agentes econômicos - como chamaríamos hoje - que detivessem um razoável “poder de mercado” eram regulamentadas pelo governo das cidades-Estados, com o intuito de proteger a população da escassez artificial de produtos essenciais. O comércio de grãos era rigorosamente regulamentado em épocas de guerra. No Império Romano, o Édito de Zenão, de 483 d.C., regulou a política de monopólios e também os acordos com o objetivo de acertar preços; já havia a constante preocupação de se impedir práticas de açambarcamento de mercadorias essenciais aos consumidores, com o intuito de, posteriormente, elevar-se os preços. As disposições legais na antiguidade, tanto na grega como na romana, eram esporádicas, buscando resultados eficazes e imediatos, tendo em vista proteger a população de comportamentos nocivos de comerciantes – as razões eram absolutamente práticas.

No período compreendido pela Idade Média, surgem as corporações de ofício. Estas se inserem em um contexto de desenvolvimento do comércio e artesanato nas vilas medievais. Comerciantes e artesãos se reúnem com vistas à proteção dos interesses mercantis comuns, positivando regras de controle de suas atividades nos estatutos das corporações e na Comuna Medieval. Al-

⁷ Vide o verbete Acaparamiento, na Nova Enciclopedia Jurídica, coordenação de Carlos E. Mascareñas, Tomo II, Barcelona: F. Seix Editor, 1950.

⁸ Nusdeo, F. Açambarcamento. Verbetes da Enciclopédia Saraiva do Direito, coordenação de Rubens Limongi França, Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1977.

gumas regras, no entanto, eram inseridas no interesse do consumidor. Uma delas é a de vedação de açambarcamento de produtos. Em Florença, punia-se com multas acordos monopolísticos e, na Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurava-se pão a um preço acessível aos membros das Cruzadas. Nas Comunas, havia também a proibição de aquisição de mercadorias acima da necessitada, bem como a compra para revenda⁹, normas estas estabelecidas por atos de governantes das cidades.

Com o nascimento do mercantilismo, surge quase que concomitantemente a escola de glosadores. Os comentários ao Édito de Zenão estabeleceram o princípio da condenação *per se* de monopólios ou acordos que o visassem. Com esse espírito, estabelecem as cidades italianas da época a proibição de *acaparramento* de mercadorias, que buscassem controlar ou fixar preços praticados por comerciantes, afastando, desta maneira, os efeitos prejudiciais advindos do monopólio. No entanto, há que se acrescentar uma observação, visto que àquela época, os monopólios outorgados pelos soberanos, visando ao “bem comum”, eram legais.

Percebe-se que a amplitude dada ao conceito de açambarcamento limitou-se a abranger seu objetivo comum à época: provocar uma escassez artificial de um produto para, logo após, aumentar seu preço. Para que isso fosse possível, a prática de açambarcamento pressupunha poder de mercado suficiente do agente, ou mesmo, a detenção de monopólio.

II.3. O requisito da plurisubjetividade não é essencial para a caracterização do açambarcamento

Neste item procuro afastar a alegação de que o açambarcamento pressupõe a colusão, sendo, assim, necessariamente plurisubjetivo. Na realidade, como pode ser perpetuado por um só infrator ou por uma coletividade deles, a doutrina¹⁰ costuma a diferenciar o acordo a que se dá comumente o nome de *cartel de compras* ou *cartel de vendas* do açambarcamento praticado por mais de um *player*. Ambos suporiam um acordo com a fixação de preços e outras condições, tanto para a compra quanto para a venda do produto. Porém, o cartel teria escopo mais amplo e almejaria a uma duração mais prolongada no tempo. Neste contexto, cartéis de compras visam a concentrar os pedidos aos fornecedores de diversas empresas que se utilizam da mesma matéria-

⁹ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do Antitruste, p. 41 a 42.

¹⁰ Nusdeo, F. Açambarcamento (...), p. 160; Acaparramiento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), pp 142-143.

prima, para obter um fornecimento regular e a preços baixos; nos cartéis de venda, o que se quer é conseguir preços mais altos. Já o açambarcamento seria plurifásico, comportando um planejamento detalhado e uma coordenação de natureza diferenciada da do cartel. São suas etapas: (a) a compra; (b) a retenção; (c) venda escalonada¹¹.

Para a doutrina existe ainda um elemento *circunstancial*, que liga o açambarcamento a conjunturas do mercado, como eventos excepcionais, tais quais a quebra de safra, uma distensão econômica, crises setoriais ou sazonais, “alteraciones de la vida social derivadas de la acción del hombre, tales como guerras, revoluciones, o de la naturaleza, como el hambre, peste, terremotos o inundaciones.”¹²

Tal exigência não é desmotivada: apoderar-se de imensas quantidades de produto, carregar este fardo econômico – refletido, para a empresa ou para a pluralidade responsável pela infração, como custo de compra, armazenagem, manutenção, organização e desova – pelo período necessário para que o novo equilíbrio (mais alto) de preços se materialize e, por fim, escalar a venda de modo organizado para manter os preços nas alturas, muitas vezes só é possível tendo em vista uma confluência de fatores que permita o sucesso da prática. Longe de ser costumeiro no cotidiano dos mercados, o açambarcamento é fadado ao fracasso, caso a parte que o leve a cabo não tenha condições econômicas de sustenta-lo.¹³

Em vista desta dificuldade, talvez possamos entender porque Fábio Ulhôa Coelho coloca, entre as exigências do tipo infrativo, a colusão necessária¹⁴. No entanto, não acredito que a plurissubjetividade seja parte integrante da infração. Apenas que, em razão dos requisitos *fáticos* que acerbam a prática, certas circunstâncias específicas necessitam existir. Dentre elas, podemos citar: uma grande capitalização, que se reflita numa grande capacidade de compra, na viabilidade dela manter seus estoques elevados pelo tempo necessário para a consecução do preço desejado, e no escalonamento das liberações; fatores exógenos (do ambiente econômico) que facilitem a sobrevivência de uma empresa descapitalizada no mercado pelo tempo que durar a ação; certas e condições de mercado que protejam a empresa de eventuais ofertantes

¹¹ Nusdeo, F. Açambarcamento. (...), p. 160.

¹² Acaparamiento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), p. 143.

¹³ Muitas vezes: diz-se que pode levar “a la bancarrota de los que lo han intentado, por no haber podido absorber o controlar toda la producción económica” Acaparamiento, Nova Enciclopedia Jurídica, (...), p. 142.

¹⁴ Vide autor citado no memorando de defesa das rés, fls [...]

impeçam a alta dos preços. Todas estas condições são desfrutadas pela White Martins.

A afastar definitivamente a alegação de que o açambarcamento necessariamente seria plurisubjetivo temos que a White Martins ostentava a condição de monopolista quando da prática da conduta objeto de investigação. Pergunta-se: como poderia praticar colusão com outros concorrentes se estes não existiam?

Outrossim, através da diferenciação entre açambarcamento *ring* e *corner*, chega-se a mais uma interação entre as práticas açambarcadoras e especulativas: *ring* é “uma combinação entre várias pessoas que se reúnem para a prática de uma ação monopolística isolada”; *corner* é a “compra ou tentativa de compra da totalidade das disponibilidades de uma dada mercadoria com a intenção de controlar o seu mercado e fixar os preços, segundo a vontade dos controladores.”¹⁵. No mercado acionário, *corner* envolve a aquisição da totalidade das ações ofertadas de uma certa empresa, para revendê-las a especuladores *comprados*, que delas necessitam para adimplir contratos. É intuitivo que, na modalidade *corner*, não se faz necessário mais de um agente para a prática.

II.4. Exemplos de repressão ao açambarcamento na jurisprudência norte-americana.

O caso clássico para os americanos é *Socony*¹⁶. Em meio à grande depressão dos anos 30, uma crise atingiu o setor petrolífero. As refinadoras de óleo produziam mais do que era consumido, já que a oferta estava, na década anterior, em regime de *boom*: produtores independentes proliferavam; quando da crise de 29, a demanda retraiu-se. Sem infra-estrutura para armazenagem, as independentes começaram a inundar o mercado com gasolina barata, o que jogou os preços para níveis bastante baixos.

Em resposta, um grupo de grandes refinadores se organizou para comprar o excesso de “*distress*” *gasoline* e armazená-lo, para futuramente, desová-lo de maneira ordenada num mercado já organizado, de modo a não deprimir os preços. Cada um dos grandes *players* iria escolher um parceiro (“*dancing partner*”, como foram chamados na época) e se encarregaria dele comprar sua superprodução. A gasolina, no final das contas, chegaria ao mercado; porém o efeito depressivo seria menor.

¹⁵ Nusdeo, Fábio. Açambarcamento (...), p. 160.

¹⁶ U. S. v. *Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940).

Mesmo a justificativa de inexistir autoridade pública reguladora autorizada a normalizar o trabalho dos mercados pôde salvar os réus da condenação pela Suprema Corte: os juízes afirmaram que toda e qualquer ação para elevar artificialmente os preços deveria ser condenada em vista do Sherman Act. Sua seção I terminantemente proibia que os consumidores fossem alijados das forças do mercado, mesmo que uma tal ação tivesse como objetivo apenas o restabelecimento de um preço sadio. *In verbis*:

“Any combination which tampers with price structure is engaged in an unlawful activity. Even though the members of the price fixing group were in no position to control the market, to the extent that they raised, lowered, or stabilized prices they would be directly interfering with the free play of market forces. The Act places all such schemes beyond the pale and protects that vital part of our economy against any degree of interference. Congress has not left with us the determination of whether or not particular price fixing schemes are wise or unwise, healthy or destructive. (...) Under the Sherman Act a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of a commodity in interstate of foreign commerce is illegal per se. (...) Market manipulation in its various manifestations is implicitly an artificial stimulus applied to (or at times a brake on) market prices, a force which distorts those prices, a factor which prevents the determination of those prices by free competition alone.”¹⁷

É interessante que se tenha depreendido deste caso uma regra geral para a interdição de toda e qualquer manipulação ou ajuste de preços (*price fixing*), segundo a seção I¹⁸. Afinal, na espécie a Suprema Corte proibiu de

¹⁷ U. S. v. Socony-Vacuum Oil Co., 310 U.S. 150 (1940).

¹⁸ A regra instituída em Socony serviu de maneira exemplar à repressão desta prática, ao que parece: ao longo de uma longa pesquisa jurisprudencial que fiz, não consegui encontrar mais nenhum outro caso além de Socony que se assemelhasse às características do açambarcamento, tal como concebemos em nosso direito. O que outros julgados vieram a trazer de novo foi o esclarecimento de novas práticas relativas ao ajuste ou manipulação de preços, como estabelecimento de preços de revenda (Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc, 340 U.S. 211 – 1951; Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332 – 1982); estabelecimento de taxas-padrão para o desconto de cheques ou para os serviços de crédito (Catalano, Inc. v. Target Sales, 446 U.S. 643 – 1980); proibição de regras corporativas relacionadas com o não oferecimento de preços (National Society of Professional Engineers, 435 U.S. 679 – 1978); entre outras.

O que na verdade aconteceu é que a persecução do açambarcamento também foi delegada a outras instâncias, algumas até administrativas. Vejamos: nos tempos dos anti-

empresas irem a mercado comprar grandes quantidades de combustível com o intuito provocar uma redução de oferta e conseqüente aumento os preços, *mesmo que o mercado esteja em depressão*. Pode-se dizer que a regra geral do *price fixing* saiu da proibição do açambarcamento. Noto que existem aqui todos os elementos que, como anteriormente discutido, definem a infração de açambarcamento: a ação de comprar grandes quantidades para revender com lucro; as fases – (a) compra, (b) retenção, (c) desova; a circunstância especial do mercado que permitia a ação; a capitalização dos infratores. Neste caso, ela foi executada de maneira colusiva.

II.5. Açambarcamento no direito brasileiro: breve retrospecto.

Entre nós, o primeiro diploma a tratar do açambarcamento foi a lei 1.521/51 – referente aos crimes contra a economia popular. Seu art. 3º, inciso IV, proibia “reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta de preços”; a pena era de 2 a 10 anos.

gos romanos e gregos, o produto mais comum passível de açambarcamento eram os grãos. Pois dado que a forma de negociá-los na atualidade se modificou – hoje em dia, as chamadas commodities são objetos de intensas negociações nas bolsas de mercadorias e futuros – a manipulação de preços relativa às quantidades ofertadas passou a ser supervisionada pela Commodity Futures Exchange Commission (CFEC), que dita regras de solvência e anti-manipulação dos mercados as quais, por sua vez, devem ser aplicadas pelas bolsas de valores. A este respeito, vide o interessantíssimo *Merril Lynch, Pierce, Fenner & Smith v. Curran*, 456 U.S. 353 (1982) – em que é trazida à análise da Suprema Corte um caso que (i) envolve a uma ação de indenização movida por um investidor contra um marchand de commodities e futuros ou broker por violação de dispositivos antifraude do CEA (Commodity Exchange Act) e (ii) três ações de indenização de especuladores contra a Bolsa de Valores de Nova York. In casu, um grupo de especuladores apostou na queda do preço de batatas do Maine, outro na subida. Todavia, em vista de um possível aumento de preços por causa de baixa produção, o primeiro grupo agiu para comprar a presente (portanto açambarcar) diversos contratos, quebrando regras da Bolsa para a alavancagem; com isso, buscava sinalizar aos produtores que estes deveriam produzir mais, já que a safra já estava comprada e os preços eram altos. Sabendo desta ação, o outro grupo passou a comprar a termo e vender a presente outros contratos, jogando para baixo as cotações – também através de alavancagem proibida, só que desta vez tentando manter as cotações baixas e evitar que futuramente elas aumentassem. Os comissários da Bolsa intervieram e exigiram o vencimento antecipado das opções, o que fez com que nenhum dos dois grupos fosse capaz de adimplir suas obrigações.

Neste caso, o tipo objetivo envolve dois tipos de ações: açambarcar – que é comprar para revender com lucro qualquer gênero de produto, principalmente os necessários ao consumo do povo; e reter – do mesmo modo, qualquer espécie. Existe um duplo dolo específico: (i) dominar mercado e (ii) provocar alta dos preços. O bem tutelado era a economia popular.

Já no âmbito administrativo, a lei 4.137/62, em seu art. 2º, considerava o açambarcamento figura do abuso de poder econômico. Ademais, arrolava-o como uma das quatro alíneas que dizem respeito à infração de “especulação abusiva e a criação de condições monopolísticas com vistas a provocar alta temporária de preços”, no inciso III.

Art. 2º: Consideram-se formas de abuso de poder econômico:

(...)

III – Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

a) destruição ou inutilização, por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou consumo;

b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;

c) retenção, em condições de provocar escassez, de bens de produção ou consumo;

d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas.”

Manteve-se a definição histórica no texto legal brasileiro. Todavia, fazia-se uma exigência: a existência de poder econômico. Por isso, verificação da infração de açambarcamento, segundo a legislação antitruste anterior à lei 8.884/94 requeria a prospecção das condições de mercado em que ela teria ocorrido.

Segundo a sistemática da lei antiga, define-se como infração *provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva*, em primeiro lugar. Exige-se daí um *animus* específico: o de promover elevação de preço. Portanto, fala-se aqui da tradicional *price fixing*, como no sistema americano; todavia.

Do *caput*, ainda, há mais um elemento a notar: o elemento de *temporiedade*. Não é necessário que as condições monopolísticas permaneçam – o que faz cair por terra a possibilidade aventada anteriormente, de que deva impreterivelmente haver perigo de monopolização ou exclusão de rivais. Esta

prática, assim, não se relaciona com a tentativa de monopolização – aliás, objeto do inciso I do mesmo artigo.

Outra constatação importante é a sua relação com a elevação de preços. Assim, eram dois os efeitos provocados pelo açambarcamento passíveis de punição: elevação de preços ou monopolização. Não eram, assim, punidos os demais prejuízos à livre concorrência como faz a lei atual. Trata-se de distinção de suma importância para as conclusões a que chegarei mais adiante.

A interpretação sistemática nos leva a ver que o poder de mercado exigido na lei, portanto, não necessita ser grande – advindo, portanto, de posição dominante – nem mesmo é necessário que seja o poder de monopólio. O poder de mercado a que se refere o texto é apenas a capacidade de modificar as condições de concorrência.

Em segundo lugar, a manipulação de preços acontece de quatro meios: o primeiro é por via de redução não natural da oferta por meio de destruição de produtos. O segundo é o açambarcamento: compra para revenda com lucros de grandes quantidades de produto, que serão armazenadas até serem paulatinamente desovadas após a elevação dos preços. O terceiro envolve a retenção de mercadoria – outra forma de restrição da oferta, todavia sem destruir a mercadoria e sem comprá-la no mercado e estocá-la. O quarto meio é definido residualmente.

Destarte, verifica-se aqui a incorporação da definição tradicional de açambarcamento pela legislação brasileira.

A lei 4.137/62 teve vida longa e só foi emendada em 1.991 pela lei 8.158. Nesta, o legislador manteve diversos dispositivos da anterior, mas adotou outra forma de definir as infrações à ordem econômica. Em seu art. 2º, listou os 6 *objetivos* que norteariam a atuação da recém criada SNDE (Secretaria Nacional de Direito Econômico) e, no art. 3º arrolou os ilícitos anti-concorrenciais. Todavia, equiparou-os a “acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados”.

Este longo *caput*, que abarca tanto formas tentadas como efetivas, não diferencia as práticas unilaterais (monopolísticas) das concertadas, não define a diferença entre prática e conduta, nem de acordo e deliberação conjunta, não cita em nenhum momento a necessidade de se discutir as infrações sob o ponto de vista das condições de mercado: não há qualquer menção à “poder de mercado”, “posição dominante” ou “poder de monopólio”. Tais elementos nos levam a crer que o diploma tratou todos estes elementos como infrações *per se*. De outro modo, ele presta um desserviço doutrinário e não

traz nenhuma das consagradas distinções e sistematizações surgidas ao longo da história do antitruste.

O açambarcamento constava do inciso XII, como exemplo de infração:

“Art. 3º (...)

XII – destruir, inutilizar ou açambarcar sem justificada necessidade, matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir ou inutilizar equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los, transportá-los, ou dificultar a sua operação.”

Já nesta redação não havia mais remissão a nenhuma forma de manipulação de preços – esta, inclusive, é tratada no inciso I do mesmo artigo¹⁹.

A lei 8.884/94 veio a modificar mais uma vez todo sistema de organização. Como venho ressaltando, a tipificação das infrações contra a ordem econômica vem estipulada no *caput* do art. 20, sendo que no art. 21 arrolou condutas exemplificativas.

Não há na atual sistemática a identificação automática da conduta com a infração – o que leva a crer que uma conduta pode caracterizar mais de uma infração ou, ao menos, diferentes infrações, conforme os requisitos de cada uma.

De fato, são dois os incisos que citam a ação de açambarcar:

Art. 21 (...)

XV – destruir, inutilizar ou açambarcar, sem justificada necessidade, 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.

XVI – açambarcar ou impedir a livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

Apesar de o inciso XV do atual art. 21 ser praticamente idêntico ao inciso XII do art. 3º, seus significados são diversos; enquanto o antigo inciso XII nos levava diretamente a uma *infração*, o inciso XV é meramente o indicador de uma delas: na lei anterior tínhamos 18 infrações *tipificadas* por meio de condutas, enquanto na atual temos 4, das quais os *indicadores* podem ser 24 condutas (ou mais, assim reza o *caput* do art. 21 da lei 8.884/94).

Assim, tal redação reforçou o afastamento do tratamento legislativo do açambarcamento no Brasil de seu conceito clássico: : forma de manipulação de preços caracterizada pelo domínio da oferta por meio de aquisição de grandes quantidades de mercadoria qualquer – seja ela insumo ou produto final –, retenção e revenda escalonada, que faz o açambarcador obter lucros ilícitos com o aumento artificial de preços da mercadoria acumulada.

Ora, na exemplificação de açambarcamento não foi mencionada qualquer relação necessária dele com o aumento de preços ou obtenção artificial de lucros. Por seu turno, o art. 20, *caput*, é extremamente amplo, considerando como infração contra a ordem econômica toda a conduta apta a (incluindo-se, por óbvio, o açambarcamento) a produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (I) limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência e livre iniciativa; (II) dominação de mercado relevante; (III) aumento arbitrário de lucros e (IV) exercício abusivo de posição dominante – o que é plenamente compatível aliás, com a jurisprudência americana²⁰.

Fica absolutamente clara, assim, a não limitação do açambarcamento com o aumento de preços. Assim, na realidade, uma vez provado que o açambarcamento ocorreu, a sua configuração como infração contra a ordem econômica não se dará apenas na hipótese de ele levar a um aumento dos preços. Ela se dará, na realidade, caso ele era apto a produzir, ou veio a produzir, algum dos efeitos descritos no art. 20, *caput*, da Lei nº 8.884/94. A este assunto voltarei no tópico seguinte.

II.6. Da incidência do açambarcamento no processo em análise

No processo administrativo nº 08000.022579/97-05, no qual a representante Messer Grieshem do Brasil Ltda. acusa a S.A. White Martins de açambarcamento da matéria-prima CO₂, as condutas tipificadas nos incisos V, VI e XV do artigo 21 da Lei 8884/94 foram imputadas à representada. Mediante uma cláusula contratual de exclusividade, garantiu-se a White Martins toda a produção das plantas da Ultrafêtil, detentora de privilegiada fonte de CO₂. Ergue-se, então, elevada barreira à entrada de concorrentes no mercado, uma vez que a representada passou a deter a melhor fonte do subproduto, assim como monopolizou seu excedente.

²⁰ Vide *supra*, o comentário a respeito de ser possível que a exclusividade seja considerada violação à seção I e II do Sherman Act, dependendo do preenchimento dos requisitos de cada uma delas, e o item I.4 a respeito de concurso formal de infrações.

A figura do açambarcamento está configurada. A representada detém poder de mercado tamanho que possibilitou atuação independente, haja vista seu monopólio no segmento. A empresa White Martins açambarcou a melhor e constante fonte do subproduto, elevando consideravelmente as barreiras à entrada de concorrentes de grande porte que, com ela, pudessem disputar o mercado. Seu objetivo foi o de assegurar os preços de monopólio. Tal conduta afetou consideravelmente o abastecimento regular do mercado, visto que se retirou do tráfego mercantil um bem econômico. O exercício abusivo de posição dominante está caracterizado²¹. Da mesma forma ficou bem caracterizado que houve limitação à concorrência no mercado relevante. São estes os efeitos cuja produção (efetiva ou potencial) deve ser objeto de análise para a eventual configuração de infração contra a ordem econômica e não apenas a elevação do preço da matéria prima ou do produto final.

Finalmente, resta analisar um argumento recorrente nos memoriais da representada: o de que o açambarcamento pressuporia a retenção de todas as fontes de matéria prima existentes e não apenas aquelas da Ultrafertil. Em tais memoriais sustenta a representada que é inverídica a tese de que a Ultrafertil era a única fonte de matéria prima para a produção de CO₂ para fins industriais, já que, posteriormente, outras empresas vieram a utilizar outras fontes, inclusive de combustão. Alude, inclusive, para fonte da Replan, que, seria, em seu entendimento a melhor de todas as fontes, em virtude da qualidade da matéria-prima e a sua localização, ainda mais estratégica do que a da Ultrafertil.

Seria fechar os olhos à realidade negar a existência destas outras fontes e mesmo da sua viabilidade comercial. Porém, duas considerações servem para rebater, com propriedade, o argumento da representada.

Em primeiro lugar, é incontroverso nos autos que a Ultrafertil era, à época da prática da conduta, a única fonte conhecida de CO₂. Ademais, diversos documentos demonstram que a melhor maneira de extrair o CO₂ dá-se em plantas como a Ultrafertil e não através do processo de combustão. Também

²¹“O simples exercício do poder de mercado não seria suficiente para a caracterização do pressuposto de existência de infração estabelecida pelo inciso IV do artigo 20 da Lei nº 8.884/94. Há que buscar-se (sic) a caracterização da abusividade, cujo conceito independe da intenção dos agentes. Existe abusividade quando dos atos praticados decorre concretamente, objetivamente a possibilidade de limitação ou de prejuízo da concorrência, o que, a meu sentir, ocorre no presente caso”.(voto proferido pelo Cons. João Bosco Leopoldino da Fonseca, no P.A. nº08000.000128/95-98. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitrust, p. 172).

não foi negado o fato de que as potenciais entrantes consideravam, à época da prática da conduta não ser viável a entrada no mercado brasileiro com a utilização de fonte de combustível.

Em segundo lugar há o fato também incontroverso nos autos de que a mais provável entrante – a Messer – via, sempre à época dos fatos, como única maneira viável de entrada no mercado brasileiro a contratação da fonte de CO₂ da Ultrafertil.

Assim, não resta dúvida de que a White Martins procurou assegurar a totalidade da produção da única fonte conhecida à época e vista como essencial para possibilitar a entrada de outra empresa no mercado brasileiro. A reforçar este argumento há um terceiro fato, também incontroverso: a circunstância de que a apropriação da totalidade da matéria prima apta a produção da Ultrafertil impediu, por vários anos a entrada de outros concorrentes. E, a esta circunstância adiciono um quarto fato, novamente incontroverso: a primeira concorrente da White Martins entrou no mercado brasileiro apenas quando teve acesso à fonte da Ultrafertil. Aliás, tão importante era tal fonte que a Messer disputou-a com a outra entrante e, tendo-a perdido, viu possibilitada a sua entrada no mercado, apenas anos depois.

Ressalte-se, finalmente, que há na doutrina quem defenda que para a configuração do açambarcamento não se faz necessária a detenção da totalidade da matéria prima. Frederico Abrahão de Oliveira ressalta que “*Retomando De Plácido e Silva, temos o açambarcamento como o ‘ato pelo qual um comerciante procura apoderar-se da **quase totalidade** de uma produção, (...). Tendo em suas mãos **elementos para controlar** todas as negociações relativas a essas mercadorias ou produtos. O açambarcamento pode ser promovido individualmente por um comerciante ou por meio de associações ou cooperações, como o *truste*, etc’*”.²²

Em relação à definição acima, por sua vez, há que se fazer algumas considerações. Primeiramente, deve-se atentar para o fato de que, para a caracterização da figura do açambarcamento, não é necessário que a **totalidade** da produção seja, de alguma forma, retida. Na legislação antitruste, a infração à ordem econômica está configurada quando os atos manifestados produzirem determinados efeitos, quais sejam: "limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante". Conclui-se, portanto, que não se leva em conta a **quantidade** da produção monopolizada - seja ela matéria-prima, produto in-

²² OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. Direito Penal Econômico, p. 35.

termediário ou acabado - mas sim se a retenção, de alguma forma, incorreu em efeito tipificado como infração.

II.7. Desnecessidade de provar que ela configura efetivamente açambarcamento para que ela tipifique infração contra a ordem econômica

No entanto, não se afigura imprescindível, a meu ver, a demonstração de que efetivamente ocorreu a configuração de açambarcamento. Assim, ainda que se entenda que ele não veio a ocorrer (seja por não estar configurada a sua feição clássica, relacionada à revenda do produto açambarcado por um preço superior, seja por não ter sido açambarcado a totalidade do produto potencialmente existente) isto não seria suficiente para o arquivamento do processo. Mais importante do que demonstrar se ocorreu a configuração do açambarcamento é provar que: a) foi efetivada a conduta descrita na Portaria inaugural; b) que tal conduta tinha o potencial de ou veio a produzir os efeitos descritos no art. 20 da Lei nº 8.884/94.

Importante ressaltar o caráter meramente exemplificativo e, portanto, não exaustivo, do rol de condutas descritas no art. 21. Em outras palavras: não são apenas as condutas exemplificadas no art. 21 que podem ser consideradas infrações à ordem econômica. Muito pelo contrário, qualquer outra conduta, na medida em configure as hipóteses previstas no *caput* do art. 20 rendem ensejo à sanção pelo CADE, pois se caracterizam como infrações à ordem econômica²³

Deste modo não é imprescindível provar no presente caso que a conduta praticada pela representada importou em açambarcamento. Importa sim, demonstrar que a conduta empreendida pela representada gerou um ou mais dos efeitos tipificados no art. 20.

No que pertine à efetivação da conduta descrita na Portaria inaugural há prova cabal nos presentes autos quanto à sua ocorrência. Ora, a exclusi-

²³ A este respeito já salientou o CADE: "É sabido que a lei estabelece no citado art. 21 formas meramente exemplificativas de indícios de práticas anticoncorrenciais, não esgotando nem limitando as práticas passíveis de punição. Assim, a eventual abusividade de tais condutas deverá ser investigada no contexto econômico que se deu, fazendo-se então necessário delimitar corretamente o mercado relevante, verificar o grau de poder dominante do agente e aferir os impactos que a conduta em análise pode eventualmente produzir nesse mercado, ou se já tenha causado algum efeito sobre o ambiente concorrencial" (PA nº 08000.020787/96-62, Rel. Conselheira Lúcia Helena Salgado, DOU de 05.11.97, seção I, p. 25083).

vidade foi contratualmente pactuada e rigidamente observada pelas partes durante o período de vigência do contrato. Ademais, é fato incontroverso, admitido pela própria representada, que havia um excedente de matéria prima não aproveitado, que correspondia a quantia superior à totalidade de TPD contratada por termo aditivo.

Assim, demonstrada a efetivação da conduta, o próximo passo seria a análise de se ela se enquadra nos tipos que descrevem o que constitui infração contra a ordem econômica. Antes disto, faz-se necessário averiguar se havia racionalidade econômica na conduta levada a cabo.

III. Ausência de racionalidade econômica na conduta

O contrato de exclusividade de fornecimento de matéria-prima, na terminologia americana e segundo o Anexo I da Resolução 20/99 é uma restrição de comércio de natureza vertical. Isto quer dizer que ela é uma restrição imposta “por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (‘de origem’) sobre mercados relacionados verticalmente – a ‘montante’ ou a ‘jusante’ – ao longo da cadeia produtiva (mercado ‘alvo’)”²⁴.

Por atar fornecedor a comprador, o contrato de exclusividade tem fortes impactos sobre o regime de concorrência. Ele implica numa simbiose em que demanda e oferta são distorcidas. Em decorrência deste fato, os preços dos *dancing partners*²⁵ passam a se reger por uma lógica própria, pela qual apenas condicionantes ligados à operação das duas firmas contam. Isso quer dizer que elas se imunizam da força dos competidores, tanto do lado dos compradores, quanto pelo lado dos vendedores do produto objeto da cláusula:

Pelo lado da oferta, a exclusividade retira uma fonte de matéria-prima do mercado, fazendo com que a definição da quantidade e qualidade daquela seja excluída do processo de arbitragem deste. O valor do *by-product* é dado pela utilidade relativa dele em relação à outros produtos semelhantes. Assim, tanto é o insumo mais valioso quanto sua pureza, facilidade de obtenção, purificação, envasamento e distribuição são *relativamente* mais altos que os dos outros concorrentes.

Destarte, quando da exclusividade, os competidores do comprador exclusivo ficam impedidos de competir com ele pelo acesso ao fornecedor, o que faz com que aumente artificialmente o valor relativo das fontes alternati-

²⁴ Vide Anexo I da Resolução 20/99.

²⁵ Esta expressão foi utilizada no caso Socony. Vide infra.

vas. A utilidade de outros produtos de menor qualidade, concentração e características inferiores amplia-se de forma indevida, já que o acesso à fonte que seria o standard de qualidade máxima está fechado.

Já pelo lado da demanda, têm-se a eliminação de um dos elementos constituintes dela, o que implica numa distorção severa para o restante do mercado não suprido. Isso porque, em teoria, o poder de barganha dos outros compradores aumenta relativamente se a White Martins não participa com afinco, posto que a empresa, um dos que poderia forçar os preços para cima ou para baixo, excluiu-se de participar da arbitragem de valores. O corolário é que os ofertantes não beneficiados pela exclusividade confrontariam os compradores em desigualdade de condições, o que implicaria no estabelecimento de um patamar de preços sub-ótimo – em conseqüência, o mercado estaria trabalhando de forma ineficiente.

A teoria dos preços nos diz que o contrato de exclusividade *sempre* será redutor do bem-estar social. Todavia, a ela se contrapõe economia transaccional. Partindo do pressuposto de que certas relações escapam ao mercado, *transaccional economics* nos diz que haveria motivos para se considerar que certos arranjos serão mais eficientes dos que são postulados pela economia clássica.

Quando se fala em custos transaccionais, é preciso em primeiro lugar ter em mente que as economias de transação são em certa medida *externas* ao sistema de preço. Isso porque elas tem a ver com a redução dos chamados *sunk costs* – custos que não se relacionam com a atividade produtiva propriamente dita, mas com as imperfeições de mercado. Por exemplo, ao custo de produzir um determinado bem (chamado de custo marginal), deve ser acrescido o custo de vender e procurar um comprador; o custo de se manter as instalações de produção; o custo de se prospectar o mercado em busca de insumos.

Assim, há certa razão nos memoriais apresentados²⁶ quando afirmam que economias de transação *poderiam*, em tese, servir de justificativa para a assinatura de contratos de exclusividade. Todavia, é patente que há certo equilíbrio que necessita ocorrer no *trade off* entre a redução do bem-estar provocada pela celebração do contrato de exclusividade e o aumento do bem-estar causado pela redução dos custos de transação. Os ganhos com a redução dos custos externos ao sistema de preços terão de ser maiores que as perdas causadas pelo sistema de alocação descritos pela microeconomia clássica.

²⁶ Fls 619 e ss, e fls 819 e ss dos autos.

No caso concreto fica extremamente claro que a eventual redução de custos de transação não é suficiente para justificar como racional do ponto de vista econômico a cláusula em questão.

Antes de mais nada, tal conclusão é imposta pela ausência de qualquer demonstração de que o excedente contratado viesse a ser utilizado efetivamente pela White Martins. Deveria assim, o tão propalado plano de expansão jamais veio a ser juntado aos autos, sendo que oportunidades efetivamente não faltaram para que viesse a ocorrer. A ausência de demonstração de necessidade – ainda que futura – do excedente contratado. Assim concebida, ela, longe de implicar em economia de escala para a White Martins, significou um custo adicional, já que o excedente era pago e não utilizado. Neste contexto a única racionalidade econômica que poderia ter era, indubitavelmente, a intenção de fechar a fonte de matéria prima para os concorrentes potenciais.

Reforça esta impressão a análise do momento em que foi contratada a exclusividade. Apenas quando entrantes em potencial manifestaram interesse em contratar a matéria prima da planta da Ultrafétil é que a White Martins contratou a capacidade até então ociosa, que, aliás, ociosa permaneceu. Antes disto, não manifestou qualquer interesse. Fossem legítimos os seus planos de expansão, é óbvio que teria contratado o excedente antes.

Ademais, verifica-se que a garantia de fornecimento de um mínimo de 470 t.p.d. (200 para a planta White Martins, 270 para a planta Liquid Carbonic) constante do contrato original implicava já num excedente de matéria-prima.

Ademais lugar, poderíamos dizer que a cláusula é estabelecida por um tempo exagerado, em relação ao ciclo de maturação do investimento. Isto porque ela advém de uma prorrogação de prazo de fornecimento – ela é acessória do contrato modificado, que prevê 10 anos para além do prazo inicial já estipulado.

O intento de assegurar que a produção não fosse interrompida e que o fornecedor não detivesse poder de barganha demasiado em relação à empresa fora alcançado através da garantia de fornecimento de um volume mínimo já elevado de gás-insumo por 10 anos. Não havia a necessidade, assim, da exclusividade do excedente disponível, já que a produção de CO₂ para consumo não aumentaria de nenhum modo, posto que a planta sempre operou com grande capacidade ociosa. Vejamos tabela já disponibilizada no voto vista do Conselheiro Ronaldo Macedo:

Tabela 2 – Disponibilidade, utilização e sub-aproveitamento de matéria-prima

Ano Contratual	Unidade produtora	Capacidade média passível de utilização comercial em tpd	Adquirente	Volume contratual disponível em tpd	Média anual de consumo da WM e LCI em tpd	Volume médio não consumido em tpd	% não consumido
01.07.97 a 30.06.98	Complexo Cubatão	640	White Martins	370 até 10.12.97	59.7	310.3	83%
				200 após 10.12.97	63.5	158.7	79%
			Liquid Carbonic	270	106.3	163.7	61%

Assim, impossível deixar de referir ao excessivo tempo da cláusula. Com efeito, mais de 10 anos de exclusividade implicam em tempo incompatível com a natureza do ciclo do negócio. A própria White Martins necessitou de aproximadamente um ano para começar a produzir: assinou o contrato original com a Ultrafértil em 25.11.94, em março de 1995 já havia começado a construção de sua planta e em janeiro de 1996 iniciou a produção na unidade Cubatão.

Ainda devo observar que a extensão para dez anos do período de validade da cláusula de exclusividade foi assinada no momento em que a empresa já era monopolista no mercado brasileiro, o que implica num tempo mais reduzido do que a média de mercado para maturação do negócio, tornando excessivo o prazo de dez anos estabelecido, retirando-lhe a lógica de mera proteção de investimentos e alçando-a à categoria de nítido fechamento de acesso a fonte de matéria prima.

Finalmente, ressalto que a compra do adicional estava desassociada de qualquer estratégia comercial, pois não há qualquer comprovação de que a White Martins tivesse um plano de expansão de suas atividades que justificasse a aquisição de matéria prima adicional. E não se alegue que não houve oportunidade para a empresa demonstrar que havia tal plano. Ocorre que este ponto vem sendo salientado nos pareceres e nos votos que me antecederam e, apesar de haver sido apresentada uma miríade de pareceres, nenhum deles veio acompanhado de qualquer demonstração de planos de expansão.

Ademais, há a prova cabal que não houve a expansão das atividades e atualmente, passados diversos anos da consecução da prática restritiva, não teria a White Martins condições de consumir o excedente por ela contratado no indigitado aditivo contratual.

Afastada, assim, a racionalidade econômica da conduta, passo a analisar a sua tipificação

IV- ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NOS TIPOS QUE DESCREVEM INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

IV.1. Do Mercado relevante

Já que concordo com a análise do Cons. Afonso Arinos, furtar-me-ei de repeti-la. Todavia, vale ressaltar suas conclusões, para efeito de constatação do poder de monopólio. Segundo o Conselheiro, teria a White Martins 98% de participação no mercado de CO₂ comercial. De outro lado, a Ultrafêrtil seria responsável por 100% do fornecimento de matéria-prima para a produção do gás, dado que a ela pertenciam todas as fontes conhecidas do insumo.

IV.2. Da infração no caso concreto

Dentre os fatos arrolados, identifiquei os seguintes, como chave para a caracterização da infração: (i) a quantidade contratada de insumo, muito superior à utilizada e processada; (ii) a cláusula de exclusividade de fornecimento, depois renunciada; (iii) os longos prazos de vigência do contrato entre as empresas; (iv) as condições em que o contrato foi assinado; (v) a natureza da posição dominante da White Martins no mercado; (vi) a variação dos preços no mercado antes a assinatura dos contratos e após.

IV.2.1 Art. 20, inciso I: limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre-concorrência ou a livre-iniciativa.

Não resta dúvida quanto ao enquadramento da conduta da White Martins em tal inciso. Sua conduta, independentemente de ser considerada açambarcamento veio a prejudicar sensivelmente a concorrência, na medida em que atrasou a entrada de novos entrantes, que viam na fonte da Ultrafêrtil a maneira mais viável (ou mesmo, durante muito tempo, a única) de acesso à matéria-prima para a produção de gás carbônico para fins industriais.

Há um fato incontroverso: a intenção da Messer entrar no mercado brasileiro era firme pois formalizou proposta de aquisição de matéria prima junto à Ultrafêrtil. Com o fechamento desta fonte, somente foi possível entrar

no mercado muito depois. Ademais, a primeira empresa a adentrar no mercado após a White Martins somente veio a fazê-lo por ter tido acesso à fonte da Ultrafertil.

Como é óbvio, não há que se perquerir da intenção da White Martins. Apenas deve ser salientado que a sua conduta não somente possuía o potencial de produzir os efeitos estabelecidos no inciso I do art. 20, como efetivamente veio a produzi-los.

IV.2.2 Art. 20, inciso II: dominar mercado relevante de bens ou serviços.

De todo o observado, o efeito foi o de estender o monopólio efetivo pela representada no mercado relevante, visando a impedir ou atrasar a entrada de novos agentes econômicos. Assim, é possível o enquadramento neste inciso.

IV.2.3. Art. 20, inciso IV: exercer de forma abusiva posição dominante.

O contrato de exclusividade tem o condão de conectar duas empresas atuantes em mercados diferentes. Ela implica num gasto: a menos que haja apenas um interessado no produto – o mercado funcionar em regime de monopsonio – o comprador terá que pagar um sobrepreço por esta exclusividade, disputando-a junto a outros concorrentes. Este sobrepreço será tanto maior quanto for a quantidade de insumo retirada do mercado.

Este sobrepreço é dado de duas formas, não auto-excludentes: (i) o comprador pagará um preço maior por unidade vendida do produto objeto da exclusividade ou (ii) ele comprar-lo-á em maior quantidade do que o necessário para a seu uso. Nunca é demais frisar que tal sobrepreço é economicamente justificável – vale mais o que tem mais utilidade. Portanto, o aumento de preços do insumo permite auferir ganhos monopolistas, já que preclui a concorrência no mercado montante. É plenamente razoável que a empresa se disponha a pagar mais pela fonte, já que neste valor está imbutido o custo da exclusão do competidor.

Se se considerasse apenas a racionalidade econômica do negócio, o sobrepreço teria como limite para a empresa que compra o insumo os custos de transação a que ela incorre ao contratar sua fonte de matéria-prima (discutidos *supra*). Todavia, no caso de um monopolista, este limite é maior: são as próprias rendas monopolistas.

A empresa monopolista pode, perfeitamente, disputar com melhores condições contratos de fornecimento de matéria-prima, de forma a precluir a entrada de competidores. O ato de alavancagem é justamente este de transferir renda de um mercado a outro. Fecha-se o mercado, por exemplo, gastando-se para aumentar os custos dos insumos – ou seja, manipulando-se o preço no mercado relacionado. Esta manipulação está relacionada justamente com a capacidade de oferecer maiores preços pelos insumos no mercado montante, utilizando-se das rendas monopolísticas auferidas no mercado origem para financiá-los. Daí a razão porque a White Martins firmou os contratos objeto deste processo administrativo; daí porque suas ações configuram abuso de posição dominante.

No caso White Martins, os registros mostram que a empresa vigorosamente competiu por cada disponibilidade de matéria prima que surgisse no mercado, mesmo que não necessitasse dela para produzir. Ofereceu, inclusive, maiores valores que as concorrentes, a ponto de ganhar todas as disputas em que entrou pela exclusividade de fornecimento de matéria-prima entre 01.07.97 e 30.07.98. Foi deste modo que pôde celebrar o contrato com a Ultrafértil, como bem descreveram os Cons. Campilongo e Arinos. O relato da disputa com a Messer não deixa dúvidas a respeito. Firmava contratos de exclusividade com diversos fornecedores de modo a garantir para si mesma insumos – coisa que até pode ser considerada legítima devido às especificidades do processo produtivo.

Todavia, sua estratégia não previa apenas se precaver de eventual comportamento oportunista do fornecedor, como afirmou em sua defesa – ela incluía incorrer em altos gastos para adquirir quantidades muito superiores, por via de exclusividade. Pagava e muito para (i) retirar fontes do mercado, impedindo o acesso a insumos necessários à fabricação e (ii) elevar os custos dos competidores.

Fez isso através de sua capacidade de oferecer melhores condições às fornecedoras. Explico esta afirmação: no momento em que assinou o termo de aditamento com a Ultrafértil (1º de julho de 1996), a empresa já operava com excedentes de produção junto à planta de Cubatão – na verdade, mesmo que vencesse o contrato renovado que envolvia a planta WM do grupo, quantidade contratada pela LC (a outra empresa do grupo) já seria suficiente para cobrir a demanda das duas, necessitando de 0 (zero) t.p.d. do contrato da WM. O grupo tinha entre 01.07.97 e 30.06.98 a sua disposição 635 t.p.d. de by-product – 265 t.p.d contratadas pela planta LC e 370 t.p.d. (ou 200 t.p.d após 10.12.97) contratadas pela planta WM – enquanto consumia apenas 169.8 t.p.d.

Por que pagar tão caro por um excesso de gás que não seria aproveitado? Pior ainda: pagou a mais do que deveria porque (i) comprou quantida-

des superiores ao necessário e (ii) o preço pago por t.p.d. era superior ao anteriormente vigente no mercado. A única empresa não pertencente ao grupo que atuava no mercado pagava US\$ 16,00 por t.p.d. e a empresa White Martins, ao firmar o aditamento questionado, teve por bem oferecer-se a pagar US\$ 26,00, no período em questão. Ainda que se argumente que a fonte que a AGA obteve junto a seu fornecedor tenha menos utilidade do que a negociada pela WH junto à Ultrafertil, será que a diferença montaria a mais de 60%? A partir dos dados do processo, não estou em situação de inferir; a única constatação que posso fazer é de que as fontes conseguidas na sequência deste negócio custaram a seus compradores valores acima de US\$ 40,00 patamar completamente diferente de preço, portanto.

É, portanto, de se perguntar: qual seria o preço competitivo do insumo, caso (i) as exclusividades de fornecimento envolvessem o estritamente necessário para a produção de cada uma das plantas e (ii) a White Martins não fosse monopolista no mercado-origem – portanto não tivesse a capacidade de pagar mais caro pelo insumo do que suas competidoras.

Não resta, assim, dúvida que a posição dominante da representada foi exercida de forma abusiva, com o objetivo de estender ao máximo o monopólio por ela detido, atrasando a entrada de novos concorrentes.

V. Tempo de duração da conduta

Em recente memorial, uma vez mais a representada diz que se deve investigar também o papel desempenhado pelo DPDE, que teria considerado que a cessação da exclusividade somente se daria a partir do momento em que a Ultrafertil expressasse o seu de acordo.

A questão foi muito bem rebatida pelo ilustre Conselheiro Afonso Arinos, que asseverou, detidamente, que as partes não se comportaram como se houvesse havido a renúncia unilateral, mantendo-se o desperdício do excedente, por um lado e a recusa de comercializa-lo com terceiros, de outro. Assim, não houve nada de absurdo na determinação da SDE.

Tal fato não impede, no entanto, seja procedida investigação a fim de averiguar o grau de comprometimento da Ultrafertil com tal conduta. Por isso, ao final, proporei a abertura de Processo Administrativo contra ela.

VI. Alusão a jurisprudência comparada

Por volta de 1940, Alcoa era uma das mais bem-sucedidas empresas em sua área: detinha tecnologia de ponta, a produção de alumínio era um processo pouco difundido, complexo e especializadíssimo – poucas firmas no mundo eram capazes de fabricá-lo, já que o metal, sua forma de extração e as técnicas de fabricação eram novas.

A estratégia da empresa baseava-se na expansão contínua da capacidade de produção: aproveitando-se de vantagens provenientes da economia de escala, a companhia antecipava sempre necessidades do mercado, tantos em termos quantitativos quanto qualitativos: através de intensos investimentos em P&D, ela podia suprir seus consumidores e criar nova demanda, com novidades e qualidade. Isso mantinha suas margens de lucro baixas, preços baixos e excelência.

No mercado de lingotes, a consequência foi de que Alcoa passou a dominar 90% do mercado, o que na opinião de Learned Hand era prova do poder de mercado da empresa – o que não era, no entanto, suficiente para se provar o uso abusivo da posição dominante. Na sua opinião: “It does not follow because ‘Alcoa’ had such monopoly, that it ‘monopolized’ the ingot market.”. Vê-se aqui a clara caracterização da diferença entre deter poder de mercado e abusar dele.

Apesar de ressaltar todas estas virtudes, o Juiz Hand acabou por condenar a Alcoa com base na seção II do Sherman Act. Isso porque, segundo seu raciocínio, o monopólio foi conseguido e mantido de forma voluntária e às expensas dos competidores: ela antecipava-se à demanda, contratava matéria-prima em maior quantidade (não em excesso, entretanto), firmava contratos de fornecimento de energia elétrica que só iria ser utilizada em no médio prazo e celebrava acordos com competidores estrangeiros que, apesar de não implicarem em ações de cartelização, serviam como desincentivo para a competição.

Os argumentos que ele utilizou para sustentar sua posição são os seguintes: (1) se a fixação de preços entre rivais é ilegal *per se*, seria ilógico não aplicar a seção II que define o preço competitivo unilateralmente; (2) Alcoa desencorajou reiterada e ativamente a entrada de novos players no mercado, tanto pela sua atitude de antever a demanda quanto pela de garantir insumos para futura expansão – isso, num mercado que exige intensos investimentos em capital imobilizado, desencorajaria novos entrantes, provocando o fechamento do mercado; (3) o fato de ser eficiente e inovadora não protegia Alcoa da perseguição antitruste.

A decisão foi intensamente debatida e criticada, na seqüência, pela doutrina²⁷. A grande crítica que se faz a *Alcoa* é a de que ela não permitiu a visualização ou ao menos o estabelecimento de standards que servissem para futura aplicação da seção II.

De qualquer modo, os critérios estabelecidos em *Alcoa* foram seguidos nos casos *Griffith e United Shoe*. Estabeleceram, desta forma, uma definição diferente do conceito de *abuso* – esta, sim, que se perpetuou na doutrina e jurisprudência, apesar das falhas metodológicas relativas aos critérios de *afecção* do abuso – e não da identificação do que seria abusar de posição dominante

A definição de Hand de abuso de posição dominante (monopolization) como (1) poder de mercado adicionado a (2) conduta exclusionária permanece na jurisprudência americana como critério de identificação das infrações que tratam a seção II do Sherman Act.

VII- Considerações sobre o limite máximo da sanção a ser imposta a infrações contra a ordem econômica

O voto de vista do Conselheiro Macedo estabeleceu duas importantes conclusões: a) o art. 23, I, da Lei nº 8.884/94, caso interpretado literalmente, encerraria inconstitucionalidade material, por violação ao princípio da proporcionalidade, merecendo, assim, uma interpretação conforme, a fim de ser fixado que os limites mínimos e máximo nele estabelecidos dizem respeito ao faturamento bruto no mercado relevante e não em todos os segmentos de atuação da empresa; b) a metodologia de aplicação da sanção deve privilegiar sobretudo, quando possível for o seu cálculo, o valor da vantagem auferida.

Entendo de extrema valia e importância a sua segunda conclusão. Efetivamente, sempre que for possível arbitrar-se o valor da vantagem auferida, ela deve servir de referencial para a sanção deve ser fixada, devendo ser, sempre que o limite máximo o permitir, superior a tal vantagem auferida, a fim de constituir a sanção de força dissuasória.

Porém, manifesto as minhas reservas quanto à primeira conclusão. Farei brevíssimas considerações sobre o tema, em virtude do pouquíssimo tempo disponível, bem como pela circunstância de que não pretendo posicio-

²⁷ Vide, por exemplo, Baker, D., Government enforcement of section two, In: Notre Dame Law Review Vol 61, 1986, pp 898-927.

nar-me definitivamente sobre tal aspecto, o que, no presente caso, não será necessário, como veremos ao final.

O ilustre Conselheiro defendeu a tese de que a aplicação da sanção tendo como parâmetro mínimo e máximo o valor do faturamento bruto praticado em todas as atividades da empresa representada significaria afronta ao princípio da proporcionalidade e da igualdade. Ao da proporcionalidade por poder estabelecer uma sanção absolutamente desproporcional à conduta, quando o faturamento no mercado relevante fosse de pequena dimensão em comparação ao faturamento bruto obtido na exploração de todas as atividades da empresa. Ao da igualdade por permitir que empresas que praticassem a mesma conduta e tivessem um porte econômico, uma constituição²⁸ ou amplitude de atuação diversa²⁹.

Em todos os exemplos citados, creio que ficou bem configurada a disparidade a que a aplicação literal da Lei nº 8.884/94 pode levar em determinados casos concretos à violação ao princípio da proporcionalidade e da igualdade.³⁰

Porém, ao menos neste momento, não gostaria de aderir à extensão por ele conferida, de que tais padrões deveriam ser observados em todos os casos, como uma limitação ao alcance da norma e não apenas nos casos em que, concretamente e à luz das suas peculiaridades, fossem violados os princípios acima elencados.

No que tange à limitação imposta ao patamar mínimo, não irei me posicionar no presente momento, pois ela, definitivamente, não se coloca no caso concreto, dado que o ilustre Conselheiro fixou uma multa em valor prati-

²⁸ Nesta hipótese, levantou o exemplo de um grupo dividido em várias empresas, que receberia uma multa substancialmente menor do que uma empresa que não tivesse subdivisões.

²⁹ Neste caso, destaca a distinção entre uma empresa com diversos ramos de atividade (e, assim, um faturamento global que supera em muito o faturamento no mercado relevante atingido pela prática infrativa) e uma empresa que atua apenas no mercado relevante atingido, destacando a disparidade da sanção aplicada a cada uma delas.

³⁰ Não reproduzirei os seus argumentos para demonstrar isto, pois a) seria redundância, mesmo porque os elementos foram trazidos de forma percuciente e embasam corretamente as suas conclusões; b) a doutrina e jurisprudência em torno da aplicação do princípio da proporcionalidade não constitui exatamente novidade no constitucionalismo brasileiro, sendo que a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal data desde ; c) o exíguo tempo de elaboração do voto não permitiria trazer muitos argumentos complementares.

camente idêntico ao do Conselheiro-Relator, motivo pelo qual se pode inferir que não a considerou desproporcional.

No entanto, se não irei me pronunciar quanto ao entendimento emprestado pelo ilustre Conselheiro Macedo no que pertine ao valor mínimo da multa, gostaria de tecer algumas considerações no que pertine à interpretação conforme conferida ao patamar máximo da multa, ainda que não manifestando uma posição definitiva sobre o tema.

Com a devida vênia ao brilhantismo com que o ilustre Conselheiro defendeu o seu ponto de vista, creio que a ela podem ser suscitadas duas sérias ponderações. Em primeiro lugar, farei breve menção aos requisitos permissivos da utilização da interpretação conforme à Constituição, que encerra limites estritos, os quais, a meu ver podem ter sido ultrapassados, ou, ao menos, não foram objeto de análise. Em segundo lugar procurarei demonstrar que a sua decisão, sempre ressaltando a sua excelente fundamentação, pode contrariar o sistema estabelecido para as sanções. Passo a desenvolver estes dois raciocínios.

No que tange à interpretação conforme, por ser técnica que encerra limitações à norma editada pelo Poder Legislativo, inserindo-se, assim, no sistema de controle mútuo entre os Poderes, deve, em consequência, respeitar limites estritos.

Não é o caso, obviamente, não só pelo amplo conhecimento de que todos detém sobre tal técnica de controle da constitucionalidade das normas, como pelo fato do ilustre Conselheiro Macedo haver detido-se minuciosamente sobre o tema, de voltar a especificar o conceito e alcance do instrumento. Deter-me-ei, conseqüentemente, a respeito de alguns de seus limites.

A este propósito, transcrevo as seguintes observações de José Joaquim Gomes Canotilho³¹:

“Trata-se de um princípio geral de interpretação (cfr., supra, Parte I, Cap. 4, C) e que, no domínio específico da jurisdição constitucional, remonta ao velho princípio da jurisprudência americana segundo a qual os juízes devem interpretar as leis in harmony with the constitution. O princípio tem sido interpretado no sentido do favor legis, no plano do direito interno, e do favor conventionis, no plano do direito internacional. Consequentemente, uma lei ou um tratado só devem ser declarados inconstitucionais quando não possam ser interpretados conforme a Constituição.

³¹ José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 4ª edição, 1987, p. 840-841.

O sentido do princípio da interpretação conforme a Constituição não deve ser apenas o do favor legis ou do favor conventionis, conducente à sua redução a simples meio limitação do controlo jurisdicional (uma norma não deve considerar-se inconstitucional enquanto puder ser interpretada conforme a constituição). Se assim fosse, seria um mero princípio de conservação de normas. Ora, o princípio da interpretação conforme a Constituição é um instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais que impõe o recurso às normas constitucionais para determinar e apreciar o conteúdo intrínseco da lei. Desta forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição é mais um princípio de prevalência normativo-vertical ou de integração hierárquico-normativa de que um simples princípio de conservação de normas.

Esses limites dizem respeito, em primeiro lugar, às relações entre os órgãos legislativos e jurisdicionais. Neste aspecto, justifica-se que se fale de uma preferência do legislador como órgão concretizador da constituição. Se os órgãos aplicadores do direito, sobretudo os tribunais, chegarem à conclusão, por via interpretativa, de que uma lei contraria a constituição, a sua atitude correcta só poderá ser a de desencadear os mecanismos constitucionais previstos, tendentes à apreciação da inconstitucionalidade da lei. Daqui se conclui também que a interpretação conforme a constituição só permite a escolha entre dois ou mais sentidos possíveis da lei, mas nunca uma revisão do seu conteúdo. Argumenta-se, essencialmente, com o facto de a admissibilidade de uma correcção intrínseca da lei ser um processo muito mais atentório do favor legislatoris, ou seja, da preferência legislativa constitucionalmente concretizadora, do que a declaração ou reconhecimento de inconstitucionalidade. Aqui uma lei pode ficar sem efeito, mas o concretizador da constituição continuará a ser o legislador ao qual será sempre possível elaborar leis em substituição das consideradas irregularmente constitucionais. Pelo contrário, a alteração do conteúdo da lei através da interpretação pode levar a uma usurpação de funções, transformando os juizes em legisladores activos. Se a interpretação conforme a constituição quiser continuar a ser interpretação, ela não pode ir além dos sentidos possíveis, resultantes do texto e do fim da lei”.

Pressupõe ela, em primeiro lugar, a existência de mais de uma interpretação que se possa conferir ao texto constitucional. Com efeito, se apenas uma interpretação pode ser efetivada, a hipótese será ou de reconhecimento de sua constitucionalidade ou de declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, uma (ou mais de uma das interpretações possíveis) devem infringir a Constituição Federal. Se todas elas forem harmônicas com o texto

constitucional não há como se aplicar tal técnica, pois o resultado deve ser o reconhecimento de sua constitucionalidade.

A este respeito, destaco as seguintes observações de Paulo Bonavides:

*“A interpretação das leis “conforme a constituição”, se já não tomou foros de método autônomo na hermenêutica contemporânea, constitui fora de toda a dúvida um princípio largamente consagrado em vários sistemas constitucionais. (...) em rigor não se trata de um princípio de interpretação da Constituição, mas de um princípio de interpretação da lei ordinária de acordo com a constituição. (...) Uma norma pode admitir varias interpretações. Destas, algumas conduzem ao reconhecimento de inconstitucionalidade, outras, porém, consentem tomá-la por compatível com a Constituição. O intérprete, adotando o método ora proposto, há de inclinar-se por esta última saída ou via de solução. A norma, interpretada “conforme a constituição”, será portanto considerada constitucional. Evita-se por esse caminho a anulação da lei em razão de normas dúbias nela contidas, desde naturalmente que haja a possibilidade de compatibilizá-las com a Constituição. A aplicação desse método parte, por conseguinte, da presunção de que toda lei é constitucional, adotando-se ao mesmo passo o princípio de que em caso de dúvida a lei será interpretada “conforme a constituição”.*³²

No caso em apreço, com a devida vênia, não temos este requisito adequadamente preenchido. Com efeito, tenho grandes dificuldades para supor que a norma, dada a sua clareza, comportaria mais de uma interpretação. Porém, vamos supor que ela demandasse, efetivamente as duas interpretações suscitadas pelo douto Conselheiro, ou seja: 30% do faturamento bruto do mercado relevante ou 30% do faturamento bruto de todos os mercados em que atua a empresa envolvida. Nenhuma destas interpretações, a meu ver encerra inconstitucionalidade em abstrato.

Com efeito, a possibilidade de, em tese, aplicar-se a sanção máxima não encerra violação a nenhum princípio constitucional, não acarretando, em abstrato, violação ao princípio da proporcionalidade, por exemplo. Não nego que, em determinados casos concretos, em que a infração não encerrar robusta gravidade e a vantagem auferida for diminuta, poderá haver, em concreto,

³² Paulo Bonavides, Curso de direito constitucional, São Paulo, Malheiros, 5ª ed., 1994, p. 473-474.

inconstitucionalidade material. Mas jamais, em tese, pode ser argüida inconstitucionalidade.

Sobre este específico ponto, inclusive, já se pronunciou de modo expresso o Supremo Tribunal Federal, quando da apreciação da constitucionalidade da sanção que pode ser aplicada em seu grau máximo. Resta assim, absolutamente claro que o STF, em sede de juízo cautelar, entendeu não incidir qualquer inconstitucionalidade em tese na norma do art. 23, I, da Lei nº 8.884/94. Disse apenas que poderia, no caso concreto, a depender do quantum estipulado para multa *vis a vis* as características peculiares do caso, haver inconstitucionalidade material.

Com a devida vênia, a solução preconizada pelo ilustre Conselheiro Macedo justamente parece inverter a lógica do STF. Ao invés de se preocupar com a solução preconizada em cada caso concreto e neles, isoladamente, verificar como poder-se-ia aplicar a norma a fim de não incorrer em inconstitucionalidade material em concreto, preocupa-se em estabelecer – contra a literalidade da lei – solução que muda o sentido abstrato de norma abstratamente considerada constitucional pela corte judicial que tem esta atribuição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal.

Especificamente quanto ao limite máximo da multa que pode ser imposta, assim se pronunciou o Ministro Carlos Velloso:

“Sustenta-se que a multa, no percentual de 30% do valor do faturamento bruto é confiscatória, pelo que atenta contra o direito de propriedade garantido no art. 5º, XXII.

Não se tem, no caso, entretanto, multa de 30%. Tem-se, sim, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto, excluídos os impostos.

Concedo que, em certos casos, poderá ocorrer inconstitucionalidade material, vale dizer, inconstitucionalidade em concreto, no caso da aplicação da multa em seu grau máximo. Em abstrato não vejo configurada, pelo menos no primeiro exame, a inconstitucionalidade argüida.

Não tem relevância, portanto, a argüição.

Indefiro a cautelar, no ponto.”³³

Finalmente, a limitação do valor máximo apenas ao mercado relevante afetado encerra uma sistemática. Não resta dúvida que o sistema con-

³³ ADIMC-1094 – Relator: Min. CARLOS VELLOSO 21/09/1995 - Tribunal Pleno.

cernente à Lei de defesa da concorrência foi construído no sentido da sanção aplicada ser superior ao valor da vantagem auferida. Fosse diferente, o legislador teria simplesmente dito que a sanção deveria corresponder exatamente ao valor da vantagem auferida. Mas não, disse ele justamente o contrário, ou seja, que a sanção a ser aplicada jamais poderia ser inferior ao da vantagem auferida. Assim, acredito que o sistema sancionatório das empresas está assim orientado: o valor da vantagem auferida, quando ela puder ser calculada será sempre o patamar mínimo da sanção. Poderá o CADE sancionar acima deste patamar mínimo, desde que isto não supere o valor de 30% do faturamento bruto da empresa.

Aliás, somente neste contexto possuiria alguma eficácia dissuasória a sanção a ser empregada. Valor abaixo da vantagem auferida ou mesmo equivalente não servem para desestimular a prática de infrações. Com efeito, o agente econômico, se souber que o máximo que receberá de pena será equivalente à vantagem auferida, sempre que fizer o cálculo da probabilidade de ser processado, terá um saldo positivo. Em outras palavras: como sempre a probabilidade de uma agente econômico ser processado é inferior a 100%, sempre compensará a prática de infrações contra a ordem econômica, pois, por um lado, há uma chance considerável de ele jamais vir a ser sancionado e, assim, fruir a totalidade do proveito econômico auferido. Por outro lado, ainda que vier a ser processado e sancionado, na pior das hipóteses viria a perder aquilo que ganhara ilicitamente. Dito de modo direto: estaríamos diante da absurda situação em que a infração compensa!

Porém, com a devida vênia o sistema legal brasileiro parece ter sido expressamente orientado para evitar tal perniciosa situação. Assim, escolheu-se um patamar bem alto, a fim de que houvesse bastante margem para que a sanção pudesse superar a vantagem auferida. Porém, também se quis frear a possibilidade de sanção para que ela não se constituísse em fator que pudesse acarretar a inviabilização financeira da empresa. Por isso, em situações limites (mas que devem ser efetivamente limites) entendeu-se que a sanção poderia corresponder apenas à vantagem auferida, quando o valor desta superasse o patamar de 30% do faturamento bruto da empresa.

Surge aí, justamente a questão sistêmica de que eu falava. Ora, é de se supor que práticas infrativas que permitam grande vantagem econômica ao infrator, seja pelo tempo em que a prática infrativa perdure, seja pela natureza da infração (por exemplo, como no caso dos autos, que permitam a perduração de uma situação de monopólio, ou, então que possibilitem uma considerável elevação dos preços, etc.), venham a ter um valor que irá superar o montante de 30 % do mercado relevante afetado pela conduta. Aí somente restaria aplicar sanção exatamente equivalente à vantagem auferida, que não possui

efeito dissuasório, como já destacado. Tal situação, a meu ver, poderá ser comum em infrações que tiverem um alargado período de existência.

Porém, aceito o critério de limite máximo tendo como parâmetro o faturamento global da empresa tal distorção não ocorre e será quase sempre possível preservar o caráter dissuasório da sanção.

Apenas limitar-se-á ao valor da vantagem auferida situações limites, mas que tem uma justificativa mais plausível: evitar a inviabilização econômica da empresa, pois serão situações em que a vantagem auferida irá superar os 30% do faturamento global da empresa. De qualquer modo, esta situação limite será extremamente rara e quiçá inexistente. Menos raras, porém, serão as situações em que a vantagem auferida superará os 30% do mercado relevante, sendo, assim, necessária a preservação de tal eficácia dissuasória.

Uma questão poderia ser proposta: não haveria infringência ao princípio da igualdade, pois haveria situações em que poderia ocorrer distinção entre uma empresa que somente tivesse um ramo de atuação e, portanto, o seu faturamento global equivaleria ao faturamento no mercado relevante (empresa a) e outra empresa que se dedica a diversos ramos de atividade e teria o seu faturamento global superior ao faturamento do mercado relevante afetado (empresa b). Assim, suponhamos que a vantagem auferida fosse superior ao patamar de 30 % do faturamento de ambas as empresas. Poderia haver uma situação em que a sanção aplicada à empresa a fosse superior à b, infringindo-se o princípio da igualdade?

No entanto, a este argumento podem ser contraposta a seguinte ponderação: a) em primeiro lugar isto seria uma situação a ser resolvida em cada caso concreto, cabendo ao aplicador da norma justamente a prudência necessária para evitar uma situação de inconstitucionalidade em concreto, dotando-lhes a Lei nº 8.884/94 dos instrumentos necessários para tanto. Basta pensar que nada impediria, por exemplo, caso fosse o caso, de aplicar idêntica multa a ambas.

Retorno, inclusive, neste momento, ao argumento quanto aos estritos limites da interpretação conforme, que não permitem a alteração do sentido da norma. A este respeito valho-me novamente das lições de Paulo Bonavides³⁴:

“Mais convém advertir que na prática a elasticidade, assim proposta, de contemporizar com a dubiedade das normas e fazê-las tanto quanto possível constitucionais pode em casos extremos desfigurar o exercício do controle pelo órgão judicial. Assim vem acontecendo na Alemanha, onde, a pretexto de respeitar-se a lei como ato legítimo de um poder cujo exercício tem suas nas-

³⁴Op. cit., p. 476.

centes de controle na opinião pública e no debate democrático, qual é o legislativo, acaba o juiz ou o intérprete, valendo-se daquele método, por impor com a operação interpretativa conteúdos normativos que alteram o caráter da lei. Nesse caso a vontade do juiz, para salvar a lei, sem querer, e por excesso de zelo, se substituiu à vontade do legislador.

O Tribunal Constitucional de Karlsruhe tomou perfeita consciência desse grave risco, Verificas-se, pelo exame de alguns de seus extratos jurisprudenciais, que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição. Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois “isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional” (Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG).

Ora, se a vedação à alteração do sentido da norma já é vedada quando tal expediente é lançado para evitar a declaração de sua inconstitucionalidade, o que se dirá no caso concreto, quando a interpretação mais imediata e acorde com o sistema no qual ela está inserida é absolutamente compatível com o texto constitucional?

VIII- Sanção a ser aplicada

Parto, então, para o último ponto relevante no presente processo, qual seja, o critério de fixação do quantum a ser imposto como multa adequada à representada.

Temos, até o momento duas soluções. A primeira foi aquela que constou do voto do ilustre Conselheiro Relator, equivalente a 5% do faturamento bruto da empresa White Martins, excluídos os impostos. Aludido montante foi fixado a partir da análise da incidência das agravantes estatuídas nos incisos do art. 23.

O conselheiro relator foi acompanhado, em seu critério de fixação da sanção, pelos ilustres conselheiros Afonso Arinos e Thompson Andrade. O ilustre Conselheiro Thompson Andrade, professor titular de economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro estabeleceu o cálculo da vantagem auferida, conforme exposto no quadro abaixo destacado:

Estimativa da vantagem auferida (em R\$) pela White Martins com o açambarcamento sob hipótese de diferentes taxas de retorno sobre o faturamento adicional e diferentes valores para a elasticidade-preço da demanda de CO₂ no mercado relevante.

Elasticidade- preço da demanda da demanda	Taxas de Retorno sobre Faturamento			
	10%	15%	20%	25%
0,3	R\$ 17.753.468,87	R\$ 26.630.203,30	R\$ 35.506.937,73	R\$ 44.383.672,17
0,4	R\$ 13.788.388,87	R\$ 20.682.583,30	R\$ 27.576.777,73	R\$ 34.470.972,17
0,5	R\$ 11.409.340,87	R\$ 17.114.011,30	R\$ 22.818.681,73	R\$ 28.523.352,17
0,6	R\$ 9.823.308,87	R\$ 14.734.963,30	R\$ 19.646.617,73	R\$ 24.558.272,17
0,7	R\$ 8.690.428,87	R\$ 13.035.643,30	R\$ 17.380.857,73	R\$ 21.726.072,17
0,8	R\$ 7.840.768,87	R\$ 11.761.153,30	R\$ 15.681.537,73	R\$ 19.601.922,17
0,9	R\$ 7.179.922,20	R\$ 10.769.883,30	R\$ 14.359.844,40	R\$ 17.949.805,50

O ilustre Conselheiro Ronaldo Macedo, fixou a sanção em R\$ 24 milhões, tomando por base a vantagem indevida da representada.

Adoto, igualmente, como patamar para a fixação da sanção também o valor de R\$ 24 milhões, explicando a adoção de tal critério.

Tal valor possui o mérito de ser alcançado com a adoção de dois critérios, ambos estabelecidos na lei. O critério do conselheiro procedo encerra um mérito: ter por base a vantagem auferida. Ao seu valor apenas uma crítica poderia ser levantada: corresponder exatamente à vantagem auferida, o que mitigaria em muito a sua eficácia dissuasória, essencial para qualquer sanção, especialmente em se tratando de infração contra a ordem econômica.

No entanto, tal crítica pode ser facilmente superada, por dois motivos. Em primeiro lugar porque ela é superior ao patamar mínimo da vantagem auferida adotada pelo ilustre Conselheiro Thompson Andrade, o que conservaria parcela significativa de tal eficácia.

Em segundo lugar por ela praticamente coincidir com o valor adotado pelo ilustre Conselheiro-Relator. Com efeito, cálculos efetivados pelo Conselheiro Ronaldo Macedo, demonstraram que, “[T]omado o valor do faturamento bruto da White Martins em 1996 (R\$ 809 milhões) e fazendo sobre ele incidir o mesmo desconto proporcional dos impostos informados pela Representada com relação ao faturamento no mercado relevante (faturamento com impostos = R\$ 102,4 milhões; faturamento sem impostos = R\$ 82 milhões), chegaríamos a uma valor aproximado do faturamento bruto total, sem impostos equivalente a R\$ 497 milhões. Curiosamente, o percentual de 5% deste faturamento bruto equivale a aproximadamente R\$ 24,85 milhões”. Creio, assim, que fixar, neste critério, um valor de R\$ 24 milhões afigura-se bastante seguro, para o caso da incidência de impostos ser superior à estimada.

Acredito também que será em cada caso concreto que se deverá observar o quanto acima da vantagem auferida deve ser imposta a multa para conferir-lhe eficácia dissuasória. Creio que no presente caso o montante já preserva tal efeito.

Deste modo, como tal valor foi alcançado através da estrita observância de parâmetros legais, fixo a sanção no valor de R\$ 24 milhões. Tal valor deverá ser corrigido e atualizado na forma da lei desde dezembro de 1997 até a data do recolhimento.

Sugiro, ainda, a remessa dos autos à SDE, para averiguar-se a possibilidade de instauração de processo administrativo contra a Ultrafêtil, dada as alegações quanto à sua co-participação na conduta investigada no presente processo administrativo.

É como voto.

Brasília, 26 de junho de 2002

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Conselheiro-Relator

DOCUMENTOS A-
PRESENTADOS PELA
WHITE MARTINS

MEMORIAL 19 de abril de 2001***EXMO. SR. DR. MERCIO FELSKY****Processo Administrativo 08000.022579/97-05**

S/A WHITE MARTINS, doravante **REPRESENTADA**, por seus advogados adiante assinados, nos autos do Processo Administrativo em epígrafe, instaurado em decorrência de Representação formulada por **MESSER GRIESHEIM DO BRASIL LTDA.**, doravante **REPRESENTANTE**, tendo sido instada a se manifestar quanto ao r. Parecer da douta Procuradoria de fls., vem expor o quanto segue:

1.- Versam os presentes autos acerca de suposto açambarcamento de matéria-prima para a produção do gás carbônico. A **REPRESENTANTE** não teria conseguido ingressar neste mercado face à alegada prática anticoncorrencial da **REPRESENTADA**, que teria, mediante a celebração de contrato junto à **Ultrafértil**, chamado exclusivamente para si todos os insumos necessários à supra citada produção, não tendo tido, pois, condições de prosseguir em seu intento.

2.- Segundo entende a d. Procuradoria, teria ocorrido a subsunção do fato ao molde normativo, pugnano então, pela condenação da **REPRESENTADA**.

3.- O mercado em questão apresentaria como barreira à entrada a dificuldade de acesso à matéria-prima, e a **REPRESENTADA** as teria elevado com o aditamento contratual em 01/07/96 quando então, à época, já seria monopolista no setor. A razão de ser deste aditamento seria tão somente a criação de dificuldade à entrada de novos concorrentes.

4.- Alega, igualmente, que conquanto outros agentes econômicos tenham conseguido adentrar neste mercado, somente o tenham podido fazê-lo porque se dispuseram a pagar um valor extremamente elevado.

5.- *Data venia*, tal posicionamento reflete um incontestemente equívoco entendimento dos fatos.

* A pluralidade de memoriais justifica-se pelo igual número de votos de vista e objetivam em cada caso demonstrar, segundo a White Martins, as deficiências e falhas do votos a eles anteriormente proferidos

I – PRELIMINARMENTE

I – Da tentativa de refutação das questões preliminares e prejudiciais

6.- Inicialmente, quanto à negativa das preliminares suscitadas, cabe dizer que o r. Parecer, quiçá pela carência de argumentos de fato e de direito que dessem lastro à, no mérito, proposta condenatória, dedica longas páginas (a maior parte) ao “exame” das questões preliminares e prejudiciais.

7.- Fá-lo, todavia, em vão. De fato, a absoluta precariedade das observações, nitidamente formuladas por estrito dever de ofício, não merecem maior consideração, bastando a ratificação das preliminares argüidas, *in totum*.

8.- É suficiente, para tanto, registrar que:

a) no tocante à temática da inconstitucionalidade, o r. Parecer sequer aparenta saber a diferença entre os princípios constitucional do juízo natural e processual da identidade física do juiz, como se houvera similitude ou proximidade entre eles e como se o primeiro não fosse hierarquicamente superior ao segundo;

b) quanto à questão da incompetência *ratione materiae*, confunde o r. Parecer o interesse privado da **REPRESENTANTE** (porque esta exigia ter acesso, por ato do príncipe, a uma determinada e específica fonte de suprimento de CO₂ – Ultrafêtil -, enquanto os demais concorrentes ingressavam no mercado relevante sem ajuda governamental e por diversas outras), que por motivos desconhecidos procurou defender, com o interesse da Coletividade;

c) referindo-se à inépcia da petição inicial, baralha-se o r. Parecer entre os conceitos tão elementarmente distintos como “processo” e “ato decisório”; olvida-se que a aplicabilidade subsidiária do CPP é decorrente da própria taxinomia da LDC e que exatamente por ser estranho à sua natureza é que se exige expressa remissão ao CPC como fonte subsidiária; chega ao cúmulo de insinuar que a aplicação subsidiária do CPC é de ser admitida apenas “quando conveniente”, certamente aos propósitos *ad hoc* condenatórios; embora patente a pretensão punitiva do Estado na aplicação da LDC, se arvora a alegar que “no processo administrativo do CADE não há que se falar em lide” (*sic*) !!!; e ainda conclui, contrariando a Lei (art. 30 da LDC) e a jurisprudên-

cia do próprio CADE¹ que “a representação não se submete a requisitos estritos de validade” (*sic*) !!!! – mais nada é preciso dizer;

d) reconhece nulidades processuais, que comodamente desqualifica como simples “irregularidades” – na medida de seu interesse;

e) discorrendo sobre a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, embora sabendo-se que o Representado defende-se de fatos, entende regular a modificação desses fatos a bel talante da autoridade, após a instauração da instância; repele *tout court* e açodadamente o princípio da irretratabilidade do CPP, mas não o faz em relação ao princípio da imutabilidade do CPC (e sequer menciona o princípio da interpretação restritiva também consagrado no diploma processual civil básico), tudo sob a singela argumentação de que a aplicação subsidiária do CPC é de ser admitida apenas “quando conveniente” à acusação; reconhece que o processo foi instaurado por autoridade incompetente (a Inspeção-Geral), que fazia parte da d. **Secretaria de Direito Econômico - SDE**, mas não se confunde com a figura do Secretário de Direito Econômico;

f) examinando o tema da inépcia da Representação, o r. Parecer chega ao ponto de dizer que este instituto “não existe, à luz da Lei nº 8.884/94 e da sua sistemática” (*sic*), fundamentando o entendimento na “doutrina” de que a “inépcia é instituto de natureza processual civil, eminentemente criado para preservar a autoridade julgadora da precariedade e do constrangimento em apreciar questões de interesse particular sem que existam condições de identificar os fatos, aplicar o direito, ou ainda compreender o interesse almejado” – ou seja, tais preocupações não existiriam no Processo Administrativo perante o CADE !!!!; e

g) ao referir-se a outros processos sofridos pela Representada, no bojo da verdadeira **campanha** (mais apropriadamente dir-se-ia “perseguição”) que se lhe moveu no âmbito da **SDE**, chega ao desplante de afirmar “que o Processo Administrativo para apuração de conduta lesiva à concorrência ... tem natureza jurídica de ato administrativo” (*sic*) – Processo é ato ?????????

9.- A fragilidade auto-demonstrada do r. Parecer não merece maior dispêndio de tempo e desforço no que tange às questões preliminares, bastan-

¹ E.g., v. - Referência: Voto da Conselheira Hebe Romano no Processo Administrativo nº 0800.026488/95-23, de 13 de outubro de 1999, Representante: Secretaria de Direito Econômico – SDE – ex officio e Representadas: Casa de Chaves Gold Ltda. - ME, Guima Comércio de Chaves Ltda. ME – Chaves LAND e Bell’s Ferragem Ltda. In DOU de 13 de janeiro de 2000, Seção 1, pág. 2.

do a ratificação do argüido e a remissão ao que alhures já se escreveu² para que seja de pronto arquivado o presente Processo.

10.- Apenas em homenagem ao princípio da eventualidade e se, *ab absurdo*, não forem acolhidas as preliminares levantadas, é que se aborda o mérito do r. Parecer ora guerreado.

II – Da ampliação do raio de discussão

11.- Inicialmente cabe mencionar que a douta Procuradoria pretende, agora, à undécima hora, estender os lindes da controvérsia. Conforme originalmente delineado na denúncia formulada, conforme acolhida pela d. **SDE**, objeto de defesa pela **REPRESENTADA**, o âmago do presente processo cinge-se à data em que houve um posicionamento da d. **SEAE**, recomendando a liberação do suposto excedente da **Ultrafértil** como condição para a aprovação do Ato de Concentração **White Martins/Liquid Carbonic** e a final formalização junto àquela .

12.- Pretende a d. Procuradoria, agora, serodidamente, não apenas ampliar o período de análise da controvérsia, a partir da lavratura do referido aditamento até a final formalização junto à **Ultrafértil**; **pretende, mais, extemporaneamente e ultra petita, discutir a legitimidade de cláusula inserida no supra citado aditamento e sua racionalidade econômica, o que jamais foi objeto de cogitação.** Até o presente discutiu-se sobre a tipificação ou não do imaginário açambarcamento atribuído à **REPRESENTADA** (a despeito da inquestionável e reconhecida existência de fontes alternativas de matéria-prima e do efetivo ingresso no mercado de diversos agentes concorrentes), nunca sobre a legalidade da cláusula contratual impugnada ou sobre sua racionalidade econômica.

13.- Vislumbra-se, assim, que a d. Procuradoria anseia embasar o pleito condenatório em fato isoladamente considerado, sem se ater à amplitude de todos os outros aspectos envolvidos, quer estruturais, quer comportamentais. Aponte-se, de início, que em momento algum neste processo foi realizado um estudo sobre os custos de transação, as relações contratuais verticais e as eficiências advindas especificamente daquela relação contratual, como ora se junta.

² Cf. Franceschini, “Introdução ao Direito da Concorrência”, obra de mesmo título, ed. Malheiros, págs. 7 e segs., e “Roteiro do Processo Penal-Econômico na Legislação de Concorrência”, apud “Direito da Concorrência – Case Law”, ed. Singular, págs. 1339 e segs.

14.- De se conferir, portanto, que a emissão de um posicionamento quanto ao caso demanda a análise de uma pluralidade de fatores, que ora se passa a fazer.

II – MÉRITO

I –Do açambarcamento e das fontes de insumo existentes à época

22.- Mister se faz, então, inicialmente compreender o conceito de “açambarcamento”, qual seja, segundo o léxico o ato de “adquirir a totalidade de uma produção para revender sem competidor, monopolizar”.

23.- Conveniente se ressalte que, obviamente, o entendimento isolado da expressão “açambarcar” não basta à compreensão da matéria, exigindo-se para tanto sua compreensão no contexto da demanda.

24.- De se questionar, então, e aqui reside o ponto fulcral, se o fato de a **REPRESENTANTE** não ter à época ingressado no mercado relevante, teria sido efetivamente decorrente de conduta da **REPRESENTADA**, uma vez que esta teria se assenhorado de todos e únicos insumos disponíveis, imprescindíveis a tal desiderato, ou se, ao contrário, porque a **REPRESENTADA** exigia do Poder Público que a fonte existente junto à **Ultrafértil** fosse a ela outorgada em condições privilegiadas, ou seja, fixando-se “naquela” fonte, a despeito da disponibilidade de outras (que aliás permitiram aos demais *players* ingressar no mercado).

25.- Desta feita, tendo-se previamente delimitado que a problemática diz respeito à inserção do agente no mercado de CO₂, duas questões, como visto, se colocam:

“ 1.- Era a Ultrafértil à época a única fonte de insumo economicamente viável existente no mercado ?

“2.- Teria sido este suposto excedente adstrito contratualmente, REAL FATOR IMPEDITIVO aos demais agentes econômicos, para o acesso ao mercado ?

26.- Desde logo se antecipa que os fatos revelam resposta negativa.

27.- Inicie-se por registrar, que o ingresso da **REPRESENTADA** no mercado relevante de gás carbônico foi altamente pró-competitiva, inaugurando a fase concorrencial desse mercado, na medida em que teve por resultado uma desconcentração inédita e em tempo recorde, a par de que foi extrema-

mente pró-competitiva, conforme expresso reconhecimento da d **SEAE**: sub-entenda-se, eficiência econômica !!!!

26.- Conforme comprovado e debatido nos autos do Processo em tela, bem como nos do Ato de Concentração nº 78/96, existiam e estavam disponíveis inúmeras fontes de CO₂, diversas em oferta e outras à espera de interessados.

27.- Sem se mencionar as fontes por combustão (que tanta e indevida polêmica causaram), não há como negar que:

a) a **AGA** (cuja simples presença no mercado vem sendo sistematicamente ignorada pela acusação) ingressou no mercado virtualmente à mesma época da **REPRESENTADA**, instalando-se junto à **Prosint**;

b) o contrato entre a **REPRESENTADA** e a **Petrobrás** relativamente à **REVAP**, em São José dos Campos (SP), logo expiraria e seria (como foi) objeto de licitação (como foi), sagrando-se vencedora a **AIR LIQUIDE**;

c) a **Peróxidos**, no Paraná, ofereceu a fonte de que dispunha à **REPRESENTADA**, que a dispensou por dela não necessitar (aliás um comportamento absolutamente estranho para um real “açambarcador” !!!), fonte esta que terminou contratada pela **AIR LIQUIDE**;

d) a **Petrobrás** dispunha (e certamente teria antecipado sua disponibilização houvera interessados), como dispõe, de um manancial de fontes de CO₂ junto às suas refinarias, **REPLAN**, **RPBC** (vizinha da **Ultrafértil**) e **REFAP** (quando oferecidas foram virtualmente dispensadas pela **REPRESENTANTE** e demais concorrentes); e

e) a própria **REPRESENTANTE** dispunha de fonte em seu próprio quintal, junto à **Hoechst**, empresa a cujo grupo econômico pertence, fonte esta que passou por ela a ser posteriormente explorada.

28.- Em outras palavras: é absolutamente inquestionável que o famigerado excedente da **Ultrafértil** (que ao final, quando de sua contratação pela **BOC**, comprovou-se ser bem menor: o alardeado excedente de 170 toneladas/dia, era, na realidade de 100 tpd) não representava, nem de longe, sequer a maior parte dos insumos existentes no mercado, quanto mais a “única” fonte. A comprovar tal fato, como adiantado, diversos outros agentes se fixaram, podendo-se citar que:

a) a **AIR LIQUIDE**, atualmente conta com 2 (duas) plantas junto à **Rhodia** e à **REVAP**, e ainda conta com a fonte da **Peróxidos**

- b) a **AGA** conta com 2 (duas) plantas junto à **Prosint** e em **Jundiá**;
- c) a **BOC** conta com a planta junto à **Ultrafertil**
- d) a **MESSER** conta com 2 (duas) plantas, junto à **Spal-Panamco** (Coca-Cola) e à **Hoechst**.

29.- O que é mais surpreendente é que, exatamente **ao lado da Ultrafertil, existe a RPBC-Petrobrás, outra fonte de insumo, e em Paulínea, a magna fonte junto à REPLAN, que são simplesmente desconsideradas!!!**

30.- Assim, tombam por terra os argumentos de que a conduta da **REPRESENTADA** eliminou a concorrência (subentenda-se: a livre iniciativa).

31.- No entanto, diante desta realidade inconteste, surge, então, a douta Procuradoria a afirmar que a conduta anticoncorrencial da **REPRESENTADA** teria, em um segundo momento, prejudicado a livre concorrência, já que teria restado majorado o preço do insumo. Confira o item 119 do r. Parecer,

“ A seguir Air Liquide, em 1997, conseguiu contratar o fornecimento de matéria-prima com a empresa Rhodia. Para tanto, dispôs-se a pagar, em oferta pública, um valor extremamente elevado pela tonelada do gás bruto. O preço da matéria prima passou a ser extremamente alto, especialmente se comparado aos valores já pagos de fornecimento de CO2.”

32.- Entretanto, olvida-se de uma das mais mezinhas regras do livre mercado: a lei da oferta e da procura. Em sendo pioneira e em havendo enormes fontes de matérias-primas à disposição, a **REPRESENTADA** beneficiou-se dos preços de mercado com tais características. Seu ingresso, tendo deixado atordoada a concorrência potencial, que não o esperava, forçou apresadas providências e investimentos por parte dos demais *players* mundiais (que antes tinham o País como simples reserva para um futuro incerto, conforme indica a própria **REPRESENTANTE** ao insinuar a existência de um acordo entre os agentes internacionais nesse sentido). Elementar dizer que, ampliando-se a demanda em regime de urgência e acirrada disputa (múltiplas foram as licitações), os preços não poderiam ser (jamais) os mesmos pagos pelo empreendedor originário.

II - Do açambarcamento como barreira ao ingresso de novos concorrentes

33.- Já se afirmou³ que barreiras à entrada são limites naturais ou artificiais ao acesso, por parte de novos concorrentes, a um determinado mercado relevante. A identificação destes limites, corretamente se disse, é de fundamental importância na aferição das possibilidades de contestação à posição dominante exercida pelos agentes econômicos atuantes em um mercado.

34. Continua a orientação jurisprudencial do E. CADE, afirmando que, na definição da extensão dessas barreiras, duas variáveis devem ser levadas em consideração: uma variável temporal e uma variável qualitativa. Lastreada na lição de HOVENKAMP, registra a referida decisão que, para efeitos de análise concorrencial, temporalmente, barreiras à entrada serão preocupantes quando impedirem a entrada “por um período socialmente inaceitável”. Logo, prazos menores não acarretariam qualquer preocupação concorrencial.

35. E qual seria esse período ? A mesma fonte pretoriana esclarece:

“A Lei nº 8.884/94 é omissa no que se refere ao limite de tempo socialmente aceitável para uma entrada efetiva. Todavia, a doutrina e a jurisprudência geralmente estabelecem o prazo de dois anos para esse limite, excetuando-se casos muito específicos” (grifou-se).

36. Vê-se, portanto, que se o mercado relevante não oferece restrições temporais superiores a 2 (dois) anos ao ingresso de concorrentes potenciais, não há que se falar em impedimentos substanciais.

37. Ora, *in casu*, verifica-se que a d. **SDE** refere-se a um açambarcamento decorrente de uma barreira que teria perdurado por cerca de 6 (seis) meses, entre a data da renúncia unilateral da **REPRESENTADA** ao direito de preferência sobre o excedente da produção da **Ultrafértil** e aquela em que esta empresa, graças às ilegais exigências daquela Secretaria, “se dignou” a conceder sua concordância. Como se verá, e por seu turno, o r. Parecer da douta Procuradoria amplia o lapso temporal em questão para cerca de 17 (dezesete) meses, igualmente ignorando complementemente a mencionada renúncia unilateral.

³ Voto da Conselheira Hebe Romano no Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, de 29 de março de 2000, Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A – Ecap e Braco S/A. In DOU de 11 de abril de 2000, Seção 1, caderno eletrônico, pág. 1.

38. O que importa para o argumento é que, qualquer que seja a hipótese, não teria a **REPRESENTADA** criado qualquer barreira ao ingresso de novos concorrentes (do que se cogita apenas *ad argumentandum*) por prazo igual ou superior ao biênio que poderia causar preocupações anti-truste. Muito ao contrário, os concorrentes, notadamente a **AGA** e a **AIR LIQUIDE** adentraram no mercado relevante em curtíssimo lapso de tempo após a entrada da **REPRESENTADA** !!!!

39. Impensável, portanto, que tal avença entre a **Ultrafértil** e a **REPRESENTADA**, pelo curto prazo de vigência, pudesse ter causado qualquer impacto anticoncorrencial que pudesse ser preocupante para a autoridade anti-truste.

III - Do açambarcamento enquanto delito plurisubjetivo

40.- Causa evidente espécie que, conquanto tenha-se reiteradamente impingido a prática de açambarcamento à **REPRESENTADA**, não se atentou que tal prática, quando consumada mediante contrato, somente se tipifica como infração quando na presença de, ao menos, uma dualidade de agentes (as partes contratantes): trata-se de prática colusiva.

41.- Neste sentido, as lições de **FÁBIO ULHOA COELHO**

“ 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** do inciso VI **unilateralmente**”⁴ (ênfatisou-se).

42.- Assim, questiona-se: por que foi imputada conduta infrativa 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.

IV – Do contrato com a Ultrafértil

⁴ Direito Antitruste Brasileiro, pág. 71, Editora Saraiva.

43. Merecem algumas considerações o controvertido quanto pouco debatido contrato com a **Ultrafértil**, em suas múltiplas vertentes.

44.- Como é sabido, o contrato se perfaz pelo encontro das vontades do policitante e do oblato, nascendo um vínculo entre as partes. São seus elementos intrínsecos, portanto: o consenso, a causa, o objeto e a forma.

45. No presente caso, mister se faz esmiuçar alguns destes conceitos, e para tal servem como uma luva as lições do inesquecível Prof. **Orlando Gomes**⁵:

“ O objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é o objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa.

46.- Nesse diapasão, aqui igualmente reside outro ponto nodal para a análise da lide: o objeto da prestação e as condições.

47. Verifica-se, então, que o contrato celebrado com a **Ultrafértil** estipula a entrega do dióxido de carbono na modalidade “*take or pay*”, estando nele ínsito o direito de preferência na compra do excedente.

48.- Trata-se, este direito de preferência, como é pacífico, de direito disponível, passível, como tal, de ser renunciado unilateralmente. Portanto, se o direito de preferência ao guerreado excedente foi objeto de **renúncia expressa** pela **REPRESENTADA**, conforme se pode comprovar nos autos, inclusive por suas múltiplas ratificações, **a delonga na disponibilização da matéria-prima não pode ser atribuída à REPRESENTADA**.

49. De fato, aliás incontestemente, **sem qualquer amparo legal**, a d. **SDE** exigia a “concordância” da **Ultrafértil** (ao invés de exigir-lhe a imediata disponibilização do produto ao mercado)!!!!!!

50.- É mais do que evidente e natural que a **Ultrafértil**, agraciada com a exigência da **SDE**, aproveitou-se do acalanto para comercialmente negociar as condições de sua “aquiesscência”. Meses passaram-se

⁵ Contratos, pág. 56, Editora Forense.

nessas tratativas (exatamente o período que a d. **SDE** entendeu existir açambarcamento), sendo a **REPRESENTADA** a final compelida a aceitar os termos da **Ultrafértil** (que não foram gratuitos), para por um ponto final na dolente, porém, maligna, desgastante e onerosa “novela”.

51. *Concessa maxima venia*, **foi negligente, portanto, a SDE**. Tinha, desde logo, plena ciência da renúncia unilateral da **REPRESENTADA** ao direito de preferência de que gozava, forçou de fato (e ilegalmente) esta acusada a negociar o que não tinha o que tratar, e **nada fez no sentido de motivar a Ultrafértil** a colocar o produto no mercado, durante todo o tempo do “açambarcamento” !!!!

52. A situação da **REPRESENTADA** tornou-se a tal ponto constrangedora que viu-se na contingência, a determinado ponto de exasperação no curso de sua *via crucis*, de requerer formalmente (cf. fls. 1433) ao d. **DPDE** que desse ciência oficial à **Ultrafértil** da cópia do instrumento de revogação da cláusula de preferência, da qual aquela empresa já tinha amplo conhecimento, já que negociava com a **REPRESENTADA** desde o surgimento da abstrusa exigência da **SDE**.

53. **NEM ASSIM A SDE SE COMOVEU !!!! NADA FEZ EM PROL DA DISPONIBILIZAÇÃO DO FAMOSO EXCEDENTE AO MERCADO, QUIÇÁ CIENTE (COMO DEPOIS CONFESSOU) QUE A QUESTÃO NÃO ERA A DE FALTA DE FONTES DE MATÉRIAS-PRIMAS, PORQUE ESTAS ERAM FARTAS, MAS DE POLÍTICA INDUSTRIAL, QUAL SEJA O ENTENDIMENTO DE QUE A REPRESENTADA UTILIZAVA MAL DE SUAS PRÓPRIAS FONTES !!!!**

54. Em outras palavras, como já se disse, não se pode acusar uma empresa de açambarcamento de uma caixa de fósforos se esta se apropria de apenas um palito (*in casu*, de metade de um palito, uma vez que se demonstrou *a posteriori* que a fonte se reduziu substancialmente em relação ao que fora inicialmente divulgado).

55. Por todas as razões expostas, é certamente translúcido e comprovado que **não houve o alegado açambarcamento e que a demora na disponibilização do excedente sob análise ao mercado é atribuível exclusivamente à SDE e aos interesses comerciais da Ultrafértil**, forçoso concluir que, só por essa razão, o presente Processo Administrativo merece pronto e definitivo arquivamento, que se requer.

V - Do açambarcamento e ampliação do raio de discussão proposto pela douta Procuradoria, em desconsideração aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

56.- Conforme se teve a oportunidade de fazer menção, provavelmente ciente da fragilidade da tese acusatória, o Parecer da douta Procuradoria desconsiderou os limites da acusação inicial e os fixados no r. Parecer da **SDE**: fazendo a mais absoluta *tabula rasa* do ingresso no mercado de praticamente todos os grandes produtores mundiais, a começar pela **AGA** (cujo nome sequer é mencionado no r. Parecer), não apenas amplia o prazo do “açambarcamento” de (6) seis meses (conforme reconhecido pela **SDE**) para (17) (dezesete), e omite olímpicamente qualquer discussão sobre a unilateralidade da renúncia ao direito de preferência pela **REPRESENTADA**.

57. E o que é mais grave: vai além, pretende tardiamente discutir, sem que o tema houvesse sido submetido ao crivo do contraditório no curso do Processo Administrativo, a legitimidade da cláusula de exclusividade e sua racionalidade econômica. Durante todo o processo, face os limites da acusação exordial, digladiou-se sobre a existência ou não de açambarcamento ou sobre a existência ou não de barreiras ao ingresso de novos agentes no mercado relevante, ainda que a denúncia viesse instrumentalizada pela cláusula contratual de preferência a que a **REPRESENTADA** unilateralmente renunciara. **NUNCA SE PROPÔS A DISCUSSÃO SOBRE A LEGALIDADE OU RACIONALIDADE ECONÔMICA DESTA, NÃO SENDO LÍCITO QUE TAL OCORRA NESTA FASE, DADO QUE ULTRA PETITA !!!!**

58. Confira-se item 114 do r. Parecer:

*“A racionalidade econômica da referida exclusividade não é outra senão assegurar para si insumos escassos. Tal fato só se justifica em um mercado onde os recursos são, de fato, precários. Ademais, também é racional, dentro de uma perspectiva de maximização de lucros, que a **WHITE MARTINS** tenha procurado dificultar a entrada de novos concorrentes, isto porque queria manter a sua posição monopolista.”*

59.- Abre-se assim, um novo campo de discussão, nunca dantes aventado, sendo merecedoras, destarte, de algumas considerações (o que se faz apenas *ad cautelam* e sem que tais sucintos comentários possam ser tomados como “defesa” formal, eis que apenas ilustrativos da impropriedade e extemporaneidade da manifestação da douta Procuradoria). De fato, acaso submetida ao crivo do contraditório, teria direito a **REPRESENTADA** não apenas a formular defesa formal e cabal, nos prazos legais, como ainda a toda forma de

prova em Direito admitida, tais como as provas testemunhais e periciais para comprovar a legalidade e racionalidade econômica da cláusula, protestando, desde logo, por sua realização.

60.- De qualquer modo, desde logo se verifica a impossibilidade de se aditar a denúncia, dado que a questão relativa à contratação preferencial ou exclusiva do excedente disponibilizado pela **Ultrafértil** não versa sobre questão de conduta de mercado, mas sim de estrutura. Não por outra razão, aliás a **REPRESENTADA** recorreu hierarquicamente da instauração do presente Processo Administrativo face à pendência do procedimento de análise do Ato de Concentração nº 78/96 (cf. fls.).

61.- Com efeito, o **SBDC** examinava à época a estrutura do mercado relevante, nela incluída as fontes efetivas e potenciais de CO₂, dentre as quais o referido excedente. Na hipótese de a **REPRESENTADA** não ter se disposto a renunciar unilateralmente àquela fonte, ter-se-ia, tão-somente, que se debater, tal como sugerido pela d. **SEAE**, se a aprovação do Ato de Concentração deveria ou não ser condicionado à alienação dessa fonte adicional. Descabida, neste caso, qualquer imposição de multa, mas apenas da emissão de ordem de desfazimento parcial.

62.- Antes do “julgamento” do Ato de Concentração pelo E. **CADE** não se teria qualquer segurança ou certeza do efetivo impacto da aquisição, pela **REPRESENTADA**, do referido excedente e, portanto, da real necessidade da rescisão da cláusula impugnada ou de sua preservação. De qualquer modo, esta temática jamais foi objeto de consideração no curso do presente Processo.

VI- Dos custos de transação, relações contratuais verticais e eficiências

63.- No anexo percuciente estudo sobre custos de transação, relações contratuais verticais e eficiências comprova-se que o mérito da prática de exclusividade não pode ser analisado com rigor sem que sejam cotejados seus efeitos anti-competitivos e pró-competitivos, isto é, os possíveis ganhos de eficiência econômica resultantes da exclusividade que podem contrabalançar eventuais prejuízos à concorrência.

64.- Desta feita, a total ausência desta análise no r. Parecer está a lheivar de vício insanável, vez que não foram prospectados seus aspectos mais substanciais: as eficiências econômicas. A interpretação desenvolvida pela d. Procuradoria procurou definir a cláusula de exclusividade sob exame como um delito *per se*, o que não encontra guarida na Lei, que se afeiçoa à regra da razão.

65.- Assim, uma corrida d'olhos no referido estudo bastará para se vislumbrar que a prática gerou ganhos de eficiência decorrentes da redução dos custos de transação. Ademais, convém se ressalte que no caso em tela o mercado relevante para o exame da prática em questão, em suas dimensões geográfica e material, se encerra na própria **Ultrafertil**.

66.- Isto porque, para a **Ultrafertil**, no momento da negociação de fornecimento do subproduto, o *market share* da **White Martins** no mercado de gás carbônico era irrelevante. O que importava unicamente era a existência, atestada nos autos, de outra empresa disposta a adquirir a matéria-prima. Em tal cenário, **é a fornecedora (no caso a Ultrafertil) que disporia de maior poder de barganha** (e possibilidade de comportamentos oportunistas) **e não o interessado (na hipótese, a REPRESENTADA)**, derivado, principalmente, do fato de que os ativos da empresa adquirente são específicos e a relação comercial entre as partes sujeita a elevados custos de transação, além de outros igualmente significativos.

VII- Do favorecimento exclusivo

67. Ressalvas cabem, também, no tocante à alegação da douta Procuradoria de que “ *a cláusula de exclusividade favoreceria unicamente um dos contratantes, qual seja a WHITE MARTINS*”. Por que ?????? A isto não responde, porém.

68.- Como afirmar que somente favoreceria uma das partes, se a **Ultrafertil** estava recebendo pelo produto disponibilizado, redundando-lhe em vantagem econômica ???

69. E o que dizer da penosa negociação comercial a que foi forçada a **REPRESENTADA** a encetar junto à **Ultrafertil**, por ilegal exigência de “de acordo” formulada pela **SDE** ?????

VIII- Da intenção da empresa Quimbarra em instalar fábrica para a produção de Carbonato de Cálcio Precipitado

70.- Conforme pode ser demonstrado, a **Quimbarra**, empresa do grupo **Liquid Carbonic**, pretendia instalar uma planta para produzir Carbonato de Cálcio Precipitado. A produção de PCC em suspensão tinha como matérias-primas básicas a corrente gasosa de CO₂ disponível da **Ultrafertil**, a cal proveniente da **Arcos** e a disponibilidade de água em Cubatão.

71.- A idéia somente foi abandonada porque se acabou firmando, posteriormente, um contrato com a **Ripasa** para construção de uma planta de PCC no próprio *locus* da **Ripasa**, e, a partir desta, fornecendo para o mercado papeleiro.

IX.- Da necessidade do produto para expansão

72.- Conforme pode ser facilmente demonstrado, obviamente constava dos planos originais da **White Martins** a expansão de suas atividades em Cubatão, sendo-lhe, portanto, necessário o excedente, mesmo porque produzido na própria fábrica.

73.- Arvora-se a douta Procuradoria, sem qualquer justificativa plausível ou sustentação técnica, a afirmar que a fonte da **Ultrafertil** em relação a outras fontes de CO₂ (o argumento, por si só, bastaria para demonstrar a existência dessas outras fontes) estaria situada em “excelente localização”. Por quê ????? A isto não se responde, notadamente diante da difícil logística que exige uma fábrica em Cubatão (SP), demandando custoso transporte do produto serra a cima para sua comercialização, enquanto a planta da **REPLAN**, por exemplo, situa-se, esta sim, efetivamente, em excelente localização no Planalto Paulista, em Paulínea !!!!

74.- É notável que, como visto, **a própria SDE reconheceu, expressamente, não ter havido açambarcamento**, no sentido de absorção da totalidade ou da parte substancial de fontes de matéria-prima. Dedicou-se ela a “interpretar” o conceito de açambarcamento não sob o aspecto concorrencial, mas de política industrial, ou seja, de “má utilização de fontes de insumos” ditos escassos (cf. fls.).

75.- Mesmo porque, não apenas a “famosa” quota excedente da **Ultrafertil** se reduzira dos 170 tps para os 100 tps que ensejaram o ingresso da **BOC** no mercado, como ainda é incontestável que outras fontes existiam (e existem) e que foram apropriadas pelas demais entrantes como a **AIR LIQUIDE** e, antes dela, a **AGA**, cuja existência a acusação simplesmente se recusa reconhecer.

76.- Percebe-se destarte, que a **REPRESENTANTE** travestiu como concorrencial matéria de seu exclusivo interesse pessoal (queria ela a fonte da **Ultrafertil**, não lhe servindo nenhuma outra, mesmo que disponível, desejando-a, mais, que lha fosse entregue por ato do príncipe, sem licitação e em

condições privilegiadas em relação aos demais concorrentes potenciais ou efetivos). Apropriadas à questão as lições de **Paula Forgioni**⁶;

“ Ademais, tenha-se sempre em mente, como bem assinala Machlup, que o prejuízo causado a um concorrente ou aos concorrentes é bem diverso do prejuízo à concorrência.”

77.- Ademais:

a) a d. **SEAE/MF** foi explícita em reconhecer a natureza pró-competitiva do ingresso da **REPRESENTADA** no mercado relevante, bem como a improcedência da acusação;

b) a seu modo, a própria d. **SDE** também reconheceu expressamente não ter havido açambarcamento, entendendo-se esta no conceito jurídico e léxico, de absorção da totalidade ou da parte substancial de fontes de matéria-prima, embora tenha se dedicado a “interpretar” o conceito sob prisma diverso, qual seja, o de política industrial (“má utilização de fontes de insumos” ditos escassos - cf. fls.), matéria estranha ao Direito da Concorrência.

78.- Ora: trata-se de entendimento manifestamente impróprio, já que objetiva a admissibilidade de uso da legislação de regência para a implementação dirigista de políticas industriais, em flagrante desvio de finalidade social. Conforme já restou pacificado nas decisões do E. **CADE**, a legislação antitruste não se presta ao fomento da indústria.

79.- Os fatos concretos são incontestes: acaso a **REPRESENTADA** pudesse ou quisesse (o que jamais ocorreu) açambarcar todas as fontes de matérias-primas, tal iniciativa seria materialmente impossível; aliás a partir do fato de que o contrato entre a **REPRESENTADA** e a **REVAP** estaria em vias de expirar e a fonte em questão seria (como foi) licitada pela **Petrobrás**, sagrando-se vencedora a **AIR LIQUIDE**, (b) a **REPRESENTADA** havia dispensado formalmente a fonte de **Peróxidos**, que também foi arrematada pela **AIR LIQUIDE** (e se mantém ociosa até hoje sem que ninguém lhe tivesse acusado de açambarcamento), (c) a **REPRESENTANTE** sempre teve à sua disposição fonte próprio, junto à **Hoechst**, que hoje opera, e (d) a existência de generosas fontes até hoje inexploradas junto às refinarias da **Petrobrás**

⁶ Os fundamentos do Antitruste, pág 243, Editora Revista dos Tribunais

(e.g. **REPLAN**, **RPBC** e **REFAP**). Em suma: a acusação de açambarcamento torna-se um sem-sentido fático e jurídico !!!!!!!!

80.- A manifestação da douta Procuradoria-Geral, por seu turno, demonstrou-se, *data maxima venia*, nitidamente enviesada: (a) negando-se a reconhecer a realidade da estrutura e dinâmica do mercado (a partir do ostracismo a que foi relegada a **AGA** e o ingresso de todos os *players* mundiais, independentemente da fonte da **Ultrafértil**), (b) recusando-se a sequer discutir a natureza disponível do direito de preferência a que renunciara unilateralmente a **REPRESENTADA** e a ilegalidade da exigência da **SDE** de concordância formal da **Ultrafértil**, bem como (c) a negligência dessa d. Secretaria ao deliberadamente omitir-se no tocante à imediata colocação do referido excedente no mercado e, (d) extrapolando os lindes da acusação, trazendo à colação discussão nova, *ultra petita*, jamais submetida ao crivo do contraditório, qual seja a da legitimidade e racionalidade econômica da cláusula de preferência.

III – PEDIDO

81- Por todo o exposto:

a) diante da obviedade, *data venia*, do equivocado viés que norteou a análise dos fatos, conforme visualizados no r. Parecer da douta Procuradoria, requer-se se digne V.Exa. designar dia, hora e local para a realização de audiência perante todos os membros do E. **CADE**, ocasião em que a **REPRESENTADA** poderá dar-lhes melhor e direto conhecimento da realidade do caso concreto e de sua subsunção à norma aplicável, o que certamente resultará no reconhecimento da plena inocência da **REPRESENTADA**; e, por fim,

b) salvo anacrônica postura repressiva em relação a procedimentos de *griffe*, como o presente foi perante a d. **SDE**, à época, requer-se (porque se impõe) o definitivo arquivamento deste Processo Administrativo face à absoluta improcedência da acusação e a ilibada e atípica conduta de mercado da **REPRESENTADA**, sendo esta a única solução de

JUSTIÇA !!!!

De São Paulo para Brasília, 19 de abril de 2001.

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 adredeamente 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 Ultrafértil e respectiva fonte em sítio geograficamente privilegiado em relação a outros. Olvidaram-se, porém, dois fatos: (a) ao lado (vizinho) da Ultrafértil está estabelecida outra fonte, ainda hoje ociosa, a RPBC (porque esta não seria também geograficamente privilegiada ?), e (b) entre a Ultrafértil 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 Ultrafértil, 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 supedanejar 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 “discrção” 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, protelando, 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, pasme-se, 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 do 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.

MEMORIAL 22 de março de 2002.

EXMO. SR. CONSELHEIRO DR. AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

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 voto proferido pelo eminente Conselheiro Dr. Thompson Andrade, apresentar **MEMORIAL**, cuja juntada requer, para expor e requerer o quanto segue:

1.- Embora dispensando-se, sem motivação, de analisar a questão da configuração da ilicitude da prática, o ilustre Conselheiro acompanhou o entendimento do Conselheiro-Relator, Dr. Celso Campilongo. Limitou-se, para tanto, a asseverar que o tema já teria sido suficientemente compulsado, motivo pelo qual o escopo de seu pedido de vista seria “*examinar em que medida a multa por ele imposta se coaduna com os danos financeiros causados pela prática anticompetitiva*”.

2.- Isto porque, não obstante o eminente Conselheiro-Relator tenha *ad terrorem* sugerido a imposição de multa “histórica” de 5% sobre o faturamento bruto da **REPRESENTADA**, agravada por virtualmente todas as circunstâncias contempladas no art. 27 da Lei n.º 8.884/94, não se dedicou ele a justificá-la em profundidade, concluindo até pela não mensurabilidade do pretenso dano da conduta ao mercado ou das imaginárias vantagens auferidas com ela pela **REPRESENTADA**.

3.- Assim, à guisa de tentativa de suprir a lacuna das razões de decidir, tratou-se de criar metodologia especulativa para se “mensurar” qual teria sido tal vantagem com a suposta prática do açambarcamento¹, chegando *ab*

¹ Para dimensionar o efeito do suposto açambarcamento baseou-se em dois aspectos a) no processo de produção do CO₂, elegendo como critério os coeficientes fixos de produção, sendo ele igual a 0,98; b) qual teria sido o nível de preço caso esta quantidade adicional do produto houvesse sido ofertada e absorvida no mercado, simulando valores possíveis para a elasticidade-preço da demanda.

Estabeleceu, ainda, como período para o cálculo do preço e quantidade, o período de vigência da cláusula, que teria atrasado a entrada de concorrentes em 17 meses. Assim, o faturamento com a vendagem do CO₂, neste período, teria sido de R\$ 186.281.664,66.

absurdo o ínclito Conselheiro à conclusão de que a multa não poderia ser inferior a R\$ 28,5 milhões, e que face às agravantes, razoável seria a fixação da multa no patamar percentual de 5%.

4.- Ainda que apenas por uma questão de bom senso, quando não de Justiça e juridicidade, não podem prosperar, *data venia*, os argumentos elencados. Diz o brocardo: *en toute chose il faut considérer la fin*². O absurdo, *concessa maxima venia*, não pode justificar um pretense *leading case*³, nem pretende a **REPRESENTADA** deixar-se imolar por teses não amparadas sequer pelos fatos.

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 subsequente-mente ativou, após perder a licitação da fonte da **Ultrafétil** para a **BOC**?

Na seqüência, para calcular qual teria sido a queda de preço do produto caso outros produtores tivessem tido acesso à matéria prima, estabeleceu uma tabela comparativa em que elencou diversos valores da elasticidade da demanda e as diferenças de faturamento.

Nesse passo, o faturamento adicional estaria em um intervalo de R\$ 71,8 milhões a R\$ 177,5 milhões, o que por certo não seria o valor final, já que não estariam sendo feitas as deduções dos custos de produção. Motivo pelo que estabeleceu como taxa de retorno efetivamente obtido um valor igual ou superior a 25%.

Assim, os ganhos advindos estariam efetivamente situados em uma faixa entre R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões; com o que, admitindo-se uma elasticidade-preço da demanda de 0,50 a multa deveria ser fixada em um patamar não inferior a R\$ 28,5 milhões.

Levando-se em consideração as supostas agravantes, entendeu razoável a aplicação da multa em 5% do faturamento, com o que ela se situaria em um intervalo aproximado de R\$ 40 milhões (considerando apenas o faturamento de White Martins) e R\$ 50 milhões (incluindo o faturamento da Liquid Carbonic).

² La Fontaine.

³ Not kennt kein Gebot (em vernáculo: “A necessidade não conhece a lei”).

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 **Ultrafértil** (sabendo-se diminuta a escala mínima)?

iii) no segundo, quem deteria posição monopólica, a **REPRESENTADA** ou a **Ultrafértil**, que impôs severas condições comerciais (inclusive reajustes cambiais de preços) à contratação da fonte e à sua (legalmente dispensável) concordância onerosa com a rescisão da cláusula de exclusividade.

a) considerando-se que a imputação inicial (de que a **REPRESENTADA** se defendeu) foi a de mau uso de insumo escasso no período compreendido entre 26 de março de 1997 (data da renúncia unilateral ao excedente da **Ultrafértil**) e 10 de dezembro de 1997 (data em que esta “consentiu” com tal renúncia)⁴, 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 à ampla defesa mediante o devido processo legal e o contraditório?

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

⁴ Remembre-se que a SDE propôs a condenação da REPRESENTADA não por qualquer tema concorrencial ou açambarcamento de fonte, mas por questão de política industrial, ou seja, de “subutilização ou ineficiência no gerenciamento deste escasso recurso (CO₂) que, possivelmente seria melhor utilizado por outros concorrentes” (sic, fls. 417). Extrai-se da enviesada e indigitada Nota Técnica do DPDE (fls. 486) o peculiar entendimento deste órgão do que seja “açambarcamento”: “Cabe aqui, interpretação e explicitação da Lei 8884/94, no tocante ao açambarcamento de fonte. EM QUE PESE A EXISTÊNCIA DE FONTES DE MATÉRIA-PRIMA OUTRAS DISPONÍVEIS, é inadmissível entender a Lei em sentido diverso ao de não permitir o enquadramento legal no dispositivo XV do artigo 21 PELO FATO DA EXISTÊNCIA DE DISPONIBILIDADE. O açambarcamento de matéria-prima não ocorre apenas e tão somente quando estão indisponíveis todos os recursos (matérias-primas e produtos intermediários) mas, sim O QUE A LEI ZELA É PELA UTILIZAÇÃO RACIONAL DOS INSUMOS” (sic) (ênfatizou-se). Portanto, fontes disponíveis havia, não tendo ocorrido nenhum fechamento de mercado (foreclosure).

ii) qual o efetivo grau de fechamento do mercado dela resultante⁵?

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

a) qual a responsabilidade do **DPDE** ao protelar a imediata colocação do excedente da **Ultrafértil** 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 **Ultrafértil** à referida renúncia de direitos, sujeitando aquela a submeter-se a penosas e onerosas negociações comerciais com a **Ultrafértil**, de que resultou elevado preço para a **REPRESENTADA**?

6.- Para tanto, necessário seria reabrir-se a fase de conhecimento (o que se requer se necessário), fase esta de longa data encerrada no âmbito da **SDE**, muito antes da formulação da nova acusação pela qual o ínclito Conselheiro-Relator pretende ver a **REPRESENTADA**, embora até mesmo primária, “exemplarmente” condenada.

7.- De qualquer forma, ratificando-se toda a defesa até o presente manifestada e passando-se ao exame do r. Voto do eminente Conselheiro Thompson Andrade, deve-se desde logo apontar para o fato translúcido, visível *ictu oculi*, de que os critérios eleitos pelo ilustre Conselheiro para a referida mensuração residem integralmente no terreno da subjetividade e baseiam-se, *data venia*, em metodologia equivocada (a par de que as hipóteses eleitas sempre refletem adrede opção pelo pior cenário possível, conforme se demonstrará, em total desconsideração pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade e resultando em sanção de cunho confiscatório de que resulta possível inviabilidade econômica da própria atividade produtiva).

8.- Alguns desses aspectos serão doravante sucintamente abordados, como segue:

⁵ Vide, a respeito a Nota 4 acima, onde o próprio DPDE nega ter existido qualquer foreclosure.

I - Mercado Relevante e grau de fechamento

9.- Uma das questões centrais a qualquer proposta condenatória, como dito, sequer foi até o presente abordada, a saber: qual o real grau de fechamento do mercado em virtude do contrato de exclusividade com a **Ultrafertil**?

10.- Com efeito, a celebração de contrato de fornecimento de matéria-prima pode vir a causar prejuízo à concorrência, caso a quantidade contratada seja elevada o bastante, em relação à oferta do mercado relevante, a ponto de propiciar o “fechamento” (*foreclosure*) do acesso de empresas concorrentes, estabelecidas ou potenciais, ao insumo.

11.- Assim, o mercado relevante objeto de análise no presente caso deve ser o mercado da matéria-prima, e não o do produto final, como os rr. Votos até o momento prolatados o fizeram.

12.- Com o que se percebe, conforme restou demonstrado no Estudo Econômico acostado aos autos (fls.), que a disponibilidade utilizada no período em questão era da ordem de 965 tpd (consideradas as fontes que efetivamente demonstraram ser passíveis de utilização por terceiros dentro de um período de investimento razoável) contra um montante de subproduto de 170 tpd contratados com exclusividade pela **REPRESENTADA**, daí resultando em um **grau de fechamento de aproximadamente 17,6% !!**

13.- Não é só: há que se considerar que a oferta de subproduto para a produção de gás carbônico não se limita à disponibilidade já utilizada ou contratada. Engloba também outras fontes já identificadas e que não se encontravam contratadas por qualquer empresa.

14.- Conclui-se destarte que o total geral de subproduto para produção de gás carbônico monta a 2.365 tpd, resultando em um **grau de fechamento do mercado de 7,2 %**, em decorrência da contratação de 170 tpd da **Ultrafertil** (dos quais 70 tpd continuam ociosos até o presente).

II - Da racionalidade do contrato em questão

15. Este aspecto, como visto foi integralmente desconsiderado, não apenas nos rr. Votos, mas no próprio curso da instrução (que versou sobre imputação diversa), o que no mínimo afronta os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando mais os da Justiça. De qualquer modo, subjacente à contratação com a **Ultrafertil** havia, sim, uma justificada busca por maior eficiência.

16. Inicie-se apontando que os ativos produtivos da **REPRESENTADA** encontravam-se comprometidos com a utilização daquela determinada fonte de subproduto. Desse modo, chega a ser intuitivo que haveria uma redução dos custos proporcionada pela utilização, em escala ampliada, da mesma fonte de suprimento.

17.- Recorde-se que à época havia perspectivas bastante favoráveis de crescimento não apenas do mercado de gás carbônico, como de outros produtos que se servem do insumo no processo produtivo (e.g. Carbonato de Cálcio Precipitado -PCC), também fabricados por empresa então do mesmo grupo econômico da **REPRESENTADA (Quimbarra)**.

18.- A guisa de ilustração, é fácil notar, pelo gráfico abaixo, que o mercado de Carbonato de Cálcio Precipitado - PCC vinha-se expandindo contínua e expressivamente, tendo apresentado um crescimento de 29% de 1995 para 1996 e 19% de 1996 para 1997.

19.- Assim, de fato e ao contrário do entendimento expresso no Voto do ilustre Conselheiro Relator, não foi a possibilidade de alteração das condições de fornecimento necessário à produção corrente da **REPRESENTADA** que motivou a celebração do aditamento ao contrato, mas sim a possibilidade de adoção de comportamento oportunista quando da contratação de suprimentos adicionais.

III- Dos Equívocos Metodológicos e da Injuridicidade na Determinação da Multa Proposta

III.1 - A quantidade de matéria-prima utilizada como parâmetro

20.- As simulações acerca do aumento de oferta realizadas no Voto de Vista partiram da equivocada premissa de que toda a disponibilidade da **Ultrafertil** seria contratada (170 tpd) e convertida em oferta adicional de gás carbônico.

21.- A premissa é desmentida pelos fatos, revelando apenas o possível desejo de selecionar a situação a mais desfavorável possível para a **REPRESENTADA**. Isto porque, não necessariamente um novo ingressante contrataria os 170 tpd, como de fato não ocorreu. A **BOC** contratou apenas 100 tpd do excedente e, conseqüentemente, ofertou menores quantidades de gás carbônico ao mercado.

III.2 - Elasticidade-Preço da Demanda

22.- Algumas considerações devem ser feitas a partir das suposições e conclusões obtidas e demonstradas no Voto proferido pelo ilustre Conselheiro, que utilizou o conceito de elasticidade-preço da demanda.

23.- Questiona-se o por quê do cálculo do faturamento auferido no período em questão (com exclusividade) ter considerado o preço (selecionado) de novembro de 1997 (R\$ 0,58 / kg.) e não o preço médio do período.

24.- Aliás, mesmo que se adotasse (*ad argumentandum*, é claro) o critério do ilustre Conselheiro, o valor por ele consignado em seu Voto estaria errado: ter-se-ia R\$ 0,58 x 585,96 tpd x 510 dias = R\$ 173.326.968 (**e não R\$ 186.281.644, conforme o r. Voto**). Por outro lado, utilizando-se o preço médio do período, ter-se-ia R\$ 0,56 x 585,96 tpd x 510 dias = R\$ 167.350.176.

25.- Saltam aos olhos, todavia, as questões exsurgentes da elasticidade-preço da demanda. Considere-se, por amor ao debate, que a demanda seja inelástica: **qual o embasamento teórico ou empírico, porém, para a determinação da elasticidade-preço em 0,50 ou qualquer outro valor?**

26.- Fosse a elasticidade-preço 0,5, o preço do quilograma de gás carbônico seria de R\$ 0,242 (resultado da divisão de R\$ 72.188.256 por 298.839.600, de acordo com os cálculos contidos no Voto). **Indaga-se nesse ponto: teria esse preço algum sentido econômico?** Recorde-se que o preço do gás carbônico vigente em novembro de 1997 era de R\$ 0,58 / kg, o que **vale dizer que a suposição de que a elasticidade-preço da demanda seria 0,50 resulta em simples arbitrariedade !!!**

27.- Daí resulta que o procedimento adotado no Voto ora guerreado carece de sentido por basear-se em meras suposições acerca de variáveis sobre as quais se tem pouco ou nenhum conhecimento empírico.

III.3 - Análise de Custos e Taxa Interna de Retorno

28.- Estimadas as variações de preços (e, a título de exercício, arbitrada, ao final, uma elasticidade-preço da demanda igual a 0,50), identificou-se que a diferença de faturamento (com ou sem exclusividade) estaria compreendida no intervalo entre R\$ 71,8 milhões e R\$ 177,5 milhões.

29.- Para a apuração do ganho líquido imputado à **REPRESNTADA**, de acordo com o r. Voto, ter-se-ia que proceder à subtração dos custos incorridos. Todavia, na ausência de dados precisos sobre esses, adotou-se nova simulação, buscando aferir os lucros adicionais obtidos a partir de supos-

tas taxas internas de retorno.

30.- Indaga-se da razoabilidade dos valores da taxa interna de retorno empregados na simulação: **10%, 15%, 20% e 25%**? Não há qualquer justificativa, qualquer embasamento teórico ou empírico, para a adoção, ao final, da absurdamente irrealista taxa de 25% (**novamente: a pior situação para a Representada!**), quando, na verdade, a taxa de retorno do negócio em questão está situada entre 6% e 9%, sendo, portanto, inferior ao melhor cenário simulado no r. Voto.

31.- O que o i. Conselheiro, *data maxima venia*, quis dizer com "é bem provável que a taxa de retorno efetivamente obtida pela White Martins seja igual ou superior a 25%"? O que significa "é bem provável"? Pode uma mera suposição, destituída de qualquer fundamento objetivo, servir como justificativa para a aplicação de tão onerosa multa?

III.4 – Da Dosimetria da Pena e suas Conseqüências

32.- Propõe-se a fixação 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*. O fato em si 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 exclusividade tida por ilícita sem debate).

33.- Para tanto, reconheceu-se desmotivadamente presentes praticamente todas as circunstâncias agravantes previstas no art. 27 da Lei de Regência, embora sem que se tenha mensurado o pretense dano, a despeito do esforço elucubrativo a que se dedicou o Voto do eminente Conselheiro Thompson Andrade. Inúmeros questionamentos subsistem, todavia, à luz dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da resultante natureza confiscatória da pena considerada.

34.- Ressalve-se do r. Voto uma abordagem correta: fosse alguma multa cabível (o que se pode imaginar apenas por excessivo amor ao debate), a base de incidência somente poderia ser o mercado de CO₂ na Região Sudeste mais Paraná, onde supostamente a imaginária prática teria produzido efeitos.

35.- Por outro lado, fato inegável é que a multa, se confirmada (do que mais uma vez se cogita apenas *ab absurdo*) nos valores citados, seria, com o devido respeito, irracional, posto que dela resultariam gravíssimos custos sociais, mesmo porque possivelmente inibitória da própria atividade (que passaria quiçá a ser economicamente injustificável), a par de caracterizar-se

como confiscatória⁶ e, destarte, materialmente inconstitucional.

36.- Sabe-se que o princípio da razoabilidade encontra fundamento doutrinário na necessidade que a Lei tem de se relacionar com a moralidade e a continência do fundamento da edição da norma com a solidariedade, segurança jurídica, ordem e principalmente Justiça.

37.- A moderna doutrina constitucional é uníssona no sentido de que não se deve analisar as leis somente pela ótica do princípio da reserva legal, mas da reserva legal proporcional, que tem como pressuposto não somente a legitimidade dos meios e dos fins serem alcançados, mas também a necessidade de utilizar-se o meio menos gravoso ao indivíduo para alcançar o fim almejado. A desconsideração da adequação dos meios e dos fins resulta na violação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade⁷.

⁶ 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

⁷ O princípio da razoabilidade, conforme as sempre muito adequadas lições de Celso Antonio Bandeira de Melo, “Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricão, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricão) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei

38.- Os montantes considerados no Voto do ilustre Conselheiro, sem qualquer atualização, representariam certamente mais do que um lustro do lucro operacional da **REPRESENTADA** relativamente ao CO₂ na Região Sudeste, do qual se apropriaria a **União Federal**.

39.- Mais grave: a aplicação de multa em tais patamares traria repercussões extremamente danosas à Sociedade, a partir do fato de que resultaria, inevitavelmente, em demissão de inúmeros funcionários, cessação de atividades com pesquisa e desenvolvimento e em possível repercussão em setores estranhos ao próprio mercado de gás carbônico (riscos à logística de entrega de produtos, inclusive medicinais, riscos ambientais e de segurança decorrentes de paralisação de fábricas etc.).

40.- Considerando os valores até o presente aventados⁸, atualizados na forma da Lei, ter-se-ia, grosso modo, u'a multa equivalente a:

- a) 63% - 79% dos resultados da empresa;
- b) 76% - 95% do custo da folha; ou
- c) 66% - 83% do programa de investimentos.

41.- Note-se que os valores cogitados nos rr. Votos adversos levam em conta operações que nada têm a ver com o mercado de gás carbônico na

que esta sufrague as providências insensatas que o Administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito.” (Curso de Direito Administrativo, pág. 63, Editora Malheiros).

Discorrendo sobre o princípio da razoabilidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro, invoca Gordillo (1977:183-184) “ a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é “ irrazoável”, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar” (grifos não originais) (Direito Administrativo, pág. 72, Editora Atlas).

⁸ Cf. o r. Voto do Conselheiro Thompson Andrade: “... o valor da multa arbitrada situou-se no intervalo aproximado de R\$ 40 milhões (considerando apenas o faturamento de White Martins) e R\$ 50 milhões (incluindo o faturamento da Liquid Carbonic)”.

Região Sudeste, pretensamente atingida pela conduta dita anticompetitiva da **REPRESENTADA**. De fato, tais montantes chegam ao absurdo de levar em conta o faturamento bruto da **REPRESENTADA** como um todo, ou seja, incluindo: (a) receitas de atividades estranhas à comercialização de gás carbônico, tais como as relativas a gases industriais e medicinais e (b) receitas consolidadas de operações realizadas no exterior, mais precisamente no Mercosul.

42.- Nesse contexto, é importante realçar o que preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, quando se dirige ao julgador:

"Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

43.- Como considerar que os rr. Votos atenderam aos fins sociais e às exigências do bem comum quando facilmente se percebe que os valores acima mencionados, por transbordarem qualquer dos lindes do aceitável, colocariam certamente em risco a própria continuidade do negócio, tudo à custa do emprego e do bem-estar da Coletividade? Poder-se-ia dizer que o **CADE** é indiferente aos impactos sociais de suas medidas e externalidades quejandas, mas certamente não o será ao ponto do desconsiderar o interesse do Consumidor (*ultima ratio* da legislação concorrencial).

44.- Por fim, embora o r. Voto de Vista tenha-se dispensado de analisar essa questão, não se pode deixar de reforçar algumas considerações no que se refere à cessação por parte de **REPRESENTADA**, da conduta supostamente abusiva sob debate.

45.- Ainda que inaceitável tal entendimento, mesmo que se acatasse, por absurdo, a idéia de que a celebração, em 01/07/1996, do 1º Aditamento ao Contrato com a **Ultrafértil** teria configurado infração contra a ordem econômica, porquanto tal conduta teria funcionado como impedimento inexorável ao acesso de novos competidores no mercado, ainda assim não haveria mais que se falar hoje em qualquer espécie de violação. Isso porque, uma vez recomendada pela **SEAE**, na reunião realizada em 17/12/1996, com vistas a facilitar a aprovação do Ato de Concentração relativo à compra do controle acionário da **Liquid Carbonic** (AC n.º 78/96), a **REPRESENTADA** imediatamente se prontificou a renunciar ao direito de preferência previsto no referido aditamento.

46.- Ademais, preocupou-se ainda em formalizar a referida renúncia, por escrito, nos autos, em março de 1997. Contudo, conforme já destacado, o **DPDE** permaneceu irredutível com o entendimento de que a mencionada cláusula de preferência somente deixaria de vigorar com a celebração do 2º

Aditamento ao Contrato, mediante o “de acordo” da **Ultrafértil**, exigência esta descabida à falta de embasamento legal.

47.- Embora sabendo-se que a renúncia a direito disponível não necessita de qualquer consentimento da outra parte, a **REPRESENTADA**, com a finalidade de atender à absurda exigência da **SDE**, celebrou, em 10/12/1997, o 2º Aditamento ao Contrato, submetendo-se, para tanto, a severas condições comerciais, como preços altos e *take or pay* elevado.

48.- Ainda que se esteja aventando esta hipótese apenas por verdadeiro amor ao debate, se a conduta sob análise fosse de fato uma infração contra a ordem econômica, não configuraria a situação acima narrada cessação de prática? Mesmo que não se tenha celebrado formalmente um instrumento intitulado TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (embora tenha este sido firmado no bojo do TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO objeto do citado AC n.º 78/96), a renúncia imediata da **REPRESENTADA** teria atendido plenamente o objetivo do art. 53 da Lei 8.884/94.

49.- Isso se torna ainda mais evidente se se examinar a Exposição de Motivos da indigitada Lei, que faz lembrar, no trecho abaixo transcrito, que o referido dispositivo foi introduzido na legislação antitruste com o objetivo permitir que o **SBDC** alertasse o agente econômico quanto a condutas abusivas que estivessem praticando e desse-lhe a oportunidade de cessá-las.

“...a própria ação administrativa ressenete-se da falta de meios que permitam **sejam os agentes econômicos alertados quanto às condutas abusivas que praticarem, assumindo o compromisso cessá-las**”(grifou-se).

50.- Isso se torna ainda mais evidente se se rememorar o disposto no Parecer da **SEAE** a respeito do presente processo, cujos principais pontos seguem transcritos:

“Esta questão foi abordada no Ato de Concentração n.º 08000.012.075/96-14, sobre a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins e que foi analisado por esta Secretaria, sendo emitido o Parecer n.º 36 de 02 de julho de 1997, em trâmite na SDE.

Quando ao excedente de subproduto, abordado no mesmo parecer, esta SEAE condicionou a aprovação da operação, ‘... que a White Martins abra mão de qualquer direito ao uso de excedente de CO2 disponível na unidade da Ultrafértil em Cubatão (suficientes para a abertura de uma planta de

porte), e que aceite não participar de negociações sobre esses volumes durante os 24 meses posteriores à assinatura deste compromisso'.

A condição imposta pela SEAE foi cumprida NA ÍNTEGRA, e o excedente colocado em oferta aos produtores , pela Ultrafertil.

(...)

Do ponto de vista estritamente econômico, a análise realizada permite concluir que o mercado de gás carbônico, após a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins tornou-se pró-competitivo, tendo em vista a entrada de novos concorrentes no setor.

(...)

As evidências demonstram que, em que pese a transferência do controle acionário da Liquid Carbonic para a White Martins, o monopólio de dióxido de carbono foi desfeito. Os fatos demonstram que houve uma redução da participação no mercado da empresa, tanto pela entrada de novos concorrentes como novas fontes, como pela redução de sua fontes de matéria-prima.

Dessa forma, a análise não identificou práticas anticoncorrenciais da Representada em suas relações com o mercado (grifou-se)".

51.- 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?

52.- 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.

Termos em que,
Pede Deferimento.

S/A WHITE MARTINS

De São Paulo para Brasília, 22 de março de 2002.

MEMORIAL 13 de maio de 2002

EXMO. SR. CONSELHEIRO DR. RONALDO PORTO MACEDO

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 Afonso Arinos de Mello Franco Neto, apresentar **MEMORIAL**, cuja juntada requer, para expor e requerer o quanto segue:

I- Do voto

1.- O ilustre Conselheiro entendeu estar configurada a conduta de *“açambarcamento de subproduto usado como matéria-prima para a fabricação de CO2 comercial, com o **eventual** (sic) efeito de criação de barreira à entrada de concorrente no mercado do produto final pelo aumento do custo de acesso a insumo”* (ênfatisou-se), mantendo, portanto, a multa aplicada.

2.- Na construção deste posicionamento entendeu que a Ultrafertil teria participação de 100% da oferta¹ no mercado de matéria-prima, indagando na seqüência se a aquisição desta específica fonte de matéria-prima pela **REPRESENTADA** teria como único objetivo inviabilizar a entrada de um

¹ Com relação aos mercados relevante assim se posicionou:

- a) Mercado relevante de produto final: mercado de gás carbônico comercial voltado para aplicação nas indústrias de alimentos, bebidas, metalurgia e outros.
- b) Mercado relevante geográfico de produto final: um círculo de centro em Cubatão-SP, de 400 Km de raio, de forma a englobar a Região Sudeste mais o Estado do Paraná, tudo para a final restringir-se exclusivamente à planta da Ultrafertil naquela localidade.
- d) Mercado relevante de matéria prima: a quantidade livre para negociação a cada momento do CO2 gerado como subproduto proveniente de correntes industriais na fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético.
- e) Mercado relevante geográfico de matéria prima: também é definido como a região circunscrita por um raio de aproximadamente 400Km de raio com centro em Cubatão, que à época englobaria praticamente toda a oferta de subproduto localizada nos Estados da região Sudeste mais o Estado do Paraná.

concorrente no mercado que, como visto, sob sua ótica, se restringiria a apenas aquela fonte.

3.- E a razão de ser deste questionamento estaria calcada no fato de, segundo o ilustre Conselheiro, ter a **REPRESENTADA** arrematado todo o excedente de matéria-prima da monopolista Ultrafertil, não tê-la utilizado para produzir gás carbônico, não ter capacidade para usá-la e tampouco ter demonstrado a intenção de empregá-la no futuro ou para outros fins comerciais legítimos.

4.- Ato contínuo, para investigar as pretensas evidências, entabulou a discussão em torno de três questões², sendo a primeira sobre a eventual necessidade de ampliação da capacidade disponível de subproduto; a segunda se o aditamento contratual que garantiu à **REPRESENTADA** preferência ao dito excedente teria sido uma resposta estratégica à ameaça de entrada; e, finalmente, o por quê teria a **REPRESENTADA** renunciado a seu direito antes de ser obrigada.

² As três questões propostas foram:

- 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?

A resposta a estas três questões estaria a indicar a confirmar a prática concorrencial, isto porque, relativamente à primeira, a REPRESENTADA teria capacidade de aumentar a produção de CO₂ e a oferta do mercado relevante antes do aditamento, e principalmente, “e talvez o mais significativo, a White Martins não demonstrou por qualquer documentação trazida aos autos, a existência de quaisquer planos ou projetos de expansão da capacidade de processamento da planta de Cubatão, de datas anteriores ao aditamento de contrato com a Ultrafertil”.

Com relação à segunda a REPRESENTADA não teria agido automaticamente em resposta a proposta da Messer, mas teve que tomar a iniciativa de fazer sua própria proposta a 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.

E com relação à terceira questão a postura da REPRESENTADA estaria a revelar possivelmente seu reconhecimento da dificuldade em justificar a conduta anti-concorrencial e adicionalmente, amenizar as conseqüências de uma condenação pelo poder público.

5.- As respostas a estas três questões autorizaria, no seu modo de ver, tendente à condenação da **REPRESENTADA**, a conclusão de que “*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 apresentação*” (ênfatisou-se). Vê-se, portanto, que a conclusão adversa posiciona-se com base não em prova, mas em ilações e presunções.

6.- Nesse passo, entendendo estarem caracterizadas as condutas do art. 21 da Lei de Regência, o ilustre Conselheiro, atendendo à “regra da razão”, perscrutou acerca da efetiva incidência no art. 20 da Lei 8.884/94, propondo duas questões: a) se a intenção de criar barreiras à entrada teria sido uma intenção racional e b) se as condições de participação no mercado de subproduto eram propícias ou efetivamente permitiram que o ato da White Martins refletisse um aumento de custo de entrada significativo para a Messer.

7.- Debruçando-se sobre estas questões chegou à conclusão, no tocante à primeira, de que o açambarcamento da matéria-prima teria sido muito provavelmente uma iniciativa racional, isto é privadamente lucrativa³, sem levar em conta os projetos da **REPRESENTADA** de utilização do excedente para expansão de sua capacidade produtiva e/ou para emprego na produção de PCC pela empresa coligada Quimbarra. E com relação à segunda questão entendeu o Conselheiro que o “açambarcamento levado a efeito pela White Martins” teria se consubstanciado em uma barreira à entrada já que aumentou o custo da matéria-prima, e conseqüentemente evitou a entrada de concorrentes”, sem para tanto considerar o fato de que a Messer dispensava a fonte da Ultrafertil para ingressar no mercado na medida em que, no mínimo, afora outras fontes disponíveis cuja existência não se pesquisou ou se considerou, aquela concorrente **dispunha de fonte cativa e possivelmente gratuita, que logo após passou a explorar, junto à sua então controladora Hoechst.**

8.- E, finalmente com relação à duração da conduta concluiu que a **REPRESENTADA** 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, desprezando o fato de que esse lapso temporal decorreu de fato fora de seu controle e ilegal,

³ Para responder à primeira questão levou a efeito uma ponderação de custo/benefício, onde o custo significou o preço pago pelo agente da conduta para pretensamente açambarcar a quantidade de insumo suficiente para desencorajar a entrada de concorrentes e o benefício a margem de lucro que sobraria em face da não entrada de um novo concorrente no mercado.

qual seja, a absurda recusa do **DPDE** em exigir a imediata colocação do excedente no mercado pela Ultrafertil, exigindo desta, absurdamente, o “de acordo” à renúncia unilateral da **REPRESENTADA** à faculdade de exercício do direito de preferência; tendo por derradeiro, adotado os critérios de valoração expostos no Voto do Relator para a imposição da multa, em absoluto desprezo pelos princípios da primariedade (se alguma infração houvesse), da razoabilidade e da proporcionalidade e pelas desastrosas conseqüências sociais e econômicas que tal virulenta e irascível posição certamente acarretaria, muito além ao do próprio mercado de gás carbônico.

9.- Não procedem, entretanto, seus argumentos, *data venia*, como, aliás, em parte se adiantou:

10.- Inicie-se por apontar que as conclusões a que chegou o ilustre Conselheiro sempre se arrimaram em suposições, indícios, possibilidades e demais expressões de conotação vaga; basta verificar que em seu voto inúmeras vezes recorre a este juridicamente reprovável expediente⁴. Isto porque, como é mais do que cediço, o processo antitruste, de natureza repressiva, se pauta pelo princípio da **VERDADE MATERIAL**⁵, nunca pela verdade pre-

⁴ Vide o Voto proferido pelo ínclito e saudoso Conselheiro Leônidas R. Xausa no Processo Administrativo nº 148/94, ao reprovar propostas de condenação com base em simples presunções, que assim se resume: “O processo administrativo tem por escopo, propiciar à administração verificar a ocorrência da infração, não podendo por critérios próprios e subjetivos punir alguém porque entende ser conduta punível” (cf. Franceschini, “Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE”, pág. 749.

⁵ Confira-se, e.g., o Voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Calliari, relator do Recurso de Ofício no Processo Administrativo nº 95/92, in verbis:

“É verdade que, como bem ressalta a professora Odete Medauar, os processos administrativos em geral (dentre os quais se incluem os do CADE) estão adstritos aos princípios da oficialidade e da verdade material, segundo os quais, muito resumidamente, o órgão administrativo pode e deve perseverar, de modo próprio, na busca por tantas informações quantas considerar necessárias para o adequado julgamento de cada caso, não se restringindo apenas àquilo que foi trazido aos autos.

Assim, no presente processo, tivessem sido levantados indícios de materialidade da infração, o fato de que esta não restou cabalmente comprovada nos autos poderia levar o CADE a deliberar, por exemplo, a necessidade do prosseguimento das investigações. É óbvio que em tal caso, caberia ao órgão sopesar os consideráveis custos para o contribuinte, e as dificuldades técnicas envolvidas em tal investigação arqueológica de uma conduta ocorrida quase na pré-história, na linha temporal da dinâmica econômica. Não é, porém, o que ocorre aqui.

O que os autos demonstram é que não foram apurados sequer indícios de que a conduta possa ter ocorrido. Nesse caso, não faria qualquer sentido pretender dar seqüência à instrução, ainda mais consideradas suas particularidades cronológicas. Portanto,

sumida, sendo pacífico que o ônus da prova cabe à acusação⁶.

11.- De toda sorte, andou bem - entretanto apenas inicialmente - o ilustre Conselheiro ao admitir que a conduta deva ser examinada em face da disponibilidade de subproduto (mercado relevante de matéria-prima para produção de gás carbônico). Para uma proposta condenatória, todavia, caberia à **acusação provar** a ausência de fontes alternativas, fato este, como visto, negado até mesmo pelo próprio **DPDE (fls. 417 e 486 dos autos)**⁷, preocupado apenas com o que entendeu ser um “mau uso” de insumo escasso e não com a ausência de tais alternativas.

12.- Assim, verifica-se que o primeiro corte foi feito com base em custos: só seriam viáveis as fontes de subproduto geradas a partir da síntese de amônia, da produção de hidrogênio e de gás sintético. Tomou-se por verdade incontestada a inviabilidade econômica da produção de CO₂ por combustão, sob alegada sazonalidade da matéria-prima principal (cana-de-açúcar), a despeito de não haver nos autos qualquer demonstração dessa sazonalidade, mas, ao

não cabe à administração se não por fim a um processo que já durou tempo demais. Note-se, ainda segundo a Prof. Medauar, que o princípio da oficialidade exige também que a administração atue de forma a chegar, sem delongas, à decisão.”

⁶ Veja-se, exemplificativamente, o Voto proferido pela Conselheira Lúcia Helena Salgado no Processo Administrativo nº 69/92, cuja ementa reza: “O Processo Administrativo perante o CADE se pauta pelo princípio da busca da verdade material em detrimento da formal, mesmo porque cabe ao Poder Público o ônus da prova”, apud Franceschini, “Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE”, pág. 747. No mesmo sentido, Voto proferido no Processo Administrativo nº 08000.020787/96-62, opus cit., pág. 751.

⁷ Remembre-se que a SDE propôs a condenação da REPRESENTADA não por qualquer tema concorrencial ou açambarcamento de fonte, mas por questão de política industrial, ou seja, de “subutilização ou ineficiência no gerenciamento deste escasso recurso (CO₂) que, possivelmente seria melhor utilizado por outros concorrentes” (sic, fls. 417). Extrai-se da enviesada e indigitada Nota Técnica do DPDE (fls. 486) o peculiar entendimento deste órgão do que seja “açambarcamento”: “Cabe aqui, interpretação e explicitação da Lei 8884/94, no tocante ao açambarcamento de fonte. EM QUE PESE A EXISTÊNCIA DE FONTES DE MATÉRIA-PRIMA OUTRAS DISPONÍVEIS, é inadmissível entender a Lei em sentido diverso ao de não permitir o enquadramento legal no dispositivo XV do artigo 21 PELO FATO DA EXISTÊNCIA DE DISPONIBILIDADE. O açambarcamento de matéria-prima não ocorre apenas e tão somente quando estão indisponíveis todos os recursos (matérias-primas e produtos intermediários) mas, sim O QUE A LEI ZELA É PELA UTILIZAÇÃO RACIONAL DOS INSUMOS” (sic) (ênfatizou-se). Portanto, fontes disponíveis havia, não tendo ocorrido nenhum fechamento de mercado (foreclosure).

contrário, de sua inexistência, posto ser viável a queima de bagaço de cana durante todo o ano.

13.- O segundo corte disse respeito à fontes comprometidas contratualmente com a White Martins – Liquid Carbonic. Como eram contratos de longo prazo, a disponibilidade dessas fontes só ocorria em intervalos discretos, de renovação dos contratos⁸. Desprezou-se, neste ponto, que outros concorrentes ingressaram no mercado, logo depois, por esse meio, notadamente a Air Liquide (dois contratos: REVAP e Rhodia) e, posteriormente, a própria Messer (um contrato: Spal-Panamco).

14.- De qualquer modo, a contradição entre as definições adotadas e a conclusão é evidente!

15.- Inicie-se por apontar que o ilustre Conselheiro dedicou-se a longo debate sobre a definição de mercado relevante geográfico (região Sudeste mais o Estado do Paraná) com o fito exclusivo de reduzir a oferta de insumo a uma única fonte, a da Ultrafertil. Nem mesmo considerou a fonte vizinha, da RPBC, da Petrobrás, quanto mais de outras refinarias, como a REPLAN.

16.- É verdade que há breve menção nos autos ao fato tratar-se o gás da RPBC (mas não o da REPLAN) de gás de purga, o que, à evidência não tornaria essa fonte um subproduto economicamente inviável, mesmo porque essa inviabilidade não se encontra demonstrada nos autos ou nos Votos até o momento proferidos.

⁸ Confira-se: “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”.

[...]

“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 A-GA, 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 sub-produto dos processos de fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético livre para negociação na região Sudeste mais Paraná, no ano de 1996”.

17. Chega-se a insinuar que apenas a fonte da Ultrafertil estava sendo objeto de negociação e oferta. Tratou-se, todavia, de simples presunção, posto que nenhuma pesquisa se realizou a respeito: primeiro porque tal debate não integrava a imputação inicial formulada contra a **REPRESENTADA** e da qual esta se defendeu; segundo que em momento algum se consultou quem quer que seja a respeito, nem mesmo a própria Messer que, como visto, dispunha de fonte própria, do mesmo grupo econômico (recorde-se que o *onus probandi* é da acusação).

18.- Não se pode descurar, também, que se essas fontes foram oferecidas pela Petrobrás apenas em outubro de 1997, as refinarias existiam há muito e conseqüentemente havia o subproduto, que simplesmente não tinha destinação comercial. **Com o que tem-se mais um disponibilidade de 860 tpsds.** Também não há qualquer pesquisa ou indagação se a Petrobrás não estaria à época sendo sondada por qualquer empresa quanto à negociação dessa fonte.

19.- Ademais, de se assinalar que não houve no r. Voto qualquer exame dos contratos vigentes; assim, tomando-se por base a afirmação do ilustre Conselheiro de que os contratos têm prazo de dez anos e são renovados um a cada ano, em dado momento, no mínimo, haveria a disponibilidade de 10% do contratado pela White Martins / Liquid Carbonic. Com o que poder-se-ia falar em 107 tpsds (10% x 1.070).

20- **Faltaria ainda mencionar as fontes da Prosint (AGA), da Hoescht e Spal-Panamco (Messer);** fontes cuja existência é prévia ao fatos sob exame, com o que se conclui acerca da existência de **mais 190 tpsds.**

21.- Isto tudo sem contar a **Peróxidos** (100 tpsds), no Paraná, também à disposição do mercado, aguardando interessados, até que arrematada pela **Air Liquide** (curiosamente: após ter sido oferecida à **REPRESENTADA**, que, quiçá como “bom açambarcador”, dela declinou !!!).

22.- **A análise da soma desta fontes – feita esta com a devida reflexão – evidencia que seu montante (sem contar a Peróxidos) TOTALIZA 1.157 tpsds. Ou seja: os 170 tpsds que foram objeto de disputa representam apenas 13% (170 em relação a 1.327 = 1.157 + 170) da disponibilidade total de matéria-prima economicamente viável para a produção de gás carbônico.**

23. O que sim deve restar bem assinalado é que se não há qualquer evidência nos autos de que não havia outras fontes sendo ofertadas, mesmo porque o tema sequer foi objeto de imputação ou contraditório. Ao contrário: há provas, reconhecidas até mesmo pelo DPDE, de que disponibilidades outras havia !!!!

24.- E, reitere-se, a própria **REPRESENTANTE** Messer prescindia da fonte da Ultrafértil, posto ter acesso a outra, cativa, - que inclusive logo depois passou a ser por ela utilizada, - a da **Hoescht**.

II – Desatendimento ao devido processo legal – falta de correlação entre a imputação e sentença – impossibilidade de demonstrar a racionalidade econômica da cláusula de exclusividade.

25.- Nota-se na realidade que persiste nos rr. Votos até o presente momento proferidos, nítida confusão entre a figura do açambarcamento e a do *foreclosure*. Conquanto possam apresentar similitudes, sua correta exegese é fundamental para a interpretação dos fatos objeto de julgamento.

26.- Isto porque a conduta que **ora** é atribuída à **REPRESENTADA**, – frise-se, acusação esta somente à undécima hora levada a efeito, e não submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa – seria a suposto bloqueio ao mercado, conhecida como *foreclosure*.

27.- Nesse sentido, considerando-se que a imputação original (a única juridicamente válida e da qual a **REPRESENTADA** se defendeu) foi de “mau uso de insumo escasso” e durante período inferior ao por derradeiro pretendido pela proposta condenatória, qual seja, o compreendido entre 26 de março e 1997 (data da renúncia unilateral ao excedente da Ultrafértil) 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 ?

28.- E quando assim se afirma, é porque 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*, no r. Voto por derradeiro 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 !!!!

29. Ademais, para que houvesse ocorrido a conduta supostamente imputada à **REPRESENTADA** nos moldes descritos, importaria que não houvesse outras fontes, o que de fato não ocorreu conforme demonstrado no item 22 desta petição

30.- Nesse passo para que se consubstanciasse a conduta ora imputada, necessário seria que a) a **REPRESENTADA** tivesse eficazmente bloqueado todas as fontes disponíveis ou em proporção tão elevada que impedisse o acesso a matéria-prima às concorrentes; b) não houvesse uma racionalidade econômica para a conduta da **REPRESENTADA**.

31.- No tocante à primeira questão, é evidente e pacífico (salvo para a proposta de condenação a qualquer custo) que havia outras fontes; faz-se novamente menção ao item 22 desta para evidenciar que havia sim, inúmeras outras fontes a suprir eventual demanda da Messer, inclusive fonte cativa, da própria controladora, Hoescht, que, subseqüentemente passou a dela se servir

32.- No tocante à segunda questão, evidencia-se – ainda que muitos pareçam não notar - a imprescindibilidade do devido processo legal. Assim se acusação inicial era sobre uma determinada conduta, sobre ela a **REPRESENTADA** por óbvio se defendeu. Portanto, se a acusação – que somente ora se formula - é sobre a ilicitude da cláusula que se consubstanciaria em bloqueio a mercado, haveria que se indagar de sua racionalidade econômica da conduta e submeter o tema ao contraditório e ampla defesa (esta não se resume à sucinta abordagem que nestes autos se propôs após o tardio levantar do tema pela douta Procuradoria-Geral do **CADE**, mas à adequada fase de conhecimento sob a égide do devido processo legal).

33.- Houvesse sido possível, facilmente a **REPRESENTADA** demonstraria que o excedente contratado junto à Ultrafêrtil 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)**.

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

35.- À guisa de ilustração, e sem pretensão de sanar o vício absoluto que eiva neste ponto a proposta condenatória, é fácil notar, *ictu oculi*, pelo gráfico abaixo, que o mercado de Carbonato de Cálcio Precipitado - PCC vinha-se expandindo contínua e expressivamente, tendo apresentado um crescimento de 29% de 1995 para 1996 e 19% de 1996 para 1997.

36.- Assim, de fato e ao contrário do entendimento expresso no Voto do ilustre Conselheiro, não foi a possibilidade de alteração das condições de fornecimento necessário à produção corrente da **REPRESENTADA** que motivou a celebração do aditamento ao contrato, mas sim a possibilidade de adoção de comportamento oportunista quando da contratação de suprimentos

adicionais.

37.- 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.

III – Impossibilidade de se desvincular a questão estrutural da questão comportamental – o termo de compromisso de cessação e o termo de compromisso de desempenho.

38.- A bem verdade, a temática toda envolve preponderantemente uma questão estrutural e não comportamental, ainda que possa parecer exista uma conduta dissociada daquela. E assim se afirma é porque quando se resolveu a questão estrutural, ao mesmo tempo restou pacificada a questão da disputa por fontes.

39.- Nesse passo, causa surpresa e perplexidade a pergunta do ilustre Conselheiro acerca do por quê teria a **REPRESENTADA** renunciado ao direito de fornecimento de matéria-prima antes de ser obrigada. Ora, basta compulsar os autos para verificar que foi uma **orientação/imposição da Secretaria de Acompanhamento Econômico** (vide Parecer **SEAE**⁹), em reunião que visava à aprovação do Ato de Concentração de incorporação da empresa Liquid Carbonic, realizada em dezembro de 1996, como fórmula facilitadora da emissão de Parecer favorável à operação.

40.- Assim, 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.

41.- Ou seja: pactuo-se a aprovação da fusão e, em contrapartida, a liberação da referida fonte, estabelecendo-se, pela primeira vez de forma pre-

⁹ Disse a SEAE, com todas as letras: “A condição imposta pela SEAE foi cumprida NA ÍNTEGRA, e o excedente colocado em oferta aos produtores , pela Ultrafertil” (sublinhou-se).

cisa, que doravante não mais haveria racionalidade econômica se houvesse a manutenção daquela conduta¹⁰.

42.- Improcedem, portanto, as alegações de que não teria havido um termo de compromisso de cessação. Independentemente de que o *nomen iuris* tenha sido “Termo de Compromisso de Desempenho”, evidente que se fez igualmente um Termo de Compromisso de Cessação, independentemente que os dois estivessem em um único instrumento.

43. Importa notar, assim, que 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).

44.- 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

¹⁰ 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 Ultrafêtil.

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 descuidar 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 indentificou 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.

caso, ausente – análise econômica racional com efeitos *ex tunc* sobre a conduta.

45.- 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.

46.- Ademais, não sem outro motivo que a conduta em questão restou expressamente consignada no termo. Ou seja, menção específica da prática; com o que obviamente não se pode concordar com a expressão utilizada no Voto do Conselheiro Relator que “*as cláusulas dos compromissos de desempenho são meros lembretes de obrigações legais*”.

47.- Não podem, portanto, os votos se furtarem de apreciar o quanto exposto no Parecer de lavra dos festejados Professores **Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni**.

48.- Uma verdade seja dita: **A ANÁLISE APURADA DO MEMORIAL ANTERIOR DEMONSTRARÁ, INCLUSIVE, QUE INÚMERAS QUESTÕES PROPOSTAS RESTARAM SEM RESPOSTA**¹¹, talvez apenas porque não interessam à visão condenatória.

¹¹ Com efeito, as propostas condenatórias se recusam reiteradamente a responder questões básicas, tais como:

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

que empresa deixou de nele ingressar?

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)?

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

qual o mercado relevante a ser considerado?

no caso do mercado de subproduto, 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)?

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 onerosa com a rescisão da cláusula de exclusividade.

considerando-se que a imputação inicial (de que a REPRESENTADA se defendeu) foi a de mau uso de insumo escasso no período compreendido entre 26 de março de

III- Da Injuridicidade na Determinação da Multa Proposta- Da dosimetria da pena e suas conseqüências

49.- Propõe-se a fixação 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*. O fato em si 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 exclusividade tida por ilícita sem debate).

50.- Para tanto, reconheceu-se desmotivadamente presentes praticamente todas as circunstâncias agravantes previstas no art. 27 da Lei de Regência, embora sem que se tenha mensurado o pretense dano, a despeito do esforço elucubrativo a que se dedicou o Voto do eminente Conselheiro Thompson Andrade. Inúmeros questionamentos subsistem, todavia, à luz dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da resultante natureza confiscatória da pena considerada.

51.- Ressalve-se do r. Voto uma abordagem correta: fosse alguma multa cabível (o que se pode imaginar apenas por excessivo amor ao debate), a base de incidência somente poderia ser o mercado de CO₂ na Região Sudes-

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 a ampla defesa mediante o devido processo legal e o contraditório?

qual a racionalidade econômica da restrição vertical resultante da cláusula?

qual o efetivo grau de fechamento do mercado dela resultante?

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

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 submeter-se a penosas e onerosas negociações comerciais com a Ultrafertil, de que resultou elevado preço para a REPRESENTADA?

te mais Paraná, onde supostamente a imaginária prática teria produzido efeitos.

52.- Por outro lado, fato inegável é que a multa, se confirmada (do que mais uma vez se cogita apenas *ab absurdo*) nos valores citados, seria, com o devido respeito, **irracional**, posto que dela resultariam 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 confiscatória¹² e, destarte, materialmente inconstitucional. O r. Voto do eminente Conselheiro Afonso Arinos, *data venia*, foge inteiramente do tema.

53.- Sabe-se que o princípio da razoabilidade encontra fundamento doutrinário na necessidade que a Lei tem de se relacionar com a moralidade e a continência do fundamento da edição da norma com a solidariedade, segurança jurídica, ordem e principalmente Justiça.

54.- A moderna doutrina constitucional é uníssona no sentido de que não se deve analisar as leis somente pela ótica do princípio da reserva legal, mas da reserva legal proporcional, que tem como pressuposto não somente a legitimidade dos meios e dos fins serem alcançados, mas também a necessidade de utilizar-se o meio menos gravoso ao indivíduo para alcançar o fim almejado. A desconsideração da adequação dos meios e dos fins resulta na violação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade¹³.

¹² 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

¹³ O princípio da razoabilidade, conforme as sempre muito adequadas lições de Celso Antonio Bandeira de Melo, “Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que

55.- Os montantes considerados no Voto do ilustre Conselheiro, sem qualquer atualização, representariam certamente mais do que um lustro do lucro operacional da **REPRESENTADA** relativamente ao CO₂ na Região Sudeste, do qual se apropriaria a **União Federal**.

56.- Mais grave: a aplicação de multa em tais patamares traria repercussões extremamente danosas à Sociedade, a partir do fato de que resultaria, inevitavelmente, em demissão de inúmeros funcionários, cessação de atividades com pesquisa e desenvolvimento e em possível repercussão em setores estranhos ao próprio mercado de gás carbônico (riscos à logística de entrega de produtos, inclusive medicinais, riscos ambientais e de segurança decorrentes de paralisação de fábricas etc.).

57.- Note-se que os valores cogitados nos rr. Votos adversos levam em conta operações que nada têm a ver com o mercado de gás carbônico na Região Sudeste, pretensamente atingida pela conduta dita anticompetitiva da **REPRESENTADA**. De fato, tais montantes chegam ao absurdo de levar em conta o faturamento bruto da **REPRESENTADA** como um todo, ou seja,

seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o Administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito.” (Curso de Direito Administrativo, pág. 63, Editora Malheiros).

Discorrendo sobre o princípio da razoabilidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro, invoca Gordillo (1977:183-184) “ a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é “ irrazoável”, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar” (grifos não originais) (Direito Administrativo, pág. 72, Editora Atlas).

incluindo: (a) receitas de atividades estranhas à comercialização de gás carbônico, tais como as relativas a gases industriais e medicinais e (b) receitas consolidadas de operações realizadas no exterior, mais precisamente no Mercosul.

58.- Nesse contexto, é importante realçar o que preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, quando se dirige ao julgador:

"Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

59.- Como considerar que os rr. Votos atenderam aos fins sociais e às exigências do bem comum quando facilmente se percebe que os valores acima mencionados, por transbordarem qualquer dos lindes do aceitável, colocariam certamente em risco a própria continuidade do negócio, tudo à custa do emprego e do bem-estar da Coletividade? Poder-se-ia dizer que o **CADE** é indiferente aos impactos sociais de suas medidas e externalidades quejandas, mas certamente não o será ao ponto do desconsiderar o interesse do Consumidor (*ultima ratio* da legislação concorrencial).

60.- Por fim, embora os rr. Votos de Vista tenha-se omitido na análise dessa questão, não se pode deixar de reforçar algumas considerações no que se refere à cessação por parte de **REPRESENTADA**, da conduta supostamente abusiva sob debate.

61.- Ainda que inaceitável tal entendimento, mesmo que se acatasse, por absurdo, a idéia de que a celebração, em 01/07/1996, do 1º Aditamento ao Contrato com a **Ultrafertil** teria configurado infração contra a ordem econômica, porquanto tal conduta teria funcionado como impedimento inexorável ao acesso de novos competidores no mercado, ainda assim não haveria mais que se falar hoje em qualquer espécie de violação. Isso porque, uma vez recomendada pela **SEAE**, na reunião realizada em 17/12/1996, com vistas a facilitar a aprovação do Ato de Concentração relativo à compra do controle acionário da **Liquid Carbonic** (AC n.º 78/96), a **REPRESENTADA** imediatamente se prontificou a renunciar ao direito de preferência previsto no referido aditamento.

62.- Ademais, preocupou-se ainda em formalizar a referida renúncia, por escrito, nos autos, em março de 1997. Contudo, conforme já destacado, o **DPDE** permaneceu irredutível com o entendimento de que a mencionada cláusula de preferência somente deixaria de vigorar com a celebração do 2º Aditamento ao Contrato, mediante o “de acordo” da **Ultrafertil**, exigência esta descabida à falta de embasamento legal.

63.- Embora sabendo-se que a renúncia a direito disponível não necessita de qualquer consentimento da outra parte, a **REPRESENTADA**, com a finalidade de atender à absurda exigência da **SDE**, celebrou, em 10/12/1997, o 2º Aditamento ao Contrato, submetendo-se, para tanto, a severas condições comerciais, como preços altos e *take or pay* elevado.

64.- Ainda que se esteja aventando esta hipótese apenas por verdadeiro amor ao debate, se a conduta sob análise fosse de fato uma infração contra a ordem econômica, não configuraria a situação acima narrada cessação de prática? Mesmo que não se tenha celebrado formalmente um instrumento intitulado TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (embora tenha este sido firmado no bojo do TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO objeto do citado AC n.º 78/96), a renúncia imediata da **REPRESENTADA** teria atendido plenamente o objetivo do art. 53 da Lei 8.884/94.

65.- Isso se torna ainda mais evidente se se examinar a Exposição de Motivos da indigitada Lei, que faz lembrar, no trecho abaixo transcrito, que o referido dispositivo foi introduzido na legislação antitruste com o objetivo permitir que o **SBDC** alertasse o agente econômico quanto a condutas abusivas que estivessem praticando e desse-lhe a oportunidade de cessá-las.

"...a própria ação administrativa ressente-se da falta de meios que permitam **sejam os agentes econômicos alertados quanto às condutas abusivas que praticarem, assumindo o compromisso cessá-las**"(grifou-se).

66.- Isso se torna ainda mais evidente se se rememorar o disposto no Parecer da **SEAE** a respeito do presente processo, cujos principais pontos seguem transcritos:

"Esta questão foi abordada no Ato de Concentração n.º 08000.012.075/96-14, sobre a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins e que foi analisado por esta Secretaria, sendo emitido o Parecer n.º 36 de 02 de julho de 1997, em trâmite na SDE.

Quando ao excedente de subproduto, abordado no mesmo parecer, esta SEAE condicionou a aprovação da operação, '... que a White Martins abra mão de qualquer direito ao uso de excedente de CO2 disponível na unidade da Ultrafértil em Cubatão (suficientes para a abertura de uma planta de porte), e que aceite não participar de negociações sobre esses volumes durante os 24 meses posteriores à assinatura deste compromisso'.

A condição imposta pela SEAE foi cumprida NA ÍNTEGRA, e o excedente colocado em oferta aos produtores , pela Ultrafertil.

(...)

Do ponto de vista estritamente econômico, a análise realizada permite concluir que o mercado de gás carbônico, após a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins tornou-se pró-competitivo, tendo em vista a entrada de novos concorrentes no setor.

(...)

As evidências demonstram que, em que pese a transferência do controle acionário da Liquid Carbonic para a White Martins, o monopólio de dióxido de carbono foi desfeito. Os fatos demonstram que houve uma redução da participação no mercado da empresa, tanto pela entrada de novos concorrentes como novas fontes, como pela redução de sua fontes de matéria-prima.

Dessa forma, a análise não identificou práticas anticoncorrenciais da Representada em suas relações com o mercado (grifou-se)".

67.- 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?

68.- 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.

69.- 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 !!! 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**.

S/A WHITE MARTINS

De São Paulo para Brasília,

13 de maio de 2002.

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 infra-legal, cessou por causa do Termo de Compromisso de Desempenho e Cessação 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 Ultrafêtil.

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 descuidar 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 subsequenteivamente 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 (pretensão 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 por quê).

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 pratica 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 inofismavelmente 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.

PARECER PROFESSORES
EROS ROBERTO GRAU E PAULA FORGIONI

Consulta-nos o ilustre advogado, Dr. PEDRO LUIZ BARBOSA, integrante do Escritório de Advocacia Franceschini e Miranda Advogados, no interesse de sua cliente S.A. White Martins, sobre questões relacionadas ao Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, em que figura como representante Messer Grieshein do Brasil Ltda. e como Representada a mesma S.A. White Martins. Esse processo foi instaurado em junho de 1.998, após a realização de Averiguações Preliminares, e deverá ser brevemente levado a julgamento pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Vale destacar que, nos idos de 1.996, a S.A. White Martins, em conjunto com a Unigases Comercial Ltda., submeteu à apreciação das autoridades antitruste ato de concentração, nos termos do art. 54, § 3º da Lei nº 8.884, de 1.994 (Ato de Concentração nº 78/96). Esse ato de concentração foi a julgamento no ano de 1.999 e, em 8 de dezembro do mesmo ano, foi celebrado entre a S.A. White Martins, a Unigases Comercial Ltda. e o CADE “Termo de Compromisso de Desempenho”.

São propostas, então, as seguintes indagações:

“1.- Quais efeitos jurídicos decorrem da celebração do compromisso de desempenho e do compromisso de cessação referidos nos artigos 53 e 58 da Lei nº 8.884/94 ?

2.- No caso concreto, o compromisso celebrado entre o CADE e a White Martins (Termo de Compromisso de Desempenho firmado em 8 de dezembro de 1.999), caracteriza-se como compromisso de desempenho ou de cessação?

3.- Ainda no caso concreto, quais as conseqüências jurídicas produzidas pelo compromisso mencionado no quesito anterior em relação (1) às condutas anteriores da White Martins atinentes às matérias tratadas no compromisso e (2) ao Processo Administrativo 08000.022579/97-05?

4.- O conceito de açambarcamento do ponto de vista jurídico é aquele esposado pela Secretaria de Direito Econômico no âmbito do Processo Administrativo 08000.022579/97-05, ou, então, qual seria ele?

5.- Considerando que o despacho instaurador do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 diz ‘Há que se verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente do CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que, tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97’ e que o processo teria por escopo a “apuração de práticas passíveis de infrin-

gência aos **incisos V, VI e XVIII do art. 21** c/c incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94”, poderia agora a Procuradoria ampliar o raio de discussão desse mesmo processo?”.

Para embasar nossa análise, foram-nos fornecidas cópias simples dos seguintes documentos:

Petição da Representação efetuada por Messer Griesheim do Brasil Ltda. contra S.A. White Martins, datada de 28 de agosto de 1.997, nos termos do art. 30 da Lei Antitruste;

Despacho instaurador do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, datado de 9 de junho de 1.998, incluindo a Nota Técnica da lavra da Dra. Magali Klajmic que foi expressamente acolhida como razão de decidir;

Parecer Técnico da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, datado de 27 de outubro de 1.998;

Relatórios da lavra da Dra. Eliane A. Lustosa Thompson Flores, então Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE/SDE, datados de 24 de novembro e 10 de dezembro de 1.998;

Despacho do então Secretário de Direito Econômico, Dr. Ruy Coutinho do Nascimento, declarando encerrada a instrução processual no âmbito do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, datado de 24 de novembro de 1.998;

Parecer técnico da Secretaria de Direito Econômico sobre o Ato de Concentração nº 08000.12075/96-14, envolvendo as sociedades S.A. White Martins e Unigases Comercial Ltda.;

Instrumento de contrato celebrado entre White Martins Gases Industriais S.A. e Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes, datado de 25 de novembro de 1.994, bem como respectivo aditivo de 1º de julho de 1.996. Instrumento do contrato celebrado entre a Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Liquid Carbonic Indústrias S.A., datado de 1º de setembro de 1.993, bem como seu primeiro termo de aditamento, datado de 1º de abril de 1.994 e 2º termo de aditamento, datado de 1º de julho de 1.996;

Voto proferido pelo Conselheiro Relator Mércio Felsky no Ato de Concentração nº 78/96, datado de 11 de agosto de 1.999;

“Termo de Compromisso de Desempenho” celebrado entre S.A. White Martins e Unigases Comercial Ltda., de uma parte e o CADE, de outra, datado de 8 de dezembro de 1.999;

Parecer da Procuradoria Geral do CADE, datado de 30 de março de 2.001 no âmbito do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05.

Parecer

I – Introdução

01. - Para aqueles que se dedicam ao estudo das normas de defesa da concorrência brasileiras, o seu atual estágio de aplicação acarreta, a um tempo só, satisfação e consternação. Satisfação porque, muito embora haja notícia da existência de típicas normas de repressão ao abuso do poder econômico entre nós desde 1.759¹ e um órgão encarregado da defesa da concorrência tenha sido criado em 1.945², apenas há pouco a efetiva aplicação de leis antitruste vem ocorrendo de maneira mais intensa e sistemática. A consolidação do poder do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE indubitavelmente ampliou o cuidado que os agentes econômicos dispensam aos termos da Lei nº 8.884, de 1.994, e, conseqüentemente, as possibilidades de concreção dos princípios insculpidos no art. 170 da Constituição do Brasil.

Por outro lado, delinea-se preocupante comportamento da Administração Pública que, almejando precipuamente a proteção da concorrência, renega a segundo plano os direitos do administrado. Embora louvável a intenção de imunizar o mercado a atitudes abusivas, é inadmissível que, a esse pretexto, venha a ser comprometida qualquer das garantias jurídicas das quais depende a sua própria estabilidade, de modo que o processo se transforme em via voltada, a todo custo, à condenação de um culpado. Por isso mesmo indicações de vício de procedimento não podem ser vistas como “fili-granas jurídicas” e tomadas como obstáculos introduzidos pelas partes com o escopo de “desviar o foco” da discussão econômica.

É inegável ser, a discussão econômica, imprescindível à análise antitruste (mesmo porque, sem ela, não se chega, na maioria das vezes, a conclusão alguma sobre a incidência ou não do art. 20 da Lei nº 8.884, de 1.994)³. Esse seguramente não é, contudo, o único parâmetro, nem o mais importante, a orientar os operadores do antitruste, modo singelo de referirmos a legislação antitruste. No Estado de direito prevalecem, sempre, a Constituição e a Lei.

02. - Dividiremos este parecer em duas partes, inicialmente cogitando de relevantes aspectos atinentes ao compromisso de desempenho (três pri-

¹ Cf. INGLÊZ DE SOUZA, Projecto do código comercial, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1.913, pág. 56.

² Tratava-se da CADE – Comissão Administrativa de Defesa Econômica, instituída pelo art. 19 do Decreto Lei nº 7.666, de 1.945.

³ Conforme a orientação dada pelo CADE aos agentes econômicos, constante da Resolução nº 20, de 1.999.

meiros quesitos); em seguida cuidaremos das demais questões que nos foram apresentadas (quesitos quatro e cinco).

Parte Primeira

O Compromisso de Desempenho e Compromisso de Cessão na Lei Antitruste Brasileira e no processo administrativo nº 08000.022579/97

II – Os instrumentos previstos na Lei Antitruste para a consecução de seus objetivos

03. - Não há estudioso do direito econômico que, no mundo todo, em determinado momento não mencione dificuldades que encontra na aplicação das normas antitruste: falta de informações seguras sobre o mercado e sobre os hábitos dos consumidores, ausência de estudos econômicos que viabilizem a identificação da market share dos agentes, leis de bloqueio etc. O que geralmente se deixa de dizer é que grande parte dos obstáculos é insito ao próprio sistema legal.

Essa última afirmação por certo causará espanto mesmo a alguns juristas, pois não é fácil admitir a existência de uma tensão entre o escopo da lei antitruste e a proteção das garantias individuais dos cidadãos. Mas é justamente em torno de problemas desse tipo que se desenvolve a evolução do direito. Quem negaria, nos dias de hoje, que uma das principais questões do processo civil inclui a busca do meio termo perfeito entre a segurança das partes e a celeridade do procedimento? Quem refutaria que a busca da tomada de decisões administrativas em “tempo econômico” resvala na necessidade da análise cuidadosa dos atos praticados pelos agentes econômicos e do seu impacto sobre o mercado? Por um lado, é preciso decidir rápido, por outro --- o que é mais importante decidir bem.

04. - Em vista disso, os sistemas antitruste colocam à disposição das autoridades instrumentos voltados a elevar o grau de eficácia material da legislação.

O direito posto poderia, apenas e simplesmente, conferir às autoridades antitruste⁴ a faculdade de aplicar sanções ou determinar a desconstituição de concentrações prejudiciais à livre concorrência. Mas essas disposições isoladamente consideradas, mercê do próprio caráter das normas antitruste e

⁴ Inclusive aos Tribunais.

dificuldade de sua efetivação, não atingiriam, em determinados casos, o grau de eficácia necessária (i.e., não propiciariam a concreção dos objetivos gerais perseguidos pelo sistema antitruste)⁵. A título exemplificativo: é fato que a autoridade antitruste pode aplicar as sanções previstas no art. 23 da Lei nº 8.884, de 1.994, ao agente que praticou ato tipificado no art. 20 do mesmo diploma. Mas também é certo que o procedimento a ser percorrido até a imposição dessa condenação é longo e tortuoso, além do mais porque há de ser pautado em garantias constitucionais como o contraditório, a ampla defesa etc.. De outra banda, o desfazimento de uma concentração nos termos do art. 54, §9º, envolve custos efetivamente altos.

05. -Entre os instrumentos que procuram compatibilizar essas tensões no seio da lei antitruste, interessam-nos mais de perto o (i) **compromisso de desempenho** e (ii) o **compromisso de cessação**.

Em ambos busca-se a cooperação dos administrados que aceitam a orientação dada pela Administração. As partes então abrem mão da faculdade de contestar a determinação, acatando-a plenamente, nos limites negociados. A Administração, por sua vez, vê-se dispensada de acionar o complicado e lento aparato jurídico tendo em vista a aplicação de sanção negativa.

III – O compromisso de desempenho

06.- Definido pelo art. 58 da Lei Antitruste, o compromisso de desempenho corporifica um acordo entre a Administração Pública e os partícipes de uma operação restritiva da concorrência (seja um acordo entre agentes econômicos, seja uma concentração), para viabilizar sua aprovação, conforme faculta o art. 54 da Lei nº 8.884, de 1.994.

Como já tivemos a oportunidade de ressaltar inúmeras vezes, o art. 54 encerra procedimento típico da regra da razão norte-americana. A administração deve, de uma banda, ponderar os prejuízos à concorrência decorrentes da prática analisada; de outra, os benefícios (ou as “eficiências”) que são por ela produzidos. Se os benefícios superarem os prejuízos, o ato há de ser aprovado.

Para garantir que as eficiências venham a ser realmente atingidas, celebra-se o **compromisso de desempenho**, por força do qual o administrado assume, perante a Administração, a obrigação de amoldar **a prática** às condi-

⁵ Sobre esses objetivos, v. PAULA A. FORGIONI, Os fundamentos do antitruste, São Paulo, RT, 1.998, pág. 149 e seguintes.

ções impostas para a sua aprovação. As vantagens de ambas as partes são evidentes: o administrado obtém a aprovação do ato, embora com limitações; a Administração o aprova, segura de que as eficiências alegadas serão alcançadas.

07. - Encontramo-nos, aqui, no campo da estrutura do mercado. E o ato considerado no compromisso de desempenho é aquele submetido à apreciação das autoridades antitruste.

Repise-se: por força da Lei, o escopo do compromisso de desempenho não é outro senão o de garantir a concreção das eficiências delineadas no § 1º do art. 54 da Lei Antitruste. Gravita em torno do ato (acordo ou concentração) apresentado por força do caput do mesmo artigo⁶. Além dessa moldura não pode ir, sob pena de extrapolar a hipótese normativa prevista no art. 58 da Lei Antitruste.

A lei, a esse respeito, é bastante clara: o compromisso de desempenho esculpe o ato submetido “a exame na forma do art. 54” e não outros atos que possam ser imaginados.

IV- O compromisso de cessação

08. - Já o compromisso de cessação previsto no art. 53 da Lei Antitruste desempenha função bem diversa. Por seu intermédio, a Administração e o agente econômico que está sendo **acusado** da prática de ato tipificado no art. 20 da Lei nº 8.884, de 1.994, fazem um **acordo**, mediante o qual: (i) a Administração abre mão de dar prosseguimento ao processo administrativo (e, portanto, de penalizar o agente), enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso e (ii) o administrado compromete-se a fazer cessar imediatamente a prática analisada, sem confessar matéria de fato ou reconhecer a ilicitude da prática. Vale, aqui, transcrever os termos do texto legal:

“Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas:

⁶ Em se tratando de concentrações, caso sejam atingidos os parâmetros impostos pelo § 3º do mesmo art. 54.

a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;

b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do Art. 25;

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo”.

Nosso compromisso de cessação tem nítida inspiração no consent decree norte americano, previsto no art. 4º do Sherman Act, bem como no art. 15 do Clayton Act⁷. Naquele sistema, como é sabido, a Administração, se não

⁷ Art. 4º do Sherman Act: “The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of sections 1 to 7 of this title; and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises”.

Art. 15 do Clayton Act: “The several district courts of the United States are invested with jurisdiction to prevent and restrain violations of this Act, and it shall be the duty of the several United States attorneys, in their respective districts, under the direction of the Attorney General, to institute proceedings in equity to prevent and restrain such violations. Such proceedings may be by way of petition setting forth the case and praying that such violation shall be enjoined or otherwise prohibited. When the parties complained of shall have been duly notified of such petition, the court shall proceed, as soon as may be, to the hearing and determination of the case; and pending such petition, and before final decree, the court may at any time make such temporary restraining order or prohibition as shall be deemed just in the premises. Whenever it shall appear to the court before which any such proceeding may be pending that the ends of justice require that other parties should be brought before the court, the court may cause them to be summoned whether they reside in the district in which the court is held or not, and subpoenas to that end may be served in any district by the marshal thereof”.

concordar com a concentração levada a efeito pelos agentes econômicos ou, ainda, se pretender aplicar uma sanção, deve ir ao Poder Judiciário buscar o acolhimento de sua pretensão. Assim, o consent decree é ato ligado ao procedimento judicial, isto é, um acordo que a Administração e o administrado assumem perante a Corte⁸. A lide tem fim desde logo, inviabilizando a penalização do agente pela prática negociada durante o cumprimento do consent decree. Por isso, diz-se que a Suprema Corte norte-americana “conferred upon the consent decree immunity from attack equal to that of litigated decrees”⁹.

09. - As razões para a celebração desse agreement são esmiuçadas pela doutrina norte-americana e plenamente aplicáveis à nossa realidade, destacando-se, inicialmente, a vantagem da condução do caso sob a égide de um espírito negocial e não litigioso¹⁰. Do ponto de vista da empresa, (i) o trabalho a ser realizado e os (ii) recursos a serem dispendidos são bem menores, se comparados àqueles ligados ao processo¹¹; (iii) os executivos não têm sua atenção distraída para o problema judicial; (iv) evita-se os efeitos danosos à imagem que normalmente decorrem de uma condenação. E, acima de tudo, (v) é produzida a segurança de uma não condenação, pois, como lembram ISENBERGH e RUBIN, “[u]nder the circumstances, the consent decree, offering as it does the only certain avenue of escape from possible fine or imprisonment, must tempt the hardiest business man”¹².

Para a Administração, face aos “limitados recursos de que dispõe o departamento antitruste, a única maneira factível de obter-se a efetiva aplica-

⁸ Nas palavras de MILTON GOLDBERG: “The consent decree is, of course, a compromise between two parties in a civil suit, the exact terms are fixed by negotiation between the parties and formalized by the signature of the federal district judge” (“Nature, purpose and use of consent decrees”, paper nº 08, Bureau of Business and Economic Research, Michigan State University, 1962, pág. 1). Mais recentemente, disse JAMES ROB SAVIN: “The decree is essentially a court-approved contract between the defendant and the Attorney General with the legal effect of a litigated judgment. Due to the frequency of their use, the dictates of consent decrees govern a substantial number of businesses and even entire industries” (“Tunney Act ’96: two decades of judicial misapplication”, <http://www.law.emory.edu/ELJ/volumes/win97/savin.html>, escrito em 1.997 e acessado em 28 de maio de 2.001).

⁹ MAXWELL S. ISENBERGH e SEYMOUR J. RUBIN, “Antitrust enforcement through consent decrees”, Harvard Law Review 53:389, 1.939.

¹⁰ ISENBERGH e RUBIN, cit., pág. 391.

¹¹ GOLDBERG, ob. cit., pág. 3.

¹² Ob. cit, pág. 403.

ção das normas antitruste é mediante o **consent decree**¹³. Com efeito, consent decree oferece um modo de atingir os resultados desejados em um determinado setor da economia, sem que a Administração seja compelida a despende os recursos e o tempo normalmente requeridos para a obtenção de uma sentença judicial¹⁴. Ademais, com o consent decree há a segurança da obtenção do resultado enquanto que o sucesso da demanda não é certo. A idéia central é “criar uma situação onde as violações das leis antitruste sejam eliminadas e, ademais, evitadas no futuro”¹⁵. Já em 1.939, KATZ anotava que o consent decree era tratado pelo setor público como um “instrumento de administração” e não como um “by-product of suits in equity”¹⁶.

Hoje, os consent decrees são largamente utilizados nos Estados Unidos, constituindo um dos principais instrumentos de efetivação das leis antitruste. Seu uso foi crescente desde o primeiro caso registrado, em 1.906¹⁷ e, nos últimos anos, algumas das práticas que mais bulha causam são assim resolvidas¹⁸⁻¹⁹.

10. -Voltando ao nosso texto normativo --- e à nossa realidade --- temos que o compromisso de cessação versa sobre a interrupção de um ato que está sendo investigado pela Administração (**conduta** do agente econômico, portanto).

Acorda-se a cessação no âmbito extra-judicial: a Administração exercitando o dever/poder no qual investida segundo a pauta normativa da proporcionalidade enquanto **necessidade** [mandamento de uso do meio mais brando] (**Erforderlichkeit** - Gebot des mildestem Mittels)²⁰, opta pelo com-

¹³ SAVIN, cit., parte I, tradução livre nossa. Se reputa insuficientes os recursos das autoridades antitruste norte-americanas na década de 90, o que diria da nossa realidade?

¹⁴ GOLDBERG, ob. cit., pág. 3.

¹⁵ GOLDBERG, ob. cit., tradução livre nossa.

¹⁶ MILTON KATZ, “The consent decree in antitrust administration”, Harvard Law Review 53:415.

¹⁷ United States v. Otis Elevator Company, 9th Cir., 1.906, referido por ISENBERGH e RUBIN, cit., 53:387.

¹⁸ Por exemplo, são famosos os consent decrees celebrados nos casos AT&T e IBM.

¹⁹ É digno de nota o grau de organização da sociedade civil – e a importância das normas antitruste para o cidadão comum americano. Há até mesmo sites onde os consumidores trocam informações e “fiscalizam” o cumprimento de um consent decree celebrado entre o governo norte-americano e companhias seguradoras no ano de 1.963! (www.consentdecree.com).

²⁰ A pauta normativa da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) desdobra-se em três subpautas: a de adequação (Geeignetheit), a de necessidade [mandamento de uso

promisso em lugar da condenação; o administrado comprometendo-se a fazer cessar a prática e a não contestar os termos da determinação do órgão. Este o seu objeto e o seu limite, impostos pelo art. 53 da Lei Antitruste.

V – Algumas observações sobre a estrutura da norma jurídica

11. - Há de ser extremamente útil à clareza de nossa exposição uma breve alusão a tema fundamental da Teoria Geral do Direito: o da estrutura da norma jurídica.

A norma jurídica --- observa LOURIVAL VILANOVA ²¹ --- compreende um enunciado disposto segundo a seguinte fórmula de linguagem lógica: "se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir conduta C ante outro sujeito S". Integram-na um **pressuposto de fato** (Tatbestand, hipótese, facti species) e uma **estatução** (Rechtsfolge, injunção).

Evidentemente, se em determinado caso não se realizar o **pressuposto de fato [hipótese normativa]** de certa norma, sobre tal caso não pode incidir a **estatução [conseqüência jurídica]** disposta por esta mesma norma.

Referindo-nos também a Norberto Bobbio e a Pontes de Miranda²², diremos que a hipótese normativa é a previsão, no texto legal, de uma situação fática. Assim, por exemplo, a hipótese faz referência ao ato de "matar alguém"; é previsão, no mundo do direito, de algo que poderá ocorrer no mundo dos fatos.

Ao mesmo tempo, o texto normativo encerra uma "conseqüência jurídica" ou "sanção"²³. Verificada, no mundo dos fatos, a hipótese normativa²⁴,

do meio mais brando] (Erforderlichkeit - Gebot des mildestem Mittels) e a de proporcionalidade em sentido estrito [mandamento de ponderação específica] (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne - eigentliches Abwägungsgebot). Vide. ROBERT ALEXEY, *Teorie der Grundrecht*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, pág. 100.

²¹ As estruturas lógicas e o sistema do Direito Positivo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1.977, pág. 50.

²² PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1.954, tomo I, especialmente capítulos I e II; NORBERTO BOBBIO, *Teoria generale del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1.993, especialmente capítulos I, III, V e VI.

²³ Que pode ser negativa (no caso de ser desfavorável ao agente) ou positiva (também conhecida como sanção premial).

²⁴ Na terminologia de PONTES DE MIRANDA diríamos: "composto o suporte fático".

as conseqüências jurídicas são produzidas, querendo ou não o agente. Podemos representar graficamente o texto normativo:

Por isso, diz PONTES DE MIRANDA que “as regras jurídicas são de conteúdo determinado, e não se poderia deixar ao arbítrio de alguém a incidência delas, ou não”²⁵. E mais: “[a] incidência das regras jurídicas não falha; o que falha é o atendimento a ela”²⁶.

12.- No caso em tela, longe de ser um exercício acadêmico, essa digressão teórica é muito relevante porque, verificada a hipótese normativa do art. 53 da Lei, **as conseqüências jurídicas ali previstas serão produzidas, queira ou não a Administração.**

Se praticou o ato (e fez compor a hipótese normativa e o suporte fático) há de suportar as conseqüências jurídicas que dele advêm, sob pena de atropelar a Constituição²⁷, ademais subvertendo todo o sistema da Lei nº 8.884, de 1.994. A incidência da norma jurídica vincula a Administração, a

²⁵ Tratado de Direito Privado, cit., pág. 12.

²⁶ Ob. cit., pág. 12.

²⁷ Basta aqui mencionarmos o artigo 37, caput.

que já se chamou, com precisão, de serva da legalidade. Lembre-se, neste passo, a antológica frase de Seabra Fagundes: “administrar é aplicar a lei de ofício”.

VI – O compromisso de desempenho celebrado no processo de concentração nº 78/96

13. - Na hipótese que foi submetida à nossa análise, a Representada, no ano de 1.996, levou à apreciação das autoridades antitruste brasileiras um ato de concentração econômica com a Unigases Comercial Ltda. (Ato de Concentração nº 78/96 – “**Ato de Concentração**”)

No voto proferido pelo Conselheiro Mércio Felsky no âmbito daquele processo, em 11 de agosto de 1.999, foi feita expressa referência aos atos que estavam sendo reputados ilícitos no âmbito do processo administrativo nº 08000.022579/97 (“**Processo Administrativo**”)²⁸. Senão vejamos:

às fls. 7 de seu voto, faz referência ao “**AÇAMBARCAMENTO de matéria-prima**”, relatando a denúncia sobre “**a prática de contratos de exclusividade sobre excedentes de matéria-prima não utilizadas pela própria White Martins, em especial, junto à fonte da Ultrafertil, em Cuba-tão**”²⁹;

igualmente, às fls. 52/53 do mesmo voto, diz que “[e]m relação à proposta de instauração de Processo Administrativo dada a existência de cláusulas de natureza restritiva, **considero tal medida ineficaz uma vez que a correção das referidas cláusulas já são [sic] objeto do presente Termo de Compromisso**”³⁰.

²⁸ O Parecer Técnico da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça tratando da concentração entre a S.A. White Martins e a Unigases Comercial Ltda., datado de 4 de agosto de 1.998, faz a seguinte referência, ao comentar as barreiras de acesso à matéria prima (CO2): “... na conjuntura atual, e, em função das práticas contratuais do referido Grupo WM/LCI verifica-se um intento de açambarcamento de fontes, propiciado pelas cláusulas contratuais de exclusividade ...” (cf. item 4.9.1 desse documento).

²⁹ Destaques nossos.

³⁰ É bem verdade que se custa a ver o sentido dessas últimas palavras, a partir do momento em que o processo administrativo versando justamente sobre a prática indicada já estava instaurado desde o ano de 1.998.

Com base em tais considerações, do compromisso de desempenho celebrado no âmbito do Ato de Concentração (“Compromisso de Desempenho”) constou, expressamente, que:

“2.3 - As COMPROMISSÁRIAS venderão CO₂ a PREÇOS NORMAIS de mercado, para concorrentes ou revendedores, sempre que se verificar capacidade ociosa nas unidades produtivas das COMPROMISSÁRIAS, caso ocorra manifesto interesse daqueles, por escrito”.

Como se pode depreender da cuidadosa análise do voto proferido pelo Conselheiro, a prática do assim chamado “açambarcamento”, que decorreria, inclusive, da existência “das cláusulas de natureza restritiva” em alguns contratos de fornecimento de CO₂, **ficou resolvida pelo Compromisso de Desempenho**.

14.- Ora, é inegável que a prática mencionada no voto e no Compromisso de Desempenho é a mesma investigada pela SDE e que deve ser levada a julgamento no CADE no âmbito do Processo Administrativo.

Realmente, quando da instauração do Processo Administrativo, em relatório da lavra da Dra. Magali Klajmic corroborado pela Secretária de Direito Econômico Substituta Eliane Aleixo Lustosa Thompson-Flôres, ficou expressa a órbita do feito:

“Tais condições, à priori, permitem concluir que, em tese, a Representada tem potencialmente condições de promover uma estratégia mais agressiva para a manutenção da [sic] seu domínio de mercado, via cláusulas de exclusividade nos contratos com fonte de matéria-prima por subproduto, criando dificuldades a concorrentes no mercado e a potenciais entrantes mediante políticas comerciais restritivas.

No caso concreto, há que apurar a existência de objeto ou efeito nocivo às relações concorrenciais de mercado na estratégia do grupo White Martins/Liquid Carbonic de reservar fontes de matéria prima para posterior expansão de seus negócios, por meio de cláusulas de exclusividade nos contratos acima referidos”.

E, após comentar o ato da Representada de abrir mão da compra de excedentes de CO₂ da Ultrafertil, conclui:

“Há que verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do **excedente do CO2**, assim como, os efeitos gerados no período em que, tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97”.

15.- Em suma, é fato que o Processo Administrativo tem por objeto a investigação da prática da Representada de, valendo-se de cláusulas de “exclusividade”³¹, adquirir maior quantidade de CO2 do que necessitaria imediatamente para sua produção.

A partir do momento em que o Compromisso de Desempenho vem e toca essa exata questão, solucionando-a (como admite o próprio Relator), é inegável que o objeto do Processo Administrativo foi abarcado pelos termos do Compromisso de Desempenho. Se deveria abrir mão do excedente, é porque não mais poderia se valer das cláusulas de “exclusividade” e “açambarcar”.

VII - A incidência do art. 53 da Lei nº 8.884, de 1.994, no caso em tela e a impossibilidade de penalização da Representada

16.- Encontram-se presente, no caso sub examinem, todos os elementos referidos na hipótese normativa do artigo 53 da Lei Antitruste. Vejamo-los, um a um:

“Em qualquer fase do processo administrativo...”

A Lei determina que, **estando pendente o processo administrativo**, o compromisso de cessação poderá ser celebrado. E nem se poderia admitir coisa diversa, pois o acordo não poderia alcançar uma sanção já aplicada pela Administração, desconstituindo-a.

Os apedeutas e os 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

³¹ Na realidade, as cláusulas cogitadas tratam de uma opção de compra e não de exclusividade.

o homologa. É também comum que a transação efetuada em determinado processo seja protocolada em outros, para neles produzir efeitos.

O que determina o caráter jurídico do ato é o seu objeto, não o local de sua formalização.

Assim, dizemos que houve o atendimento a esse requisito do art. 53, no caso presente, porque o Compromisso foi celebrado durante o trâmite do Processo Administrativo.

poderá ser celebrado pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE

A autoridade competente para a celebração ou ratificação do compromisso de cessação é o CADE, na pessoa de seu presidente. No caso em tela, quem detinha competência para tanto firmou o Compromisso. Observe-se, por cautela, que o Conselheiro Relator do Compromisso de Desempenho é o mesmo que deverá relatar o Processo Administrativo.

compromisso de cessação de prática sob investigação

Como vimos acima, a Representada, assinando o Compromisso, concordou em fazer cessar a prática que estava sendo investigada a partir do momento em que aquiesceu à cessão do excedente de CO₂ a seus concorrentes. Destarte, toda essa questão (referida no voto do Ato de Concentração, bem como no relatório da SDE) ficou resolvida.

o termo de compromisso conterà, necessariamente, as seguintes cláusulas: a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido

No caso em tela, a partir do momento em que concordou em repassar o excedente de CO₂ a seus concorrentes, a Representada assumiu a obrigação de, imediatamente, cessar qualquer tipo de “açambarcamento” ou privilégio decorrente de cláusula de “exclusividade” que a levasse a possuir maior quantidade de matéria prima do que necessitava. Houve, portanto, a assunção da obrigação de fazer cessar a prática investigada.

b) o valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25

O art. 25, combinado com essa alínea “b”, determina que o Compromisso deverá prever uma multa diária por seu descumprimento, de valor não inferior a 5.000 UFIRs ou padrão superveniente.

Ora, para o descumprimento do disposto na cláusula 2.3, o Compromisso fixou a multa diária mínima no valor de 5.000 UFIRs, nos seguintes termos:

“6.2. – Caso restem definitivamente comprovadas, observado o devido processo legal e o princípio da ampla defesa, o descumprimento das obrigações referidas nas sub-cláusulas 2.3 (...) deste Termo, as **COMPROMISSÁRIAS** estarão sujeitas a multa diária mínima de 5000 (cinco mil) UFIRs, que poderá ser aumentada em 20 (vinte) vezes, **nos termos do art. 25 da Lei nº 8884/94**, no período em que se materializar a infração e até que se cumpra a obrigação prevista no presente Termo de Compromisso³².”

Aliás, aqui não podemos deixar de notar que o texto do Compromisso declara, expressamente, que **o descumprimento da obrigação prevista no item 2.3 acarretaria a incidência do art. 25**. No entanto, esse dispositivo legal trata da **multa aplicável ao descumprimento de compromissos de cessação**³³ (e não dos de desempenho). Há de se convir que se estivéssemos diante de um compromisso de desempenho típico, a aplicação da sanção pelo descumprimento haveria de ser referida ao art. 55, que disciplina, exatamente, a hipótese de “descumprimento injustificado do compromisso de desempenho” (cf. art. 58, § 3º)!

c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização

Essa obrigação foi estabelecida nas cláusulas 4.1 a 4.4.

§ 2º - O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo...

O Compromisso deve conter um prazo, findo o qual o processo será arquivado. No caso que analisamos, esse interregno é de 6 anos, contados a partir da assinatura do Termo de Compromisso (cf. cláusula sétima)³⁴.

³² Destacamos.

³³ Por força do disposto na alínea “b” do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.884, de 1.994.

³⁴ In verbis: “As obrigações impostas neste Termo de Compromisso às COMPROMISSÁRIAS permanecerão em vigor por 6 (seis) anos, contados a partir da assinatura do presente Termo de Compromisso”.

17. - Vê-se nitidamente, destarte, que se deu, no caso, **a incidência do art. 53 da Lei nº 8.884, vez que Administração e administrado celebraram o Compromisso ali expressamente previsto.**

Decorrencia obrigatória da verificação completa da hipótese normativa (ou seja, da composição do suporte fático) do art. 53 é a produção das consequências jurídicas gravadas no mesmo texto normativo, quais sejam, a “suspensão” do processo “enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação” e seu arquivamento “ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo” (cf. § 2º do art. 53).

É absolutamente defeso à Administração, portanto, condenar a Representada com base nas alegações efetuadas no Processo Administrativo, porque, **por força de lei**, este deverá ser suspenso até o dia 8 de dezembro de 2.005. Naquela data, o Processo Administrativo deverá ser arquivado se a Representada não houver mais praticado qualquer ato de “açambarcamento” de CO2 (ou seja, se sempre disponibilizar a seus concorrentes o excedente de CO2 que adquirir, na forma estabelecida no Compromisso)³⁵.

18.- A incidência da norma – vimos acima não pode, desde o instante em que verificada a composição da hipótese normativa, ser afastada. Não pode a Administração, portanto, por ato de vontade seu, afastar ou suprimir os efeitos de Compromisso de Cessação que efetivamente celebrou. E não pode fazê-lo seja porque com isso cruzaria a fronteira da legalidade, seja porque descumpriria --- eis que inteiramente inadmissível a sua contradição com uma prévia conduta própria [a vedação do **venire contra factum proprium**] --- o dever de boa-fé pelo qual está vinculada. Esse afastamento, ou supressão de efeitos, eles, sim, colocariam os agentes da Administração, e ela própria, na situação de réus indefensáveis.

A incontestável incidência, no caso, da norma contida no art. 53 e o mínimo de segurança jurídica que o sistema brasileiro de defesa da concorrência requer coíbem qualquer desvio da Administração, no sentido de não acatar a suspensão do Processo Administrativo até o dia 8 de dezembro de 2.004.

E nem se diga que a Administração acordou a cessação da prática para o futuro, podendo penalizar o agente por sua conduta passada. **A não penalização do agente é consequência jurídica que decorre da incidência do art. 53 da Lei Antitruste [a partir do momento em que se verifica a**

³⁵ Se a prática do ato ocorrer após a expiração do prazo, as autoridades antitruste poderão iniciar outro processo administrativo para sua apuração, se o reputarem ilícito.

hipótese normativa ali prevista] e, desde que celebrado o compromisso, não depende de qualquer ato voluntário da Administração.

Lembre-se, por fim, que a interpretação de um contrato, ou mesmo de ato administrativo, há de sempre levar em conta seus elementos estruturais **segundo sua configuração legal [e não segundo o nome que se lhe tenha dado]**, bem como o interesse público. Permitimo-nos, a esse respeito, lembrar lição de EMILIO BETTI³⁶: “l’interpretazione [do ato administrativo] serve ... a identificare il provvedimento in questione con riguardo alla sua **conformità alla disciplina della legge**, essa deve **prendere in esame quelli che ne sono gli elementi di struttura secondo la loro configurazione legale** e la loro rilevanza in vista della tipica funzione d’interesse pubblico (causa) cui É destinato il tipo di provvedimento”.

Parte Segunda

VIII - Os demais quesitos apresentados

Quarto quesito: o conceito jurídico de açambarcamento

19.- Podemos dizer que a primeira norma de repressão ao abuso do poder econômico de que se tem conhecimento condenava o açambarcamento de víveres. Desde o tempo dos romanos, açambarcar sempre foi entendido como o ato de adquirir bens para, provocando sua escassez artificial, viabilizar o aumento dos preços praticados no mercado e sua posterior revenda com maior lucro³⁷. Essa, a idéia central e inafastável do conceito, conforme podemos deduzir de sua evolução histórica.

³⁶ Interpretazione della legge e degli atti giuridici, GiuffrÉ, Milano, 1.971, pág. 357 – colchetes e grifos nossos.

³⁷ De uma forma geral, podemos dizer que os ordenamentos jurídicos sempre repudiaram o açambarcamento. No entanto, houve momentos (principalmente correlatos a uma exacerbada teoria liberal) em que essa ilicitude foi contestada. Por exemplo, entre nós, alguns dizem que o ordenamento jurídico do Império não coibiu o açambarcamento porque era excessivamente individualista e liberal (ELIAS DE OLIVEIRA, Crimes contra a economia popular e o júri tradicional, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1.952, pág. 139. V., também, ROBERTO LYRA, Crimes contra a economia popular, Rio de Janeiro, Jacinto, 1.940, pág. 103). Igualmente, ADAM SMITH, em sua Riqueza das Nações, compara o temor popular contra o açambarcamento ao medo

É clássica a referência de ARISTÓTELES à prática engendrada por Tales de Mileto. Esse filósofo, prevendo uma abundante safra de azeitonas, alugou todos os lagares das cidades de Mileto e Chio. Chegada a época da colheita, detinha, com exclusividade, os instrumentos necessários a seu processamento, podendo cobrar por sua utilização o que hoje chamaríamos de “preços de monopólio”. Igualmente, relata ARISTÓTELES que um siciliano empregou o dinheiro que possuía comprando todo o ferro que provinha das minas. “Depois, quando vieram os negociantes de outras praças, ele foi o único em condições de o vender, e sem mesmo elevar demasiado o preço, fez um lucro enorme. Dionísio foi disso informado e, permitindo-lhe levar sua fortuna, não lhe concedeu ficar em Siracusa, pois ele havia imaginado, para enriquecer, meios contrários ao interesse do príncipe”³⁸. PAULA: se der tempo, vamos transcrever em francês, da tradução J. Vrin, que é a melhor do mundo!

20- Os gregos antigos também tinham suas leis sobre o açambarcamento. A pequena região da Ática, com alta densidade populacional, era caracterizada por um solo bastante pobre, com baixa produtividade de grãos, de sorte que sua quase totalidade era importada. Para proteger a população dos abusos dos comerciantes e importadores, havia uma série de leis que impunham algumas obrigações com o nítido escopo de inviabilizar o açambarcamento de mercadorias e a alta artificial dos preços.

O inverno de 388-387 a.C. parece ter sido bastante tumultuado para o comércio internacional de grãos, com as guerras que se travaram na região pela qual a mercadoria deveria ser transportada. Os comerciantes então, não obstante as vedações legais, adquiriram grandes quantidades de grãos, cumulando estoques muito além do que lhes era permitido. As mesmas práticas foram repetidas no inverno de 387-386.

A acusação contra os comerciantes, preparada por Lísias, foi baseada no seguinte argumento: em maus tempos, os comerciantes compraram

da bruxaria. E vai além, sustentando que uma lei que assegurasse a plena liberdade de comércio seria tão eficaz para fazer cessar esse temor quanto as leis que puseram fim à perseguição por feitiçaria (cf. transcrição de ALBERTO ERRERA, verbete “Accaparramento” na Enciclopedia Giuridica Italiana, Vallardi, vol I, parte I, Milano, 1.884, pág. 137). Hoje, o que devemos ter em mente é que o sistema jurídico não retira do agente econômico o direito de comprar e revender com lucro. Isso seria mesmo ilógico, na medida em que inviabilizaria a atividade comercial e empresarial. O que se reprime – e sempre se reprimitiu --- é que o agente econômico, valendo-se de poder de mercado, crie uma escassez artificial para, depois, impor um preço “demasiadamente elevado”.

³⁸ A Política, 4ª ed., São Paulo, Atena, tradução de Nestor Silveira Chaves, 1.955, pág. 34.

grãos e recusaram-se a vendê-los ao público, estocando mais do que lhes seria lícito, de forma que, para haver o produto, pagava-se o preço exigido, ainda que demasiadamente alto. Em tempos de paz, transformavam-se em pessoas que afligiam a população.

Indubitavelmente, Lísias relatou uma prática de açambarcamento, fazendo referências a textos normativos que visavam a coibi-lo³⁹.

21.- Em Roma, os crimes de caráter anonário foram definidos pela Lex Iulia de Annona, provavelmente do ano 18 a.C., que condenou todas as formas de açambarcamento⁴⁰ e de especulação visando a uma artificial elevação dos preços de víveres (em especial grãos), punindo os transgressores com pena pecuniária de 20 áureos⁴¹.

22- Muitos autores sustentam que SÃO TOMÁS DE AQUINO, ao expor a teoria do “justo preço”, condenava os açambarcadores. Se, por um lado, reputava perfeitamente lícita a venda de trigo em momentos de escassez, pelo preço “che la comune stima determina in quel momento”, não entendia correto que fosse permitido ao comerciante aproveitar-se do momento para recusar a venda ao preço determinado pela “communis aestimatio”⁴².

23- No Brasil, embora haja referências a iniciativas governamentais anteriores para inibir o açambarcamento, vale lembrar, inicialmente, o Decre-

³⁹ LAMBROS E. KOTSIRIS, “An antitrust case in ancient Greek law”, *The international lawyer* 22:451 (1.988).

⁴⁰ Vários autores traduzem a palavra latina “dardanarii” empregada no Digesto (47, 11, 6) por “açambarcadores” – “acaparradores” em espanhol e “accaparratori” ou “incettatori” em italiano. Vide, por exemplo, a tradução para o espanhol do Digesto (Cuerpo del Derecho Civil Romano de ILDEFONSO L. GARCÍA DEL CORRAL -- reimpressão espanhola da edição de 1.897. Editorial Lex Nova, Barcelona, 1.988, tom. III, pág. 709). Para a língua italiana, v. ALBERTO ERRERA (ob. cit., pág. 137).

⁴¹ Digesto 48, 12, 2 e 47, 11, 6. A referência é feita pela quase totalidade dos romanistas. A título exemplificativo, MARIO TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, GiuffrÉ, 1.979, pág. 503. As Instituições de Justiniano também dão notícia da mesma Lex Julia de Annona (XVIII, 11). V., igualmente, HAROLD FOX, *Trade and patents*, University of Toronto Press, Toronto, 1.947, pág. 23.

⁴² Conforme explicação de SAPORI, *Studi di storia economica medievale*, Sansoni, Firenze, 1.940, pág. 204. O mesmo autor dá notícia de várias outras leis que condenavam o açambarcamento (cf. pág. 217). Recomenda-se, também, a consulta à excelente obra de FRANCESHELLI, onde há várias referências sobre a condenação do açambarcamento e do “dardanariato” tanto na roma antiga quanto na Idade Média (*Trattato di diritto industriale*, Milano, I, 1.960, especialmente páginas 54 e seguintes e 70 e seguintes).

to-Lei nº 869, de 1.938, que capitulava como crime contra a economia popular, em seu art. 2º, inciso IV,

“(...) **açambarcar** matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços”⁴³.

A doutrina brasileira, ao expor o conceito de açambarcamento, sempre o liga ao fenômeno da **alta artificial de preços e exploração dos adquirentes pela posterior venda com lucros excessivos**. Nelson Hungria, com precisão, ensinava que “[n]inguém pode contestar a licitude da obtenção ou aquisição de mercadorias para lucrar sobre a diferença entre o preço de custo da produção ou da compra e o preço da venda ou revenda; mas se intervém uma especulação arditosa, no sentido de perturbação do mercado e artificial majoração dos preços, ou grangeio de lucros usurários, já o fato se apresenta como lesivo da vasta multidão dos consumidores, cujo interesse, sobrelevando ao dos gananciosos especuladores, deve ser preferentemente protegido pelo Estado”⁴⁴. Roberto Lyra, por sua vez, foi preciso ao definir açambarcamento: “a aquisição da totalidade ou da maior parte dos produtos, mercadorias ou meios de produção, que se acham em certo lugar, para suprimir a concorrência e fixar preços arbitrários que os consumidores são obrigados a aceitar”⁴⁵.

24.- Toda essa digressão histórica e análise da evolução brasileira foram necessárias para fixar os seguintes pontos, insitamente ligados à prática do açambarcamento e à sua definição:

o agente econômico adquire o bem de forma tal que provoque a alta artificial dos preços;

o **mesmo** agente econômico aproveita-se dessa alta artificial para vender a **mesma** mercadoria, auferindo lucro excessivo (hoje diríamos: praticando preços muito acima de seu custo marginal);

⁴³ O mesmo dispositivo foi reproduzido, tal e qual, no art. 3º, inciso IV, da Lei nº 1.521, que também dispunha sobre “crimes contra a economia popular”.

⁴⁴ Dos crimes contra a economia popular, Rio de Janeiro, Jacintho, 1.939, pág. 41.

⁴⁵ Ob. cit., pág. 103. E mais: “[o]s especuladores em geral violam a média de probidade e de piedade indispensável à comunhão social e, com sua imoralidade, exploram, gananciosamente, a situação dos consumidores forçados a comprar, por qualquer preço, as mercadorias e os gêneros indispensáveis à sua subsistência”.

as leis contra o açambarcamento pautam-se na proteção da população contra os atravessadores (dardanarii); entre nós, a repressão ao açambarcamento sempre foi identificada com a tutela da economia popular).

25. - No caso sub examinem jamais se cogitou de que a Representada estivesse adquirindo gás carbônico para posterior revenda com lucros abusivos. Aliás, esse repasse seria mesmo impossível, dada a dificuldade de armazenamento da matéria prima cogitada. Assim, é incoerente acusar a Representada de açambarcamento, considerando o conceito jurídico historicamente talhado, pois falta-lhe um seu elemento essencial: possibilidade ou efetiva revenda a preço excessivo derivado de uma escassez artificialmente provocada pelo agente acusado.

Daí porque, também aqui de modo evidente, o quarto quesito deve ser respondido negativamente: o conceito de açambarcamento adotado pela SDE **não** corresponde ao seu conceito jurídico.

Quinto quesito: os limites da controvérsia

26. - É fato que o despacho instaurador do Processo Administrativo delimitou seu objeto como sendo a investigação sobre o comportamento, da Representada, consistente em adquirir maiores quantidades de matéria prima do que necessitava, valendo-se de cláusulas de “exclusividade” contratadas com fornecedores.

O despacho da Secretaria de Direito Econômico foi claro ao determinar que o processo teria por escopo a “apuração de práticas passíveis de infração aos **incisos V, VI e XVIII do art. 21** c/c incisos I, II e IV do art. 20 da Lei nº 8.884/94”.

Ou seja, foi instaurado para verificar se os fatos ocorridos poderiam subsumir-se às hipóteses normativas de (i) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços, (ii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição ou (iii) vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo.

27. - A limitação da amplitude do processo administrativo é de suma importância para que a parte possa defender-se adequadamente, como lhe garante a Constituição do Brasil [art. 5º, LV]. É mesmo óbvio que não se pode sujeitar o acusado a modificações da acusação no curso do processo, sob pena de impedir-lhe a dedução de uma linha coerente de defesa.

O direito de defesa, na feliz síntese de CANUTO MENDES DE ALMEIDA⁴⁶, assenta-se na possibilidade que o litigante tem de se opor ao que contra ele se afirma. Por isso a imputação de qualquer acusação a quem quer que seja, mesmo no âmbito de processo administrativo, há de ser determinada e bem precisa.

Apenas na medida em que essa limitação seja rigorosamente observada poderá, o processo administrativo, realizar-se, na expressão de Jessé Torres Pereira Júnior⁴⁷, como “a última fronteira entre a discricionariedade --- atributo que ressaí da lei para uso legítimo da autoridade administrativa --- e a arbitrariedade --- agir contrário à lei, à margem dela ou por ela desautorizado”.

28. - Impõe-se, aqui, brevíssima exposição sobre certo aspecto do sistema da lei antitruste brasileira porque -- parece-nos -- esse ponto tem sido um tanto maltratado.

É bem verdade que as práticas descritas no art. 21 não configuram qualquer ato ilícito se não implicarem a concomitante incidência do art. 20. Por isso, sempre sustentamos que (i) o centro da Lei Antitruste é justamente o art. 20, onde estarão definidas as infrações contra a ordem econômica; (ii) é plenamente possível a caracterização do ilícito pela incidência do art. 20, sem que esteja previamente definido em algum inciso do art. 21 e (iii) inexistente a incidência autônoma de qualquer inciso do art. 21.

Mas essa necessária incidência conjunta do art. 20 e do art. 21 para a caracterização do ilícito não significa, em absoluto, que o processo administrativo possa, qual o inquieto vagalume de Machado de Assis, adajar pelos incisos do art. 21. Ora, o mínimo que se pode exigir para o respeito ao direito de defesa é que o agente saiba, ao menos, do que está sendo acusado (ou seja, qual ato ilícito cuja prática lhe está sendo imputada). Definida a acusação no despacho instaurador por intermédio da citação dos incisos do art. 21, não se pode, posteriormente, desconsiderá-la.

Insistimos nesse ponto, que é de alta relevância, destacando a dupla função do art. 21 da Lei nº 8.884, de 1.994: por um lado, fornece um rol de exemplos de práticas geralmente ilícitas, auxiliando o intérprete na árdua tarefa de verificar a incidência do art. 20 sobre o caso concreto; por outro, presta-se a definir o âmbito do processo administrativo se o

⁴⁶ Apud Edgard Silveira Bueno Filho, O direito à defesa na Constituição, Saraiva, São Paulo, 1.994, pág. 47.

⁴⁷ O direito à defesa na Constituição de 1988, Renovar, Rio de Janeiro, 1.991, pág. 63.

seu elenco é utilizado no despacho instaurador. Nesta hipótese, os incisos mencionados como base da acusação (i.e., as práticas investigadas) não poderão ser livremente alterados.

Essa sua única interpretação possível, face ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

29. - Portanto, se no despacho referido no art. 32 da Lei Antitruste imputa-se ao agente econômico a prática de “vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo”, é escancaradamente evidente --- no Estado de direito, no qual [e essencial que a Administração e seus agentes se curvem diante da Lei e da Constituição --- ao final do processo, condená-lo por “açambarcar matéria prima”. Presume-se que o agente econômico tenha canalizado suas energias no processo para defender-se da exata acusação que lhe foi feita e não do infinito leque de ilícitos capitulados no art. 21.

Condenação desse jaez, tamanha e tão gritantemente arbitrária, não resistiria por um segundo sequer quando dela tivesse conhecimento o Poder Judiciário.

De resto, também evidentemente não se pode admitir como justificativa para que se afronte e desacate o disposto no inciso LV do art. 5º e no art. 37, caput da Constituição do Brasil --- atropelando-se ainda o artigo 2º da Lei nº 9.784, de 1.999⁴⁸ --- a alegação da Procuradoria do CADE, no sentido de que o processo administrativo previsto na Lei Antitruste possui a natureza jurídica de mero “ato administrativo”. A Administração e seus agentes, repita-se, são tangidos pela Lei e pela Constituição, de modo que nenhum, absolutamente nenhum ato seu pode ser talhado ao arrepio do princípio da ampla defesa.

30. - Por tudo isso, é absolutamente defeso à Procuradoria do CADE alterar os limites da acusação, buscando condenar o agente econômico agora sob a acusação de ter praticado também o ilícito contido no inciso XV do art. 21, qual seja, “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”.

⁴⁸ “Art 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

IX – Conclusão

31.- Em face de todo o exposto damos as seguintes respostas aos quesitos propostos na consulta:

1.- Quais efeitos jurídicos decorrem da celebração do compromisso de desempenho e do compromisso de cessação referidos nos artigos 53 e 58 da Lei n. 8.884, de 1.994?

Vide itens III e IV, supra.

2.- No caso concreto, o compromisso celebrado entre o CADE e a White Martins caracteriza-se como compromisso de desempenho ou de cessação?

O Termo de Compromisso celebrado no âmbito do Ato de Concentração nº 78/96 é, indubitavelmente, um compromisso de desempenho, embora também um compromisso de cessação. Vide itens VI e VII, supra.

3.- Ainda no caso concreto, quais as conseqüências jurídicas produzidas pelo compromisso mencionado no quesito anterior em relação [i] às condutas anteriores da White Martins atinentes às matérias tratadas no compromisso e [ii] ao Processo Administrativo 08000.022579/97-05?

As condutas anteriores da White Martins, já cessadas, expressamente mencionadas e resolvidas no Termo de Compromisso, não podem ser penalizadas pelo CADE, no prazo estabelecido no mesmo Termo de Compromisso. Vide itens VI e VII, supra.

4.- O conceito de açambarcamento do ponto de vista jurídico é aquele esposado pela Secretaria de Direito Econômico no âmbito do Processo Administrativo 08000.022579/97-05, ou, então, qual seria ele?

Não; o conceito de açambarcamento do ponto de vista jurídico não é aquele esposado pela Secretaria de Direito Econômico no âmbito do Processo Administrativo 08000.022579/97-05. Vide números 19 a 25, supra.

5.- Considerando que o despacho instaurador do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 diz ‘Há que se verificar, portanto, a efetividade dessa afirmativa e o seu efeito quanto a terceiros do excedente do CO2, assim como, os efeitos gerados no período em que, tal cláusula, remanesceu, tendo em vista as informações de sua vigência no período de 23/03/97 a 01/10/97’, poderia agora a Procuradoria ampliar o raio de discussão desse mesmo processo?

Não; seguramente a Procuradoria do CADE não pode ampliar o raio de discussão no Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05.

É o que nos parece.

São Paulo, 31 de maio de 2.001.
Eros Roberto Grau , Paula A. Forgioni

ESTUDO ECONÔMICO 1: CUSTOS DE TRANSAÇÃO, RELAÇÕES CONTRATUAIS VERTICAIS E EFICIÊNCIAS

Edgard Antonio Pereira

João Paulo G. Leal

Abril de 2001

INTRODUÇÃO

A análise dos autos do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05 mostra que a White Martins – mediante a prática de exclusividade na aquisição de matéria-prima, proveniente da Ultrafertil, para fabricação de gás carbônico – foi acusada de criar barreira ao ingresso de novo concorrente. Mais precisamente, a empresa foi acusada de criar dificuldade à constituição de novo concorrente (cf. inciso V do art. 21 da Lei 8.884); impedir o acesso a fonte de matéria-prima (cf. inciso VI do art. 21); e açambarcar, sem justificada necessidade, matéria-prima (cf. inciso XV do art. 21).

O mérito da prática de exclusividade não pode ser analisado com rigor sem que sejam cotejados seus efeitos anti-competitivos e pró-competitivos, isto é, os possíveis ganhos de eficiência econômica resultantes da exclusividade, que podem contrabalançar eventuais prejuízos à concorrência. Em uma palavra, a exclusividade não pode ser tida como uma infração *per se*, encontrando-se sujeita à aplicação da regra da razão, que busca sopesar potenciais efeitos nocivos à concorrência e eficiências decorrentes da conduta investigada.

As transações, mediadas pelo mercado e realizadas por empresas ao longo de uma mesma cadeia produtiva (*relações verticais*), encontram-se sujeitas a custos específicos, justamente denominados *custos de transação*. A celebração de contratos de longo prazo e de acordo de exclusividade ou, em termos mais gerais, a regulação das transações entre dois agentes quaisquer mediante contrato, em substituição às relações de mercado, pode ser geradora de ganhos de eficiência econômica, as quais se revertem em benefício à concorrência e ao mercado como um todo.

Essas questões são analisadas adiante, tendo em vista principalmente a identificação nos autos de insuficiências relativas à desconsideração, no curso das investigações, das possíveis eficiências associadas à exclusividade de fornecimento de matéria-prima para produção de gás carbônico.

No item 1, faz-se uma breve apresentação do conceito de custos de transação e das motivações para o estabelecimento de contratos que discipli-

nam as relações verticais entre empresas independentes. A análise volta-se no item 2 para o caso concreto, com seus custos de transação característicos e possíveis eficiências relacionadas à prática de exclusividade. No item 3, são analisadas a definição de mercado relevante e a suposta posição dominante da White Martins com relação especificamente à prática denunciada e considerando as especificidades das transações entre fornecedor e cliente no presente caso.

1. Custos de Transação, Comportamentos Oportunistas

A teoria dos custos de transação sustenta que as relações entre agentes econômicos estão sujeitas a custos, que podem ser significativos e não relacionados ao processo produtivo. No tocante, particularmente, às transações mediadas pelo mercado entre, por exemplo, o fornecedor de determinada matéria-prima e seu adquirente, há custos relacionados à obtenção de informações acerca de preços, qualidade e demais condições de fornecimento de todos os ofertantes da matéria-prima, assim como custos relativos à negociação e ao estabelecimento de um acordo entre as partes envolvidas¹.

Sob determinadas condições, especificadas adiante, o estabelecimento de relações contratuais duradouras entre cliente e fornecedor pode constituir-se em uma forma de organização dessas relações superior àquela propor-

¹ O trabalho de Ronald Coase (*The Nature of the Firm*. *Economica*, 1937; conforme reimpresso em *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago, The University of Chicago Press, 1988) assenta pioneiramente os fundamentos da teoria, desenvolvida e ampliada principalmente por Oliver Williamson (vide, por exemplo, *Markets and Hierarchies – Analysis and Antitrust Implications: a Study in the Economics of Internal Organization*. Nova Iorque, The Free Press, 1975). Para uma discussão mais atualizada vide, por exemplo, Azevedo, Paulo F. (1996). *Integração Vertical e Barganha*. São Paulo, FEA/USP (tese de doutorado). De acordo com Coase (idem), “A principal razão pela qual é rentável estabelecer uma firma seria que há um custo de uso do mecanismo de preços. O mais óbvio custo de ‘organizar’ a produção mediante o mecanismo de preços é aquele da descoberta de quais são os preços relevantes [...] Os custos de negociação e conclusão de um contrato separado para cada transação de troca que ocorre no mercado deve ser tomado em conta” (tradução livre de: “The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of ‘organizing’ production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. [...] The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must be taken into account”. (p. 38-39).

cionada pelo mercado, no sentido de gerar maior eficiência econômica pela redução dos custos de transação. Em outros casos, nos quais sobretudo é pouco viável a predição em contração de contingências mais significativas, há um forte incentivo à integração vertical como forma de redução daqueles custos. Todavia, essa possibilidade não se coloca aqui como objeto de análise².

Dito de outro modo, a eficiência de determinada estrutura de governança – mercado, integração vertical ou relação contratual vertical – é determinada pelas características ou especificidades técnicas e econômicas das transações realizadas, fazendo com que os custos de transação sejam mais ou menos elevados. Essas características, sobretudo, estão relacionadas à temporalidade das relações comerciais envolvidas, à especificidade dos ativos envolvidos e à incerteza quanto a eventos futuros.

A relação comercial sobre sua perspectiva temporal pode ser qualificada quanto ao tempo total de duração e à frequência com que ocorre. Os custos de transação serão mais elevados, em geral, quanto maior a duração da relação e menor a frequência temporal entre as transações.

Em intervalos curtos e repetitivos, as partes envolvidas devem: (i) obter informações indispensáveis à concretização do negócio; (ii) zelar para que não haja assimetrias de informações; e (iii) processar até os níveis hierárquicos de tomada de decisão o conjunto mais relevante de dados obtidos. Além dos custos de informação, há os custos (iv) de negociação dos termos da transação estabelecida entre as partes; (v) de fiscalização e monitoramento das regras estabelecidas (prazos de entrega, qualidade da mercadoria, por exemplo), entre outros.

Ativos específicos são aqueles cujo valor depende da continuidade de determinada transação. Por serem específicos à transação, os ativos não podem ser facilmente remanejados ou, em sentido contrário, o rompimento da relação entre as partes faz com que se incorra em custos de seleção de novo fornecedor (ou cliente) e em custos de negociação, já mencionados.

A especificidade dos ativos, ademais, estabelece certo grau de dependência entre as partes de uma relação, que pode ser unívoca ou recíproca. Em linhas gerais, o custo de transação ou a diferença do valor do ativo alocado a uma ou outra transação é objeto de negociação entre as partes envolvidas

² Considerando que o produto transacionado é o subproduto de uma atividade industrial utilizado como matéria-prima para a produção de gás carbônico, é bastante razoável supor que a integração vertical entre as partes não seja facilmente cogitada como uma forma de organização superior às transações de mercado, embora as transações regidas por contrato sejam superiores a estas.

na transação, cientes dos poder de barganha que cada uma detém em razão da especificidade do ativo em questão.

Entre as três principais características das relações entre agentes, a incerteza por si constitui-se em um importante custo de transação, como também permeia todos os demais determinantes desses custos. A impossibilidade de se prever com segurança o ambiente econômico no qual os agentes tomarão suas decisões futuras, tendo em vista inclusive as prováveis assimetrias de informação existentes, faz com que, a cada transação, incorra-se em um custo de formação de expectativas sobre eventos incertos.

A supressão da necessidade de reavaliação das expectativas, a cada momento, reduz os custos de transação. A inter-relação entre incerteza, de um lado, e a temporalidade das transações e a especificidade dos ativos é acentuada. Quanto maior a duração temporal da transação, maior tende a ser a incerteza, resultando maiores custos de transação. E, quanto maior a especificidade dos ativos, maior a importância do grau de confiança acerca de eventos vindouros.

Por fim, esses elementos que constituem os custos de transação e, particularmente, a especificidade dos ativos envolvidos ensejam a adoção de comportamentos oportunistas. Diante de alterações das condições de mercado, uma das partes pode aproveitar para modificar os termos da transação em detrimento dos interesses da outra parte, cujos ativos são específicos (ou que dispõe de informações assimétricas, maior aversão ao risco etc.).

Carlton & Perloff ilustram a importância da especificidade dos ativos para as relações verticais entre empresas

“Em 1919 a General Motors (GM) contratou com a Fisher Auto Body para a produção exclusiva de carrocerias [auto body] GM. Porque a Fisher teve que desenvolver equipamentos produtivos especializados que poderiam ser utilizados somente para carros GM, estava relutante em assinar um contrato de curto prazo, porque, no momento da renegociação, Fisher estaria a mercê da GM. Por outro lado, a GM estava relutante em depender tão fortemente de um único fornecedor, temendo que, com um contrato de curto prazo, no momento de renegociação a GM estaria à mercê da Fisher. Porque cada parte temia que um contrato de curto prazo os colocaria à mercê da outra firma, eles assinaram um contrato por dez anos, com o preço dado de acordo com uma fórmula especificada”³.

³ Tradução livre de: “In 1919 General Motors (GM) contracted with Fisher Auto Body for exclusive production of GM auto bodies. Because Fisher had to develop

A apresentação acima da teoria dos custos de transação certamente não se pretende exaustiva. Buscou-se mencionar os principais aspectos da teoria, os quais permitem identificar a presença de significativos custos de transação no caso sob exame e, conseqüentemente, a importância da celebração de contratos de longo prazo, que disciplinem as relações entre as partes, para a obtenção de maior eficiência econômica.

Essas questões são abordadas na seqüência, ressaltando-se, desde logo, que a análise desenvolvida não é detalhada ou conclusiva. Ao contrário, dadas as especificidades do mercado de gás carbônico e das transações entre fornecedor e cliente de subproduto, essas considerações evidenciam unicamente a necessidade de se analisar com rigor os possíveis ganhos de eficiência resultantes da aludida conduta a fim de contrapô-los a eventuais efeitos anti-competitivos sobre o mercado em questão.

2. Ganhos de Eficiência

A análise de relações contratuais verticais é considerada a razoabilidade da prática e eventuais efeitos pró-competitivos sobre o mercado. De acordo com Carlton & Perloff⁴

specialized production devices that could be used only for GM cars, it was reluctant to sign a short-term contract because at renegotiation time Fisher would be at the mercy of GM. On the other hand, GM was reluctant to depend so heavily on one supplier, fearing that, with a short-term contract, at renegotiation time GM would be at the mercy of Fisher. Because each party feared that a short-term contract would leave it at the mercy of the other firm, they signed a contract for ten years, with the price to be set according to a specified formula". (Modern Industrial Organization. Nova Iorque, Harper Collins College Publishers, 1994, 2ª edição, p. 18). Os autores citam Klein, Crawford and Alchian (Vertical Integration, Appropriable Rents, and Competitive Contracting Process. Journal of Law and Economics. 21, 1978).

⁴ "Under the antitrust laws, most nonprice vertical restrictions are judged under a rule of reason: a possible violation that must be considered separately on its merits. That is, vertical restriction are not per se illegal (always illegal). The courts attempt to weigh the procompetitive features of the restriction against the anticompetitive ones in deciding whether to prohibit the restriction" (Carlton & Perloff; op. cit., p. 537, como no original).

*“Sob as leis antitruste, a maioria das restrições verticais não-preço são julgadas sob a **regra da razão**: uma violação possível que deve ser considerado separadamente de seus méritos. Isto é, a restrição vertical não é ilegal per se (sempre ilegal). As cortes tentam pesar as características pró-competitivas da restrição contra as anti-competitivas, decidindo se proíbem a restrição” (como no original).*

O mesmo ocorre com relação ao Brasil, sendo que a Resolução CADE nº 20/1999 especificamente dispõe que:

“Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante "de origem", bem como efeito sobre parcela substancial do mercado "alvo" das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios ("eficiências econômicas") que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anti-competitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão frequentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intramarcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços” (como no original).

Não obstante, no presente caso, como já mencionado, não se observou qualquer perquirição acerca dos ganhos de eficiência proporcionados pela exclusividade na aquisição do subproduto para a fabricação do gás carbônico, sendo que a análise dos custos de transação envolvidos indica claramente a importância dos mesmos⁵.

⁵ Pode-se mencionar, por exemplo, o Parecer nº 160 da Procuradoria-Geral do CADE, no qual alega-se que a cláusula de exclusividade em questão favoreceu unicamente a adquirente (“Ora, de se ver que a cláusula de exclusividade favorece unicamente um dos contratantes, qual seja a WHITE MARTINS”; p. 36). A exclusividade, como visto anteriormente, reduz os custos de transação, sendo que a transação diz respeito às partes. A ausência de profundidade revela-se, ademais, pela desconsideração de que o mesmo aditivo contratual dispõe de mecanismos de take or pay (a adquirente

A produção de gás carbônico ocorre mediante dois processos produtivos, sendo que, no caso em tela, a matéria-prima provem da atividade industrial de outra empresa. Trata-se de um subproduto, sendo que o efluente gasoso passa por uma etapa de separação em lavadores e absorvedores químicos e, posteriormente, há seu resfriamento, purificação, compressão e liquefação.

As unidades de fabricação dos gás carbônico apresentam reduzida escala de produção (dimensionado para o fornecimento do subproduto), não dispõe de uso alternativo (não são adaptáveis ou flexíveis) e localizam-se nas imediações das instalações fabris de onde provém o subproduto. Essa localização é dada para não se incorra no custo de transporte do efluente gasoso até a unidade de processamento. Há idealmente (não fossem as oscilações e paralisações das atividades fabris tanto da fornecedora do subproduto quanto das instalações de produção do gás carbônico) um fluxo contínuo de suprimento da matéria-prima.

Com relação à especificidade dos ativos, nota-se que os que são utilizados para fabricação de gás carbônico são dedicados à transação envolvendo a aquisição de subproduto da respectiva fonte. Há, nos termos de Williamson, uma especificidade locacional no presente caso. Embora as instalações e os equipamentos de fabricação de gás carbônico possam ser trasladados para outra locação, tanto os custos de desmontagem, transporte, montagem e adaptação (*sunk costs*), quanto os custos de transação propriamente ditos – busca de novo fornecedor, estabelecimento de negociações quanto aos termos de suprimento, entre outros – são elevados.

O mesmo não pode ser tido com relação aos ativos da empresa fornecedora da matéria-prima. Como visto, esta é um subproduto da atividade principal da “fornecedora”. Independentemente, da importância alcançada no faturamento da empresa, por exemplo, pode-se presumir que a comercialização do subproduto não pode se constituir em sua atividade principal, ao passo que os ativos destinados à fabricação do gás carbônico a partir desse subproduto não tem outra finalidade.

Essa hierarquia, dada pela dependência unívoca entre as partes contratantes, e a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas por parte da fornecedora são importante para caracterizar o poder de barganha, no caso, do fornecedor do subproduto frente aos potenciais adquirentes. Como já mencionado, enquanto que o rompimento da relação comercial resulta apenas em custos de transação para o fornecedor (os quais podem ser compartilhados com o novo adquirente do subproduto), para o adquirente a quebra da transa-

compromete-se a pagar por determinado quantidade do produto, mesmo que seu consumo efetivo não tenha alcançado aquela quantidade).

ção implica não só em custos de transação (com um novo fornecedor), como também em outros custos de desinstalação, manutenção da força de trabalho inativa e instalação dos equipamentos junto a outro fornecedor.

Há, ainda, outros importantes custos de transação relacionados à temporalidade e à incerteza presente das relações comerciais no caso em tela. A incerteza no presente caso é agravada pelo fato do gás carbônico não poder ser armazenado em grandes quantidades. Um impasse no momento de confirmação de determinada transação (ou renovação de contrato, por exemplo), se não garantida a continuidade do fornecimento, implica em perdas correntes de receita, devido à impossibilidade abastecimento do mercado consumidor de gás carbônico com produto previamente armazenado.

Com relação à temporalidade das relações de compra e venda do subproduto, como visto, maior tende a ser o custo de transação, quanto maior for tanto a frequência das transações, quanto os custos de monitoramento das regras estabelecidas entre as partes. Ambos os elementos estão presentes no caso em tela.

A compra e venda do subproduto, como já mencionado, dá-se idealmente de forma contínua, com o gás bruto fluindo ininterruptamente e em quantidades variáveis das instalações da fornecedora para os equipamentos de fabricação do gás carbônico. Abstraindo esse fato e supondo intervalos discretos nos quais transações sucessivas dispõem sobre a compra de “pacotes” de subproduto, os custos de negociação tendem a ser elevados.

No presente caso deve-se considerar, ainda, que o monitoramento das regras estabelecidas entre as partes é complexo e oneroso. O teor de gás carbônico contido no subproduto é parte importante do sistema de aferição da qualidade do efluente, o que depende de análise estequiométrica, e mesmo discrepâncias entre a quantidade vendida (medida pelo fornecedor em suas instalações) e a quantidade comprada (medida pelo adquirente em suas instalações) geram custos de monitoramento não desprezíveis.

Pelas características técnicas e econômicas do processo de produção do gás carbônico a partir de subproduto pode-se afirmar que os custos de transação envolvidos são significativos, bem como são substanciais as possibilidades de comportamentos oportunistas por parte da fornecedora. Num caso, a celebração de contratos de longo prazo condiz com a busca de redução desses custos. Noutra caso, a exclusividade de aquisição do subproduto está associada à prevenção de comportamentos oportunistas e ao período de tempo necessário para a recuperação do capital investido em ativos específicos. Em uma palavra, há elementos que autorizam concluir que essa forma de organização das relações comerciais em tela são superiores às de mercado, gerando ganhos de eficiência que, de outro modo, não seriam obtidos.

3. Posição Dominante e Definição de Mercado Relevante

Nas investigações realizados no âmbito desse processo administrativo pode-se verificar que não houve a devida aferição ou até mesmo a consideração dos ganhos de eficiência decorrentes da redução dos custos de transação. Encontra-se, assim, prejudicada a análise pelas autoridades antitruste dos efeitos pró-competitivos da prática em contraposição aos seus efeitos restritivos. Não obstante, na seqüência, são apresentados breves comentários sobre a suposta posição dominante exercida pela White Martins e sobre alegados efeitos anti-competitivos da exclusividade celebrada com a Ultrafertil.

A caracterização de posição dominante ou de poder de mercado reside na capacidade de um agente impor condições vantajosas a outrem (uma empresa ou consumidor final). Essa capacidade, por sua vez, é aproximada pela participação da empresa no mercado relevante, embora outros fatores devam ser levados em consideração.

No presente caso, tanto o Parecer da Secretaria de Direito Econômico, quanto o da Procuradoria Geral do CADE, inclusive por remissão ao Ato de Concentração nº 78/96, definem o mercado relevante como o de gás carbônico na dimensão geográfica regional (Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo) e, considerando a participação de mercado da White Martins, concluem pela existência de posição dominante.

Independentemente do mérito, “*posição dominante no mercado de gás carbônico*” significa dizer, por exemplo, que determinada fabricante do produto tem capacidade de praticar um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços, sem que a reação de empresas rivais seja capaz de frustrar o aumento. Não se percebe, no entanto, relação entre a posição dominante no mercado de gás carbônico e o exame da referida prática. Ou, em outros termos, havia por parte da White Martins capacidade de impor algo desvantajoso à fornecedora do subproduto para a produção do gás carbônico?

Para a Ultrafertil, no momento da negociação de fornecimento do subproduto, o *market share* da White Martins no mercado de gás carbônico é irrelevante. O que importa unicamente é a existência, atestada nos autos, de outra empresa disposta a adquirir a matéria-prima. Nesse ponto, é importante atentar para a cronologia dos fatos narrados nos autos:

Em março de 1996 havia “firmes tratativas” entre a Messer e a Ultrafertil para a aquisição do subproduto, nos termos utilizados pela primeira (*apud* Parecer da Procuradoria Geral, p. 3);

Em 10 de maio de 1996, a Messer apresentou “firme proposta para a compra dessa produção excedente de dióxido de carbono” (*apud* Parecer da Procuradoria Geral, p. 3);

Em 9 de julho de 1996, a Ultrafertil pronunciou-se por meio de carta, pondo fim às negociações (vide Parecer da Procuradoria Geral, p. 3).

Note-se que o aditamento ao contrato de fornecimento, e conseqüentemente a inserção de cláusula de exclusividade sobre a disponibilidade do subproduto, foi firmado em 1º de julho de 1996. Então é possível afirmar com bastante precisão que a Ultrafertil teve duas empresas dispostas a adquirir o subproduto.

Como em um leilão, nada importa exceto o lance realizado por cada participante. E, como já mencionado, a fornecedora dispõe de maior poder de barganha (e possibilidade de comportamentos oportunistas) derivado, principalmente, do fato de que os ativos da empresa adquirente são específicos e sujeitos a elevados custos de transação, além de outros custos igualmente significativos.

Por essas razões, sustenta-se que posição dominante da White Martins não está suficientemente caracterizada, pois não é derivada de sua participação no mercado de gás carbônico, como definido no curso das investigações. Ao contrário, o mercado relevante para o exame da prática em questão, em sua dimensão geográfica e material, encerra-se na própria Ultrafertil.

4. Considerações Finais

Encontra-se consagrado na teoria econômica que relações contratuais entre empresas verticalmente relacionadas podem ser superiores às relações mediadas pelo mercado, no sentido de propiciarem as primeiras reduções de custos de transação e, assim, maior eficiência na utilização dos recursos disponíveis. A regulamentação da Lei 8.884/94, como mencionado, faz menção explícita à necessidade de aplicação do princípio da razoabilidade quando do exame de restrições contratuais verticais.

Assim sendo, a ausência de investigação acerca dos possíveis efeitos pró-competitivos da prática em exame, o que facilmente é constatado a partir da análise dos autos, torna-se ainda mais grave, quando se considera que as relações comerciais (transacionais) em questão estão sujeitas a custos de transação elevados, como demonstrado nos itens anteriores. Ademais, à medida que se

avança na compreensão das especificidades dessas relações, a própria definição do mercado relevante utilizada nos autos mostra-se frágil.

Por essas razões, em suma, considera-se que o exame dos impactos concorrenciais da prática investigada encontra-se prejudicado, tendo em vista a ausência dos elementos que permitem apreender correta e completamente o alcance dos efeitos pró-competitivos presentes no caso concreto.

ESTUDO ECONÔMICO 2 - MERCADO RELEVANTE E EFICIÊNCIAS NA ANÁLISE DE CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE

Edgard Antonio Pereira

João Paulo G. Leal

Introdução

A investigação sobre criação de dificuldades para o ingresso de novos concorrentes, mediante impedimento de acesso à fonte de matéria-prima, conduzida no âmbito do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, tem desconsiderado algumas evidências trazidas aos autos pela Representada, bem como especificidades decorrentes da conduta em tela e do setor industrial sob análise.

O cerne da crítica diz respeito à contraposição pouco refletida dos eventuais prejuízos à concorrência à razoabilidade da conduta em questão.

De um lado, houve a magnificação dos possíveis impactos negativos da conduta em decorrência em grande medida da definição do mercado relevante como o de gás carbônico. Essa definição, que se entende equivocada, conduziu a investigação para uma apreciação pouco balizada acerca da disponibilidade de matérias-primas substitutas a serem utilizadas por novos entrantes.

De outro lado, a racionalidade subjacente à celebração do contrato em questão foi desconsiderada, não obstante ser fundamentada na busca por maior eficiência alcançada, entre outros fatores, pela redução de custos de transação e de custos de capital em ampliação da capacidade de produção da Representada.

Esses dois lados da balança – cuja consideração é essencial à aplicação da regra da razão – são analisados na seqüência.

1. Efeitos Concorrenciais do Contrato

1.1. Elementos para Definição do Mercado Relevante

A definição de mercado relevante¹ é usualmente feita identificando-se os produtos que podem ser utilizados como sucedâneos àquele sob investigação, no caso deste sofrer *um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preço* (como resultado objetivo do exercício abusivo do poder de mercado).

No presente caso, o que se investiga é se o monopolista hipotético estaria em condições de restringir o acesso à matéria-prima para a produção de gás carbônico (exercendo abusivamente o poder de mercado para a criação de barreira à entrada de novos competidores). Portanto, o produto sob investigação é a matéria-prima (sua disponibilidade) e o mercado relevante, em suas dimensões material e geográfica, deve identificar as possibilidades de substituição pelos consumidores (fabricantes de gás carbônico) do produto em questão.

Esse, no entanto, não foi o entendimento expresso no voto do Conselheiro-Relator, Dr. Celso Fernandes Campilongo:

“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, adota as mesmas definições” (p. 20, sublinhou-se).

Num caso (no AC supra mencionado) interessa definir as possibilidades de substituição existentes para os consumidores de gás carbônico, enquanto que *in casu* caso a investigação diz respeito aos sucedâneos à fonte de matéria-prima contratada disponíveis para os fabricantes de gás carbônico. Não há, portanto, “similitude” entre as duas situações. O que se indica aqui é a ausência de uma investigação aprofundada acerca da existência de substitutos à fonte de subproduto contratada pela Representada.

Ocorre que a participação detida por certa empresa no mercado do produto (a jusante) e, conseqüentemente, seu poder de mercado não guarda relação necessariamente com a participação no mercado da matéria-prima (a montante). A participação da empresa em um mercado não é indicador de

¹ Como nos Guidelines do Department of Justice / Federal Trade Commission (1992 Horizontal Merger Guidelines), na Resolução CADE nº 20 (9/06/1999) e no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SDE / SEAE (Portaria nº 50, de 1º/08/2001).

posição dominante em outro mercado (no qual se daria a para a criação de dificuldades de acesso dos concorrentes à matéria-prima)².

O caso *Tampa Electric Co. versus Nashville Co.*, apreciado pela Suprema Corte norte-americana em 1961 (365 U.S. 320), guarda fortes semelhanças com a presente investigação – tratava-se de ontrato de exclusividade celebrado entre *Tampa* e *Nashville* para o fornecimento de carvão durante 20 anos, que seria utilizado pela primeira para geração de energia elétrica. – e constitui-se em um exemplo claro de definição de mercado relevante para o exame de contratos de exclusividade – relativo ao mercado do produto objeto da exclusividade.

Em síntese, o Juiz Clark da Suprema Corte entendeu que o referido contrato não era ilegal, pois a quantidade de carvão adquirida representava uma pequena fração da oferta disponível de carvão³ no mercado geográfico relevante:

“From these statistics it clearly appears that the proportionate volume of the total relevant coal product as to which the challenged contract pre-

² Na seqüência do referido Voto tem-se a presunção da existência de poder de mercado, baseada no market share da Representada no (equivocado) mercado de gás carbônico, mas não no (correto) mercado relevante de matéria-prima para produção de gás carbônico:

“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% (fls. 635) [...] 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” (p. 20).

³ “In applying these considerations to the facts of the case before us, it appears clear that both the Court of Appeals and the District Court have not given the required effect to a controlling factor in the case - the relevant competitive market area. This omission, by itself, requires reversal, for, as we have pointed out, the relevant market is the prime factor in relation to which the ultimate question, whether the contract forecloses competition in a substantial share of the line of commerce involved, must be decided. For the purposes of this case, therefore, we need not decide two threshold questions pressed by Tampa Electric. They are whether the contract in fact satisfies the initial requirement of 3, i. e., whether it is truly an exclusive-dealing one, and, secondly, whether the line of commerce is boiler fuels, including coal, oil and gas, rather than coal alone. We, therefore, for the purposes of this case, assume, but do not decide, that the contract is an exclusive-dealing arrangement within the compass of 3, and that the line of commerce is bituminous coal” (op. cit.).

empted competition, less than 1% is, conservatively speaking, quite insubstantial” (op. cit.).

Como bem ilustrado em *Tampa v. Nashville*⁴, a celebração de contrato de fornecimento de matéria-prima pode vir a causar prejuízo à concorrência, caso a quantidade contratada seja elevada o bastante, em relação à oferta do mercado relevante, a ponto de propiciar o “fechamento” (*foreclosure*) do acesso de empresas concorrentes, estabelecidas ou potenciais, à matéria-prima⁵.

⁴ Na mesma linha, tem-se o caso *Jefferson Parish Hospital Dist. n° 2 versus Hyde* (466 U.S. 2, 1984), sobre contrato de exclusividade firmado pelo hospital Jefferson Parish e empresa Roux de anestesistas, (os serviços de anestesia seriam prestados exclusivamente pela Roux). A investigação versou, inter alia, sobre possíveis efeitos no mercado de prestação de serviços de anestesia. O ponto a destacar é que os dois mercados envolvidos – de serviços hospitalares e o de serviços de anestesia – não se confundem:

“In order to prevail in the absence of per se liability, respondent has the burden of proving that the Roux contract violated the Sherman Act because it unreasonably restrained competition. That burden necessarily involves an inquiry into the actual effect of the exclusive contract on competition among anesthesiologists. This competition takes place in a market that has not been defined. The market is not necessarily the same as the market in which hospitals compete in offering services to patients; it may encompass competition among anesthesiologists for exclusive contracts such as the Roux contract and might be statewide or merely local”.

Vide também o Processo Administrativo n° 53500.000359/99, no qual o Conselheiro Celso Campilongo manifestou-se nos seguintes termos:

“Data venia, o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infra-estrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível, à Directv, duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros ...”

É certo que este processo referia-se à aplicação da essential facility doctrine. Porém, sua aplicação ao presente caso é direta. Examinou-se a condição de reprodutibilidade do produto objeto da exclusividade (ou, por analogia, a matéria-prima para a produção de gás carbônico) para determinar se a exclusividade conferida a uma empresa (a White Martins aqui) cria dificuldades à atuação de empresa concorrente.

⁵ De maneira análoga, em um contrato de exclusividade de distribuição, o potencial de prejuízo à concorrência guarda relação com a importância (participação relativa) do(s) distribuidor(es) contratado(s) com exclusividade frente às possibilidades alternativas de distribuição. Note-se que a participação de mercado da empresa contratante no mercado de origem (a montante) não é decisivo. Uma empresa que tenha firmado contrato de exclusividade com parcela muito alta dos distribuidores existentes (“fe-

Em suma, quando se trata de inferir o poder de mercado resultante, por exemplo, de uma fusão, o indicador de participação de mercado é calculado pela relação percentual entre as vendas combinadas das empresas fundidas e as vendas totais para o mercado relevante (dadas as dimensões geográfica e material). Porém, no exame do poder de mercado que decorre de um contrato de fornecimento, o indicador, conceitualmente análogo, é calculado em termos de *grau de fechamento*. Toma-se o *quantum* do produto (ou matéria-prima) objeto do contrato em relação ao mercado total (disponibilidade) do mesmo produto. Não necessariamente há uma correspondência entre o *market share* (a jusante) e o grau de fechamento (a montante).

1.2. O Mercado Relevante de Matérias-primas para Produção de Gás Carbônico

A matéria-prima em questão (subproduto da atividade industrial da Ultrafertil) tem uma finalidade específica: a produção de gás carbônico para comercialização na Região Sudeste mais o Estado do Paraná (mercado relevante geográfico do produto a jusante). Assim sendo, o mercado relevante geográfico das matérias-primas (que não são passíveis de serem transportadas) deve abranger a região capaz de ser abastecida com o produto final a partir da fonte em questão.

O maior dissenso deve ocorrer com a definição da dimensão material do mercado relevante de matérias-primas para produção de gás carbônico. Conceitualmente, basta identificar as matérias-primas economicamente viáveis para a produção de gás carbônico. O instrumento para tanto é o teste do monopolista hipotético: supondo um pequeno, mas significativo e não transitório aumento do preço da matéria-prima em questão, estabelecer quais seriam as alternativas para o consumo por parte dos fabricantes de gás carbônico. Na prática, no entanto, as dificuldades são maiores.

Como se sabe, o gás carbônico pode ser produzido a partir da combustão ou da utilização do subproduto das atividades industriais de terceiros. Conservadoramente, pode-se admitir *a priori* que a aplicação do teste do monopolista hipotético ao presente caso indique que não há elevada possibilidade de substituição entre combustão e subproduto⁶.

chado” o canal de distribuição) pode *ceteris paribus* causar prejuízo à concorrência, mesmo que detenha uma participação muito reduzida em seu mercado de atuação.

⁶ No Voto em referência afirma-se que:

Com relação às fontes de subproduto, os efluentes de processos industriais podem conter gás carbônico em diferentes graus de pureza, o que não faz com que essas matérias-primas não sejam substitutas entre si⁷. Esclarece-se que o teor mais baixo de gás carbônico presente no gás de purga não é um impedimento técnico à sua utilização. Ao contrário, o gás de purga é concentrado e o teor de gás carbônico remanescente é, então, elevado a 98%. A Representada estima que os investimentos em unidades fabris de igual capacidade produtiva, uma delas utilizando subproduto semelhante ao da Ultrafertil e outra, subproduto da Petrobrás/Replan, seriam da ordem de US\$ 9 milhões (equipamentos de purificação de CO₂) e de US\$ 12 milhões (equipamentos de purificação e de concentração de CO₂ – denominados *unidade de Mea*), respectivamente. A diferença não só é acessível aos entrantes potenciais, não se constituindo em barreira de capital, como também não resulta em assimetria de custo significativa.

“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” (p. 20).

Registre-se a ausência de qualquer referência a fundamentar tal afirmação. Note-se ainda que no AC nº 78/96 foi informado que:

“Com relação ao custo final do produto, este é apenas um dos elementos considerados no processo decisório de implantação de uma unidade industrial de gás carbônico. Leva-se em conta, por exemplo, a maior flexibilidade da planta de combustão, decorrente de sua independência locacional da unidade geradora do sub-produto. Sua maior proximidade física do cliente pode inclusive compensar o diferencial do custo de produção. Portanto, constituem-se como alternativas absolutamente válidas todas as fontes existentes.

Por último, mas não menos importante, o acirramento da concorrência no mercado brasileiro de gás carbônico, após a aquisição da LIQUID CARBONIC pela WHITE MARTINS, o custo de obtenção do sub-produto tende a aumentar proporcionalmente ao preço dos materiais combustíveis utilizados em plantas a combustão, fazendo com que o custo de produção de unidades de sub-produto e de combustão se aproximem. Assim, os valores ora apresentados devem ser periodicamente reavaliados, de modo a adequá-los à dinâmica competitiva do mercado de gás carbônico” (em resposta ao Ofício DPDE nº 3.043/97, fls.).

⁷ “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 separam 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” (Voto do Conselheiro-Relator, p. 21).

Deve-se notar que as ressalvas à consideração das fontes alternativas de subproduto referem-se estritamente a uma questão de preços relativos, os quais, por sua vez, estão associados à condição de ingresso de novos concorrentes.

É fato que a condição de acesso à matéria-prima pode constituir-se em uma vantagem absoluta de custo para empresas já estabelecidas⁸; e também é verdadeiro que essa possível vantagem pode decorrer unicamente da precedência do ingresso dessas empresas no mercado em questão. Trata-se da “história precedente”, como referido por Labini, que condiciona determinada estrutura de “equilíbrio”⁹.

Mais precisamente, é uma conseqüência natural do funcionamento do mercado que uma empresa estabelecida depois de outra depare-se com maiores dificuldades de ingresso. As matérias-primas podem ser de pior qualidade, sua localização pode ser menos interessante ou, simplesmente, a disputa por ela pode fazer com que o preço seja maior.

O que se busca enfatizar aqui é que é normal que as empresas já estabelecidas tenham tido acesso às fontes mais adequadas. Esse é o resultado esperado da pressão da concorrência sobre um fonte de recursos limitada. Porém não necessariamente a condição de acesso à matéria-prima é tal que o ingresso de novos concorrentes seja “eficazmente impedido” ou “bloqueado”, utilizando a terminologia de Bain. Ao contrário, no presente caso, a capacitação técnica e financeira e o conhecimento do mercado dos concorrentes potenciais não encontraria – como efetivamente não encontraram – maior impedimento para o ingresso na eventual pior qualidade das fontes disponíveis.

O mais importante, entretanto, sobre a disponibilidade e preços relativos da matéria-prima em apreço está associado ao fato de ser esta um subproduto da atividade de terceiros. Em decorrência dessa especificidade é certo que não há um “mercado” de subproduto no sentido tradicional de transações regulares de compra e venda, a partir das quais se poderia estimar curvas de

⁸ “The condition that with easy entry established firms should have no absolute cost advantages means that, for a given product, potential entrant firms should be able to secure just as low a minimal average cost of production after their entry as established firms had prior to this entry” (Bain, Joe. *Barriers to New Competition*. Cambridge, Harvard University Press, 1956 (reimpressão: Augustus M, Kelley Publishers, 1993, p. 12).

⁹ “Uma vez atingida certa situação de equilíbrio, as outras situações de equilíbrio são inatingíveis. Sob esse aspecto, o esquema aqui apresentado leva em conta, portanto, de modo formal ou abstrato, a ‘história precedente’” (Labini, P. S.. *Oligopólio e Progresso Técnico*. 1956. Tradução: Abril Cultural, 1984, p. 64).

demanda e oferta. Pode-se dizer, a oferta de subproduto é latente ou potencial; o ofertante não necessariamente reconhece como um produto passível de ser comercializado o resíduo de seu processo de produção; e o demandante só se faz presente no “mercado” em intervalos bastante discretos, quando da renovação de contratos de fornecimento e/ou quando do ingresso de novos concorrentes.

Em suma, entende-se que o mercado relevante em questão é composto pelas fontes de subproduto aptas a serem utilizadas para a produção de gás carbônico destinado à Região Sudeste (mais Paraná). Para se estabelecer o eventual prejuízo à concorrência resultante do contrato em apreço, é necessário identificar o *grau de fechamento* do mercado relevante, isto é, qual o peso da quantidade prevista no contrato na oferta total de subproduto. Considerando as especificidades do produto relevante (ser parte da condição de ingresso de novos concorrentes e ser subproduto da atividade de terceiros), apresenta-se adiante uma estimativa do grau de fechamento do mercado, considerando (conservadoramente) a oferta total composta apenas pelas fontes em uso e englobando (menos restritivamente) as fontes de subproduto já identificadas.

Grau de Fechamento do Mercado Relevante

O potencial de prejuízo à concorrência pela contratação, com exclusividade, de suprimento de matéria-prima é estabelecido pela relação entre o *quantum* contratado e a quantidade total ofertada, ou seja, o grau de fechamento do mercado decorrente da contratação em tela.

Considerando inicialmente que a quantidade total ofertada corresponde unicamente (e, portanto, conservadoramente) à disponibilidade de subproduto em utilização, tem-se o seguinte quadro de oferta:

Empresa/Unidades	Capacidade (tpd)
Ultrafertil – SP	360
Oxiteno – SP	35
Petrobrás (Reduc) – RJ	35
Petrobrás (Regap) – MG	45
Ultrafertil – PR	100
Comgás – SP	70
White Martins – Total	645
Prosint – RJ	90
AGA – Total	90

Petrobrás (Revap) – SP	65
Rhodia – SP	65
Air Liquide – Total	130
Hoechst – SP	40
Spal – Pananco – SP	60
Messer – Total	100
TOTAL GERAL	965

Notas:

a) A **AGA** ingressou no mercado de gás carbônico a partir da fonte de subproduto proveniente da Prosint – até então “desconhecida” no mercado;

b) A **AIR LIQUIDE**, também em 1997, obteve a contratação com fontes anteriormente comprometidas com a **WHITE MARTINS**: Petrobrás-Revap e Rhodia. Também anunciou a contratação de fonte então “desconhecida” no mercado (Peróxidos), porém não houve a construção de capacidade produtiva junto a esta fonte.

c) A **MESSER GRIESHEM**, em fevereiro de 1999, em reposta ao Ofício CADE nº 90/98, informou a contratação das fontes junto à Hoechst, sua controladora, e até então “desconhecida” no mercado, e junto à Spal-Pananco, até então cliente da **WHITE MARTINS**.

d) Em 1999, a **BOC** contratou o fornecimento de 100 tpd de subproduto, provenientes da Ultrafertil – montante não considerado acima por fazer parte da disponibilidade de 170 tpd sob investigação.

e) Em 2000, a Comgás deixou de fornecer a matéria-prima à **WHITE MARTINS**.

Fonte: Relatório Anual do TCD e AC nº 78/96.

Assim sendo, a disponibilidade utilizada no período em questão era da ordem de 965 tpd contra um montante de subproduto de 170 tpd contratados com exclusividade pela Representada. Resulta, portanto, em um **grau de fechamento de aproximadamente 17,6%**

À guisa de esclarecimento, deve-se consignar que se entende correto o cômputo de fontes “desconhecidas”, bem como de fontes anteriormente

comprometidas com a Representada na estimativa acima da disponibilidade total utilizada de subproduto.

Isto porque, em primeiro lugar, a análise da condição de ingresso no mercado é, por certo, de natureza estrutural. Não importa estritamente a disponibilidade “pontual” ou “momentânea” de subproduto no mercado relevante geográfico definido, mas a oferta existente no horizonte de tempo adequado para a realização de investimentos em constituição de capacidade produtiva, vale dizer, para o ingresso de novos concorrentes e/ou ampliação da capacidade de empresas já estabelecidas¹⁰.

Em segundo lugar, porque as fontes “desconhecidas” não passaram a “existir” unicamente após a identificação pelos novos concorrentes. O fato é que havia a geração do subproduto anteriormente à identificação da fonte como fornecedora de matéria-prima para a produção de gás carbônico. Tome-se o caso das da Prosint, Hoechst e Spal-Pananco, cuja disponibilidade total monta a 190 tpd. A existência material dessas fontes antecede claramente sua identificação por um fabricante de gás carbônico. Ademais, ainda que fossem consideradas apenas essas fontes como alternativas à da Ultrafertil (170 tpd), mesmo assim o grau de fechamento decorrente do contrato não seria suficiente para bloquear o ingresso de um novo concorrente.

Por fim, a inclusão de fontes contratadas com a Representada é correta, pois, não havendo propriamente um “mercado” de subproduto, o usual é que os demandantes disputem o suprimento em momentos de renovação dos contratos (análise mais detalhada dos prazos de vigência dos contratos então

¹⁰ Entendimento diverso foi esposado no Voto do Conselheiro-Relator, que afirma: “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 representam 10% do mercado relevante [sic] estivessem disponíveis”.

Aparentemente trata-se de uma contradição em termos. Se, em última instância, a conduta sob análise versa sobre a criação de barreiras ao ingresso de novos concorrentes, a entrada de duas novas empresas no mercado indica que a conduta não pôde produzir qualquer efeito negativo.

Ademais, é pacífica a jurisprudência do CADE no sentido do não reconhecimento de barreiras substanciais ao ingresso de novos entrantes em havendo condição para a entrada em prazo inferior a dois anos. A restrição pontual reconhecida pelo Conselheiro-Relator implicaria numa cogitada barreira no prazo máximo de 17 meses, inferior portanto àquele prazo bienal. O ponto ainda merece maior destaque, à medida que os concorrentes potenciais efetivamente ingressaram no mercado em prazo inferior aos dois anos e no curso da restrição contratual.

em vigor pode precisar o “cronograma” de entradas possíveis no mercado relevante em questão). Ademais, como mostram as “perdas” de contratos da Representada para a **AIR LIQUIDE** e para a **MESSER**, essas disponibilidades efetivamente retornam ao “mercado” uma vez expirado o contrato de fornecimento.

Porém, como já antecipado, a oferta de subproduto para produção de gás carbônico não se limita à disponibilidade já utilizada ou contratada. Engloba também fontes já identificadas (as não identificadas não são obviamente mensuradas) e que não se encontram contratadas por qualquer empresa¹¹, conforme apresentado no quadro abaixo.

O total geral de subproduto para produção de gás carbônico, de acordo com a estimativa acima, monta a 2.365 tpd, resultando em um **grau de fechamento do mercado de 7,2%**, em decorrência da contratação de 170 tpd. da Ultrafertil.

Empresa/Unidades	Capacidade (tpd)
Disponibilidade utilizada	965
Petrobrás (Replan) – SP	440
Petrobrás (Rbpc) – SP	420
Petrobrás (Repar) – PR	400
Ultrafertil – SP	70
Peróxidos – PR	70
Disponibilidade excedente	1.400
TOTAL GERAL	2.365

Nota:

a) Considera-se os 70 tpd ainda disponíveis junto à Ultrafertil após a contratação de 100 tpd. pela **BOC**, assim como os 70 tpd. anunciados pela **LIQUIDE CARBONIC** que seriam utilizados a partir da Peróxidos.

Fonte: AC nº 78/96.

¹¹ Em um sentido mais amplo, a decisão proferida pelo CADE no AC nº 78/96, que condiciona a aprovação do ato a que a Requerente se abstenha de disputar certas fontes de subproduto, expressamente reconhece, portanto, a existência de disponibilidade de matéria-prima para a produção do gás carbônico.

Em suma, seja a partir de uma definição restritiva do mercado de subproduto para a produção de gás carbônico (uma restrição anterior já foi feita, quando da desconsideração da possibilidade de substituição por material de combustão), seja considerando toda a disponibilidade já identificada, o “fechamento” do mercado relevante proporcionado pelo contrato em questão foi reduzido. Quando muito, é possível estabelecer um *ranking* de fontes alternativas para o ingresso de novos concorrentes. Esta fonte seria preferível àquela e esta, à outra, pelas mais variadas razões (custo de produção, aporte de capital ou localização, por exemplo), porém não há estruturalmente à criação de uma barreira à entrada de novos concorrentes pela vigência do contrato em tela¹².

2. Da Racionalidade do Contrato em Questão

Em contraposição ao pequeno ou mesmo nulo prejuízo ao mercado ocasionado pela conduta da Representada, deve-se atentar para o outro lado da balança da regra da razão. A contratação quantidade adicional de subproduto pela Representada encontra-se justificada pela busca por maior eficiência, quer seja pela redução de custos de transação e da prevenção de comportamentos oportunistas, quer seja pela otimização dos recursos de capital empregados.

Os elementos principais da teoria dos custos de transação foram apresentados às fls. (“Custos de Transação, Relações Contratuais Verticais e Eficiências”) e não serão retomados aqui. Na seqüência faz-se apenas menção a algumas poucas questões que, considera-se, merecem maior aprofundamento.

No Voto do Conselheiro-Relator é aceita em geral a importância dos custos de transação para o caso em tela. Faz-se ressalva, no entanto, quanto à “extensão” das eficiências obtidas com a exclusividade aos excedentes adquiridos pela Representada:

“O que não pode ser aceito, em nenhuma hipótese, é que as supostas eficiências também possam estar relacionadas à exclusividade sobre os exce-

¹² Como demonstram, acredita-se de forma muito veemente, os ingressos de várias outras empresas no mercado em simultâneo com a prática sob investigação (no sentido estrutural do tempo econômico).

dentes 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 que a reserva estratégica de matéria-prima, os benefícios – social ou privado – da fórmula não são evidentes” (p. 21).

Duas questões principais revelam a racionalidade subjacente à contratação do dito excedente da Ultrafêtil.

Em primeiro lugar, há uma dependência assimétrica dos ativos utilizados por cada uma das partes do contrato sob exame. Os ativos que são utilizados para fabricação de gás carbônico são dedicados à transação envolvendo a aquisição de subproduto de determinada fonte. Há, nos termos de Williamson, uma especificidade locacional no presente caso.

O mesmo não pode ser tido com relação aos ativos da empresa fornecedora da matéria-prima. Como visto, esta é um subproduto da atividade principal da fornecedora. Independentemente, da importância alcançada no faturamento da empresa, por exemplo, pode-se presumir que a comercialização do subproduto não pode se constituir em sua atividade principal e, mais importante, o ativo (o subproduto) não tem destinação estrita para determinado contrato. Diante de um impasse com o adquirente do subproduto, outra empresa pode vir a adquiri-lo com perdas pequenas para o fornecedor.

Essa hierarquia, dada pela dependência assimétrica entre as partes contratantes, favorece a adoção de comportamentos oportunistas por parte do fornecedor e, mais importante, oportunismo que é potencializado justamente no momento de negociação da aquisição de quantidades adicionais de subproduto.

Mais precisamente, no presente caso, tem-se uma empresa cujos ativos produtivos encontram-se comprometidos com a utilização de determinada fonte de subproduto e que usufrui de ganhos de eficiência em virtude do contrato estabelecido (faz-se referência aqui ao contrato original e não ao aditamento que estabeleceu a exclusividade sobre o dito excedente).

Se, diante de perspectivas favoráveis de crescimento da demanda, por exemplo, a empresa contratante tenciona dispor de suprimento adicional, o maior poder de barganha (a possibilidade do comportamento oportunista) encontra-se do lado do fornecedor. Algo como: “negociemos preços mais favoráveis em bloco – sobre a quantidade originalmente contratada mais a quantidade adicional – ou rompamos o contrato”. O subtexto é claro: “suas instalações já se encontram comprometidas – quem tem mais a perder é você!”. Pois, como mencionado, os ativos em questão são específicos e há uma

redução de custos proporcionada pela utilização, em escala ampliada, de uma mesma fonte de suprimento.

O segundo ponto que explicita a racionalidade da conduta da Representada é justamente a existência de perspectivas favoráveis de crescimento do mercado de gás carbônico. Diferentemente do entendimento expresso na citação acima do referido Voto, não foi a possibilidade de alteração das condições de fornecimento necessário à produção corrente da Representada que motivou a celebração do aditamento ao contrato, mas sim a possibilidade de adoção de comportamento oportunista quando da contratação de suprimentos adicionais.

Em suma, identificam-se fortes razões pelas quais a Representada motivou-se a celebrar contrato de aditamento para a compra de quantidade adicional de subproduto da Ultrafértil. Essa motivação não só diz respeito à intenção de atender ao mercado em crescimento, como também à busca por redução de custos e à necessidade de preservação de investimentos já realizados contra comportamentos oportunistas. Conseqüentemente, esses ganhos de eficiência estão relacionados às quantidades originalmente contratadas e, principalmente, às quantidades adicionais de subproduto provenientes da Ultrafértil.

3. Síntese

Como citado anteriormente, o Voto do Conselheiro-Relator afirma que não são evidentes os benefícios da conduta sob exame. Se não são evidentes ou mensuráveis, crê-se com base nas razões expostas acima que o comportamento da Representada encontra respaldo na busca por eficiência decorrente da contratação do suprimento da matéria-prima em questão, mesmo que momentaneamente o fornecimento venha a exceder a capacidade de produção da empresa.

Dito de outro modo, não é possível afastar de plano a racionalidade subjacente à conduta sob exame. E é menos ainda razoável afirmar, sem demonstrar cabalmente, que tal conduta produziu ou que pudesse produzir prejuízos à concorrência. Como evidenciado anteriormente, partindo-se de uma definição equivocada do mercado relevante, que, por sua vez, conduziu a investigação para uma análise insuficiente do grau de fechamento do mercado, chegou-se finalmente à afirmação da ilicitude da conduta.

Porém, a utilização de matérias-primas “desconhecidas” por novos concorrentes, a contratação de fontes de subproduto anteriormente comprometidas contratualmente com a Representada e a disponibilidade de quantidades

substanciais de matéria-prima ainda não utilizadas são, para dizer o mínimo, fortes indícios de que a exclusividade estabelecida com a Ultrafértil não se constituiu, nem poderia se constituir, em obstáculo à atuação de concorrentes potenciais.

Apoio:



www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br