

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 7 número 2 - 2000

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 7 número 2 - 2000

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 / 263 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 263-6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria.

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 1999

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08012.006375/98-42.....	7
REQUERENTES: PEDREIRAS EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., MARK IV AUTOMOTIVE DO BRASIL LTDA. E TECHOLD LTDA.	7
RELATOR: MARCELO CALLIARI.....	7
RELATÓRIO	8
VOTO	14
<i>BRASÍLIA, 07 DE JULHO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º: 08012.002611/98-51.....	21
REQUERENTES: HERBITÉCNICA INDÚSTRIA DE DEFENSIVOS S/A E DEFENSA S/A.....	21
APENSO: PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE Nº 08012-001002/98-58	21
REPRESENTANTE: NORTOX S/A.	21
REPRESENTADA: HERBITÉCNICA INDÚSTRIA DE DEFENSIVOS S/A E DEFENSA S/A.....	21
RELATOR: CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY.....	21
RELATÓRIO	22
VOTO	31
<i>BRASÍLIA, 28 DE ABRIL DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO NO. 08012.000587/99-89	41
REQUERENTES: BASF S/A E CLARIANT S/A	41
RELATOR: CONSELHEIRO RUY SANTACRUZ	41
VOTO	41
<i>BRASÍLIA, 16 DE JUNHO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.0006501/98-03	47
REQUERENTES: SENIOR ENGINEERING GROUP PLC E TECNE FLEXÍVEIS S/A	47
RELATOR: CONSELHEIRO RUY SANTACRUZ.	47
VOTO	47
<i>BRASÍLIA, 09 DE JUNHO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08000.026299/96-31 (102/96).....	53
REQUERENTES: S/A INDÚSTRIAS VOTORANTIM, COMPANHIA SIDERÚRGICA NACIONAL E COMPANHIA DE CIMENTO RIBEIRÃO GRANDE.....	53
RELATOR: CONSELHEIRO MARCELO CALLIARI.....	53
VOTO	54
<i>BRASÍLIA, 07 DE JULHO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO)</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO NO. 08012.009247/98-79	59
REQUERENTES: ABC SUPERMERCADOS S/A SUPERMERCADO MAXBOX E MB SUPERMERCADOS LTDA.	59
CONSELHEIRO-RELATOR: JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA	59
VOTO	59

VOTO DO CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY.....	63
<i>BRASÍLIA-DF., 14 DE JULHO DE 1999</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.000578/99-98	67
REQUERENTES: EXXON CHEMICAL HOLDING, THE SHELL PETROLEUM COMPANY LIMITED (SPCO) E SHELL OIL COMPANY (SOC).....	67
RELATOR: CONSELHEIRO RUY SANTACRUZ	67
VOTO	68
<i>BRASÍLIA, 1º DE SETEMBRO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO NO. 08012.007256/98-99	71
REQUERENTES: ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA. E GRIESHABER & CO. AG. SCHAFFHAUSEN	71
CONSELHEIRA-RELATORA: LUCIA HELENA SALGADO E SILVA	71
<i>BRASÍLIA-DF., 14 DE JULHO DE 1999</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO : Nº 08012.000097/99-18.....	75
REQUERENTES: BWT VON ROLL ISOLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA E VONROLL ISOLA HOLDING AG.	75
RELATORA: CONSELHEIRA HEBE ROMANO	75
VOTO	75
<i>BRASÍLIA, 18 DE AGOSTO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.007085/98-06	79
REQUERENTES: AIR PRODUCTS GASES INDUSTRIAIS LTDA. E QUÍMICA DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A.	79
RELATOR: CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY	79
RELATÓRIO	79
VOTO	87
<i>BRASÍLIA, 01 DE SETEMBRO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.004611/98-22	93
REQUERENTES: ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL E MUREX DIAGNÓSTICOS LTDA. ...	93
CONSELHEIRA: LUCIA HELENA SALGADO E SILVA	93
VOTO DE VISTA	93
<i>BRASÍLIA, 29 DE SETEMBRO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08012000908/99-91	97
REQUERENTES: PILLSBURY BRASIL LTDA. E PARMALAT BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.....	97
RELATOR: CONSELHEIRO MARCELO CALLIARI.....	97
RELATÓRIO	98
VOTO	98
<i>BRASÍLIA, 06 DE OUTUBRO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.009110/98-14	103
REQUERENTES: CHEVRON PRODUCT COMPANY, TEXACO REFINING AND MARKETING INC., FUEL AND MARINE MARKETING LCC	103
RELATOR: CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY	103
RELATÓRIO	103
VOTO	110
<i>BRASÍLIA, 28 DE ABRIL DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO).</i>	
ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 78/96.....	113
REQUERENTES: S.A. WHITE MARTINS E UNIGASES COMERCIAL LTDA.....	113
RELATOR: CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY	113
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR.....	117
VOTO	164
ANEXO	211
<i>BRASÍLIA, 01 DE SETEMBRO DE 1999 (DATA DO JULGAMENTO)</i>	
ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	216

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA
Ato de Concentração n.º 08012.006375/98-42

Requerentes: Pedreiras Empreendimentos e Participações Ltda., Mark IV Automotive do Brasil Ltda. e Techold Ltda.

Relator: Marcelo Calliari

EMENTA: Petição que visa a interposição de Embargos de Declaração, previstos no art. 535 do Código de Processo Civil, da decisão do CADE proferida na apreciação do Ato de Concentração n.º 08012.006375/98-42. Alegação de contradição e obscuridade da decisão quanto à forma de recolhimento da multa. Recebimento da petição como Pedido de Esclarecimentos, fundamentando em princípios gerais de direito administrativo e no direito geral de petição aos poderes públicos, previsto no art. 5º, inciso XXXIV da Constituição federal de 1988, conforme decisão adotada na apreciação do Pedido de Esclarecimentos apresentado no âmbito do Ato de Concentração n.º 92/96. Irrecorribilidade das decisões do Plenário do CADE. Esclarecimento de que a decisão do Conselho facultou as representadas a possibilidade de recolhimento voluntário da multa até 15(quinze) dias após a publicação do Acórdão ou na forma da Resolução n.º 9/97 do CADE. Resposta ao Pedido de Esclarecimento realizada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, conhecer da petição de Embargos de Declaração como pedido de esclarecimentos, informando que não necessita o órgão antitruste realizar, em atos e contratos que não sejam lesivos à concorrência, nem a enumeração das eficiências previstas no parágrafo primeiro do art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, nem a fixação de Compromisso de Desempenho, previsto no art. 58 da mesma Lei. Participaram da apreciação o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino e Hebe Romano. Ausente, justificadamente, a Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Presente o Procurador-Geral Amauri Ressalvo. Brasília, 07 de julho de 1999 (data do julgamento).

RELATÓRIO¹

I. DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO

Em 10.08.1998, Mark IV Automotive do Brasil Ltda. (MARK IV), subsidiária brasileira do grupo Mark IV / Dayco Europe, adquiriu 100% das quotas representativas do capital social da Techold Ltda (TECHOLD), que então tinha a denominação de Pedreiras Ltda. A TECHOLD por sua vez detinha 76% de participação na Tecalon Brasileira de Autopeças S.A. (TECALON). Na mesma data, MARK IV adquiriu 40% do capital votante da Daytec S.A. (DAYTEC) da Pedreiras Empreendimentos e Participações Ltda (PEDREIRAS). A operação envolveu a assinatura dos seguintes instrumentos:

- (i) Compromisso de Cessão de Quotas e Outras Avenças por meio do qual PEDREIRAS e seus controladores alienaram 40% do capital da DAYTEC pela quantia de US\$ 6.267.000,00 (seis milhões, duzentos e sessenta e sete mil dólares norte-americanos);
- (ii) Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças, por meio do qual MARK IV adquiriu da família Pedreira 100% das quotas da TECHOLD (ou Pedreiras Ltda) pela quantia de R\$ 2.746.663,95 (dois milhões, setecentos e quarenta e seis mil, seiscentos e sessenta e três reais e noventa e cinco centavos);
- (iii) Contrato de Compra e Venda de Quotas e Outras Avenças, por meio do qual MARK IV e Dayco Europe adquiriram 100% das quotas representativas do capital social da PEDREIRAS “por preço igual à diferença entre US\$ 6.267.000,00 e o valor efetivamente integralizado por Mark IV nos termos do contrato descrito em (i) acima” (fls. 04).

É importante salientar que MARK IV e PEDREIRAS já compartilhavam o controle da TECALON e da DAYTEC antes da presente operação. MARK IV detinha 24% de participação na TECALON e 60%, na DAYTEC. PEDREIRAS detinha 76% de participação na TECALON e 40% de participação na DAYTEC. Com a presente operação, MARK IV passa a deter 99,99% de participação nas duas empresas.

II. PERFIL DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS

Entre as empresas envolvidas no presente ato, apenas a Tecalon e a Daytec exercem atividade operacional no Brasil. As outras são empresas *hol-*

¹ Colaborou a assessora Nilma M. de Andrade.

ding. A Pedreiras Empreendimento e Participações Ltda. é uma *holding* de propriedade da família Pedreira (fls. 145).

II.1 Mark IV Automotive do Brasil Ltda.

O grupo atua no mercado de autopeças, principalmente na produção de sistemas de transmissão de força, sistemas de combustível, sistemas de distribuição de fluidos e sistemas de filtragem. Nas suas 38 fábricas em operação em diversos países obteve, em 1997, um faturamento de pouco mais de US\$ 2 bilhões, com um quadro funcional de cerca de 9.000 empregados.

O controle acionário dessa empresa está dividido entre Mark IV Industries Inc. com 80% e Dayco Europe SpA com 20% (fls. 59). A MARK IV por sua vez, detém 99,9% do capital social da empresa Dayco do Brasil Indústria e Comércio Ltda., cuja atuação consiste na fabricação e comercialização de tubulações para direção hidráulica e ar condicionado automotivo.

Nos últimos 5 anos, a MARK IV participou da seguinte operação, no Brasil:

- Aquisição pela Mark IV Automotive do Brasil Ltda., em 1996, de 24% do capital da Tecalon Brasileira de Autopeças e de 60% da Daytec S.A., constituída nesta data como associação entre TECALON (família Pedreira) e MARK IV. Esta operação não foi apresentada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, segundo as requerentes, por não caracterizar uma concentração (a Dayco não atuava no Brasil), não se enquadrar no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 e não existir ainda o entendimento pelo CADE, na época em que foi realizada a operação, de que o faturamento a ser considerado seria o do grupo e não o das empresas participantes da operação.

II.2 Tecalon Brasileira de Autopeças S.A.

Começou a operar no Brasil em 1960, como subsidiária integral da Tecalemit (Inglaterra), no mercado de reposição de autopeças para veículos importados. Em 1964, a família Pedreira adquiriu o controle acionário da empresa, iniciando o fornecimento às montadoras de tubulações para a linha de combustível. A Tecalon tornou-se, mais tarde, a principal fornecedora de tubulações para combustível da Fiat do Brasil S.A..

A partir de 1988, houve um significativo aumento das vendas da TECALON que passaram de US\$ 10,9 milhões neste ano para US\$ 23,2 milhões em 1994. Em 1997, a empresa obteve um faturamento de R\$ 33,7 milhões, com um corpo funcional de 250 empregados.

Entre os produtos fabricados pela empresa, os principais são tubos de naylon utilizados em: sistemas de alimentação (fornecimento e retorno de combustível e sistemas de evaporação), sistemas de freio a ar, sistemas flexíveis (pneumáticos, lubrificação, hidráulico e de uso geral) e mangueira de ar auto-retrátil (automação e ferramentas pneumáticas) (fls. 145).

II.3 - Daytec S.A.

Começou a operar no Brasil em janeiro de 1996, tendo seu controle dividido entre a família Pedreira e MARK IV. Inicialmente, atuava como importadora de autopeças da Europa e seu principal cliente era a Fiat Automóveis S.A.. Posteriormente, com a instalação da unidade em Juatuba-MG, passou a fabricar tubulações para transporte de combustível - que respondem por cerca de 96% do faturamento da empresa - e para sistema de servofreio. Apresentou em 1997, um faturamento de R\$ 24,7 milhões, com um contingente de 165 funcionários.

A unidade de Juatuba acima referida foi construída pela TECALON - nesse momento sob o controle da família Pedreira - em parceria com a Dayco Europe para atender às necessidade do seu principal cliente, a Fiat. Como visto acima, a empresa MARK IV é uma subsidiária da Mark IV / Dayco Europe no Brasil. Em troca de uma participação de 40% na DAYTEC, os acionistas da TECALON cederam à MARK IV ações representativas de 24% do capital da sua empresa.

III. MERCADO RELEVANTE

III 1. Caracterização dos produtos

As requerentes e a SEAE indicaram como produto relevante da presente operação as tubulações de naylon para uso em gerenciamento de sistemas de combustível e sistemas de servofreio, que são destinadas tanto às montadoras (diretamente ou por meio de empresas sistemistas), quanto ao mercado de reposição.

III 2. Dimensão geográfica

As requerentes e a SEAE definem o mercado brasileiro como o mercado atingido pela presente operação. De acordo com a SEAE, as montadoras têm procurado atrair seus fornecedores para próximo da sua linha de montagem, já que se utilizam da programação *just in time*. Além disso, dispõem de poder de barganha suficiente para impor aos fornecedores de autopeças instalados no país a adoção dos preços vigentes no mercado internacional. Em função disso, a participação das importações nesse mercado é bastante reduzida.

III.3 - Empresas participantes

Os dados mais recentes fornecidos pelas requerentes sobre o mercado nacional dos produtos acima referidos estão contidos nos quadros seguintes.

Tubulações para combustível (mercado original)

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO (%)
Daytec	34
Tecalon	16
Siebe	28
TI do Brasil	15
Tampas Click	7

Fonte: Requerentes

Tubulações para combustível (mercado de reposição)

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO (%)
Daytec	16
Met. Detroit	43
Outros	41

Fonte: Requerentes

Tubulações para servofreio (mercado original)

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO (%)
Daytec	13
Tecalon	77

Siebe	10
-------	----

Fonte: Requerentes

Tubulações para servofreio (mercado de reposição)

EMPRESAS	PARTICIPAÇÃO (%)
Tecalon	13
Met. Detroit	32
Outros	53
Importações	2

Fonte: Requerentes

Conforme as requerentes, em resposta ao ofício CADE nº 689/99, o *market share* para o setor de autopeças varia em função do êxito nas vendas dos veículos para os quais as empresas produtoras de autopeças são fornecedoras e da possibilidade de obtenção de novos contratos de fornecimento. “Assim, uma empresa com alta participação no mercado em um determinado momento pode ter sua participação diminuída consideravelmente no momento seguinte pelo lançamento, por exemplo, de um novo modelo de veículo com vendas elevadas e de cujo projeto não tenha participado, ou pela diminuição das vendas de um determinado veículo” para o qual ela seja fornecedora (fls. 139).

Segundo informações da TECALON, “as empresas Dana-Echlin, Voss-HT Ltda e Bundy estão ou (a) participando de projetos específicos de carros a serem lançados; ou (b) fazendo prospecção de mercado para participação em projetos de montadoras”. Com o lançamento desses novos projetos, as participações, no mercado original de tubulações para combustível e freio da TECALON e DAYTEC, certamente serão reduzidas.

IV. PADRÕES DE CONCORRÊNCIA NO MERCADO RELEVANTE

Conforme a SEAE, a estrutura da oferta de tubulações de naylon para uso em gerenciamento de combustível e em sistemas de servofreio no mercado original é bastante concentrada. Isso não acontece no mercado de reposição, onde dezenas de pequenos fabricantes respondem por grande parte do mercado (41% no mercado de tubulações para combustível e 53% no mercado de tubulações para freio).

No mercado original, a demanda é constituída pelas montadoras, que dispõem de forte poder de barganha frente aos fornecedores de autopeças. No mercado de reposição, a demanda é constituída pelos proprietários de veículos, com um poder de barganha muito menor.

De acordo com a SEAE, no mercado original, a principal barreira à entrada é a qualificação exigida pelas montadoras aos fornecedores de autopeças. Conforme BNDES², as principais exigências são:

- *criação de uma elite de fornecedores, chamados de primeiro nível;*
- *prática de preços internacionais e exigência de qualidade internacional;*
- *pressões para obtenção de ganhos anuais de produtividade e seu repasse para os preços;*
- *realização de contratos de compra durante a vida útil do veículo condicionados a uma série de compromissos/metast a serem atingidos pelos fornecedores;*
- *transferência de investimentos, de atividades produtivas e de engenharia das montadoras para seus fornecedores;*
- *entrega de peças e partes montadas em sistemas ou conjuntos;*
- *atuação de empresas em escala mundial (fls. 148).*

A SEAE entende que “esta peculiaridade do setor automobilístico (...) exclui qualquer possibilidade do exercício de poder de mercado por parte dos fabricantes de autopeças” (fls. 148). Além disso, a tecnologia é amplamente conhecida, as fontes de matéria-prima são de livre acesso e não é necessária a formação de rede de distribuição para fornecimento às montadoras (fls. 149).

Ainda de acordo com a SEAE, é necessário um investimento inicial da ordem de R\$ 16 milhões para iniciar um novo negócio nesse mercado. Este valor corresponde a cerca de 28,56% do faturamento conjunto da DAYTEC e TECALON, em 1997 (fls. 149).

Em resposta aos ofícios CADE n° 572/99, 573/99 e 597/99, uma das montadoras consultadas sobre os efeitos da operação afirma que “esta aquisição tende a aumentar a competitividade, com melhorias dos níveis de tecnologia e qualidade do produto”. As outras duas não fazem qualquer res-

² BNDES. *Reestruturação da Indústria de Autopeças*, julho de 1996, pg. 01.

trição sobre a operação. As três montadoras não possuem produção própria de tubulações para combustível e freio.

Quanto à importação dos produtos, uma delas afirma que poderia importar, em curto espaço de tempo, de outras empresas do mesmo grupo sediadas na Europa. No caso da necessidade de desenvolvimento de fornecedor alternativo no Brasil, o tempo necessário para isso seria de aproximadamente quatro meses, segundo a mesma empresa. As outras duas empresas confirmam a possibilidade de adquirir esses produtos por meio de fornecedores alternativos, tanto no Brasil como no exterior. O desenvolvimento de fornecedor alternativo, no Brasil, é possível a médio prazo, segundo uma delas.

V. PARECERES

A SEAE conclui que em função do forte poder de barganha das montadoras, o aumento no grau de concentração ocorrido no mercado original de tubulações para combustível e para freio não resultará em elevação do poder de mercado das requerentes. Em vista disso, a operação é passível de aprovação do ponto de vista estritamente econômico.

A SDE concorda com a SEAE e acrescenta que a operação realizada em 1996 entre TECALON e MARK IV “não se constitui como *ato que vise a qualquer forma de concentração econômica*, afastando-se, portanto, seu enquadramento dos indicadores jurisdicionais previstos na lei (faturamento e participação no mercado)” (fls. 165).

Segundo a Procuradoria do CADE, o presente ato deve ser conhecido pelo Plenário “em função dos requisitos de jurisdição “concentração” e “faturamento” de um dos grupos envolvidos, presentes no art. 54, parágrafo 3º da Lei 8.884/94”. Entende que a operação em tela não é lesiva à concorrência e posiciona-se pela sua aprovação.

É o relatório.

VOTO

Por meio da presente operação MARK IV adquire o controle acionário da TECHOLD, antiga Pedreiras Ltda, e da DAYTEC. Aos 76% de participação da TECHOLD na TECALON somam-se os 24% de participação anteri-

ormente detidos pela MARK IV nesta empresa, resultando assim na aquisição do controle total da TECALON pela MARK IV. Na DAYTEC, a MARK IV soma aos seus 60% os 40% que eram da PEDREIRAS, ficando também com o controle total.

O mercado relevante na sua dimensão produto indicado é constituído pelas tubulações de naylon para uso em sistemas de combustível e tubulações de naylon para uso em sistemas de servofreio. Para cada produto, a SEAE considera o mercado original e o de reposição como mercados distintos. Na sua dimensão geográfica, propõe todos como sendo nacionais. Seguindo o entendimento deste Conselho em casos anteriores, concordo com a diferenciação entre mercados de reposição e original e adoto a definição proposta pela SEAE que identifica quatro mercados diferentes: tubulações para sistemas de combustível originais, tubulações para sistemas de combustível para reposição, tubulações para sistemas de servofreio originais, tubulações para sistemas de servofreio para reposição, todos de alcance nacional.

No mercado original de tubulações para combustível e de tubulações para servofreio, a TECALON e a DAYTEC participam juntas com cerca de 50% e 90%, respectivamente. De acordo com informações das requerentes, a TECALON vem mantendo uma alta participação nesse mercado desde 1994, sendo que parte da sua fatia de mercado foi agora ocupada pela DAYTEC. Essa alta participação, entretanto, não pode ser traduzida em poder de mercado dado o alto poder de barganha dos seus clientes, as montadoras. Nesse sentido, aliás, consultas feitas por este CADE às montadoras, clientes das requerentes, não detectaram qualquer tipo de preocupação quanto à operação. Uma das montadoras consultadas afirmou taxativamente que poderia sempre desenvolver um novo fornecedor, em alguns meses, caso isso se tornasse necessário. De todo modo, uma vez que as duas empresas já vinham atuando de forma paralela - sob o controle de PEDREIRAS e MARK IV - a presente operação não altera a estrutura dos mercados relevantes, constituindo apenas uma alteração no controle das empresas, que antes era compartilhado por PEDREIRAS e MARK IV e passou a ser detido unicamente por esta última. Também não há alteração nos mercados de reposição, nos quais atuava apenas uma das duas empresas operacionais.

Na verdade, a operação em análise pode ser considerada como sequência da operação realizada em 1996, em que a MARK IV adquiriu 24% do capital votante da TECALON e 60% do capital votante da DAYTEC, que foi constituída na mesma data como associação entre TECALON (controlada pela família PEDREIRA) e MARK IV (controlada pela Dayco Europe Spa).

Essa primeira operação não foi contudo apresentada aos órgãos brasileiros de defesa da concorrência, segundo as requerentes, porque a referida associação não limitava ou prejudicava a livre concorrência, nem poderia resultar na dominação dos mercados relevantes. Em resposta ao ofício CADE nº 809/99, as requerentes informaram que a Dayco não atuava diretamente no Brasil e a MARK IV, uma *holding* pura, não possuía, na época, qualquer participação em sociedades atuantes nos referidos mercados, não se caracterizando, portanto, uma concentração nos termos do par. 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Afirmam ainda as requerentes que o faturamento global do grupo só passou a ser considerado pelo CADE para enquadramento no referido par. 3º a partir do Ato de Concentração nº 28/95 (Nalco/Exxon).

O voto do Conselheiro Mércio Felsky sobre a impugnação às decisões dos Atos de Concentração 08012.002730/98-41 (Sherwin-Williams/Indústrias Químicas Elgim Ltda) e 08012.002740/98-02 (Sherwin-Williams/Lazzuril Tintas S.A.) é bastante claro quanto a este último ponto, tese que este Plenário tem recusado consistentemente. O CADE não modificou sua interpretação sobre o critério de faturamento a partir do AC 28/95, apenas expressou “o seu entendimento do que era a expressão “qualquer dos participantes” inscrita no § 3º do art. 54.” De acordo com o Conselheiro Mércio Felsky, essa interpretação vigora não apenas a partir daquela data, como também desde o início de vigência da Lei 8.884/94. De fato, a interpretação de que a expressão "participantes" refere-se apenas à própria pessoa jurídica que assina o ato abriria a porta para que *holdings* fantasmas, criadas apenas para aquele propósito, fossem utilizadas para burlar a lei, personificando as "participantes" da operação sem nunca atingir o patamar de faturamento previsto no diploma concorrencial. Uma tal interpretação, que leva a norma à inutilidade ao abrir um gigantesco portal para que fosse burlada, evidentemente não é uma interpretação aceitável. Assim, a única leitura adequada dessa expressão é -e sem dúvida já era desde que a lei foi promulgada- aquela que considera como participante o grupo em toda a sua extensão. Mais ainda, a própria lei em outros momentos refere-se a "empresa ou grupo de empresas" (art. 20, par. 2º e 3º), deixando clara a noção básica de que para o direito da concorrência o grupo é uma única unidade.

Quanto à alegação de que a operação não gera dano à concorrência, e que portanto não precisaria ser notificada, o CADE já recusou esta tese tantas vezes que é cansativo voltar a ela. A obrigação de apresentar, preenchidos os requisitos, decorre da lei e é objetiva, cabendo apenas ao CADE determinar se a operação causa ou não dano. Imaginar diferente seria equiparar o par. 3º

do art. 54 ao *caput*, tornando aquele parágrafo inútil, já que ficaria a cargo das empresas decidir quando o ato pode ou não causar dano à concorrência e notificar ou não, mesmo quando presentes os requisitos de faturamento ou participação de mercado. Desnecessário reiterar que uma interpretação que leva à inutilidade de uma norma jurídica não é uma interpretação aceitável.

Outro ponto colocado pelas requerentes refere-se à questão relativa à primeira operação constituir ou não uma concentração nos termos do par. 3º do art. 54. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que este Plenário tem sistematicamente reconhecido a amplitude que a lei claramente quis dar ao conceito de concentração econômica, a começar pela utilização da expressão "qualquer forma de concentração econômica" (decisão do AC nº 08012.005760/98-18 (Perez Companc e Innova)).

Neste caso específico, a primeira operação, realizada em 1996 incluiu a aquisição pela MARK IV de 24% do capital da TECALON, vinculada a um acordo de acionistas que assegura à MARK IV uma série extensa de direitos e poderes que se traduzem, na verdade, numa situação descrita pelo professor Calixto Salomão como "influência relevante do ponto de vista concorrencial"³. Segundo o autor, uma das situações em que tal influência se verifica é exatamente quando participações mesmo minoritárias detêm poder de veto, particularmente sobre matérias-chave, como investimento, vendas, produção e pesquisa e desenvolvimento, obrigando a sócia majoritária a levar os interesses da minoritária em consideração na condução dos negócios empresariais. Na mesma linha, na União Européia, por exemplo, considera-se que se trata de controle comum "quando duas ou mais empresas ou pessoas são capazes de exercer influência decisiva sobre outra empresa. A aquisição de controle comum inclui a mudança do controle exclusivo para o controle comum bem como a situação de impasse na qual mais de uma das empresas controladoras é capaz de rejeitar decisões estratégicas, de forma que estas têm de chegar a um acordo"⁴.

Na verdade, tal visão, absolutamente necessária, aliás, do ponto de vista concorrencial, não constitui novidade aqui. O CADE de fato já vem consistentemente adotando entendimento semelhante. A decisão do AC nº 08012.005760/98-18 (Perez Companc e Innova), por exemplo, ressaltou que "o CADE tem incluído entre os atos referidos no par. 3º aqueles que afetam a

³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. São Paulo, Malheiros Editores, primeira edição, 1998, pg. 224.

⁴ KORAH, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, Oxford, Hart Publishing, sexta edição, 1997, pg 265.

dinâmica do controle interno da empresa, desde que preenchidos, evidentemente, os requisitos ou de faturamento ou de participação no mercado". Mais adiante, destacou que "não se refere também a participações numéricas específicas no capital social, mas sim ao impacto sobre a dinâmica do controle". Assim, aquisições de participações mesmo minoritárias, mas que implicaram alteração da dinâmica de controle foram submetidas e apreciadas. É o caso do Ato de Concentração nº 08012.008249/97-88 (Belgo-Mineira e Dedini), em que a primeira adquiriu 49% do capital social da segunda, ou mais recentemente, o AC nº 08012.007680/98-51 entre Rossi Participações Ltda., Rossi S.A. e Cia. de Cimento Portland Itaú (aquisição de 25% do capital) e o AC nº 08012.000034/99-90 - uma *joint venture* entre Tessengerlo Chemie N.V. e Debida Participações Ltda, com 28% de participação de uma das empresas. Nesse último caso, aliás, a Tessengerlo não mantinha negócios no Brasil anteriormente, da mesma forma que MARK IV na primeira operação, não apresentada.

A participação obtida pela MARK IV naquela primeira operação, reitere-se, concedia-lhe poder de veto na sociedade, conforme o Acordo de Acionistas que exige maioria de pelo menos 80% dos membros do Conselho de Administração para que sejam válidas as decisões consideradas relevantes pela sociedade, entre as quais se encontram estipuladas decisões sobre produção, vendas, estratégia global da empresa, planejamento e investimento. O Conselho possui 5 membros, e a anuência de pelo menos um dos dois indicados pela MARK IV, dado o quórum mínimo exigido pelo Acordo de Acionistas, é portanto indispensável para a tomada das decisões referidas. É sem dúvida uma influência relevante do ponto de vista concorrencial, nos termos utilizados pelo prof. Calixto Salomão. Assim como a aquisição do controle de uma empresa constitui "qualquer forma de concentração econômica" nos termos do par. 3º, art. 54, a aquisição de influência relevante do ponto de vista concorrencial, ou seja de participação e direitos suficientes para alterar a dinâmica de controle da empresa e seu comportamento no mercado, necessariamente também constitui "qualquer forma de concentração econômica".

Logo, a operação realizada em 1996 entre PEDREIRAS e MARK IV enquadra-se no § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94 e deve ser apreciada pelos órgãos brasileiros de defesa da concorrência. De forma semelhante ao Ato de Concentração nº 08012.002611/98-51 (Herbitécnica e Defesa), recentemente julgado por este Conselho, também neste caso a aprovação sem condições da segunda operação pela SEAE, SDE e Procuradoria do CADE implica, necessariamente e logicamente, a aprovação da primeira, já que o que foi apreciado foi a

nova configuração no mercado, decorrente de ambos os atos. De fato, tanto a aquisição de 24% da TECALON quanto a constituição da DAYTEC por aquelas duas empresas não alteraram as estruturas de mercado então existentes. Houve sim uma alteração na dinâmica do controle, nos termos do voto do AC Innova-Perez Companc referido acima, tanto na primeira operação, com o controle da TECALON, que era exclusivo da PEDREIRAS, passando a ser compartilhado entre MARK IV e PEDREIRAS, quanto na segunda e presente operação, com a saída da PEDREIRAS e a concentração total do controle da TECALON e da DAYTEC nas mãos da MARK IV. Proponho, portanto, por motivo de economia processual, o julgamento conjunto das duas operações, dado que não faria o menor sentido lógico iniciar um processo cujo resultado já foi definido, com custos nada desprezíveis tanto para as empresas quanto para o setor público.

Quanto à primeira operação, porém, a aprovação conjunta não altera o fato de que ela não foi notificada quando deveria, impedindo que fosse cumprida a exigência legal de apreciação preventiva prevista no art 54 que tem como objetivo a proteção da coletividade. Em se tratando de uma obrigação objetiva, como mencionado acima, em caso de violação é inafastável a aplicação da multa prevista no § 5º do mesmo artigo 54. Não há de fato margem de manobra para o CADE. De acordo com a sistemática adotada por este Conselho, a gradação da multa considera as circunstâncias do caso, de forma a fixar o valor dentro da faixa prevista pela legislação de 60.000 a 6 milhões de UFIR. Evidentemente, um atraso de alguns dias, sanado espontaneamente, constitui falta menos grave do que um atraso de vários meses, o qual é menos grave do que a ausência total de apresentação.

Assim, tratar a todas essas situações de maneira idêntica seria injusto, além de não refletir os seus efeitos diversos em termos do funcionamento do regime de defesa da concorrência previsto pela lei e do grau de risco a que é sujeita a coletividade. De outro lado, conforme o art. 27 da Lei 8.884/94, a evidente ausência de má fé, por parte das empresas, a inexistência de danos provocados à concorrência ou de efeitos negativos sobre o mercado constituem atenuantes, o que leva à fixação de multa de 120.000 UFIR's ou R\$117.000,00 (cento e dezessete mil reais) segundo prática deste Conselho em situações semelhantes. Determino ainda que as requerentes, no prazo de 15 (quinze) dias da publicação do acórdão, sob a supervisão da Procuradoria do CADE e de acordo com os procedimentos previstos na Resolução CADE nº 9/97, recolham o valor acima especificado.

Quanto ao mérito, reitera-se, entendo que as duas operações abordadas não são passíveis de causar qualquer dano à concorrência, nos termos do *caput* do art. 54 da Lei 8.884/94 e devem ser aprovadas sem condições.

É o voto.

Brasília, 05 de maio de 1999.

Marcelo Calliari

Conselheiro-Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA****Ato de Concentração n.º:** 08012.002611/98-51**Requerentes:** Herbitécnica Indústria de Defensivos S/A e Defesa S/A**Apenso:** Procedimento Administrativo de nº 08012-001002/98-58**Representante:** Nortox S/A.**Representada:** Herbitécnica Indústria de Defensivos S/A e Defesa S/A**Relator:** Conselheiro Mércio Felsky.

EMENTA: Ato de Concentração. Unificação das empresas Herbitécnica Indústria de Defensivos S/A e Defesa S/A. Mercados relevantes de herbicidas e inseticidas/fungicidas no território brasileiro. Obrigação de apresentação em razão do faturamento do grupo. Apresentação tempestiva. Aumento de participação acionária. Aprovação sem restrições. Aplicação de multa em virtude da não notificação de operações anteriores. Presentes os elementos necessários para atuação coordenada. Aprovação sem restrições das operações anteriores não apresentadas por já estarem disponíveis os elementos suficientes à apreciação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração, sem restrições, bem como as 2 (duas) operações não notificadas, aplicando-se, conseqüentemente, às requerentes, 2 (duas) multas, cada uma no valor de 120.000 UFIR, correspondente a R\$ 117.240,00 (cento e dezessete mil e duzentos e quarenta reais), as quais deverão ser recolhidas no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação do acórdão, adotando a Procuradoria do CADE as providências cabíveis, na hipótese de ausência de pagamento; determinando, ainda, que seja encaminhada à Secretaria de Direito Econômico cópia da decisão para a verificação da existência de indícios de infração à ordem econômica, nos termos do objeto da averiguação preliminar 08012.008515/98-18. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, declarando-se impedida, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 28 de abril de 1999 (data do julgamento).

Relatório

I. Da Operação

Herbitécnica Indústria de Defensivos S.A., doravante denominada simplesmente Herbitécnica, e Defesa S.A., doravante denominada simplesmente Defesa, submetem à apreciação do CADE, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, Protocolo de Intenções firmado entre si, visando o desenvolvimento conjunto das atividades produtivas e comerciais.

O acordo, firmado em 01 de abril de 1998, estabelece que previamente aos atos jurídicos e econômico-financeiro necessários para a concretização da unificação das empresas, serão, a título experimental, prestados serviços recíprocos, em especial nas áreas comerciais, com vistas à comercialização dos produtos fabricados pelas requerentes (fls. 06/14).

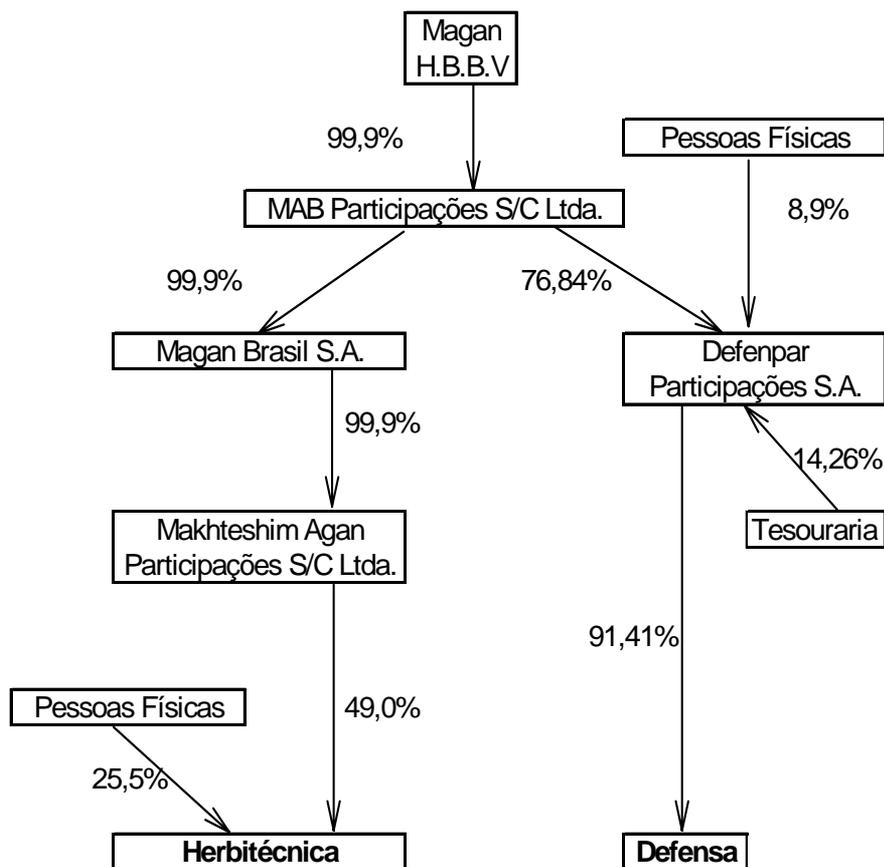
Segundo as requerentes, já na fase experimental haverá ganhos de eficiência decorrentes da otimização das condições de distribuição e comercialização, o que deverá ser revertido em benefícios aos clientes e aos consumidores finais, mediante a prestação de melhores serviços, assistência técnica, redução do tempo de entrega, etc. Posteriormente, com a unificação definitiva das requerentes, haverá economias de escala e de escopo resultantes da racionalização na utilização dos recursos financeiros e técnicos despendidos com pesquisa e desenvolvimento de processo e de novos produtos, bem como proveniente da adequação das instalações fabris à sazonalidade da demanda, por meio da especialização das linhas de produtos, o que proporcionará uma elevação do grau médio de utilização da capacidade produtiva instalada (fls. 226).

As requerentes alegam que a operação ora em exame, não acarreta prejuízo à concorrência, considerando que não haverá alteração na estrutura de mercado, tendo em vista que ambas empresas são controladas indiretamente pela MAB Participações S/C Ltda., portanto, trata-se de unificação entre empresas do mesmo grupo econômico (fls. 207).

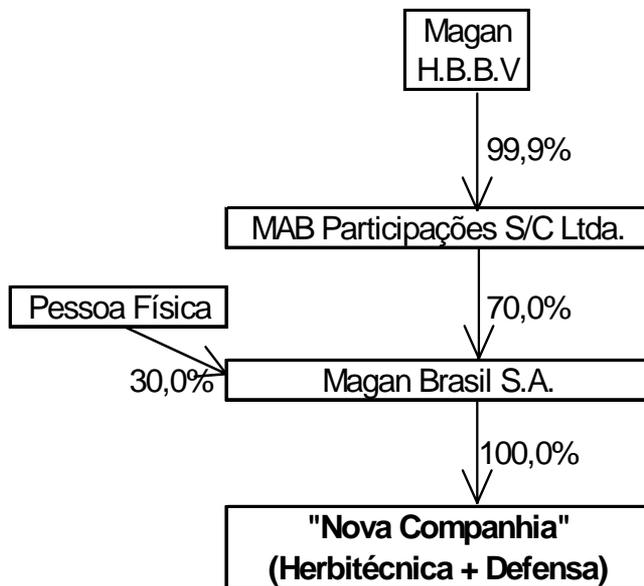
Nesse contexto observam que caso a experiência de integração das áreas comerciais progrida em direção à unificação das requerentes, será iniciado o processo de reestruturação societária, quando se constituirá uma “nova” empresa, a qual será subsidiária integral da Magan Brasil S.A., que por sua vez será controlada pela MB Participações S/C Ltda.

Os organogramas abaixo apresentam a posição acionária atual do grupo Magan e as mudanças de posição que deverão ocorrer, caso venha a ser implementada a unificação das requerentes.

Situação Atual



Situação Futura



II - Do Mercado

As requerentes alegam que os efeitos da operação ocorreram sobre o mercado de defensivos agrícolas, onde se acomodam diversos tipos de produtos cujas funções básicas desempenhadas para a agricultura permitem agrupá-los em três segmentos de mercado: inseticidas, fungicidas e herbicidas (fls. 209:211).

Ao definir o mercado as requerentes consideraram que os defensivos agrícolas constituem um único produto relevante devido à substituíbilidade pelo lado da oferta, uma vez que a base tecnológica é comum, os conhecimentos adquiridos em P&D podem ser utilizados em seus diferentes segmentos e há elevada flexibilidade dos processos produtivos, cujos custos de conversão ou adaptação de determinada linha de produto são baixos.

Ademais, pelo lado da demanda, a escolha do tipo de defensivo é determinada por um somatório de variáveis, sintetizadas na relação custo/benefício do produto vis-à-vis seus substitutos. A opção do agricultor por um produto depende dos ingredientes ativos de cada classe de produtos, do tipo de cultura, dos equipamentos disponíveis e, sobretudo, do preço relativo dos diferentes produtos.

No que diz respeito ao espaço geográfico relevante para a análise argumentam as requerentes que é o nacional, tendo em vista as barreiras institucionais existentes para a comercialização dos defensivos agrícolas no País - faz-se necessário registro junto ao Ministério da Agricultura, Saúde e Meio Ambiente - e o fato das importações concentrarem-se em princípios ativos e não em produtos finais (fls. 227).

Segundo as informações prestadas pelas requerentes, considerando um faturamento estimado do mercado relevante de US\$ 2.181,0 milhões, a Herbitécnica possui uma participação de 4,5% enquanto a Defesa participa com 2,9%. Assim, ocorrendo a unificação, a “nova” empresa passará a deter 7,4% do mercado.

Ressaltam ainda que existem vários produtores instalados no mercado nacional, com a presença de empresas de variados portes (fls. 227 A). A título de demonstrar o quanto esse mercado é pulverizado destacam, por serem as maiores, as participações da Novartis (11,6%), DuPont (8,9%), Zeneca (8,3%), Cyanamid (7,8%), Monsanto (7,2%) e Bayer (6,8%).

III. Dos fatos relevantes que permearam o processo de instrução

Em 27.02.98 a empresa Nortox S/A., com base em notícias veiculadas na imprensa, protocolou representação na Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ) dando conta, que não foi submetida à apreciação do CADE, em obediência ao art. 54 da Lei 8.884/94, a operação realizada por Makhteshim Chemical Works Ltd. e Agan Chemical Manufacturers Ltd. visando adquirir o controle da Defenpar Participações S.A. - controladora das empresas Defesa, Geratec; Comdef Comercial; Inagro Indústria Agroquímica e Defesa SRL.

Afirma também que, em 1996, as referidas empresas Makhteshim e Agan, **por meio de subsidiárias, teriam adquirido 49% das ações da Herbitécnica, sendo que atualmente sua participação passou para 65% do capital social.**

De acordo com a Nortox S/A tais operações teriam obrigatoriamente que ser submetidas à apreciação do CADE observados os índices de jurisdição dispostos no § 3º do art. 54, da Lei 8.884/94. Destacou-se também que o faturamento do grupo Koor Industries Ltd. era superior a US\$ 3 bilhões¹ e o resultado das transações noticiadas acarretavam concentração de mais de 20% do mercado relevante de produtos, em particular dos produtos trifluralina glifosato e dinitro, além do que deveria alcançar importante participação em mercados de outros tipos de defensivos (fls. 03/24, Apenso).

Após verificar a inexistência de qualquer procedimento administrativo na SDE em nome da Herbitécnica, Defenpar Participações S.A. e/ou de suas subsidiárias, em 13.03.98, a Secretaria notificou as referidas empresas para apresentarem esclarecimentos quanto à denúncia apresentado pela Nortox S/A., originando o procedimento administrativo de nº 08012-001002/98-58 (fls. 25:26, Apenso).

As empresas Herbitécnica e Defenpar alegaram, em 08.04.98, não ter conhecimento do teor da denúncia e dos documentos juntados, solicitando prazo adicional de quinze dias para a apresentação das informações requeridas (fls. 30, Apenso).

Um novo pedido de dilatação de prazo foi apresentado em 23.04.98 sob alegação das empresas terem constituído um novo Procurador Legal (fls. 38, Apenso).

Em resposta aos esclarecimentos requeridos pela SDE, em 15.05.98, as empresas apresentaram resumidamente a petição protocolada por ocasião da notificação da operação ora em exame. Adicionalmente, as empresas requerem o arquivamento do procedimento administrativo por perda de objeto, uma vez que a referida operação resultante do Protocolo de Intenções já se encontrava sob análise do CADE e tendo em conta que *“qualquer reestruturação societária que possa ter ocorrido, bem como a operação noticiada no Protocolo de Intenções, não resultam ou resultarão em dominação de mercado relevante, inexistindo condições para limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”* (fls. 43:56, Apenso).

¹ Não foi informado o ano referente ao volume faturamento.

Em nota técnica de fls. 79:80, Apenso, a Inspetoria Geral sugeriu ao Senhor Secretário de Direito Econômico que o procedimento administrativo nº 080012.001002/98-58 fosse apensado aos autos da operação ora em exame, ou seja, ao Ato de Concentração nº 08012.002611/98-51, tendo **em vista que** um dos aspectos a serem analisados nas operações de que trata o art. 54 é o cumprimento do prazo legal de apresentação, conforme disposto no seu § 4º. Concluiu ainda que o referido ato de concentração foi apresentado tempestivamente.

Em 01.10.98 publicou-se no DOU despacho do Senhor Secretário acatando esse entendimento.

Em 19.05.98 a empresa Nortox S/A reitera a denúncia de que os atos originários da presente operação não foram devidamente apresentados para apreciação do CADE, requerendo portanto a suspensão do exame da presente operação até o julgamento dos atos praticados anteriormente, que no seu entendimento deveriam ser reunidos por conexão. Aduz ainda documentação referente às ações cautelar e ordinária movidas na 10ª Vara Cível da Comarca de Porto Alegre contra as referidas empresas, que têm por objeto assegurar a vigência do dispositivo contido no § 7º do art. 54, que condiciona a eficácia dos atos de concentração à aprovação pelo CADE, além de buscar indenizações pelos prejuízos causados em função de praticas anticoncorrenciais (fls. 83:256, Apenso).

As empresas Herbitécnica e Defesa ao se manifestarem em relação à petição da Nortox S/A requerem preliminarmente o seu desentranhamento, lembrando a determinação do Senhor Secretário de Direito Econômico, em despacho exarado em 01.10.98, e alegando que o princípio processual do contraditório não se aplica nos procedimentos previstos para os atos de que trata o art. 54 (fls. 257:281, Apenso).

A SDE procedeu ao desentranhamento da documentação relativa ao procedimento administrativo de nº 08012.001002/98-58, o qual foi encaminhado ao CADE e apensado aos autos da operação ora em exame (fls. 341), sem contudo proceder a devida renumeração dos autos.

Cabe registrar que tramita na SDE averiguação preliminar (nº 08012.008515/98 - 18), cuja representante é a Nortox S.A. e as representadas são as empresas Herbitécnica e Defesa. Em obediência ao art. 30 da Lei 8.884/94, omite-se nesse relatório o teor da representação.

Já quanto ao mérito argumentam que as operações pelas quais as empresas Markhteshim e Agam adquiriram parcelas dos capitais da Defesa e da Herbitécnica foram comunicadas no bojo da operação ora em exame, até porque foram partes de um processo contínuo de reestruturação, tratando-se apenas de fases preparatórias para a presente operação. Assim, a obrigação de comunicação conforme previsto no art. 54 ocorreu com a formalização do Protocolo de Intenções, ocasião em que as empresas Defesa e Herbitécnica passaram a ter alguma forma de união.

Nesses termos, alegam que a entrada da Markhteshim e da Agam no mercado relevante não alterou sua estrutura, provocando qualquer dano à concorrência ou em dominação de mercado. Portanto, não está presente a regra geral do caput do art. 54, por conseguinte não se aplica o disposto no § 3º.

Da leitura das informações prestadas por ocasião do preenchimento do formulário da Resolução/CADE nº 5/96, mais precisamente do campo 11.3 (fls. 233), verifica-se que as requerentes ao relacionar as operações realizadas nos últimos 5 anos descrevem que: *“Em março de 1996, a Makhteshim Agan adquiriu 49% de participação acionária na Herbitécnica e em novembro de 1996, o Grupo Makhteshim Agan adquiriu o controle acionário da Defenpar. Posteriormente, houve apenas atos corporativos que significaram reestruturação acionária dentro do grupo.”*

Com intuito de afastar as dúvidas em relação à obrigação de apresentação dos atos acima mencionados, solicitou-se os contratos e acordos de acionistas firmados entre a *Makhteshim Agan* e as requerentes, no período de 1996 a 1998.

As requerentes, em 25/03/98, ao apresentarem os contratos e acordos firmados, solicitaram confidencialidade da petição e de todos os documentos a ela anexados, bem como que fossem devolvidos após análise pelo Conselho. Requeveu-se ainda confidencialidade do pleno teor dos documentos relativos ao presente processo de ato de concentração. A justificativa apresentada foi de que o conteúdo dos documentos diziam respeito única e exclusivamente às Requerentes, assim objetivavam obter garantias de que não seria

dado conhecimento à terceiros, como já ocorrido na SDE que, indevidamente, autorizou cópias de partes dos autos à empresa Nortox S/A.

Cabe registrar que o requerimento de confidencialidade foi deferido parcialmente, tendo sido determinado que fossem juntados em apartado sigiloso apenas o acordo de acionistas e partes da petição que a ele se referem, respeitando-se assim o disposto no art. 118, da Lei 6.404 de 15.12.76 (fls. 01:27, Apartado Sigiloso).

O não tratamento sigiloso dos demais documentos anexados à petição foi fundamentado na presunção de que as requerentes já haviam dado publicidade a eles, por ocasião da realização das assembleias ordinárias e extraordinárias, em cumprimento ao disposto no art. 134 § 5º e art. 135 § 2º, da Lei 6.404/76.

Considerou-se ainda inadequado a devolução da documentação, pois não se tratavam de documentos originais, além serem peças importantes para fundamentar a decisão do Colegiado.

Para o indeferimento do tratamento sigiloso do inteiro teor do presente processo de ato de concentração, considerou-se que a documentação e as informações disponíveis não tratavam das estratégias de crescimento das requerentes, tampouco de segredos industriais. Ademais, sem apresentação delas a decisão do Colegiado não teria sustentação, infringindo portanto o art. 93 inciso IX da Constituição Federal, que dispõe sobre a obrigatoriedade de fundamentação de todas as decisões nas esferas administrativa e judiciais. Ressaltou-se ainda que a lei 8.884/94 não prevê a possibilidade de julgamento em Sessão Reservada dos atos elencados no art. 54, respeitando o princípio da publicidade administrativa prescrito no art. 37, *caput* da Constituição Federal.

Diligência complementar foi realizada no sentido de aferir a participação das requerentes no mercado de herbicidas e no de inseticidas/fungicidas, bem como solicitou-se que fosse informado o faturamento do grupo no mesmo ano. Como resposta obteve-se que o grupo Magan registrou, no ano de 1995, faturamento bruto da ordem de US\$ 449,4 milhões. Já as participações de mercado estão discriminadas no quadro abaixo.

Participações de Mercados

Requerentes	Produto Herbicidas		Produto Inceticidas/Fungicidas	
	1995	1996	1995	1996
Herbitécnica	4,81%	5,10%	4,60%	5,20%
Defensa	4,20%	3,10%	1,70%	3,40%

Fonte: Requerentes

IV. Dos Pareceres

1.A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE/MF considerando a interseção das áreas de atuação das requerentes define, em termos de produto, o mercado como sendo o de defensivos agrícolas. Em termos geográficos considera o mercado nacional, em razão da existência de barreiras institucionais e das dificuldades para se importar os produtos (fls. 309:312).

De acordo com a SEAE não se trata de um mercado concentrado, pois as cinco maiores empresas, com vendas superior a US\$ 150 milhões, detêm cerca de 44,0% do mercado de defensivos agrícolas, enquanto as requerentes possuem participações não muito significativas (7,4%).

Concluí, portanto, que de um ponto de vista estritamente econômico, é passível de aprovação pois não elevou significativamente o grau de concentração do mercado. Ademais, a operação refere-se a um processo de reestruturação acionária, haja vista que as requerentes são controladas pelo mesmo grupo econômico.

2.A SDE manifestou-se preliminarmente pela tempestividade da apresentação do ato, observando que as informações e documentos exigidos na Resolução CADE n.º 5/96 só foram devidamente preenchidos após provocação da SEAE (fls. 338:340).

Na sua análise chama atenção para as manifestações contrárias apresentadas pela concorrente Nortox S/A e sobre a denúncia quanto à não apresentação de operações ocorridas anteriormente.

A SDE considerou que, independente das providências a serem tomadas com relação à denúncia, a presente operação não afeta substancialmente os atuais níveis de concentração do mercado e não acarreta prejuízo à concorrência. Nesses termos recomenda a sua aprovação pelo CADE.

3.A Procuradoria do CADE, em parecer nº 25/99 também manifesta-se pela tempestividade da apresentação da presente operação à apreciação do CADE.

No que diz respeito ao mérito, entende que o Plenário deve conhecer o presente ato e aprová-lo, tendo em vista que não resulta em dominação de mercado e não traz efeitos adversos à concorrência.

Todavia, ressalta que após a análise das informações prestadas no preenchimento do formulário da Resolução/CADE nº 5/96, mais precisamente no campo 11.3 (fls. 233) e pelas documentações trazidas ao conhecimento do CADE pela Nortox S/A, não restam dúvidas quanto ao descumprimento da obrigação de submeter ao CADE as operações de aquisição das requerentes pela Makhteshim Agan, em conformidade ao previsto no § 4º do art. 54.

Nesse contexto, sugere que as requerentes sejam oficiadas para apresentar operações infra mencionadas, oportunidade em que se decidirá sobre o cabimento da multa prevista no § 5º do mesmo art., observando que tal decisão estará também apreciando o procedimento administrativo em apenso.

Do procedimento administrativo, em apenso, também consta parecer da Procuradoria (fls. 326:328), no qual reitera o seu entendimento quanto à apreciação pelo CADE ocorrer na mesma ocasião da análise da operação realizada entre Herbitécnica e Defesa.

Este é o relatório.

VOTO

EMENTA: Unificação das empresas Herbitécnica Indústria de Defensivos S.A. e Defesa S.A. Mercados relevantes de herbicidas e inseticidas/fungicidas no território brasileiro. Obrigação de apresentação em razão do faturamento do grupo superior a R\$ 400.000.000,00, conforme §3º do art.

54 da Lei nº 8.884/94. Apresentação tempestiva. Aumento do poder de Influência sobre as decisões das empresas. Aprovação sem restrições. Aplicação de multa em virtude da não notificação de operações anteriores, em descumprimento do referido §3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Presentes os elementos necessários para atuação coordenada. Aprovação das operações anteriores sem restrições por já estarem disponíveis os elementos suficientes para apreciação.

As empresas Herbitécnica Indústria de Defensivos S.A. e Defesa S.A. submetem à apreciação do CADE Protocolo de Intenções firmado entre si, visando o desenvolvimento conjunto das atividades produtivas e comerciais.

Considerando que o grupo Magan a partir de 1996 passou a deter participações acionárias indiretas em ambas as empresas, ou seja, 49% do capital social da Herbitécnica e 91,4% da Defesa, as requerentes alegam que a operação ora sob exame trata de mera reestruturação societária.

Vale registrar que esse entendimento é compartilhado pelos pareceres que antecederam essa análise. Ademais, a jurisprudência firmada pelo CADE é extensa quanto ao exame de atos dessa natureza. O CADE tem sido eloqüente ao decidir pela impropriedade de apresentação das operações que dizem respeito a alterações na configuração interna dos grupos econômicos, cujo resultado não implica em qualquer mudança da estrutura de propriedade acionária.

No presente caso não me parece tão simples assim, pois conforme os organogramas apresentados a unificação pretendida levará o grupo Magan a deter o controle acionário da empresa resultante, ou seja, sua participação corresponderá a 70% (ver organogramas, pag. 3 e 4 do Relatório).

Em presença de tal situação, entendo bastante útil relacionar as estruturas societárias de ambas as empresas às suas respectivas estruturas econômicas, visando observar se as empresas já atuavam como um único agente, agindo como se houvesse um só centro decisório. Essa noção é importante para aferir se há capacidade de exercício de influência sobre as decisões do concorrente, neutralizando-se assim o fator rivalidade entre integrantes do mercado. Em outras palavras significa aferir se as alterações societárias ocorridas podem ser caracterizadas como operações de concentração no sentido *latu sensu*, ou se resultam na formação de uma estrutura apta à cooperação.

Cabe notar que, em tese, para caracterizar a existência de influência sobre a estratégia concorrencial de uma empresa não é necessário que haja controle acionário e com isso domínio sobre todas as decisões sociais, basta que haja controle ou poder de deliberação sobre áreas estratégicas das estruturas societárias, em especial naquelas diretamente relacionados à produção e atuação no mercado da empresa². Tal controle pode ser tanto efetivo como potencial e a primeira questão que se coloca é quando houve a unificação efetiva ou potencial dos centros decisórios e, portanto, foi eliminado o fator concorrência.

Valho-me neste ponto dos ensinamentos de Calixto Salomão³, para quem *“quatro áreas são consideradas fundamentais para permitir esse controle do planejamento empresarial: pesquisa e desenvolvimento; investimento; produção e vendas.”* (pp. 245)

Da leitura da Ata da 1º Assembléia Geral Extraordinária realizada em 18.03.96 e sobretudo do acordo de acionistas firmado, na mesma data, entre a Makhteshim-Agan participações S/C Ltda. e os acionistas brasileiros, não restam dúvidas de que a participação acionária minoritária (49%) adquirida pelo grupo Magan possibilitou o exercício de influência sobre as decisões da empresa Herbitécnica.

O preenchimento dos requisitos que demonstram essa influência estão evidenciados com clareza nas cláusulas 3.3.2; 3.3.5 e 3.4.1 do referido acordo de acionistas. À Makhteshim-Agan Participações S/C Ltda. foi atribuída a condição de (...) ⁴, note-se ainda os artigos 17; 19; 20 e 21 da Ata da 1º Assembléia Geral Extraordinária, que definem a composição do Conselho de Administração e as prerrogativas e competência dos cargos de Diretoria da Herbitécnica.

Ademais, o firmado na cláusula 11 e seguintes do acordo de acionistas demonstra efetivamente o interesse, do ponto de vista econômico e societário, do grupo Magan sobre a Herbitécnica.

² Ver Salomão, Calixto Filho in “Direito Concorrencial - as Estruturas” e Carvalho, Nuno T. P. in “As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste”.

³ Op. citado.

⁴ Informações sigilosas, atuadas em apartado às fls. 26 e 29.

Por sua vez não há dúvidas de que a estratégia concorrencial da Defesa, a partir de novembro de 1996, passou a ser determinada pelos interesses do grupo Magan, pois a ele foi atribuído esse direito mediante aquisição do controle do capital social da empresa.

Em princípio uma situação de prevalência das regras de concorrência fariam com que as requerentes, mediante obtenção de eficiência, buscassem ganhar fatias de mercados uma da outra, o que por sua vez levaria à perda de lucratividade da perdedora. Todavia, é inconcebível supor que permanece intacto o interesse concorrencial quando o mesmo grupo econômico adquirir participações relevantes dos capitais sociais de empresas que atuam no mesmo mercado, pois estaria prejudicando a si mesmo.

Entendendo, pois, que estão presentes as condições para que as duas empresas tenham um comportamento paralelo no mercado, funcionando de forma coordenada para obter maiores lucros.

Nesses termos considero que, desde a ocasião em que adquiriu as participações acionárias, o Grupo Magan passou a exercer efetivamente influência sobre as estratégias concorrenciais das requerentes, o que implica dizer que foi nesse momento que ocorreram impactos sobre a concorrência. Assim sendo, o ato ora em análise trata de uma operação societária, cujo o escopo é permitir que um dos acionistas, no caso o grupo Magan, assuma o controle do capital social da empresa resultante da unificação da Herbitécnica e Defesa.

O grau de coordenação preexistente à unificação das empresas Herbitécnica e Defesa, com o fato do grupo Magan passar a deter 70% do controle do capital da empresa resultante, do ponto de vista da concorrência, foi levado ao limite, pois acentuou-se o poder de interferência sob a atuação dos negócios.

Dessa perspectiva a operação não acarreta alterações na estrutura dos mercados relevantes afetados pela operação: o de inseticidas/fungicidas (todas as culturas) e herbicidas. O espaço geográfico relevante para a análise é o nacional, tendo em vista as barreiras institucionais. Adoto, assim, o entendimento do CADE quando da análise do Ato de Concentração nº 08000.003.675/97-73, realizado entre as empresas Ciba-Geigy Química S.A. e Sandoz S.A.

Ademais, não há elementos que indiquem que a operação em tela aumenta o poder de mercado do grupo Magan, sendo passível de provocar qualquer dos efeitos previsto no caput do art. 54 da Lei 8.884/94.

Isto posto entendo que a operação de unificação das empresas Herbitécnica e Defesa deve ser aprovada. Chamo atenção para o fato de que ao aprovar a referida operação estará o CADE, ao mesmo tempo, decidindo pela aprovação das duas operações realizadas pelo grupo Magan de aquisição de participações acionárias das empresas Herbitécnica e Defesa.

Ocorre, contudo, que as operações que originaram os efeitos sobre a ordem concorrencial não foram devidamente notificadas ao CADE, em atendimento ao disposto no art. 54 e seus parágrafos.

Note-se que o CADE tem determinado que as operações sejam formalmente apresentadas, adiando assim a análise dos efeitos sob a concorrência para cumprir os procedimentos processuais fixados na Lei e, na maioria das vezes, movido pela necessidade de informações adicionais.

No caso presente entendo que uma decisão dessa natureza apenas acarretaria em custos adicionais à administração pública. Por outro lado, a tomada de decisão pelo CADE não provocaria qualquer prejuízo aos requerentes, até porque foram dadas várias oportunidades para que se manifestassem com relação as duas operações realizadas anteriormente.

Entendo, pois, que as informações trazidas aos autos pela instrução realizada pelas Secretarias de Acompanhamento Econômico e de Direito Econômico, bem como as que realizei adicionalmente, permitem ao CADE decidir com segurança jurídica-econômica.

Também, considero cumprido o § 6º do art. 54. Argumento adverso me parece contraditório, pois é lógico supor que a aprovação sem restrições de uma operação à frente, como é o caso da unificação das empresas Herbitécnicas e Defesa, como sugeridos pelas Secretarias em seus pareceres, tem como pressuposto que, no mérito, as operações originárias não limitam ou de qualquer forma prejudicam a livre concorrência ou resultam na dominação de mercado, efeitos previstos no *caput* do art. 54.

Ademais, argumenta-se que a operação não altera substancialmente os níveis de concentração do mercado afetado pela operação. Essa observação, presente em todos pareceres que antecedem esta análise, teve como base

uma análise de estrutura de mercado que apresenta os *market-share* das requerentes individualmente. Assim, pode-se afirmar que a análise, do ponto de vista econômico, reflete uma situação do mercado em que a atuação das requerentes é tida como independente.

Acredito útil transcrever trechos dos pareceres elaborados pelas Secretarias, em cumprimento ao § 6º.

A SEAE opina pela aprovação da operação, destacando que *“A operação é passível de aprovação dentro de um ponto de vista estritamente econômico, porque não elevou significativamente o grau de concentração do mercado. Além disso, a operação refere-se a um processo de reestruturação acionária, haja vista que as Requerentes são controladas pelo mesmo grupo, devendo culminar com possível fusão das mesmas.”*

Por sua vez, a SDE ressalta que a operação de unificação das empresas Herbitécnica e Defesa é *“alcançada pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94 em face, exclusivamente, do faturamento obtido no último exercício pelo grupo a que pertence as interessadas.”* Quanto ao mérito consideram que *“a presente operação não afetará substancialmente os atuais níveis de concentração do mercado, nem acarretará prejuízos à concorrência do setor (...).”* Acrescenta-se que o Secretário de Direito Econômico, adotando os termos do despacho da Diretora do DPDE sugere a aprovação do ato pelo CADE, nos termos propostos pelas requerentes.

O parecer emitido pela Procuradoria do CADE corrobora a formação de minha convicção. Inicialmente, manifesta-se pelo conhecimento do ato pelo CADE, por força do disposto no § 3º do art. 54. No que diz respeito ao mérito, manifesta-se favoravelmente à aprovação, tendo em vista que *“a operação que envolve as Requerentes não traz prejuízo à concorrência nem resulta em dominação de mercado, gerando mínima alteração do grau de concentração do mercado original.”*

Concluo, portanto, que estão presentes as condições para o CADE decidir sobre as operações de aquisição de 49% do capital social da Herbitécnica e 91,4% da Defesa.

É importante notar que, segundo as informações prestadas, o grupo Magan ingressou no mercado relevante mediante a primeira operação,

ou seja, em março de 1996, com a Makhteshim Agan adquirindo 49% de participação acionária na Herbitécnica.

No quadro da pp. 9 do relatório, observa-se que a Herbitécnica possuía um *market-share* no mercado nacional de herbicidas, em 1996, de 5,10%. No mercado de inseticidas/fungicidas o *market-share* da empresa ficava em patamares similares, 5,2%.

Conforme apurado, o faturamento bruto do grupo em 1995 foi de US\$ 449,37 milhões, o equivalente à R\$ 490,04 milhões⁵ ou à 616.245.181 UFIRs⁶.

Não restam dúvidas de que tal operação está sujeita ao controle do CADE, portanto deveria ter sido apresentada com base nos critérios objetivos do § 3º do art. 54, visto que preenche pelo menos um deles, o do faturamento.

Uma segunda operação foi realizada em novembro de 1996, com a Makhteshim Agan adquirido 91,4% do capital social da Defesa. Nesse caso, é admissível somar os *market-shares*, ainda assim é o critério do faturamento que vai determinar a obrigatoriedade de apresentação do CADE. Note-se que o grupo Magan passou a deter uma participação no mercado nacional de herbicidas de cerca de 10,3% e no de inseticidas/fungicidas de 8,6%.

Reiteradamente, as requerentes alegaram que, embora tenham ocorrido operações envolvendo-as, essas não afetaram a estrutura de mercado, uma vez que suas atuações davam-se de forma independente. Com efeito, essas operações não tinham que ser trazidas ao conhecimento do CADE, pois não se enquadravam entre os atos que o *caput* do art. 54 visa prevenir.

Também segundo as requerentes, tais operações trataram-se apenas de fases de um processo que culminou na unificação da Herbitécnica e Defesa. É nesse momento que se pode falar na ocorrência de alterações nas estruturas de mercado, quando, então a operação foi tempestivamente apresentada ao CADE.

Argumentam ainda que à época em que ocorreram as operações, o ano de 1996, era considerado bastante controverso adotar o critério de fatura-

⁵ Utilizou-se a cotação do dólar comercial americano, média anual do ano de 1995. (Fonte: BACEN).

⁶ Utilizou-se o valor da UFIR de Dezembro de 1995. (Fonte: Receita Federal).

mento para tornar obrigatório a apresentação de operações ao CADE. Ressaltando que, até o final de 1996, não havia decisão desse Conselho impondo multa pela não apresentação de operações que atendiam ao critério faturamento.

Tais argumentos já foram, por diversas vezes, discutidos por esse Plenário. Note-se que todos foram rejeitados, portanto, seria repetitivo estender-me nessa discussão. Nesse sentido entendo suficiente reproduzir trechos do voto exarado pelo Conselheiro Marcelo Calliari, no caso Agco e Iochpe-Maxion, que tratou de forma extensa os argumentos contrários aos trazidos pelas requerentes, em especial no que diz respeito à existência de dúvidas quanto a interpretação da Lei pelo CADE.

“ (...) não se pode alegar ignorância da lei para eximir-se de seu cumprimento, não faz sentido permitir que se alegue dúvida ou interpretação divergente da lei para eximir-se do seu cumprimento. E não se pode tampouco imaginar que há dúvida apenas porque a autoridade judicante ainda não se manifestou sobre o assunto. Seria algo como assumir que qualquer um pode descumprir novas regras do imposto de renda, e isentar-se de pagar multa por atraso, apenas por alegar dúvida e notar que ainda não havia manifestação judicial “esclarecendo” a questão. Seria abrir as portas para a desobediência de toda nova norma até que se tenha uma decisão a respeito da autoridade competente, (...).”

Argumenta-se ainda que admitir a tese de que haviam dúvidas quanto a obrigatoriedade de notificação de atos não danosos à concorrência, mesmo que envolvendo partes com faturamento superior a R\$ 400 milhões, seria o mesmo que “ (...) *permitir que as empresas determinassem ex ante aquilo que causa ou não dano à concorrência para notificar apenas em caso positivo, mesmo nos termos do par. 3º do art. 54. Seria portanto igualar o par. 3º ao caput do mesmo art. 54, tornando aquele inútil.*”

Houve inobservância da Lei. A não apresentação ao CADE de atos de concentração, dentre aqueles elencados no § 3º do art. 54, constitui conduta grave, uma vez que impõe dificuldade adicional para que as autoridades reguladoras, no exercício de suas funções, zelem pelo bom funcionamento do mercado.

Não apresentando as duas operações desrespeitou-se o prazo legal previsto no § 4º do art. 54, cabendo portanto a multa prevista no § 5º, não interessando para aplicação desse dispositivo se houve ou não dano à concorrência. Como na sua aplicação deve-se ter em conta o princípio da razoabilidade, a ausência de dano é uma atenuante.

Destaco que não restou claro que as requerentes objetivaram, ao longo da instrução processual do presente ato, corrigir o equívoco cometido de não apresentar ao CADE as operações, o que poderia ser considerado como mais uma atenuante na definição do valor da multa.

Na fixação da multa adoto o princípio de que uma apresentação tardia em alguns dias é menos grave do que em alguns meses, e a falta total de apresentação é a mais grave possível.

Tendo em conta a situação econômica do grupo Magan, haja visto o valor de faturamento bruto registrado no ano de 1995, determino a imposição de multa no valor de R\$ 117.240,00 (cento e dezesseis mil e duzentos e quarenta reais), o equivalente a 120.000 UFIRs, às requerentes por cada uma das duas operações não notificadas, que corresponde ao dobro da multa mínima estipulada pela lei, devendo as mesmas procederem ao recolhimento dos valores no prazo de 30 (trinta) dias da publicação do acórdão, sob a supervisão da Procuradoria do CADE, que, na ausência dos pagamentos, adotará as providências cabíveis previstas na Resolução nº 9/97.

No mérito, entendo que as operações não elevaram substancialmente a concentração no mercado relevante afetado ou acentuaram as barreiras à entrada existentes. Inexistindo, portanto, qualquer forma de danos à concorrência pelo que sou pela aprovação dos atos sem restrições.

Isto posto, entendo que a decisão ora exarada supri o objeto do procedimento administrativo de nº 08012-001002/98-58, apensado aos autos do ato ora em exame, determinando o seu arquivamento.

Determino ainda à Secretaria do Plenário encaminhar à SDE cópia do voto e do acórdão dessa decisão para, se for o caso, ser levado em conta na análise da averiguação preliminar existente naquela Secretaria.

Este é o Voto.

Brasília, 28 de abril de 1999.

Mércio Felsky
Conselheiro-Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE
Ato de Concentração no. 08012.000587/99-89

Requerentes: Basf S/A e Clariant S/A

Relator: Conselheiro Ruy Santacruz

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição da Linha de polímeros Superabsorventes da Clariant S/A pela Basf S/A Lei 8.884/94 Art. 54 § 3º, 1. Operação mundial com reflexos no Brasil. 2. Apresentação intempestiva. 3. Aplicação de multa por intempestividade no valor de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. 4. Faturamento dos grupos Clariant e Basf superior a 400 milhões de reais. 5. Produto relevante: polímeros Superabsorventes. 6. Mercado geográfico: território nacional. 7. Basf não atuava neste mercado antes da operação e a Clariant detinha 9,8% de participação. 8. Integração vertical: Basf detém 35% do mercado nacional, e 27,5% do mundial, de ácido acrílico, principal matéria-prima para produção de polímeros Superabsorventes. 9. Grau de concentração horizontal inalterado. 10. Presença de competidores de grande porte no segmento de ácido acrílico impossibilita abuso do poder de mercado. Operação aprovada sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e da notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômico – CADE, por unanimidade, conhecer do requerimento e aprovar o ato de concentração sem condições, aplicando-se multa por intempestividade no valor de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento o presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 16 de junho de 1999 (data do julgamento).

VOTO

O presente ato de concentração se enquadra na regra de admissibilidade prevista no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, uma vez que o faturamento dos grupos requerentes é superior a 400 milhões de reais.

Adoto como mercado relevante da operação, do ponto de vista do produto, o de polímeros superabsorventes, acompanhando o entendimento da SEAE. Já do ponto de vista geográfico, entendo que a definição do mercado mundial exigiria uma análise aprofundada-apesar do mercado brasileiro ser totalmente atendido por importações. Sendo assim, defino o mercado como o nacional, por economia de tempo e recursos públicos e privados.

Segundo consta nos autos (fl.310), a Clariant detinha em 1998, 12,9% do mercado nacional de polímeros superabsorventes. A Basf não atuava no mercado, nem no Brasil nem no exterior, antes da operação. Trata-se, portanto, de uma simples substituição de vendedor no mercado brasileiro, sem qualquer alteração no grau de concentração do mercado. Quanto à integração vertical, segundo informações das requerentes, a Basf é a maior produtora mundial de ácido acrílico, principal matéria-prima para produção de polímeros superabsorventes, detendo 35% deste mercado no Brasil e 27,5% no mundo.

Entretanto, segundo consta nos autos (anexo confidencial), empresas de grande porte do setor químico com atuação mundial, como a Rhom & Haas, Eif Atochem, Nippon Shokubai e Celanese, concorrem com a Basf no atendimento ao mercado de ácido acrílico, impossibilitando qualquer tentativa de abuso de poder de mercado.

Por todo o exposto, entendo que o presente Ato de Concentração deve ser conhecido por este Conselho e, no mérito, aprovado sem restrições.

Quanto a questão da tempestividade na apresentação da operação, a Procuradoria do CADE considerou que as subcláusulas 1.5.2.2.1.1, (c), (d), (g), (h), 2.1.2.4.4.5 e 5.3 do Contrato de Transação Norte-Americana entre Basf Corporation e Clariant Corporation (fls.37/87), celebrado em 18/09/98, asseguravam à compradora poderes de gestão da empresa adquirida.

Entendem as requerentes, acompanhadas pela SDE, que somente no dia 31/12/98, data do fechamento da operação houve a concretização do negócio, não havendo, entre as datas da assinatura do Contrato e do fechamento qualquer alteração nas relações de concorrência.

Em relação às subcláusulas 1.5.2.2.1.1. (c), (d), (g), (h), 2.1.2 não vislumbro efeitos sobre as relações de concorrência no mercado relevante

resultantes destas previsões contratuais. A cláusula 1.5.2 trata da continuidade do contrato de prestação de serviços de infra-estrutura firmado entre Celanese e Clariant. Note-se que a Celanese é concorrente da Basf no mercado de ácido acrílico, principal matéria-prima na produção de polímeros superabsorventes. No entanto, o Contrato entre Basf e Clariant basicamente determinou que, após o fechamento da operação, Basf e Celanese deveriam negociar um novo contrato, sob novas condições. Medidas preparatórias deveriam ser tomadas até a data do fechamento, como a transferência para a Celanese dos funcionários da Clariant lotados na unidade de aminas e a separação física da unidade de aminas do restante da unidade de Portsmouth. Embora estas últimas obrigações sinalizem o comprometimento da Clariant com a operação de venda, não implicam alterações nas relações de concorrência no mercado relevante de polímeros superabsorventes.

As subcláusulas 2.1.1 (c), (d), (g), (h), 2.1.2 somente relacionam os ativos envolvidos na operação que, por força do Contrato, deverão ser transferidos para a Basf, na data do fechamento, não havendo qualquer previsão relativa à posse dos ativos antes desta data.

A cláusula 4.4 determina que no período entre a data do Contrato e do fechamento “as decisões com relação as questões relevantes relativas às Atividades deverão ser tomadas pela Clariant, sujeito ao consentimento da Basf”. O Contrato estabelece que questão relevante inclui, mas não está limitada a decisões relativas a entre outros, (iii) aumento geral de salários. (v) interrupção de operação das atividades. (i e ii) venda de ativos ou dispêndios de capital superiores a determinados limites. (vi) divulgação de informações confidenciais. Estas condições não necessariamente implicam administração compartilhada da empresa adquirida, nem reduzem sua independência administrativa, sendo usuais em contrato de compra e venda visando a garantia do valor dos ativos que estão sendo transacionados (stand still clauses).

A cláusula 4.5 declara que, “para que não haja nenhuma dúvida”, até a data do fechamento, “as Atividades são conduzidas por conta e risco da Basf” com a condição de que “o risco de perda e deterioração dos Ativos passará para a Basf na data da assinatura”. Esta cláusula indica que, após a assinatura do Contrato, a Clariant se manteve na administração do curso normal dos negócios, mas os riscos do negócio passaram para a Basf., exceto, é claro, no caso de não observância das restrições e condições estabelecidas no Contrato por parte da Clariant.

A cláusula 5.3 estabelece, finalmente, que “o preço de aquisição fixado na cláusula 5.1 (a) mais o imposto por valor adicionado (se aplicável) deverá ser pago por transferência eletrônica, integralmente, em 21 de setembro de 1998, para uma conta bancária designada pela Clariant”. O valor determinado na cláusula 5.1 (a) é de US\$ 55.956.449,00, correspondente ao valor da operação. Somente os valores residuais relativos aos ativos produzidos ou adquiridos pela Clariant, desde a data da assinatura até a do fechamento, assim como os impostos incidentes, foram pagos após o fechamento da operação.

A jurisprudência do CADE é clara no sentido de que a data de assinatura do contrato ou mesmo seu definitivo fechamento, pode ou não, se constituir na referência para efeito do estabelecimento do prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54. Fator relevante é o momento em que efetivamente se alteram as relações de concorrência.

Desde a vigência da Lei 8.884/94 o CADE entendeu que qualquer contrato que implique administração compartilhada deve ser apresentado para a análise dos seus efeitos. Quanto a isso jamais houve dúvidas ou ambigüidades nas decisões, nem poderia haver

Neste sentido, a posição do ilustre Conselheiro-relator Antônio Fonseca que assevera

“Para efeito da contagem do prazo de apresentação, o ato se realiza a partir de quando uma das requerentes adquire a capacidade de coordenar o comportamento concorrencial, como um plus decorrente da operação.

Vale considerar que a realização do negócio atende a um processo ou conjunto de atos. O ponto no tempo quando o ato se perfaz pode variar, conforme a natureza da obrigação administrativa ou privada. Em princípio, o negócio se perfaz quando as partes contratantes adquirem a posição de exigir o cumprimento de uma obrigação específica de uma das outras.

O pagamento do preço pode coincidir com o pagamento do negócio e daí presumir início da capacidade de influência no comportamento concorrencial; pelo menos até prova em contrário.

O que importa, portanto, para efeito de contagem do prazo de apresentação é o momento, efetivo ou presumido, a partir do qual o agente adquire

a capacidade efetiva ou jurídica de influir no comportamento concorrencial, como um plus decorrente da operação submetida ao CADE.”

Ressalta-se, outrossim, a decisão proferida no AC 168/97 (Plusvita/Van Mill), por mim relatado, em que entendeu o plenário constituir o primeiro documento vinculativo entre as partes um poderoso instrumento inibidor da concorrência, uma vez que, firmado um entendimento prévio quanto a uma aquisição ou fusão, cessa a concorrência, ainda que, esteja o contrato sujeito a cláusulas preliminares ou condições futuras. Com efeito, após a assinatura de um contrato desta natureza, as estratégias concorrenciais conseqüentemente se tornam menos agressivos afetando as relações de mercado.

É fato que as relações de mercados podem não ser afetadas, mas isso, conforme decidido no AC envolvendo Igaras e Trombini, precisa ser convincentemente comprovado não bastando cláusulas suspensivas ou a existência de condições preliminares, já que a supressão ou redução da concorrência pode ocorrer, e em geral ocorre mesmo diante dessas condições.

No caso em testilha, verifica-se a presença de cláusulas que importam em fortes indícios de que o contrato se efetivou no momento em que foi firmado, ainda que, dispusessem as partes em sentido contrário. Tal entendimento se encontra corroborado pelo fato de a Basf Ter pago o preço de aquisição fixado na cláusula 5.1 (a) mais o imposto por valor adicionado três dias após a celebração do referido instrumento. Além disso, a empresa adquirente passou a assumir na data do contrato todos os riscos relativos a gestão da empresa adquirida.

Torna-se evidente o antagonismo entre as disposições contratuais e declarações de vontade das partes. Ao tempo em que afirmam ser o momento de fechamento do negócio o dia 31/12/98, estabelecem na cláusula 4.5 que as atividades são conduzidas por conta e risco da Basf, devendo a mesma suportar o risco de perda e deterioração dos ativos desde a data da assinatura em, 18/9/98.

A solução adotada pelos Tribunais quanto à interpretação de cláusulas divergentes de um mesmo contrato é tomá-las umas pelas outras, considerando-as em conjunto. (RF 86:113, RT 147:194, AJ 61:253). Ademais, a melhor interpretação é a que atende à conduta dos contratantes, ou seja, ao modo pelo qual eles vinham executando o negócio de comum acordo, é o que assevera o Supremo Tribunal Federal em decisão prolatada na Apelação Cível nº 7.703, verbis:

“a observância do negócio é um dos meios demonstrativos da interpretação autêntica da vontade das partes: serve de guia indefectível para a solução de dúvidas...” (RT 166:815, RF 82:138).

Desse modo, considero que a data da assinatura desse contrato deve ser considerada como a do início da contagem do prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54, e não do fechamento da operação, sendo pois intempestiva a apresentação da presente operação, pelo que determino a aplicação de multa mínima de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58,620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º da Lei 8.884/94. Para a fixação deste valor considerarei o fato das requerentes terem apresentado a operação espontaneamente e que não houve má-fé. O valor fixado deverá ser pago conforme disposto na Resolução CADE nº 9/97.

É o voto
Brasília, 16 de junho de 1999
RUY SANTACRUZ
Conselheiro do CADE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE****Ato de Concentração nº 08012.0006501/98-03****Requerentes:** Senior Engineering Group plc e Tecne Flexíveis S/A**Relator:** Conselheiro Ruy Santacruz.

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição Tecne Flexíveis S/A pela Senior Engineering Group Plc. Lei 8.884/94 artigo 54 § 3º.1. Apresentação intempestiva. 2. Aplicação de multa por intempestividade no valor de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. 3. Participação de mercado resultante superior a 20% e faturamento do grupo Senior superior a 400 milhões de reais. 4. Produto relevante: tubos flexíveis de aço. 5. Mercado geográfico: território nacional. 6. Concentração horizontal: empresa adquirente eleva sua participação de 55% para 57% no mercado relevante. 7. Importações e elevado poder de barganha da clientela, composta por montadoras de veículos, impedem abuso do poder de mercado. 8. Operação aprovada sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, conhecer do requerimento e aprovar o ato de concentração sem condições, aplicando-se multa por intempestividade no valor de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Ruy Santacruz e Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Presente a Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 09 de junho de 1999 (data do julgamento).

VOTO

O Presente Ato de Concentração se enquadra na regra de admissibilidade prevista no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, uma vez que o faturamento do grupo Senior é superior a 400 milhões de reais, sendo a participação de mercado resultante superior a 20%.

Adoto como mercado relevante da operação, do ponto de vista do produto, o de tubos flexíveis de aço, e, do ponto de vista geográfico, o território nacional, acompanhado o entendimento da SEA, SDE e Procuradora do CADE.

A participação de mercado da Tecne, após a aquisição, elevou-se de 55% para 57% no mercado relevante. Esta elevação de 2% não se traduz em aumento de poder de mercado por dois motivos: 1) embora seja a única fabricante nacional de tubos flexíveis, a Tecne fornece basicamente para grandes montadoras: 60% das vendas destina-se à FIAT e o restante para a Volks, GM e as empresas de autopeças que fornecem para montadoras. O reduzido número e o porte dos clientes indicam que estes dispõem de condições para impedir o abuso do poder de mercado por parte das requerentes; 2) 45% do mercado é atendido por importações, realizadas pelas próprias montadoras. Portanto, a possibilidade de acesso ao mercado externo atua como mecanismo disciplinador da política dos preços da Tecne.

Quanto à intempestividade, entendo que as cláusulas do Contrato para a Subscrição e resgate de Ações e Aquisição do Fundo de Comércio do Alvo citadas no parecer da Procuradoria do CADE tão somente estabelecem que, após a data do contrato e antes do fechamento, os ativos objetos de transação (“Ativos do Alvo”) devem ser transferidos para uma sociedade anônima denominada “o Alvo”. Esta cisão constitui-se numa etapa preparatória necessária à viabilização da operação e pouco informa sobre os efeitos do ato contratual sobre as relações de concorrência.

No entanto, após a cisão, nos termos das subcláusulas 6.1 e 6.2 do artigo VI do Contrato (Compromissos do Grupo Central), os antigos controladores da Tecne (“Grupo Central”) permaneceram na condução do curso normal das atividades, comprometendo-se a administrar os negócios, entre a data do contrato e do fechamento, sob determinadas condições e restrições.

A subcláusula 6.1 (Condução das Atividades no Ínterim) determina que o “Grupo Central” e o “Alvo” devem, na condução dos negócios antes da data do fechamento, observar as seguintes condições, entre outras:

“(e) Não deverão celebrar, aditar ou rescindir, nenhum contrato ou acordo de trabalho, bônus, demissão ou aposentadoria, nem aumentar salário ou outra forma de remuneração pagável ou a se tornar pagável para nenhum executivo ou empregado das Atividades;

(f) Não deverão celebrar, aditar ou rescindir, ou concordar em celebrar, aditar ou rescindir nenhum contrato relevante;

...

(l) Não deverão tomar qualquer medida não previamente anunciada ao ramo, incluindo criação de promoções, descontos ou aumento de preço;

(n) Não deverão tomar nenhuma medida para buscar, encorajar, solicitar ou apoiar qualquer medida consulta, proposta, manifestação de interesse ou oferta de qualquer outra pessoa ou entidade relacionada à uma aquisição, combinação ou transação similar envolvendo as Atividades ou o Alvo...

Desde a data do presente instrumento até o fechamento, o Grupo Central e o Alvo deverão deliberar, de maneira regular e freqüente, com um ou mais representantes designados da Subscritora, para relatar questões operacionais relevantes e a situação geral das operações em curso do Alvo.”

É importante ressaltar que os compromissos acima não importam em administração compartilhada da empresa adquirida, nem reduzem sua independência administrativa, sendo usuais em contratos de compra e venda visando a garantia do valor dos ativos que estão sendo transacionados (stand still clauses).

Já a subcláusula 6.2 (Acesso) determina que o “Grupo Central” deverá permitir aos representantes da Senior “acesso livre e completo a **todos** os bens, instalações, pessoal, livros, contratos, arrendamentos, compromissos e registros,” assim como a “**todos** os dados financeiros e operacionais e demais informações relativas à Atividades e seus ativos, bens, direitos, e reivindicações, que a Subscritora (Senior) venha solicitar de tempos em tempos” (grifei).

As cláusulas acima indicam, portanto, a partir da data do contrato, a adquirente passou a obter informações “relevantes” relativas às estratégias comerciais da Tecne. Desse modo, considero que a data da assinatura do contrato, 10/05/98, deve ser considerada com a do início da contagem do prazo previsto no parágrafo 4º do artigo 54, sendo pois intempestiva a apresentação da presente operação.

Ressalto que o acesso a informações razoáveis necessárias para a avaliação dos ativos da empresa adquirida também não são capazes de reduzir a independência da empresa adquirida (due diligencies clauses). No presente

caso, porém, foi dado acesso a todas as informações relevantes, o que já é suficiente para alterar as condições da concorrência, podendo a empresa adquirente, de posse dessas informações, alterar desde logo suas estratégias comerciais.

É fundamental perceber, porém, que mesmo que não houvesse no contrato essa cláusula que permite acesso da adquirente a todas as informações relevantes dos negócios da adquirida, a simples assinatura do contrato de compra e venda entre concorrentes já seria suficiente para o início da contagem do prazo legal para a apresentação da operação ao CADE. No julgamento do Ato de Concentração nº 134/97, de interesse das empresas American Home Products e Solvay S/A, por exemplo, o CADE considerou, igualmente, a data da assinatura do contrato de compra e venda entre concorrentes (efetivos ou potenciais), mesmo que sujeito a condições incertas e futuras e sem a presença de cláusulas capazes de promover a adoção de políticas comerciais harmoniosas entre as partes, como a data a ser considerada para efeito da contagem do prazo para a apresentação da operação.

Naquele caso, apesar de considerada intempestiva a apresentação da operação para a análise da autoridade administrativa, o plenário do CADE, entendeu que a análise dos efeitos dos atos sobre a concorrência para efeito do início da contagem do prazo foi consagrado pelo artigo 2º da Resolução CADE nº 15, de agosto de 1998, considerando que no período entre a data de assinatura do contrato de compra e venda entre as requerentes e o fechamento da operação a jurisprudência do CADE era, senão outra, pelo menos ambígua, razão pela qual decidiu pela não aplicação da multa, na forma do artigo 2º, inciso XIII, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

No presente caso, a assinatura do contrato de compra e venda da operação também se deu antes da aprovação da Resolução CADE nº 15, o que poderia determinar o reconhecimento da intempestividade com a não aplicação da multa, exatamente como no AC 134/97. Entretanto, existe no caso em tela uma diferença substancial que o aproxima com outros casos também já julgados pelo CADE, mais especificamente os AC's Mahle/Metal Leve, Plus Vita/Van Mill e Galderma/Darrow, quando a comunicação da operação baseada na data do fechamento da operação foi considerada intempestiva, uma vez que após a assinatura do primeiro instrumento contratual as requerentes já passaram a influir decisivamente na administração da empresa ou se utilizar de cláusulas contratuais em proveito de sua própria política comercial. Nesses casos, diante da administração compartilhada, o reconhecimento de que a ope-

ração produziu efeitos sobre o mercado não pode ser considerada uma alteração da interpretação da norma legal. Desde a vigência da Lei nº 8.884/94 o CADE entendeu que qualquer contrato que implique administração compartilhada deve ser apresentado para a análise dos seus efeitos. Quanto a isso jamais houve dúvidas ou ambigüidades nas decisões, nem poderia haver.

Dessa maneira, considero que a data para o início da contagem do prazo legal é a da assinatura do contrato de compra e venda de ações e não a data do fechamento da operação, tendo sido apresentada intempestivamente, pelo que determino a aplicação da multa mínima de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58,620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Para a fixação deste valor considerarei o fato das requerentes terem apresentado a operação espontaneamente e que não houve má-fé. O valor fixado deverá ser pago no prazo de dez dias da publicação do acórdão, sob a supervisão da Procuradoria do CADE que, na ausência do pagamento, adotará as medidas cabíveis previstas na Resolução CADE nº 9/97.

É o voto
Brasília, 09 de junho de 1999
RUY SANTACRUZ
Conselheiro do CADE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Ato de Concentração nº 08000.026299/96-31 (102/96)

Requerentes: S/A Indústrias Votorantim, Companhia Siderúrgica Nacional e Companhia de Cimento Ribeirão Grande

Relator: Conselheiro Marcelo Calliari

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição pela S/A Indústrias Votorantim de participação acionária antes detida pela Companhia Siderúrgica Nacional na Companhia de Cimento Ribeirão Grande. Concentração horizontal no mercado relevante de cimento na região que compreende os Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, São Paulo e Paraná. Constatação de ato de concentração anterior não notificado ao CADE, consistente na aquisição pela Companhia Siderúrgica nacional de participação acionária na Companhia de Cimento Ribeirão Grande. Precedentes do Plenário para aplicação do princípio de economia processual em casos de atos sucedâneos. Apreciação simultânea de ambas as operações. Aplicação obrigatória de multa à Companhia Siderúrgica Nacional, nos termos do parágrafo 5º do art. 54 e dos incisos do art. 27 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Operações não passíveis de causar dano à concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Aprovação de ambas as operações sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por unanimidade, conhecer do Ato de Concentração nº 08000.026299/96-31 (102-96) e aprovar a operação, sem restrições, bem operação realizada anteriormente e não notificada, aplicando multa no valor de 180.000 UFIR à Companhia Siderúrgica Nacional pelo descumprimento do § 4º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Impedido o Conselheiro Ruy Santacruz. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Mércio Felsky, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino e Hebe Romano. Ausente, justificadamente, a Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Presente o Procurador-Geral Amauri Resselvo. Brasília, 07 de julho de 1999 (data do julgamento).

VOTO

Por meio da presente operação, a S.A. Indústrias Votorantim (SAIV) adquiriu metade da participação acionária detida pela Companhia Siderúrgica Nacional (CSN) na Companhia de Cimento Ribeirão Grande, equivalente a 25% do capital desta última empresa. A CSN detinha anteriormente 50% de participação na ribeirão Grande, adquirida de um conjunto de bancos, em 1996. Essa aquisição não foi submetida à apreciação deste Conselho.

A operação faz parte da tendência observada nos últimos anos - notadamente em 1996 - de redução no número de empresas atuantes no setor cimenteiro brasileiro, com o fortalecimento e consolidação da participação de alguns grupos, incluindo a Votorantin e novos entrantes estrangeiros, por meio da aquisição de empresas menores. Entre os estrangeiros destacam-se os grupos Holdercim e Lafarge, 1º e 2º lugar no ranking mundial, e o grupo Cimpor, os quais estimulados pela retração dos mercados europeus e redução de gastos dos governos locais, direcionaram seus investimentos para países em desenvolvimento, entre os quais o Brasil. A título de ilustração, dados relativos ao mercado de São Paulo, Paraná e Rio de Janeiro (diferente do mercado relevante da presente operação, mas contido neste último), indicam que a participação da Holdercim saltou de 1, 8% em 1995 para 11,2% em 1998¹.

Esse processo está associado ao aumento significativo na demanda de cimento ocorrida nos últimos anos no Brasil. Conforme estudo do BNDES² sobre a indústria de cimento no país, o consumo brasileiro per capita. em 1996, foi de 221,6 kg por habitante/ano, próximo ao valor máximo atingido em 1980, mas ainda abaixo da média mundial (cerca de 250 kg/hab./ano).

Apesar da expressiva participação - cerca de 30% - do grupo Votorantim no mercado relevante, definido como a região compreendida pelos estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, São Paulo e Paraná, o acréscimo decorrente da aquisição da Ribeirão Grande é de apenas 5%. É uma variação relativamente reduzida. Ademais, os dados sobre evolução dos

¹ Dados contidos no relatório do AC nº 08000.005576/96-81 (74/96) envolvendo JLC Empreendimentos e Participações Ltda.

² OLIVEIRA GOMES. Mauro Thomaz e outros. A indústria de Cimento. BNDES. s.d.. mimeo.

preços do cimento portland constantes no relatório indicam uma tendência declinante nos preços reais do produto, nos últimos anos. ao passo que a demanda está em expansão. A SEAE destaca também as elevadas elasticidade-renda e elasticidade-preço da demanda. como possíveis limitadores de elevações nos preços do produto. Há ainda competidores de porte, e em crescimento, capazes de oferecer alternativas aos consumidores do produto. Por fim, quanto à principal consideração relativa à barreiras à entrada nesse setor, a disponibilidade de lavras de calcário para exploração, deve-se notar que o grupo Votorantim detém menos de 20% das jazidas reconhecidas no mercado relevante, dos quais. cerca de 40% destina-se a produção de cal.

Há um outro aspecto porém que merece consideração. A CSN desfaz-se por meio da presente operação de metade da participação adquirida na Ribeirão Grande em 1996 ou seja, 50% mais duas ações (conforme informações apresentadas no Ato de Concentração no 08012.003346/99-19, relativo à venda do restante da participação antes detida pela CSN no capital da Ribeirão Grande à Votorantim, pendente análise deste CADE). Ora, a aquisição do controle acionário da Ribeirão Grande por parte da CSN, empresa de faturamento notoriamente superior a R\$ 400 milhões, em 1996, preenche cabalmente os requisitos previstos no par. 3.º do art. 54 da Lei no 8.884/94. Deveria portanto ter sido notificado às autoridades antitrustes para apreciação, nos termos da lei. No entanto, tal notificação não ocorreu.

Ocorre porém que a eventual aprovação da presente operação implica necessariamente, mesmo que de forma implícita. a aprovação da operação precedente. dado que não faria sentido ao CADE aprovar a venda da participação da CSN na Ribeirão Grande para a Votorantim e posteriormente recusar a aquisição daquela mesma participação realizada anteriormente pela CSN. No tratamento de casos como esse, em que uma operação não notificada é sucedida por outra cuja aprovação pelo CADE (bem como pareceres favoráveis da SEAE, SDE e Procuradoria) implica obrigatória e logicamente a aprovação da anterior, em que a situação de mercado que se aprecia é decorrente e resultado da soma das duas operações, e em que há dados suficientes para tal, o Conselho tem sabiamente obedecido ao princípio da economia processual. julgando ambas operações de uma só vez. É o que ocorreu, de fato, nos Atos de Concentração no 08012.002611 /98- 51 (Herbitécnica e Defesa) e 08012.006375/98-42 (Pedreiras, Mark IV e Techold), por exemplo. Proponho, portanto, por motivo de economia processual, o julgamento conjunto das duas operações.

A aprovação conjunta contudo não isenta a CSN da multa prevista no § 5o do artigo 54 pela não apresentação da operação. Nem poderia fazê-lo. Como já incontáveis vezes reiterado por este Plenário, a observância da obrigação legal de apresentar atos ou contratos nos termos do art. 54 da lei de Defesa da Concorrência é objetiva –e absolutamente crucial para a adequada defesa do bem concorrência cujo titular é a coletividade. A aplicação da multa é assim um poder-dever da autarquia.

Seguindo a sistemática adotada por este Conselho, a gradação da multa deve considerar as circunstâncias de cada caso, estabelecendo o valor dentro da faixa prevista pela legislação de 60.000 a 6 milhões de UFIR levando em consideração os incisos previstos no art. 27 do diploma antitruste. No presente caso, o fato de não se tratar de um simples atraso, mas da falta total de apresentação, impedindo mesmo o CADE de cumprir seu dever legal e sua finalidade precípua no momento adequado, configura indiscutivelmente consumação de infração (inciso IV) do tipo mais grave (inciso I). De fato, dentre os graus de gravidade relativos à violação da obrigação de notificar a autoridade pública tempestivamente, a apresentação espontânea atrasada em alguns dias é a menos grave. o atraso voluntariamente corrigido em alguns meses seria mais grave e a simples não apresentação, descoberta anos depois, sem dúvida a mais grave possível. A lei manda ainda considerar a situação econômica do infrator (inciso VII), corretamente antevendo que uma multa irrisória para uma grande empresa teria efeito dissuasório nulo, perdendo sua finalidade crucial de desincentivo para futuras violações. Aqui, evidentemente, trata-se de empresa de grande porte· sendo que a CSN, empresa cujo patrimônio líquido alcançou US\$ 3,8 bilhões em 1998, realizou lucros líquidos no ano passado de R\$271 milhões, o 11º maior do país.³

Por outro lado, não há qualquer indício de má fé (inciso II). Antes pelo contrário. Foram os próprios requerentes, na presente operação, que informaram da realização da anterior. Não há tampouco lesão à livre concorrência (inciso V) nem efeitos econômicos negativos sobre o mercado (VI). Em função disso, e seguindo a sistemática absolutamente benevolente do Plenário de partir da multa mínima (lembre-se, dentro da ampla faixa de 60 mil a 6 milhões de UFIR prevista na lei), estabeleço a multa de 180.000 (cento e oitenta mil) UFIR's que deverá ser recolhida pela CSN no prazo de 15 (quinze) dias da publicação do acórdão, sob a supervisão da Procuradoria do CADE.

³ Dados da Revista Exame – Maiores e Melhores, de junho de 1999, pg. 68

Caso não seja efetuado o pagamento nesse prazo, cabe à Procuradoria do CADE tomar as providências previstas na Resolução CADE no 9/97.

Discordo ainda da Procuradoria quando considera que seria "insub-sistente e temerária" qualquer tentativa de intervenção do CADE em caso de fato consolidado. O transcurso excessivo do tempo é sem dúvida perverso tanto para a análise antitruste quanto para a consecução da sua finalidade, e deve ser evitado a todo custo. Contudo, dessa constatação, de resto óbvia, a afirmar que o CADE deve abrir mão do seu poder de defender a concorrência e proteger a coletividade contra infrações à ordem econômica vai uma abissal distância. Tal consideração temporal, se pode implicar a escolha de uma eventual forma de intervenção em vez de outra, não basta para afastar a atuação do CADE. Nem poderia fazê-lo. Afinal, não é do CADE, nem das empresas envolvidas, o direito que a lei protege, para que possam dele dispor. É da coletividade. Não é facultado ao órgão administrativo abdicar da função que justifica sua própria existência, deixando a sociedade desprotegida, independentemente de eventual delonga na instrução.

Quanto ao mérito, de todo modo, entendo que as duas operações não são passíveis de causar qualquer dano à concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes, nos termos do caput do art. 54 da Lei 8.884/94, e devem ser aprovadas sem condições.

É o voto.

Brasília, 07 de julho de 1999.
MARCELO CALLIARI
Conselheiro-Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****Ato de Concentração no. 08012.009247/98-79**

Requerentes: ABC Supermercados S/A Supermercado MaxBox e MB Supermercados Ltda.

Conselheiro-Relator: João Bosco Leopoldino da Fonseca

EMENTA: Ato de concentração. Aquisição de nove estabelecimentos comerciais de MB Supermercados por ABC Supermercados S/A . Comunicação intempestiva. Operação alcançada pelo art. 54 da Lei no. 8.8884-94. Parecer favorável à aprovação parcial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam por maioria, vencido o Conselheiro Mércio Felsky, aprovar o ato de concentração, sem restrições. Quanto a preliminar de tempestividade o Plenário, por unanimidade, considerou a operação apresentada intempestivamente, aplicando-se às requerentes a multa prevista no § 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94, no valor de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil e seiscentos e vinte reais). Brasília-DF., 14 de julho de 1999.

VOTO

1. O presente Ato de Concentração se deu entre as empresas ABC e MB, mediante o qual a rede de Supermercados MaxBox vendeu à ABC nove estabelecimentos comerciais e os bens tangíveis e intangíveis que os compunham, todos localizados no estado do Rio de Janeiro, nas cidades Petrópolis, Teresópolis e Niterói.
2. Em decorrência da aquisição, a ABC, que já detinha elevado poder de mercado, nas cidades de Petrópolis e Teresópolis, consolidou uma forte posição que lhe proporciona inegável poder de mercado no segmento de supermercados. Todavia, não houve alteração significativa na estrutura do mesmo. De fato, a participação de mercado da ABC passou de 79,50% para 82,50% em Petrópolis, de 67,20% para 71,00% em Teresópolis e de 12,00% para 17,60% na cidade de Nite-

rói. Verifica-se assim, que a concentração ocorrida não é capaz de alterar o processo concorrencial no setor supermercadista naquelas cidades. Esta conclusão é reforçada pelo fato de que não há significativas barreiras à entrada neste setor.

3. Em vista da participação de mercado, já que a ABC já detinha e da inexistência de barreiras à entrada no mercado relevante, bem como os pareceres favoráveis da SEAE e da SDE, quanto ao mérito, considero que a presente operação não é capaz de limitar ou, por qualquer forma, restringir a concorrência, razão pela qual decido pela sua aprovação sem restrições.
4. Quanto à tempestividade da operação, a SDE considerou-a intempestiva. A d. Procuradoria-Geral do CADE, contudo, no seu parecer de fls. 234/99, considerou a operação tempestiva. Ambos opinaram alicerçados no documento firmado em 22 de outubro de 1998.
5. A legislação brasileira é taxativa quanto ao prazo da comunicação dos atos contemplados no artigo 54 da Lei nº 8.884/94
6. O artigo 54 da Lei nº 8.884/94 estabelece em seus parágrafos 4º e 5º

“§4º- Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo mínimo de 15 dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

§5º- A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR, nem superior a 6.000.00 (seis milhões) de UFIR, a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura do processo administrativo, nos termos do artigo 32”.

7. O artigo 2º da Resolução nº 15 de 19 de agosto de 1998, por sua vez dispõe:

“o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§4º e 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando as alterações

nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso.”

8. Como regra geral, tem-se o prazo de 15 dias úteis para a apresentação da aquisição aos órgãos de defesa da concorrência contados a partir do primeiro documento vinculativo. A exceção prevista no acima mencionado artigo ocorre quando houver alteração nas relações de concorrência em momento diverso do primeiro documento vinculativo entre as partes. Dessa forma, deve-se analisar no presente caso o prazo para apresentação da aquisição da MB pela ABC teve início no momento em que foi firmado o contrato de compra (primeiro documento vinculativo entre as partes) ou, como alegam as Requerentes, a partir da data mencionada no item 2 do contrato celebrado.
9. No presente ato, considero que a partir do momento em que foi firmado o contrato de compra entre ABC e MB, e não apenas quando do chamado “fechamento”, **houve alteração no mercado concorrencial**. Uso como suporte para esse entendimento o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Ruy Santacruz, no prosseguimento do julgamento, no AC nº 168/97-Plus Vita S/A e Van Mill Produtos Alimentícios Ltda:

“É possível afirmar que de um modo geral o primeiro documento vinculativo entre as partes já se constitui num poderoso instrumento inibidor da concorrência.(...) suponho que, de um modo geral, a assinatura de um contrato de compra e venda mesmo sujeito as cláusulas preliminares e condições futuras altera o relacionamento entre as partes no mercado.”

“Após a assinatura de um contrato dessa natureza certamente as estratégias agressivas para tomar clientes da empresa compradora cessarão (ou se reduzirão...). O lançamento de produtos novos para concorrer em fatias do mercado ocupadas pela empresa a ser adquirida também fica temporariamente suspenso. Reduzir preços visando deslocar vendas de outra parte, ou realizar investimentos de entrada em áreas geográficas onde uma das partes tem maior presença certamente ficam congelados. Deste modo, considero que todo e qualquer entendimento entre as partes visando qualquer tipo de associação futura, na forma de aquisição, fusão, constituição de joint-ventures, etc., tem forte poder inibidor nas relações de concorrência entre as partes, muito provavelmente afetando o mercado.

10. Embora o contrato em análise preveja que em 22/10/98 ocorrerá apenas a transferência de quotas, deve-se considerar que a partir deste instante houve interferência da ABC nos negócios da MB, ou seja, a partir do momento em que foi assinado o contrato, tal ato tornou-se objeto de apreciação pelos órgãos de defesa da concorrência, tendo em vista a característica de **preventividade** da lei brasileira.
11. Com muita eloquência, o ilustre Conselheiro Ruy Santacruz, no voto do AC 168/97 nos alerta sobre como o correto entendimento das cláusulas contratuais pode demonstrar a existência de interferência da empresa adquirente na empresa adquirida, alterando as relações concorrenciais, mesmo antes da efetiva transferência do negócio. In verbis:

“Se a alteração do contrato social não parece Ter sido o marco a partir do qual observou-se mudança no comportamento comercial da vendedora, o artigo 7 do contrato de compra é suficientemente claro. Nele está previsto que a compradora deveria dar conhecimento de suas operações comerciais aos compradores. Só isso o suficiente, para mim, para afirmar que houve alteração na forma de concorrer nos mercados. O acesso a livros, contratos compromisso e registros, informações privilegiadas não é fato trivial e neutro para a concorrência.

Além disso, a vendedora se comprometeu a não tomar várias decisões estratégicas, o que obviamente alterou seu comportamento no mercado. Não vejo como uma empresa possa Ter acesso aos dados e informações comerciais de sua concorrente e as condições da concorrência permanecerem intactas. Não vejo como uma empresa pode determinar que sua concorrente deixe de decidir em matérias estratégicas e as condições da concorrência permanecerem intactas.”

12. A imediatidade dos efeitos da operação pode ser verificada através de várias cláusulas do contrato de fls. 43-60. Sirva-se de exemplo a **cláusula primeira** que tem o seguinte teor:

“DA CESSÃO DAS QUOTAS A ABC adquire, **nesta data**, a totalidade das QUOTAS, pelo preço de R\$ 18,500,000,00 (dezoito milhões e quinhentos mil reais) (doravante denominado simplesmente “Preço”), a ser pago pela ABC aos VENDEDORES, na proporção das respectivas participações, da seguinte forma:”

13. O mesmo se pode dizer do que se contém na **cláusula 3.** A) “os VENDEDORES são até esta data, titulares da totalidade das QUOTAS, livres ou desembaraçadas de qualquer ônus ou encargo...” O entendimento do conteúdo desta cláusula é um só: se são titulares **até esta data**, ou seja a data de assinatura do contrato, a outra conclusão se não pode chegar senão a de que o contrato se tornou efetivo na data de sua assinatura, ou seja, em **22 de outubro de 1998**, depois de já em vigor a Resolução nº 15 do CADE.
14. Diante do exposto, só posso considerar que o primeiro ato vinculativo, exatamente o momento em que se alteraram as relações concorrenciais, ocorreu em 22 de outubro de 1998 e não em 09 de novembro do mesmo ano, como pretendem as requerentes. Assim sendo, o prazo para a apresentação da operação aos órgãos de defesa da concorrência se esgotou em 13 de novembro de 1998. Como a presente operação só foi notificada em 27 de novembro, sua apresentação foi **intempestiva**.
15. Em função do não cumprimento do prazo legal, determino a aplicação, às requerentes, de multa no valor de R\$ 58,620,00, equivalentes a 60.000 UFIRs nesta data, tendo em vista inexistência de circunstâncias agravantes.

É o voto

Brasília, 14 de julho de 1999

João Bosco Leopoldino da Fonseca

Conselheiro-Relator

VOTO DO CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY

1. DA PRELIMINAR DE TEMPESTIVIDADE

1.1. Do momento de alteração nas relações de concorrência

O Contrato de compra de venda de estabelecimentos comerciais, Cessão de exploração de fundo de Comércio e outras Avencas, tendo por objetivo a compra, pela , ABC de, nove estabelecimentos comerciais da rede de supermercados MaxBox, e firmado em 22.10.98, constitui o momento em

que ocorreram as alterações nas relações de concorrência entre as requerentes, nos termos do art. 2º da Resolução nº 15/98, uma vez que:

- trata-se do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, dispondo desta forma a cláusula de cessão de quotas: “A ABC adquire nesta data a totalidade das quotas pelo preço de R\$ 18.500.000,00...,”
- as requerentes eram concorrentes efetivas mercados relevantes de Petrópolis e Niterói, dando-se a alteração das relações de concorrência nestes mercados a partir do primeiro documento vinculativo; e
- o instrumento contratual foi firmado em 22.10.98, durante a vigência portanto da atual Resolução nº 15/98.

Tendo em vista o prazo legal, a data final para a apresentação expirou-se em 13 de novembro de 1998 e as requerentes por sua vez comunicaram a operação apenas em 27 de novembro de 1998. Considero a apresentação, portanto, intempestiva.

1.2 Da multa.

Aplico, acompanhando o voto do Ilustre Relator e em face da ausência de agravantes, a pena mínima de 60.000 UFIR equivalente a R\$ 58.620,00(cinquenta e oito mil e seiscentos e vinte reais), nos termos do § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94.

2. QUANTO AO MÉRITO

2.1 Da caracterização do mercado relevante

a) Produto

O mercado relevante em análise, do ponto de vista caracteriza-se pela prestação de serviço ou auto-atendimento, no setor de vendas, artigos de higiene e limpeza, bebidas, etc., no segmento de supermercados.

b) Geográfico

Quanto ao processo geográfico do mercado relevante de supermercados, considero-o de dimensão municipal, uma vez que:

- é no núcleo do agrupamento urbano do município que os consumidores, no caso os moradores de determinada cidade realizam suas compras de bens não-duráveis, visando satisfazer as suas necessidades diárias de alimentação e de higiene:

- Não há razoabilidade econômica para de supor que os consumidores visando atender as suas necessidades prementes as quais se reproduzem e se renovam a cada instante – realizem expressivos deslocamento geográficos valendo-se de supermercados localizados em outros municípios uns não teriam disponibilidade semanal, às vezes diária de tempo para deslocarem-se; e
- A despeito destas considerações, imaginando, por hipótese, que os consumidores se comportariam de forma diversa, todos teriam de arcar.

Com custos de transporte razoáveis, capazes de influir no preço final da compra, desestimulando, desta forma, a aquisição destes perecíveis em local distante.

2.2 Das barreiras à entrada

No mercado de supermercados em geral, as barreiras à entrada não são elevadas, tanto do ponto de vista da tecnologia necessária, como do aporte de capital mínimo para dar início ao empreendimento.

Em determinados mercados, porém, pode se verificar um elevado grau de concentração, o que seria capaz de alargar o prazo médio de rentabilidade do capital investido, especialmente se este mercado possuir dimensões econômicas limitadas, em razão da pequena demanda existente, ou do seu baixo grau de poder aquisitivo. Nestes casos, podemos afirmar, seguramente, que o grau de barreiras à entrada é mais elevado.

Partindo-se da análise dos três mercados relevantes em que houve concentração, a participação de mercado da “ABC” alcançou preocupantes 82,5% em Petrópolis. A operação em análise outorgou à ABC expressiva participação de mercado em Petrópolis, variando-se o índice HHI em 447 (quatrocentos e setenta e sete) pontos.

Dado:

- a) o elevado índice de concentração;
- b) o excessivo poder de mercado da ABC em Petrópolis, capaz de criar óbices à entrada de novos concorrentes; e
- c) a dimensão econômica limitada do mercado de Petrópolis, em especial no que se refere ao tamanho da demanda, diferindo o prazo médio de rentabilidade de um novo entrante;

Concluo que são elevadas as barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado de Petrópolis, sendo a operação em análise prejudicial à concorrência, nos termos do caput do artigo 54 da Lei 8.884/94.

Nos mercados de Niterói e Teresópolis, acompanho o entendimento do Ilustre Relator, por não haver dano à concorrência, em função das razoáveis possibilidades de entrada de novos concorrentes.

2.3 Das eficiências

As requerentes não demonstraram, de forma cabal e convincente, qualquer eficiência capaz de minimizar o dano produzido à concorrência, no mercado de Petrópolis.

3. CONCLUSÃO

Pelos fundamentos elencados, concluo que a operação foi apresentada intempestivamente devendo-se aplicar às requerentes, e em face da ausência de agravantes, a pena mínima de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil seiscientos e vinte reais), nos termos do § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Quanto ao mérito, concluo pela aprovação da operação, sem restrições, nos mercados relevantes de Niterói, Teresópolis, bem como nos mercados em que não houve concentração de oferta.

Voto, porém pela desconstituição da operação no mercado relevantes de Petrópolis, nos termos do § 9º do artigo 54, devendo a ABC, no prazo de 30 dias, apresentar ao CADE proposta de oferta pública das lojas de supermercados da MB, localizadas em Petrópolis adquiridas nesta operação pela ABC.

É o voto.

Brasília, 14 de julho de 1999

MÉRCIO FELSKI

Conselheiro do CADE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****Ato de Concentração nº 08012.000578/99-98****Requerentes:** Exxon Chemical Holding, The Shell Petroleum Company Limited (SPCO) e Shell Oil Company (SOC)**Relator:** Conselheiro Ruy Santacruz

EMENTA: Ato de Concentração. Associação entre Exxon Chemical Holding, The Shell Petroleum Company Limited (SpcO) e Shell Oil Company (Soc) no Segmento de Aditivos para Lubrificantes e Combustíveis. Operação mundial com Reflexos no Brasil. Lei 8.884/94 art. 54 3º. 1. Apresentação intempestiva; 2. Produto relevante: aditivos para lubrificantes e combustíveis; 3. Mercado geográfico relevante: território nacional; 4. A Exxon elevou sua participação no mercado nacional de aditivos de 15% para 16%; 5. Reduzidos impactos de concentração horizontal; 6. Imposição de multa no valor mínimo de 60.000 UFIR por intempestividade na apresentação da operação; 8. Operação aprovada sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, por unanimidade, conhecer do requerimento e aprovar o ato de concentração sem condições. Quanto à preliminar de intempestividade, o Plenário considerou que a operação foi apresentada intempestivamente, determinando, por maioria, vencidos o relator e os Conselheiros Marcelo Calliari e Mércio Felsky, a aplicação de multa por intempestividade no valor de 60 mil UFIR, equivalentes a R\$ 58,620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais), prevista no parágrafo 5º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira e os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari, João Bosco Leopoldino e Hebe Romano. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. *Brasília, 1º de setembro de 1999 (data do julgamento).*

EMENTA: ATO DE CONCENTRÇÃO ASSOCIAÇÃO ENTRE EXXON CHEMICAL HOLDING, THE SHELL PETROLEUM COMPANY LIMITED (SPCO) E SHELL OIL COMPANY (SOC) NO SEGMENTO DE ADITIVOS PARA LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS. OPERAÇÃO MUNDIAL COM REFLEXOS NO BRASIL, LEI 8.884/94 ART. 54§ 3º 1. Apresentação intempestiva; 2. Produto relevante: aditivos para lubrificantes e combustíveis; 3. Mercado geográfico relevante: território nacional; 4. A Exxon elevou sua participação no mercado nacional de aditivos de 15% para 16%; 5. Reduzidos impactos de concentração horizontal; 6. Afastamento de multa em face do artigo 2º inciso XIII, da lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999; 8. Operação aprovada sem restrições.

VOTO

O presente Ato de Concentração se enquadra na regra de admissibilidade prevista no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, uma vez que o faturamento dos grupos requerentes é superior a 400 milhões de reais.

A joint venture entre as requerentes visou unir esforços no mercado de aditivos para lubrificantes e combustíveis. No entanto no mercado de aditivos para combustíveis (diesel e gasolina) a operação não produziu qualquer impacto concorrencial, pois a Shell não realizava vendas a terceiros neste segmento.

Quanto ao segmento de aditivos para lubrificantes este divide-se em duas categorias: DI packages (inibidores de detergentes), e viscosity improvers (VI improvers). Embora ambas as empresas atuassem nestes mercados antes da operação, por força de decisão da autoridade antitruste norteamericana, a Exxon alienou suas atividades no segmento de VI improvers em diversos países inclusive no Brasil, onde submeteu ao CADE o Ato de concentração nº 08012.008109/98-08 (Chevron/Exxon), o qual foi aprovado sem restrições. Note-se que na análise do AC Chevron/Exxon, o mercado relevante de produto considerado foi de VI improvers, em face da inexistência de substituição entre as duas categorias de aditivos para lubrificantes (DI packages e VI improvers).

Desse modo, somente no mercado do aditivo DI packages há interseção de produtos entre as requerentes. Adoto, portanto, como produto relevante da presente operação o aditivo DI packages e do ponto de vista mercado geográfico relevante o território nacional.

Segundo consta nos autos às fls. 11, a participação da Exxon através da Slutectec no mercado de aditivo para lubrificantes DI packages foi de 15% em 1998 enquanto a Shell apresentou participação de 1%, resultando numa participação conjunta de 16. O incremento do grau de concentração resultante da operação foi assim, de apenas 1% do mercado. Note-se que duas empresas – Lubrizol do Brasil Aditivos Ltda. e Chevron do Brasil Ltda. – apresentam participação de 27% cada um a indicando que a presente operação não apresentou impactos significativos de concentração horizontal do ponto de vista concorrencial. Quanto ao mérito, portanto Aprovo a operação sem restrições.

Quanto à intempestividade, considero como a data para o início da contagem do prazo fixado do artigo 54 a data do Contrato de Associação de Aditivos (Additives Joint Venture Agreement), assinado em 15/05/98. Como o Ato foi notificado somente em 22/01/99, este foi apresentado fora do prazo legal, dado que a simples assinatura do contrato de compra e venda entre concorrentes é o suficiente para o início da contagem do prazo legal para a apresentação da operação ao CADE. No julgamento do Ato de Concentração nº 134/97, de interesse das empresas American Home Products e Solvay S/A, o CADE considerou, igualmente, a data da assinatura do contrato de compra e venda entre as concorrentes (efetivos ou potenciais), mesmo que sujeito a condições incertas e futuras e sem a presença de cláusulas capazes de promover a adoção de políticas comerciais harmoniosas entre as partes, como a data a ser considerada para efeito da contagem do prazo para a apresentação da operação.

Naquele caso, apesar de considerada intempestiva a apresentação da operação para a análise da autoridade administrativa, o plenário do CADE entendeu que a análise dos efeitos dos atos sobre a concorrência para efeito do início da contagem do prazo foi consagrado pelo artigo 2º da Resolução CADE nº 15 de agosto de 1998, considerando que no período entre a data da assinatura do contrato da compra e venda ente as requerentes e o fechamento da operação a jurisprudência do CADE era, senão outra, pelo menos ambígua, razão pela qual decidiu pela não aplicação da multa, na forma do artigo 2º inciso XIII da lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999.

No presente caso, a assinatura do contrato de compra e venda da operação também se deu antes da aprovação da Resolução CADE nº 15 o que determina o reconhecimento da intempestividade com a não aplicação da multa, exatamente como no AC 134/97.

É o voto.

Brasília, 18 de agosto de 1999

RUY SANTACRUZ

Conselheiro do CADE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE****Ato de Concentração no. 08012.007256/98-99**

Requerentes: Alcon Laboratórios do Brasil Ltda. e Grieshaber & Co. Ag. Schaffhausen

Conselheira-Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva

EMENTA: Ato de concentração. Compra e venda de ações entre a ALCON PHARMACEUTICALS LTDA e Hans R. Grieshaber. Aquisição de 50% do capital social da empresa HITECON HIGH TECHNOLOGY, passando a ALCON PHARMACEUTICALS LTDA., BAIXAS BARREIRAS À ENTRADA. Inexistência de danos a concorrência ou efeitos negativos sobre o mercado. Aprovação sem restrições. Operação intempestiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo Econômico de Defesa – CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração, sem restrições. Quanto a preliminar de tempestividade o Plenário, por unanimidade, considerou a operação intempestiva, aplicando-se às requerentes a multa no valor de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil e seiscentos e vinte reais). o Presidente Gesner Oliveira os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, João Bosco Leopoldino, Marcelo Calliari e Hebe Romano. Presente o Procurador-Geral, Amauri Serralvo. Brasília, 18 de agosto de 1999 (data do julgamento). Brasília-DF., 14 de julho de 1999.

VOTO

EMENTA: Ato de Concentração. Compra e venda de ações entre a ALCON PHARMACEUTICALS LTDA e Hans R. Grieshaber. Aquisição de 50% do capital social da empresa HITECON HIGH TECHNOLOGY, passando a ALCON PHARMACEUTICALS LTDA, Baixas barreiras à entrada. Inexistência de danos à concorrência ou efeitos negativos sobre o mercado. Aprovação sem restrições. Operação intempestiva.

Trata a presente operação sobre a compra e venda de ações entre a ALCON PHARMACEUTICALS LTDA e Hans R. Grieshaber, através do qual deu-se a

aquisição de 50% do capital social da empresa HITECON HIGH TECHNOLOGY, passando a ALCON PHARMACEUTICALS LTDA, controladora americana da ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL, a condição de fornecedora dos produtos para cirurgia oftálmica (bisturis, tesouras cirúrgicas e sondas para cirurgia ocular), envolvendo o mercado relevante de equipamentos e instrumentos para cirurgia oftalmológica produzidos pela GRIESHABER.

1- Da Tempestividade

Preliminarmente, quanto a tempestividade, mantenho meu posicionamento de que as alterações nas relações concorrenciais devem ser analisadas caso a caso, considerando o entendimento de que a padronização na apresentação de uma operação como totalmente descabida, conforme já mencionado por mim em manifestações anteriores.

As requerentes alegam que, muito embora o contrato de compra e venda tenha sido assinado em 18/05/98, a existência de cláusulas suspensivas não cumpridas na ocasião caracterizou o não fechamento do negócio.

Ao analisar a presente operação tem-se claro que o contrato de compra e venda de ações, fls. 31 e seguintes, estabeleceu expressamente como “data de fechamento” o dia 18/05/98 sujeito ao cumprimento de determinadas condições. Porém, independentemente do cumprimento ou não das condições estabelecidas para serem atendidas, a cláusula 4.14 “Condução dos Negócios” estabeleceu que:

“4.14. Condução dos Negócios

Até a Data de Fechamento, o Vendedor permanece responsável por fazer com que a sociedade e suas subsidiárias conduzam os negócios da mesma maneira como atualmente conduzidos e revelados à Compradora. **Ele administrará os referidos negócios em benefício da e de colaboração com a Compradora.** Em especial, o Vendedor, sem o prévio consentimento por escrito da Compradora, não permitirá que a Sociedade ou suas subsidiárias pratiquem qualquer ato fora do curso normal das atividades ou qualquer ato que poderia resultar numa violação substancial das declarações, garantias e obrigações do Vendedor neste contrato.” (grifo meu)

No que se refere a Procedimentos Operacionais, cláusula 8-Dividendos, estabeleceu-se que após o cumprimento dos procedimentos operacionais os “acionistas poderão acordar a respeito de um dividendo (esse dividendo, porém, não será exigido). Quais dividendos pagos pela sociedade ou suas subsidiárias após 1º de janeiro de 1998, mas antes da Data do Fechamento, deverão ser **divididos igualmente com a Compradora.**” (grifo meu)

Após a análise do contrato de compra e venda de ações, tornou-se claro que a partir da assinatura do referido contrato, em 18/05/98, a operação passou a exercer efeitos sobre o mercado, com alteração nas relações entre as concorrentes, uma vez que existem cláusulas contratuais que expressamente asseguram a empresa compradora poder de interferir nos negócios da empresa adquirida.

Assim, considero a apresentação da presente operação intempestiva, por entender que houve alteração nas relações concorrenciais entre as empresas quando da assinatura do contrato de compra e venda acima mencionado, e não quando da suposta data do fechamento alegado pelas Requerentes. Determino, portanto, a imposição de multa pecuniária de acordo com o artigo 54 §5º da Lei nº 8.884/94 no valor de 60.000 UFIRs.

2. Do mérito

Em relação ao mérito, considero que a presente operação não gera efeitos negativos sobre o mercado relevante pelos fatores que resumidamente passo a expor.

No que se refere a estrutura de mercado, considero o segmento ora em análise altamente especializado, uma vez que os principais consumidores dos produtos em questão são os próprios médicos cirurgiões oftalmológicos que realizam cirurgias da câmara posterior do olho de acordo com as suas especificações.

Embora os produtos tenham a mesma aplicação por categoria considerada, a Alcon comercializa produtos descartáveis, enquanto que a Grieshaber vende produtos reutilizáveis, o que implica dizer que os produtos da Grieshaber são cerca de três vezes mais caros, mas são adquiridos com menor frequência.

Sobre o mercado de equipamentos de vitrectomia, a Alcon afirma que não comercializará os vitreóforos da Grieshaber no Brasil, apenas os de-

mais acessórios cirúrgicos mencionados, não resultando, portanto, em alteração no grau de concentração;

Ademais, apesar de a presente operação resultar em um aumento de 30% para 75%, no segmento de tesouras, tal segmento é responsável por um faturamento de apenas R\$ 23.000,00 (vinte e Três mil reais) anuais; enquanto que o segmento de sondas apesar de sofrer um aumento de 30% para 59%, correspondeu a apenas R\$ 28.300,00 (vinte e oito mil e trezentos reais) anuais.

No segmento de bisturis, com a realização da presente operação, tem-se um aumento de grau de concentração de apenas 2%, aumento este que considero irrisório.

Não obstante o elevado aumento no grau de concentração dos mercados relevantes, os produtos em questão são de fácil substituição por instrumentos cirúrgicos sensíveis utilizados em outros tipos de cirurgia, em função de razões de preferências pessoais dos médicos cirurgiões.

Ressalto ainda a não existência de poder de mercado advinda da transação, considerando principalmente as baixas barreiras à entrada de novos concorrentes, e possibilidade de se continuar à importação de instrumentos cirúrgicos oftalmológicos.

Pelo acima exposto, considero que a presente operação não restringe ou limita a concorrência. Voto pela aprovação sem restrições tendo em vista a inexistência de danos à concorrência ou efeitos negativos sobre o mercado, uma vez que a operação não foi capaz de limitar ou, por qualquer forma, restringir a concorrência. Sobre a tempestividade, conforme dito anteriormente, considero a apresentação da presente operação intempestiva, aplicando multa pecuniária no valor acima descrito.

É o voto

Brasília, 24 de junho de 1999

Lucia Helena Salgado e Silva

Conselheira-Relatora

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****Ato de Concentração : nº 08012.000097/99-18****Requerentes:** BWT VON ROLL ISOLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LT-DA e VONROLL ISOLA HOLDING AG.**Relatora:** Conselheira Hebe Romano

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição. Mercado relevante de industrialização, comercialização e beneficiamento de laminados industriais isolantes. Aprovação no mérito sem restrições. Preliminar de tempestividade suscitada. Primeiro documento vinculativo firmado após a edição da Resolução/CADE nº 15/98. Apresentação incompleta.. Ausência de justificativa circunstanciada. Inteligência do Artigo 1º, parágrafo único da Resolução/CADE nº 15/98. Apresentação considerada intempestiva. Aplicação de multa prevista no art. 54 5º da Lei 8.884/94.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração sem restrições. Quanto à preliminar de tempestividade, o Plenário, por maioria, vencida a Relatora e a Conselheira Lucia Helena Salgado, considerou a operação apresentada intempestivamente, aplicando-se às requerentes multa no valor de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil e seiscentos e vinte reais). Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira e os Conselheiros Lucia Helena Salgado, Mécio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari, João Bosco Leopoldino e Hebe Romano. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 18 de agosto de 1999 (data do julgamento).

VOTO

A empresa BWT Indústria e Comércio Ltda, pertencente a três pessoas físicas, teve 51% (cinquenta e um por cento) do seu capital votante adquirido pela empresa VONROLL ISOLA HOLDING AG, constituindo uma nova empresa – a BWT VON ROLL ISOLA Indústria e Comércio Ltda.

A BWT até a data da presente operação, qual seja em 16/12/1988, era uma empresa de capital genuinamente nacional, integralmente detido por pessoas físicas e que continuam dela participando, detendo 49% (quarenta e nove por cento) de seu capital social. Atua no mercado de isolantes industriais para equipamentos elétricos, laminados de fibras ou tecidos de vidro e laminados feitos de celulose de fibra extralonga prensados utilizados no interior de transformadores de média e alta tensão.

A adquirente, VONROLL ISOLA, pertence ao grupo suíço VONROLL AG que, no Brasil, atua no mercado de isolantes elétricos à base de mica, utilizados em componentes elétricos, como secadores de cabelo e tostadeiras, além de fita isolante para máquinas rotativas de alta tensão.

A PERMAC - Artefatos de Madeira Ltda, controlada pela BWT, produz papelão isolante para transformadores de baixa e alta tensão.

Assim, verifica-se que as empresas acima citadas fabricam isolantes elétricos, mas cada tipo de isolante tem utilização e características específicas, não sendo concorrentes entre si por pertencerem a mercados distintos, não serem complementares e nem substitutos entre si, não resultando do ato, ampliação do grau de concentração da oferta.

Verifica-se, ainda, que não ocorreu alteração em nenhum atributo estruturado mercado, eis que as empresas atuam em mercados distintos.

O ato, em si, não caracteriza concentração econômica, tendo em vista não ter sido identificado qualquer efeito anticoncorrencial ou a elevação do poder de mercado das requerentes.

Quanto à questão da intempestividade, aventada pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), não há que ser considerada tal possibilidade, eis que a comunicação de forma simplificada foi apresentada à SDE no dia 07 de Janeiro de 1999, conforme se comprova pelo recibo de Protocolo daquela Secretaria, contando-se 15 (quinze) dias úteis da data da realização do contrato.

Vale ressaltar que, conforme enfatiza o Parecer exarado pela Procuradoria-Geral do CADE, a apresentação, em atenção à Lei, de forma simplificada, faz com que a Administração tenha condições de iniciar a análise de mercado e os efeitos que possam advir do Ato.

O fato de a apresentação do Ato, em 08I01199, não ter obedecido rigidamente aos ditames da Resolução CADE no 15 torna-se irrelevante, eis que também não impossibilitou o início dos trabalhos de análise conforme se verifica nos atos administrativos praticados após o protocolo do requerimento.

Assim, deve ser considerado tempestivo e, no mérito, devidamente aprovado, por não se incluir dentre aqueles que o "caput" do art. 54 da Lei no 8.884/94 deve prevenir.

É o voto.

HEBE ROMANO

Conselheira do CADE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Ato de Concentração nº 08012.007085/98-06

Requerentes: Air Products Gases Industriais Ltda. e Química da Bahia Indústria e Comércio S.A.

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

EMENTA: Ato de Concentração. Art. 54 da Lei nº 8.884/94. Aquisição do negócio de alquilaminas da empresa Química da Bahia Indústria e Comércio S.A. pela Air Products Gases Industriais Ltda. Elevação Substancial do grau de concentração no mercado relevante de alquilaminas. Inexistência de condições para exercício abusivo de poder de mercado. Geração de eficiências compensatórias. Preenchimento das condições previstas no art. 54, § 1º da Lei 8.884/94. Apresentação intempestiva da operação (§ 4º do art. 54 da Lei 8.884/94). Aprovação integral da operação com aplicação de multa, agravada pelo tempo decorrido, no valor de 120.000 UFIR, correspondente a R\$ 117.240,00.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração, sem restrições. Quanto à preliminar de tempestividade, o Plenário, por unanimidade, considerou a operação apresentada intempestivamente, aplicando-se às requerentes a multa prevista no § 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, no valor de 120.000 UFIR, equivalente a R\$ 117.240,00 (cento e dezessete mil e duzentos e quarenta reais). Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari, João Bosco Leopoldino e Hebe Romano. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 01 de setembro de 1999 (data do julgamento).

RELATÓRIO*

I. Das Requerentes

* Relatório elaborado com colaboração de Leandro Lobato Alvarez, intercambista no CADE em julho/99.

AIR PRODUCTS GASES INDUSTRIAIS LTDA. (“Air Products”) é subsidiária da Air Products & Chemicals, Inc., empresa sediada na Pensilvânia, EUA. Seu ramo de atuação é o de gases do ar e industriais e equipamentos para controle de poluição e co-geração de energia. No Brasil ela possui 290 empregados e seu faturamento em 1997 foi de R\$ 72.332.000,00, sendo que o faturamento mundial do grupo a que pertence foi de US\$ 4,6 bilhões. É uma das maiores empresas do ramo de produção de aminas no mundo e possuía 30% de participação no mercado relevante de aminas no Brasil, obtido por meio de importações, e não possuía nenhuma planta no território nacional até a compra da Química da Bahia.

QUÍMICA DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A., com sede no pólo Petroquímico de Camaçari, é uma empresa brasileira, controlada pela Oxiteno Industria e Comércio S.A. e Norquisa – Nordeste Química S.A., cada uma com 46% do capital votante. Em 1997 seu faturamento foi de R\$ 15.114.000,00. É a única produtora de aminas no mercado doméstico (parecer SEAE, fl. 250). Possuía 60% de participação no mercado relevante até a operação.

Fatias de Mercado

	Antes da Operação	Depois da Operação
Air Products	30%	90%
Química da Bahia	60%	-
Outras	10%	10%

II. Da Operação

Trata-se de operação que consistiu, primeiramente, no fechamento de quatro negócios:

- Contrato de Compra de Ativos Intangíveis, de 14 de novembro de 1996, pelo qual a Air Products comprou da Química da Bahia os ativos referentes às suas atividades comerciais mundiais, à pesquisa, desenvolvimento e produção e comercialização de alquilaminas;

- Acordo de Não Concorrência, de 18 de dezembro de 1996, que cria para a Química da Bahia a obrigação de não concorrer naqueles ramos de atividade que estavam sendo negociados entre as partes pelo período de *dois anos*;

- Contrato de Fabricação Sob Encomenda, de 18 de dezembro de 1996, pelo qual a Química da Bahia obriga-se a utilizar sua planta e pessoal para fabricação de aminas para a Air Products, com exclusividade; e
- Contrato de Opção de Compra de Unidade Industrial, de 18 de dezembro de 1996, que atribuiu à Air Products a faculdade de comprar a planta da Química da Bahia.

O Ato de Concentração foi apresentado em 22 de setembro de 1998, antes mesmo do exercício da opção de compra, que foi exercida em 30 de outubro de 1998, sendo pago o preço de, aproximadamente, R\$ 4.318.000,00.

A justificativa da Air Products para adquirir a planta da Química da Bahia é que ela tem interesses comerciais estratégicos na região sul da América Latina em razão de essa região ser a última fronteira agrícola do mundo. A justificativa das controladoras da Química da Bahia para alienar a planta de produção de aminas é de que elas pretendem concentrar esforços em suas atividades núcleo.

III. Intempestividade

No que tange ao prazo para a apresentação das operações, a Secretaria de Direito Econômico opina pela intempestividade da apresentação da operação uma vez que as relações de concorrência já haviam sido modificadas em 14 de novembro de 1996, quando foi assinado o contrato de Compra de Ativos e no dia 18 de dezembro do mesmo ano, quando foram firmados o contrato de Fabricação Sob Encomenda com cláusula de Opção de Compra e o Termo de Não Concorrência. A opinião da SDE fica bem clara a partir do trecho a seguir (fls. 553 e 554):

Cabe destacar que os contratos firmados entre as requerentes, mencionados acima, evidenciam uma clara modificação nas relações de concorrência entre as empresas envolvidas. Isso é demonstrado pelos termos dos instrumentos anexos aos autos. O Acordo de Não Concorrência estabelece, na sua cláusula 2 (fls. 171 dos autos), que as empresas signatárias não podem envolver-se em operação, quer individualmente ou através de subsidiária, que concorra com o negócio que é objeto do presente Ato de Concentração. O Contrato de Fabricação Sob Encomenda, nos diversos itens da cláusula 3 (fls. 178 e 179), estabeleceu que a QUÍMICA DA BAHIA utilizaria toda a sua planta situada em Camaçari, inclusive o seu quadro de pessoal, para produzir aminas exclusivamente para a AIR PRODUCTS. As cláusulas 12, 13 e 17 do mesmo contrato reforçam a relação não concorrencial que passou a existir entre as requerentes a partir da assinatura do mesmo. O Contrato de Compra de Ativos, assinado em 14 de novembro de 1996, inclusive apresenta disposi-

tivos que alteram significativamente a relação concorrencial entre as requerentes, como a cláusula 6 (fls. 282 a 284).

Considerando o que foi exposto, conclui-se que a operação em análise, considerada como um todo, deveria ter sido apresentada quando da assinatura dos primeiros contratos, ou seja, no final de 1996. Dessa forma, a operação não foi comunicada aos órgãos de Defesa da Concorrência no prazo legal de 15 dias úteis, sendo, portanto, intempestiva.

A Procuradoria-Geral do CADE, em parecer de fls. 563 e seguintes, compartilha do mesmo entendimento que a SDE no que tange à intempestividade, ou seja, de que a apresentação do ato de concentração é intempestiva porque a alteração da relação de concorrência ocorreu no final de 1996, por ocasião do fechamento do Contratos de Fabricação Sob Encomenda, do Contrato de Compra de Ativos e do Acordo de Não Concorrência.

Já a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda nada menciona sobre a tempestividade da apresentação do ato e contratos em questão.

IV. Do Mercado Relevante

O mercado relevante em questão é o de produção de alquilaminas, aqui chamadas mais simplificada e de “aminas”. Esses compostos são derivados da reação entre amônia e um álcool, o isopropanol.

As aminas resultantes da reação subdividem-se em:

- metilaminas (MEA-monoetilamina, DEA-dietilamina e TEA-trietilamina);
- aminas C-2 e C-4 (etilamina, propilamina e isobutilamina);
- aminas especiais (MIPA-monoisopropilamina e DNPA-dinormalpropilamina e CHA);
- aminas intermediárias.

Dessas diversas espécies de aminas, 80% da produção destina-se a servir de matéria-prima na fabricação de defensivos agrícolas e 20% a outras aplicações, como fundição, tratamento de água, farmacêuticos e surfactantes. Ademais, dentre todas as aminas a MIPA é a de maior destaque, respondendo por 85% do faturamento da planta da requerente em Camaçari.

As clientes das requerentes são todas firmas de grande porte, em sua maioria multinacionais, sendo que a Monsanto, tanto do Brasil quanto da Argentina, compra em torno de 50% da produção da Air Products.

A. Mercado Relevante de Produtos

A.1. Oferta

Sob a ótica da oferta, as aminas devem ser todas vistas em conjunto, pois é muito fácil para um concorrente que não comercializa um certo tipo de amina passar a fazê-lo já que os equipamentos e matérias-primas necessários são os mesmos para todas as formas de aminas, ou seja, há completa flexibilidade da linha de produção. A SEAE, a SDE e a Procuradoria-Geral compartilham do mesmo entendimento.

A.2. Procura

Sob a ótica da demanda as aminas também devem ser analisadas em conjunto em razão de serem insumos insubstituíveis em suas aplicações e de serem homogêneos. Nesse sentido são os pareceres da SEAE, da SDE e da Procuradoria-Geral.

B. Mercado Relevante Geográfico

O mercado relevante geográfico é restrito ao território nacional segundo os pareceres da SEAE, da SDE e da Procuradoria-Geral do CADE, em razão das dificuldades de transporte e manuseio, além das tarifas de importação.

V. Das Barreiras à Entrada

Em seu parecer SDE diz que há importantes barreiras à entrada, quais sejam:

- os altos investimentos exigidos (R\$ 40 milhões) em comparação com o faturamento da requerente no Brasil (R\$ 72,3 milhões) e o valor da operação (R\$ 4,3 milhões); e
- a escala mínima eficiente (25 mil Tpa) muito alta em comparação com a produção nacional de aminas (14 mil Tpa), conforme dados de 1997.

A Procuradoria-Geral reitera as considerações tecidas pela SDE no que tange a barreiras à entrada.

Já a SEAE/MF não menciona as barreiras acima, mas relata que à fl. 251 que “a importação do produto é dificultada pelas barreiras naturais de transporte e manuseio dos produtos e pelas alíquotas de importação que estão situadas entre 17% a 20%”, mas ressalta que esses fatos “não impedem a mo-

vimentação do produto entre países, haja vista o volume de aminas exportados pela Air Products a partir da planta de Camaçari.”

O investimento mínimo necessário para entrar nesse mercado relevante é de US\$ 40 milhões, incluindo apenas o esforço industrial. Deste total, em torno de 25% corresponde ao custo de aquisição de tecnologia. Esse *know how* é, basicamente, a licença de utilização do método de produção específico, o qual as requerentes crêem ser facilmente alienável em caso de um produtor querer sair do mercado. Outros 50% desse investimento seriam gastos em engenharia e os últimos 25% em capital de giro. Cabe mencionar que este é um mercado onde os *players* são em sua maioria empresas de porte multinacional, concorrendo com a Air Products empresas como Du Pont, Hoechst-Celanese, Chinook, BASF, Elf Atochem e fabricantes locais situados na África do Sul e Japão.

Não há patentes envolvidas na produção do insumo em questão.

O acesso a matérias-primas também não é barreira à entrada. O isopropanol, insumo básico na produção de aminas pode ser obtido facilmente no mercado internacional, onde os principais fornecedores são Exxon, Shell e Union Carbide, e no regional, onde atuam a Rhodia (Brasil) e a Carbochlor (Argentina).

Outra barreira à entrada é o custo de transporte. Quando o produto é transportado em tambores ou iso-contêineres, caso em que e o custo adicional pelo transporte gira em torno de 5% a 7%, ele tem que ser hidratado o que implica na perda de um pouco da qualidade do produto. O transporte mais difícil seria o de aminas em sua modalidade anidra, que não é feito na América Latina em razão de seu alto custo por haver necessidade de navios adaptados para transportar a carga a 10° C e de uma estrutura portuária especial para embarcar e receber a carga.

Já uma barreira à entrada particularmente relevante é a da escala mínima eficiente de produção em relação ao consumo nacional. Como consta nos autos, a escala mínima eficiente, considerando as atuais tarifas de importação de 17% e 20%, é de 25.000 toneladas por ano, ao passo que o consumo nacional de aminas é de 14.000 toneladas por ano.

Tanto a SDE quanto a Procuradoria-Geral do CADE mencionaram isso em seus pareceres como sendo uma barreira à entrada. De fato, se a escala

mínima eficiente é maior que o consumo nacional há uma barreira intransponível para a instalação de outra planta em solo brasileiro porque a indústria é inviável se for destinada apenas ao abastecimento do mercado interno.

VI. Avaliação das Eficiências

Primeiramente, há perspectivas de investimentos da ordem de US\$550 milhões, no Polo Petroquímico de Camaçari, em uma unidade integrada com a Monsanto destinada à fabricação de herbicidas.

Conforme manifestação das requerentes (fls. 583 e seg.), desde que arrendou a Química da Bahia, a Air Products atuou no sentido da otimização da produção, aumentando a capacidade produtiva em 50%. Também aumentou seu quadro de pessoal em 15%, de 108 para 120 empregados diretos, além de ter aumentado as exportações e reduzido preços em 10%, conforme notas fiscais juntadas a fls. 589 a 594. Ademais, as requerentes alegam que têm atingido eficiências com a aplicação de tecnologia mais adequada ao método de produção de aminas, com melhor administração financeira e contábil e com atendimento aos clientes mais apropriado.

Seus planos a curto prazo são de adequar a planta e a produção a normas internacionais de segurança, de proteção ao meio ambiente e de qualidade buscando o certificado ISO 9002. A médio prazo há planos de duplicação da capacidade produtiva e de aquisição de tecnologia de novos produtos.

Dentre essas eficiências, o aumento da escala de produção é especialmente importante porque já trouxe a planta de Camaçari praticamente à escala mínima eficiente de produção exigido com tarifas de importação de 17% e 20 %.

A importância disso está na oportunidade de perpetuação dessa indústria no País, o que parecia incerto quando a Química da Bahia estava em mãos da Oxiteno e da Norquisa uma vez que nos últimos anos antes do arrendamento a Química da Bahia só amargou prejuízos e sua continuidade tornou-se economicamente desinteressante para seus controladores. A planta da Química da Bahia estava adequada apenas às antigas tarifas protecionistas que eram de 85%. Desde o arrendamento o trabalho da Air Products tem sido no sentido de tornar a planta lucrativa novamente, adaptando-a ao novo ambiente competitivo imposto pela abertura comercial brasileira.

As requerentes também aumentaram as exportações brasileiras de aminas desde que assumiram as atividades da planta da Química da Bahia, tendo contribuído para a maior competitividade externa do Brasil nesse mercado.

Por fim, desde o arrendamento da Química da Bahia pela Air Products não houve reclamações de desabastecimento do mercado ou aumento abusivo de preços ou de qualquer forma de abuso de poder econômico.

VII. Manifestação de Concorrentes

As concorrentes Celanese, Elf Atochem e Basf manifestaram-se no sentido de que não são afetadas pela compra da Química da Bahia pela Air Products.

VIII. Pareceres

A. Parecer da SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, em parecer de fls. 250 a 253, foi favorável à aprovação incondicional da operação, sob o ponto de vista estritamente econômico. Suas razões foram enumeradas ao final do parecer (fls. 252 e 253):

- “não altera nenhum atributo essencial do mercado;
- “não altera o grau de concentração, dado que a Química da Bahia já detinha o monopólio da produção de aminas;
- “as empresas consumidoras são de grande porte, notadamente as fabricantes de defensivos agrícolas. Estas empresas possuem capacidade para importar o produto caso ocorram alterações no preço do mesmo;
- “segundo a requerente, durante o período de arrendamento pela Air Products ocorreu ampliação da capacidade de produção da planta de Camaçari, estando previstos investimentos nos próximos anos. Desta forma pode-se concluir que a operação trouxe eficiência para o mercado, com efeito irradiador para o restante da economia;
- “no período que a Química da Bahia esteve arrendada pela Air Products não houve qualquer problema de desabastecimento do produto no mercado, ou mesmo denúncias de aumento abusivo de preços.”

B. Parecer da SDE

Quanto à operação em si, o parecer da SDE diz que o poder de mercado em mãos da Air Products é deveras alto e que as barreiras à entrada (transporte, investimentos exigidos e escala mínima eficiente em contraste com o faturamento das requerentes e com a demanda nacional) são muito grandes, concluindo que, por isso, a operação em questão não atende ao que está disposto no inciso III ao § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94, só devendo ser aprovada por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Por fim, sugere que, para evitar uma elevada concentração no mercado e a conseqüente possibilidade de prejuízo ao consumidor, seja feita oferta pública de venda da planta da QUÍMICA DA BAHIA pelo período de dois meses. No caso de não haver oferta de compra, opina pela aprovação da compra com compromisso de desempenho que ajuste a operação ao art. 54 da Lei 8.884.

C. Parecer da Procuradoria-Geral do CADE

Seguindo o entendimento da SDE, a Procuradoria entende que para evitar extrema concentração de mercado, o que criaria dificuldade à entrada de novos concorrentes, a planta da Química da Bahia deve ser ofertada ao mercado pelo período de dois meses e, caso não haja interessados, que a operação seja aprovada com compromisso de desempenho.

É o relatório.

Brasília, 11 de agosto de 1999.

MÉRCIO FELSKY

ConselheiroRelator

VOTO*

O presente Ato de Concentração versa sobre uma série de operações iniciadas em 14.11.96 e terminadas em 30.10.98 nas quais a requerente AIR PRODUCTS GASES INDUSTRIAIS LTDA. firmou com a QUÍMICA DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A. quatro contratos¹:(1) contrato de compra de ativos intangíveis. de 14.11.96; ² (2) acordo de não concorrência de duração de dois anos , de 18.12.96; (3) contrato de fabricação sob encomenda, de 18.12.96; e (4) acordo de opção de compra de unidade industrial, de 18.12.96, sendo que esta foi exercida em 30.10.98.

* Voto elaborado com colaboração de Leandro Lobato Alvarez. intercambista no CADE em julho/99.

¹ 1 Não foi informada a taxa de crescimento das exportações desde 1996.

2

SOBRE A INTEMPESTIVIDADE

O art. 54 da Lei 8.884/94 estabelece o dever legal de submissão à apreciação do CADE de todos os atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. O prazo para tal apresentação é estipulado, no § 4º ao mesmo artigo, como sendo de quinze dias úteis a partir da realização do ato, caso não seja apresentado previamente sob pena de aplicação de multa (art. 54, § 5º),

Ora, não resta dúvida que as relações de concorrência entre Air Products e Química da Bahia foram alteradas por ocasião da assinatura dos contratos de Compra de Ativos Intangíveis e de Fabricação sob Encomenda, respectivamente, em 14 de novembro de 1996 e 18 de dezembro de 1996. Tal conclusão não se limita apenas à verificação de que o primeiro documento vinculativo foi realizado dois anos antes da apresentação da operação aos órgãos instrutores. A mera existência destes documentos anteriores, segundo entendimento cada vez mais consolidado por este Conselho, já configuraria a intempestividade. Além disto, a análise mais acurada dos elementos contidos no contrato evidenciam não apenas alteração das relações de concorrência, como o claro gerenciamento da adquirente sobre a empresa adquirida.

O contrato de Compra de Ativos contém cláusula de administração compartilhada prevendo acesso irrestrito a informações e documentação da Química da Bahia, inclusive às informações sigilosas (cláusula 6 às fls. 282 a 284).

Quanto ao contrato de Fabricação sob Encomenda, é exigida exclusividade sobre a utilização das instalações e pessoal da Química da Bahia na fabricação de produtos para a Air Products, conforme depreende-se da cláusula 3 (fls. 178 e 179).

As requerentes argumentam que as relações anteriores entre as duas empresas baseavam-se apenas na mera locação de unidade industrial da Química da Bahia em favor da Air Products, através de fabricação sob encomenda. Tal argumento não obscurece o fato de que a Air Products passou a deter o domínio sobre a estrutura industrial da Química da Bahia desde 1996, e que portanto, desde aquela época, as relações entre as duas deixou de ser concor-

rencial, tendo sido criados vínculo comerciais importantes e, assim, o efetivo compartilhamento das decisões empresariais.

Assim, considero que o momento da alteração das reações de concorrência ocorreu por ocasião da assinatura dos contratos em fins de 1996, e não o momento em que foi exercitada a opção de compra da Química da Bahia pela Air Products, cuja data serviu de base para sua notificação aos órgãos de defesa da concorrência (22 de setembro de 1998). Portanto, concluo não restar dúvida quanto à intempestividade da apresentação dos contratos para análise do CADE e a conseqüente aplicabilidade de multa pecuniária.

A intempestividade em questão é de quase dois anos. Diversas decisões recentes demonstram que o entendimento do presente Conselho a respeito da identificação entre o momento econômico em que se alteram as relações concorrenciais entre as partes e primeiro ato vinculativo já está consolidado. Por esta razão, neste caso, não considero aplicável a mera imputação de multa mínima. Em primeiro lugar, devido ao enorme tempo transcorrido (quase dois anos) para que o CADE tomasse conhecimento dos contratos iniciais e que, no meu entender, foram decisivos para que as requerentes deixassem de ser, desde aquele momento, concorrentes. Em segundo lugar, o conteúdo dos contratos me permitem concluir que não apenas houve alteração das reações de concorrência como efetivamente os contratos contém elementos necessários para o compartilhamento das decisões empresariais, o que já justificaria sua notificação mesmo sob a normatividade anterior à Resolução no 15/98.

Por estas razões, aplico multa por intempestividade, nos termos do art. 54 , §5º, no valor de 120.000 UFIR, correspondente a R\$ 117.240,00, o dobro do valor mínimo previsto, tendo em vista o agravante temporal identificado acima.

SOBRE O MÉRITO

A operação resultou em um market-share a favor da Air Products de cerca de 90%. A elevada concentração horizontal resultante merece cuidados adicionais quanto à análise das condições à entrada de concorrentes potenciais e de outros fatores que disciplinem o uso de uma aparente posição dominante, bem como das eficiências, e se essas compensam os eventuais danos concorrenciais que poderão surgir com a operação.

Quanto à possibilidade de instrumentalização deste market-share em favor de condutas abusivas, tal possibilidade reduz-se em razão do grande porte de seus clientes, em sua maioria multinacionais. Clientes com forte poder de barganha, como a Monsanto, que representa 50% da produção da Air Products, funcionam, de fato, como contraponto a um eventual exercício abusivo da Air Products, que também é outro grande player internacional. Assim, me parece que, uma condição essencial para o estabelecimento de um equilíbrio nas relações verticais fornecedor/cliente - e assim, um não ser "refém" do outro - é que a compradora seja um player de grande porte. Possivelmente, esse perfil da clientela já é um fator que inibe o surgimento de um leque mais amplo de interessados pela aquisição da Química da Bahia.

Em segundo lugar, embora a escala mínima eficiente seja elevada, o exercício do poder de mercado é limitado pelas baixas barreiras à entrada às importações, principal forma de entrada de novos concorrentes. Foram contactadas as principais concorrentes deste mercado, que por sua vez, atuam como importadoras, não possuindo fábricas no Brasil (BASF, Elf Etochem e Celanese do Brasil). Nenhuma das três mostrou-se desfavorável a operação. Das clientes diligenciadas pela SEAE, a única que se manifestou (Milênia) afirmou que pode recorrer ao mercado internacional, caso ocorra pressão do fornecedor. Por fim, a grande parte das aminas produzidas pela Air Products a partir da planta arrendada em Camaçari são destinadas à exportação (toda produção de MEA e 50% de MIPA correspondente a cerca de 49% de todas as aminas produzidas pela empresa), o que é demonstração inequívoca da possibilidade de movimentação desse produto entre países.

Além do perfil dos clientes e da fácil contestabilidade via importações, o que reduz a probabilidade de uso abusivo decorrente do alto market share nacional, a operação gerou eficiências inegáveis. De acordo com a Lei 8.884/94, operações que resultem em aumento de poder econômico podem ser aprovadas sob a condição de serem contrabalançadas por certas eficiências, enumeradas no inciso I ao §.1º do art. 54, nomeadamente:

- (a) aumentar a produtividade;
- (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Contudo, a mera geração de eficiências não é condição suficiente para a aprovação de uma operação por este Conselho. Devem ser preenchidas,

ainda, as seguintes condições, enumeradas nos incisos II a IV do glo do art. 54:

- distribuição equitativa dos benefícios da operação entre seus participantes e consumidores ou usuários finais (II);
- não eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços (III); e
- observância dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (IV).

A operação apresentou as seguintes eficiências:

- aumento da produtividade em 50% desde 1996;
- projeto de construção de planta conjunta com a Monsanto para a produção de herbicidas no pólo petroquímico de Camaçari no valor deUS\$ 550 milhões;
- aplicação de tecnologia mais avançadas na produção de aminas;
- crescimento das exportações, principalmente para o Mercosul (a empresa informou que já estão sendo exportados 10.000 toneladas/ano para a Argentina¹); planos de adequação aos padrões internacionais de proteção ao meio ambiente, bem como às regras internacionais de segurança;
- busca de padrões internacionais de qualidade, concretizada com a obtenção do certificado ISO 9002.

Cabe ressaltar que anteriormente a planta não operava dentro da escala mínima de eficiência, elevando os custos da empresa, e conduzindo a seguidos prejuízos, fato que foi superado com o arrendamento em fins de 1996. Dessa maneira, o arrendamento e posterior aquisição eliminou o risco de uma possível desativação da planta, o que redundaria em visíveis prejuízos para a sociedade.

Evidentemente, a operação deve demonstrar não apenas o aumento da produtividade e o surgimento de outras eficiências, mas também o compartilhamento destes benefícios com o consumidor, consoante o inciso II, §.1^a do art. 54. Considero que foram plenamente demonstradas a difusão destes benefícios, não apenas em termos de maior qualidade, como também na forma de redução de preços, conforme demonstrada pelas notas fiscais juntadas pelas requerentes às fls. 584 a 594.

Por fim, há que se ressaltar que a operação não reduz a concorrência, uma vez que a principais concorrentes são multinacionais, e que, no contexto doméstico, disputam fatias do mercado via importações. Assim, o aparente

quase monopólio da Air Products é facilmente contestado, o que impossibilita a consecução de estratégias abusivas, tais como aumentos discriminados de preços.

Pelas razões expostas acima, considero que a operação não criou condições para o exercício abusivo de poder de mercado. Deve-se adicionar que foram identificadas eficiências significativas decorrentes da operação em tela. Isto posto, voto pela aprovação da operação sem restrições por não ter, a mesma afetado a concorrência e, ainda que tivesse, por estarem presentes os pressupostos do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

É o voto.

01 de setembro de 1999

Mércio Felsky

Conselheiro Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****Ato de Concentração nº 08012.004611/98-22****Requerentes:** Abbott Laboratórios do Brasil e Murex Diagnósticos Ltda.**Conselheira:** Lucia Helena Salgado e Silva

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição mundial do Grupo Murex pelo grupo Abbott Laboratories, com efeitos no Brasil através de suas subsidiárias. Mercado relevante nacional de testes sorológicos. Elevação no grau de concentração do mercado relevante. Impossibilidade de abuso de poder de mercado. Inexistência de prejuízo ou restrição à concorrência. Apresentação da operação intempestiva. Aplicação de multa mínima de 60.000 (sessenta mil) UFIRs nos moldes legais. Aprovação sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração sem restrições. Quanto à preliminar da tempestividade, o Plenário, por unanimidade, considerou a operação apresentada intempestivamente, aplicando-se às requerentes multa no valor de 60.000 UFIR equivalentes a R\$ 58, 620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais). Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari, João Bosco Leopoldino. Ausente, justificadamente, a Conselheira Hebe Romano. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 29 de setembro de 1999 (data do julgamento).

VOTO DE VISTA

1. Ato de Concentração agora examinado por este Conselho versa sobre a aquisição da MUREX DIAGNOSTICOS LTDA ("MUREX") pela ABBOTT LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA ("ABBOTT").
2. Concorro com a conclusão de intempestividade a que chegou a Relatora do processo, devendo, contudo, tecer considerações que julgo pertinentes à espécie.

3. Observe-se, em primeiro lugar, que o contrato de aquisição somente veio aos autos por solicitação do douto Procurador do CADE, Dr. Francisco Vicente P. Catunda, a fls. 88, com a respectiva tradução juramentada.

4. O contrato de aquisição celebrado entre a INTERNATIONAL MUREX TECHNOLOGIES CORPORATION e ABBOTT LABORATORIES foi celebrado em 13 de março de 1998, como consta do documento juntado a fls. 109- 165. Os "considerada" desse contrato revelam que a operação se fechou de forma imediata, sendo a "oferta" uma forma simulada e vinculada de negociação entre a controladora e a subsidiária. Basta a citação dos seguintes itens:

"O PRESENTE CONTRATO DE AQUISIÇÃO, datado de 13 de março de 1998, é celebrado entre INTERNATIONAL MUREX TECHNOLOGIES CORPORATTON, sociedade da Columbia Britânica ("Sociedade"), ABBOTT LABORATORIFS, sociedade de Illinois ("Controladora") e ACC ACQUISITION LTD., sociedade da Columbia Britânica subsidiária integral indireta da Controladora ("Subsidiária").

CONSIDERANDO QUE os Conselhos de Administração da controladora, Subsidiária e sociedade individualmente aprovaram a aquisição da sociedade pela Controladora e Subsidiária de acordo com os termos e condições estabelecidos no presente Contrato;

CONSIDERANDO QUE os Conselhos de Administração da Controladora e da Subsidiária individualmente aprovaram a aquisição da Sociedade pela Controladora e subsidiária ("Conclusão da Aquisição") através (1) do procedimento de aquisição (de acordo com os termos da Cláusula 255 da Lei das Sociedades da Columbia Britânica (BC Act, definido juntamente com outros termos da Cláusula 9.9)) ("Aquisição Compulsória"), se a Subsidiária tiver comprado número suficiente de Ações na Oferta que permita uma Aquisição Compulsória ou, caso contrário, (2) de fusão, composição ou outra forma de combinação de empresar (de acordo com os termos da Lei das sociedades da Columbia Britânica) ("Fusão") entre a Subsidiária e a Sociedade, após a oferta de acordo com as condições e os termos estabelecidos no presente outro contrato exigido para a efetivação da Fusão.

5.A cláusula 1.2 do Contrato comprova a efetiva realização e conclusão do negócio na data de assinatura do contrato, verbis:

Cláusula 1.2 Ação da sociedade. (a) A Sociedade neste ato aprova e autoriza a Oferta, declarando e garantindo que o Conselho, em assembléia devidamente convocada e realizada em 15 de março de 1998, por unanimidade (i) determinou que o presente Contrato e as transações aqui contempladas, incluindo a Oferta e a Conclusão da Aquisição são justos e correspondem aos melhores interesses dos acionistas da Sociedade, (ii) aprovou o presente Contrato e as transações aqui contempladas, incluindo a Oferta e a conclusão da Aquisição e (iii) resolveu recomendar que os acionistas da sociedade aceitassem a Oferta, oferecessem suas Ações à Subsidiária nos termos da Oferta e, se exigido, pela lei aplicável, aprovassem e adotassem o presente Contrato e a Conclusão da Aquisição.

6. O contrato de fls. 32-40 é uma simples 8ª alteração do contrato de MUREX DIAGNÓSTICVOS LTDA. REALIZADO EM Curitiba, em 25 de maio de 1998, através do qual, com expressa anuência da sócia Maria Solange Appi se retira da sociedade entrando em seu lugar o Sr. RAMIRO ZAFRA ROLDAN., que como sócio-gerente, como dispõe a cláusula 8ª administrará judicial e extrajudicialmente a INTERNATIONAL MUREX,

7. A operação, como visto pelos termos do contrato, se consumou integralmente em 13 de março de 1998, vindo a ser apresentada aos órgãos de concorrência somente em 29 de junho de 1998, quando foi protocolizada a comunicação na SDE.

8. Ora o § 4º do artigo 54 determina a expressão do ato com a respectiva documentação. Verifica-se, ante o exposto acima, que as requerentes não apresentaram o verdadeiro contrato de aquisição, mas um outro posterior. Tenta ainda fazer aceitar a data de registro na Junta Comercial como a data da realização do ato.

9. Considero que tais posturas se caracterizam objetivamente como enganosidade. Não é necessário sequer analisar a “intenção do agente”.

10. Afirmar que a alteração contratual foi elevada a registro somente em 08 de junho de 1998 não pode ser tomado como marco de contagem do prazo, porque os efeitos do contrato já se faziam sentir no Brasil desde 13 de março de 1998.

11. ante tais considerações, considero intempestiva a apresentação. Quanto à multa prevista no § 5º do artigo 54, levando em conta o disposto nos artigos 26 e 27 da Lei nº 8.884/94, aplico a multa de 60.000 (sessenta mil) UFIRs, correspondente a R\$ 58.620,00 (cinquenta e oito mil, seiscentos e vinte reais) nesta data.

NO MÉRITO, acompanho a Relatora.

É o meu voto.

Brasília-DF, 29 de setembro de 1999

João Bosco Leopoldino da Fonseca

Conselheiro do CADE

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****Ato de Concentração n.º 08012000908/99-91****Requerentes:** Pillsbury Brasil Ltda. e Parmalat Brasil S.A. Indústria de Alimentos**Relator:** Conselheiro Marcelo Calliari

EMENTA: Ato de Concentração. Contrato de distribuição firmado entre as requerentes, pelo qual a Parmalat Brasil S/A Indústria de Alimentos passa a distribuir os produtos da marca “Frescarini” de propriedade da Pillsbury Brasil Ltda. Mercado brasileiro de massas alimentícias em geral. Mercado concorrencial e pulverizado, com participação conjunta das requerentes inferior a 1% após a operação. Constatação de ato de concentração anterior não notificado ao CADE, consistente na aquisição pela Pillsbury Brasil Ltda. da marca “Frescarini”, pertencente a LPC Indústrias Alimentícias Ltda. (Grupo Danone). Referência à jurisprudência do CADE que aplica o princípio de economia processual em casos de determinados atos sucedâneos, permitindo a apreciação simultânea de ambas as operações. Aplicação de multa de 120.000 UFIRs à Pillsbury Brasil Ltda., nos termos do parágrafo 5º do artigo 54 e dos incisos do artigo 27 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Determinação de recolhimento da multa em 15 (quinze) dias da publicação do acórdão, prazo após o qual sua cobrança se dará de acórdão, prazo após o qual sua cobrança se dará de acordo com os procedimentos previstos na Resolução CADE nº 9/97. Operações não passíveis de causar dano à concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Aprovação de ambas as operações sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE, por unanimidade, conhecer do Ato de Concentração nº 08012.000908/99-91, e aprovar a operação, sem restrições, bem como a operação realizada anteriormente e não notificada, aplicando multa no valor de 120.000 UFIR, equivalentes a R\$ 117,240,00 à Pillsbury Brasil Ltda. pelo descumprimento do 4º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Participaram do julgamento o presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado, Mércio Felsky, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Ausente, justificadamente, a Conselheira Hebe Romano. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. *Brasília, 06 de outubro de 1999 (data do julgamento).*

RELATÓRIO

Adoto como Relatório a exposição dos fatos contida no parecer da SEAE em anexo, juntado às fls. 57 a 63 dos autos, exclusive suas conclusões.

Além dos dados contidos no parecer da SEAE, cabe informar ainda o seguinte:

1. Tanto os pareceres da SDE quanto o da Procuradoria Geral do CADE opinaram, como o da SEAE, pela aprovação da operação sem restrições, ressaltando que não gera efeitos anticoncorrenciais dada a diminuta participação das empresas no mercado relevante.
2. De acordo com a cláusula 2.2 do Contrato de Distribuição, "*Caso a Pillsbury adquira ou desenvolva produtos ou linha de produtos com características similares aos Produtos (como, por exemplo, um produto alimentício refrigerado), tais produtos ou linha de produtos serão, se assim decidido pela Pillsbury a seu exclusivo critério, incluídos neste Contrato e a Parmalat passará a distribuir tais produtos ou linhas de produtos de acordo com os termos e condições deste Contrato, desde que haja acordo mútuo entre as partes com relação a Requisito de Volume Mínimo e Descontos*".
3. Em resposta ao Ofício CADE nº 1830/99, as requerentes informaram que "*a aquisição da Frescarini (incluindo a marca) pela Pillsbury Brasil, da Danone S.A. (anteriormente denominada LPC Indústrias Alimentícias), em junho de 1996, não foi apresentada ao CADE*".
4. A apresentação, com base no art. 54, § 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, do contrato em tela, assinado em 15 de janeiro de 1999, ocorreu, tempestivamente, em 5 de fevereiro de 1999.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se, como visto no Relatório, de contrato de distribuição firmado entre as requerentes, que possuem, segundo a SEAE, participação inferior a 0,1% no mercado brasileiro de massas alimentícias em geral, o qual, em concordância com todos os pareceres, adoto como mercado relevante para o presente Ato de Concentração. Entre outros fatores já apontados pela SEAE para tal definição,

ressalte-se que as importações do produto na última década não ultrapassaram 2% das vendas no território nacional.

Assim sendo, e dada a natureza altamente competitiva e pulverizada deste mercado relevante, entendo que a operação em tela não é passível de gerar efeitos nocivos sobre a concorrência, de maneira que, no que tange tão somente ao seu impacto sobre o mercado, voto pela sua aprovação sem restrições.

Cumpre, porém, ressaltar, conforme mencionado no Relatório, que as próprias requerentes haviam informado no formulário do Anexo I da Resolução CADE nº 15 a realização de uma operação anterior, tendo confirmado, em resposta ao Ofício CADE nº 1830/99, que *"a aquisição da Frescarini (incluindo a marca) pela Pillsbury Brasil, da Danone S.A. (anteriormente denominada LPC Indústrias Alimentícias), em junho de 1996, não foi apresentada ao CADE"*. A presente operação, assim, lida com uma situação de mercado -a detenção da marca Frescarini pela Pillsbury e a sua distribuição pela Parmalat- diretamente decorrente de uma operação anterior, na qual a Pillsbury adquiriu o negócio da Frescarini da Danone.

Configura-se, assim, no caso em tela, situação semelhante à já analisada pelo CADE na apreciação dos Atos de Concentração nº 08012.002611/98-51 (requerentes Herbitécnica e Defesa) e nº 08012.006375/98-42 (requerentes Pedreiras e Mark IV). Em ambos, o CADE tomou conhecimento de operação anterior que configurara Ato de Concentração para fins do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência e que não houvera sido submetida a este Conselho.

Na apreciação do referido AC envolvendo Pedreiras e mark IV, o voto vencedor, acolhido à unanimidade pelo Plenário, afirmou que *"De forma semelhante ao Ato de Concentração nº 08012.002611/98-51 (Herbitécnica e Defesa), recentemente julgado por este Conselho, também neste caso a aprovação sem condições da segunda operação pela SEAE, SDE e Procuradoria do CADE implica, necessária e logicamente, a aprovação da primeira, já que o que foi apreciado foi a nova configuração no mercado, decorrente de ambos os atos"*. O Conselho decidiu, então, *"por motivo de economia processual, (pe-lo) julgamento conjunto das duas operações, dado que não faria o menor sentido lógico iniciar um processo cujo resultado já foi definido, com custos nada desprezíveis tanto para as empresas quanto para o setor público"*.

De fato, os dados constante do presente processo deixam mais do que patente que a aquisição pela Pillsbury da Frescarini, com sua participação inferior a 0,1% do mercado relevante, não era capaz de provocar qualquer prejuízo à

concorrência ou ao mercado, e criou uma situação de mercado que foi alterada pela operação em tela. A apreciação do presente ato implica assim, neste caso, a aprovação do seu antecessor.

Ocorre, porém, que não tendo ocorrido a apresentação da primeira operação ao CADE, cumpre aplicar multa às requerentes pelo não cumprimento da obrigação prevista no art. 54, § 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Tal consequência também foi analisada pelo CADE no julgamento do Ato de Concentração entre PEDREIRAS e MARK IV. Na apreciação daquele Ato de Concentração, o Conselho também entendeu que "*Quanto à primeira operação, porém, a aprovação conjunta não altera o fato de que ela não foi notificada quando deveria, impedindo que fosse cumprida a exigência legal de apreciação preventiva prevista no art 54 que tem como objetivo a proteção da coletividade. Em se tratando de uma obrigação objetiva, como mencionada acima, em caso de violação é inafastável a aplicação da multa prevista no § 5º do mesmo artigo 54. Não há de fato margem de manobra para o CADE. De acordo com a sistemática adotada por este Conselho, a gradação da multa considera as circunstâncias do caso, de forma a fixar o valor dentro da faixa prevista pela legislação de 60.000 a 6 milhões de UFIR. Evidentemente, um atraso de alguns dias, sanado espontaneamente, constitui falta menos grave do que um atraso de vários meses, o qual é menos grave do que a ausência total de apresentação.*

Assim, tratar a todas essas situações de maneira idêntica seria inadequado, além de não refletir os seus efeitos diversos em termos do funcionamento do regime de defesa da concorrência previsto pela lei e do grau de risco a que é sujeita a coletividade. De outro lado, conforme o art. 27 da Lei 8.884/94, a evidente ausência de má fé, por parte das empresas, a inexistência de danos provocados à concorrência ou de efeitos negativos sobre o mercado constituem atenuantes, o que leva à fixação de multa de 120.000 UFIR's ou R\$117.000,00 (cento e dezessete mil reais) segundo prática deste Conselho em situações semelhantes".

Deve-se destacar ainda que a sistemática apresentada acima é, na verdade, a mais benevolente possível para o administrado, na medida em que toma como ponto de partida o valor mínimo previsto na lei, a qual abre à discricionariedade do aplicador uma faixa de 60.000 UFIRs a 6.000.000 UFIRs. De fato, o CADE poderia muito bem partir, por exemplo, da metade da faixa legal, e a partir daí aplicar as circunstâncias atenuantes e agravantes. Na verdade, considero mais adequada a opção feita por este Conselho, no sentido de assumir a existência de todos atenuantes, iniciando o cálculo da multa a partir do piso

legal, e a partir daí somar os agravantes - no caso, o grave fato de não ter havido qualquer notificação. De fato, o resultado neste caso, por exemplo, não passa de 3% do valor total previsto pela lei como máximo para a infração de apresentação intempestiva.

Cabe por fim salientar que a operação não-notificada da qual o CADE tomou conhecimento envolveu tão somente uma das requerentes do presente Ato de Concentração, a saber, a empresa Pillsbury Brasil Ltda. Assim sendo, e lembrando ainda que a obrigação de apresentar atos de concentração ao CADE é solidária relativamente às empresas participantes -e a venda da Frescarini pela Danone para a Pillsbury não é diferente-, voto pela aplicação de multa de 120.000 UFIR's à requerente Pillsbury Brasil Ltda. pela não apresentação da mencionada aquisição da Frescarini da Danone. Determino ainda que a referida multa seja recolhida em 15 (quinze) dias da publicação do acórdão, prazo após o qual sua cobrança se dará de acordo com os procedimentos previstos na Resolução CADE nº 9/97.

Quanto ao mérito, repito, voto pela apreciação conjunta de ambas as operações tratadas acima, as quais, por não serem passíveis de gerar posição dominante nem restringir a concorrência, devem ser aprovadas sem condições.

É o voto.

Brasília, 6 de outubro de 1999

MARCELO CALLIARI

Conselheiro Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****Ato de Concentração nº 08012.009110/98-14****Requerentes:** Chevron Product Company, Texaco Refining and Marketing Inc., Fuel and Marine Marketing LCC**Relator:** Conselheiro Mércio Felsky

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição pela Chevron Chemical, de ativos relacionados ao negócio de aditivos VII, pertencentes à Exxon. Hipótese contemplada pelo § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação sem restrições.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por unanimidade, aprovar o ato de concentração, sem restrições. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Lucia Helena Salgado e Silva, declarando-se impedida, Mércio Felsky, Ruy Santacruz, Marcelo Calliari e João Bosco Leopoldino. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo. Brasília, 28 de abril de 1999 (data do julgamento).

RELATÓRIO¹**1. DO REQUERIMENTO**

Em 23 de novembro de 1998 as empresas CHEVRON PRODUCTS COMPANY doravante “CHEVRON”, empresa constituída de acordo com as leis do Estado da Pensilvânia, Estados Unidos da América, sediada na 575 Market Street, São Francisco, Califórnia, TEXACO REFINING AND MARKETING INC. doravante denominada “TEXACO”, constituída de acordo com as leis do Estado de Delaware, Estados Unidos da América, com sede na 1111 Bagby Street, Houston, Texas e FUEL AND MARINE MARKETING LCC, doravante “FAMM”, constituída de acordo com as leis do Estado de Delaware,

¹ Colaboração de Maria Cecília Martins Lafetá, participante do Programa de Intercâmbio do CADE.

Estados Unidos da América, requereram à Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, ouvida a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda, fosse submetido ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por força do art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, a aprovação da operação que constituiu na formação da Joint Venture FAMM pela TEXACO e CHEVRON, com a finalidade de reestruturar os respectivos negócios mundiais de combustíveis e lubrificantes marítimos.

2. DESCRIÇÃO DA OPERAÇÃO

A presente operação diz respeito à formação de uma Joint Venture, a FAMM, entre as empresas TEXACO e CHEVRON, ambas companhias americanas do setor petroquímico, a fim de reunir mundialmente os negócios de combustíveis e lubrificantes marítimos. A Joint Venture compreende atividades mundiais de pesquisa, desenvolvimento, licença de tecnologia, compra, venda, administração de risco, mistura, processamento, transporte e estoque relacionados a lubrificantes marítimos, óleo combustível residual e produtos correlatos, como destilados médios, fluídos de arrefecimento marítimos e carbonos (carbon black).

A submissão do presente ato à apreciação do CADE é dada em razão do faturamento anual² das requerentes ser maior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), enquadrando-se, assim, ao § 3º da Lei 8.884/94.

Em 1º de novembro de 1998 foi assinado um documento denominado “Instrumento de Constituição da Fuel and Marine Marketing LLC”³, que expõe os objetivos da Sociedade, esclarece as responsabilidades, obrigações e contribuições dos acionistas, indica a forma de sua administração, estabelece seu prazo de existência como perpétuo a menos que seja objeto de dissolução e esclarece, em seu parágrafo 6º, que “a Sociedade teve início na data de entrada em vigor do ‘Certificado’”. O “Certificado”, de acordo com esse contrato, é o registro da Joint Venture FAMM na Secretaria de Estado do Estado de Dela-

² Faturamento anual da Chevron: no Brasil US\$ 73 milhões, no Mercosul US\$ 160 milhões, no mundo US\$ 40,6 bilhões e da Texaco: no Brasil US\$ 3.813 milhões (referente à Texaco Brasil S/A), no Mercosul US\$ 5.299 milhões, no mundo US\$ 46 bilhões.

³ Documento não autêntico acostado às fls. 150 a 154 e tradução juramentada às fls. 195 a 198

ware – Estados Unidos da América, datado de 26 de maio de 1998 e que apenas foi protocolado⁴ neste Conselho após solicitação feita por este relator.

Também em 1º de novembro de 1998 foi assinado o “Contrato Principal de Constituição”⁵, que expõe os termos e as condições segundo os quais as partes e suas coligadas deverão firmar e entregar os documentos e contratos da Joint Venture e consumir suas operações. As partes acordaram, na cláusula 5.2 (b), em não ter participação acionária em concorrentes da Joint Venture. O contrato principal faz menção a um “Contrato de Sigilo” firmado entre as partes em 6 de novembro de 1996, alterado de tempos em tempos, e que vigorou durante toda a negociação, sendo rescindido apenas na “Data de Fechamento”⁶ da operação para ser substituído por um novo contrato denominado “Contrato de Sigilo da Joint Venture”. O “Contrato de Sigilo” e suas alterações apenas foram protocolados⁷ após solicitação feita por este relator. Nele, as partes concordam em trocar “informações que não sejam de conhecimento público, confidenciais ou de natureza exclusiva (...) com a finalidade de avaliar a Possível Transação”. Esclarecem, ainda que esse Contrato de Sigilo não obriga à efetivação da operação.

Em 14 de setembro de 1998, as contratantes aditaram aquele acordo de sigilo para permitir a troca de informações “altamente confidenciais de estabelecimento de preços e de produtos”, chamados de “Dados Confidenciais dos Clientes”.

O valor da presente operação é de aproximadamente US\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de dólares americanos) e é justificada pelas requerentes com o argumento de que, com sua concretização, não haverá mudança significativa no mercado brasileiro. Salientam que “o negócio é pró-competitivo uma vez que proporcionará economia de escala, redução de custos e possibili-

⁴ Documento acostado às fls 376 a 395, em 25 de outubro de 1999 e tradução, às fls 401 a 435, em 11 de novembro de 1999.

⁵ Documento não autêntico acostado às fls. 33 a 149 e tradução juramentada às fls. 199 a 319.

⁶ Para efeitos daquele contrato, entende-se como “data de Fechamento” o terceiro dia útil após a data em que todas as condições às obrigações de todas as partes nos termos daquele instrumento tiverem sido satisfeitas, a menos que renunciadas pela parte competente, ou a data posterior que for avençada por escrito pelas partes, mas em nenhuma hipótese posterior a 1º de janeiro de 1999.

⁷ Documento acostado às fls 376 a 395, em 25 de outubro de 1999 e tradução, às fls 401 a 435, em 11 de novembro de 1999.

tará às partes competir com mais eficiência com as maiores companhia que operam mundialmente.” As partes identificaram US\$ 31.000.000,00 (trinta e um milhões de dólares americanos) em economia bruta anual devido à joint venture.

3. IDENTIFICAÇÃO DAS REQUERENTES

A) A CHEVRON é um grupo internacional que atua na exploração, produção, transporte, refino e venda de petróleo, gás, carvão e outros negócios relacionados. “Sua subsidiária no Brasil é a Companhia Chevron do Brasil Ltda., que produz e comercializa os chamados detergent inhibitors additives – D.I., utilizados na produção de óleos lubrificantes para veículos de motor a combustão. A empresa também produz e comercializa, sob licença da Rohmax, os chamados viscosity index improver additive – V.I.I., utilizados na produção de óleos lubrificantes. Ademais, CHEVRON comercializa uma pequena quantidade de lubrificantes marítimos fornecidos pela Petrobrás Distribuidora S/A.”

Recentemente o CADE aprovou a operação⁸ em que a CHEVRON adquiriu os ativos relacionados ao negócio de aditivos V.I.I., que aumentam a viscosidade de lubrificantes, pertencentes à EXXON e outras companhias do mesmo grupo econômico.

Outras empresas do grupo no Brasil: CHEVRON OVERSEAS PETROLIUM BRASIL LTDA, POLIBUTENOS S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS. No Mercosul: CHEVRON INTERNATIONAL LIMITED.

B) A TEXACO é também um grupo internacional que, através de suas subsidiárias, atua mundialmente no desenvolvimento, produção e venda de petróleo, gás e outras atividades correlatas. No Brasil, produz e comercializa combustíveis, óleos lubrificantes, graxas, anticongelantes e fluídos de arrefecimento, fluídos e produtos não lubrificantes, por suas subsidiárias Texaco Brasil S/A⁹, S/A de Óleo Galena – SIGNAL e Química Industrial Fides S/A.

Outras empresas do grupo no Brasil: NORDESTE ENERGIA PARTICIPAÇÕES S/A, NORDESTE ENERGIA S/A. No Mercosul: TEXACO PETRO-

⁸ Ato de Concentração nº 08012.008109/98-08, relatado pelo i. Conselheiro João Bosco Leopoldino, julgado em 28/04/99 e aprovado sem restrições.

⁹ Ocupa atualmente a 39ª posição no *ranking* das 1000 maiores empresas da América Latina feito pela Gazeta Mercantil e publicado em setembro de 1999.

LERA ARGENTINA S/A, TEXACO PARAGUAY S/A, TEXACO PARAGUAY DERIVADOS DE PETRÓLEO S/A, TEXACO BOLÍVIA INC, TEXACO URUGUAY S/A, TEXACO CHILE S.A.C.

C) A FAMM é a Joint Venture constituída pelas requerentes com a finalidade de reduzir os custos unitários e permitir uma competição mais eficiente com as grandes companhias em funcionamento no mundo. 69% de seu capital social pertence à TEXACO e suas subsidiárias enquanto 31% das quotas são pertencentes à CHEVRON e subsidiárias.

4. CARACTERIZAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

De acordo com as informações prestadas pelas requerentes, a operação sob análise envolve concentração horizontal no mercado mundial de (i) óleos combustíveis residuais e (ii) lubrificantes marítimos, fabricados pelas subsidiárias de ambos os grupos.

“Os óleos combustíveis residuais compreendem combustíveis marítimos e industriais, sendo que a Joint Venture atuará principalmente no mercado de combustíveis marítimos. Utilizados nos motores de navios, são óleos pesados residuais, que ‘sobram’ no final do processo de refinação, após a extração dos combustíveis mais puros e de maior valor (como o petróleo, diesel e a parafina), no processo de refinação do óleo cru.” São combustíveis de baixa qualidade e são usados apenas em motores de navios especificamente projetados para tal.

O combustível marítimo é uma commodity e suas especificações são iguais em todo o mundo. É um produto obtido a partir de um óleo cru, ao qual é adicionado mais ou menos óleo diesel, de acordo com o grau de viscosidade a que se pretende alcançar.

Os lubrificantes marítimos também são usados em motores de navios. Devido às características e desempenhos específicos exigidos diferem de outros lubrificantes, como os para motores de carros, por exemplo. São produtos que devem suportar duas mil horas de uso, alta pressão de combustão e temperaturas superiores a 260° C.

Deve-se ressaltar que os motores de navio têm, eventualmente, utilização terrestre, como na geração de energia elétrica em pequena escala, por exemplo, e também fazem uso dos combustíveis marítimos.

Os dois produtos são fornecidos de forma bastante diferenciada aos navios. Enquanto os óleos combustíveis marítimos podem ser adquiridos em qualquer porto na rota da embarcação, que de modo geral opera em rota regular, e há facilidade de se escolher os portos em que acontecerá o abastecimento, os clientes podem avaliar preços, qualidade, quantidade e tempo, para determinar e programar seus abastecimentos naqueles portos em que se encontram os fornecedores que oferecem as melhores condições. Já os lubrificantes marítimos são adquiridos através de um contrato onde a empresa contratada se obriga a fornecer o produto suficiente ao suprimento do navio durante o tempo em que vigorar o contrato e onde quer que se encontre a embarcação.

Considerando-se que as requerentes são empresas multinacionais e que produzem mundialmente óleos combustíveis marítimos e lubrificantes marítimos, e ainda, que não existem substitutos para esses produtos, poder-se-ia considerar a existência do mercado relevante mundial de ambos os produtos. Porém, devemos também relevar que as duas empresas ocupam baixa fatia nesse mercado mundial, motivo pelo qual torna-se dispensável um aprofundamento da análise sobre a esfera global da operação.

PARTICIPAÇÃO NO MERCADO MUNDIAL

Lubrificantes marítimos / Participação em %		Óleos combustíveis marítimos / Participação em %	
Texaco	6,9	Texaco	3,1
Chevron	4,7	Chevron - distribuição	1,3
Shell	22,5	BP	5,4
Mobil	17,5	Shell	9,4
Castrol	12,5	Exxon	3,8
BP	12,5	Mobil	1,4
Exonn	12,5	Trans-Tec	1,9
Elf	7,5	Chemoil	2,0
Outros	3,4	Outros	71,7
TOTAL	100	TOTAL	100

A SEAE, em seu parecer, configura os seguintes mercados relevantes: (i) fabricação de lubrificantes marítimos no Brasil, (ii) distribuição de lubrificantes marítimos no Brasil e (iii) distribuição de óleos combustíveis marítimos no Brasil. Justifica sua análise levando em consideração os navios que atuam apenas na navegação de cabotagem interna e que contam somente com os ofertantes nacionais, distintamente das empresas de navegação que têm rotas

internacionais, que podem escolher entre vários fornecedores mundiais. Essa secretaria exclui da análise do mercado relevante a fabricação brasileira de óleos combustíveis, já que apenas a Petrobrás exerce essa atividade.

Não existem substitutos para os óleos combustíveis e lubrificantes marítimos. Porém, são vários os fabricantes e distribuidores desses produtos atuando no mundo. A entrada de novos concorrentes no mercado brasileiro não é algo muito difícil, uma vez que são empresas multinacionais fortes e sólidas e que necessitam apenas organizar o fornecimento e distribuição.

Não há sobreposição nos mercados brasileiros de fabricação de lubrificantes e óleos combustíveis marítimos, já que apenas a Texaco atua nesses segmentos. A distribuição de lubrificante marítimos no Brasil, com a operação, acarretará uma concentração horizontal.

Não houve manifestação, por parte de nenhum concorrente, cliente ou fornecedor, contrária à operação. Em suma, as empresas consultadas acreditam que há várias opções de fornecedores e uma eventual troca, caso necessário, poderia dar-se a qualquer momento, que a formação da Joint Venture não trará impactos significativos, ou não fizeram nenhuma objeção.

5. DOS PARECERES

- a) A SEAE, em seu parecer¹⁰, diz que “a operação em análise é passível de aprovação apesar de elevar a concentração no mercado brasileiro de comercialização de lubrificantes marítimos e apesar de ensejar uma integração vertical entre a Chevron (vendedora de aditivos para lubrificantes marítimos, potencial compradora de óleo base e potencial distribuidora dos lubrificantes marítimos fornecidos pela Texaco) e a Texaco (compradora de aditivos, potencial produtora/importadora de óleo base e potencial fornecedora de lubrificantes marítimos a serem distribuídos pela Chevron). Isso porque alguns fatores contribuem para garantir satisfatório nível de contestabilidade nos mercados envolvidos, senão vejamos: (1) a concentração horizontal no mercado brasileiro de distribuição de lubrificantes marítimos que resulta da operação é muito pequena, sendo que a Chevron não fabrica esse produto, apenas o comercializa após comprá-lo da Petrobrás Distribuidora S/A, (2) existe a efetiva possibilidade de se trocar de distribuidor (pois há vários) no mercado brasileiro de distribuição de lubrificantes marítimos, (3) para o caso do óleo base – supon-

¹⁰ Parecer nº 89/99, acostado às fls. 350/360 dos autos, de lavra dos Srs. Adalberto Baka, Maurício Estellita Lins Costa e Ricardo Romano.

do-se a efetivação da flexibilização do monopólio estatal – haverá outros fornecedores além da Texaco no mercado nacional, (4) a importação de lubrificantes e aditivos para lubrificantes marítimos é possível, com tarifas alfandegárias não elevadas, (5) em breve será possível a qualquer empresa importar tanto óleos combustíveis marítimos quanto óleo base, bastando autorização da ANP. Assim sendo, recomenda-se a aprovação da operação.”

- b) A SDE¹¹, após considerar tempestiva a apresentação do presente ato, adota o entendimento expresso no parecer da SEAE e sugere a aprovação do Ato sob análise Diz que a concentração horizontal verificada com relação à distribuição de lubrificantes marítimos no Brasil é “irrelevante para produzir impactos negativos”, assim como a integração vertical ocorrida com a distribuição de óleos combustíveis marítimos, uma vez que há oferta variada de fornecedores e possível substituíbilidade do mesmo.
- c) A Procuradoria do CADE¹² acompanha os pareceres técnicos da SEAE e SDE, no sentido de aprovar, sem restrições, o presente Ato de Concentração, uma vez que “não traduz danos ou limitações ao ambiente concorrencial” e considera tempestiva a submissão ao CADE da operação ora analisada.

É o relatório.

VOTO

1. DA TEMPESTIVIDADE

A operação que analisamos no presente momento foi apresentada à SDE em 23 de novembro de 1998, conforme consta do carimbo de protocolo daquela Secretaria. Para a contagem do prazo legal de submissão do ato de concentração, as requerentes consideraram o “Instrumento de Constituição da Fuel and Marine Marketing LLC”, datado de 1º de novembro de 1998, como o primeiro documento vinculativo. Vimos, porém, que a efetiva constituição e registro da Joint Venture ocorreu em 26 de maio de 1998, após as partes autorizarem troca de informações confidenciais, em um acordo de sigilo datado de 06 de novembro de 1996, que as levaram a querer concretizar o negócio.

¹¹ Às fls. 364/365. Parecer de lavra das Sras. Adriana Fernandes S. Ferraz de Azevedo e Martha Roriz.

¹² Parecer nº 331/99 de lavra do Procurador Jorge H. P. Menezes.

Na minha forma de ver, o “Contrato de Sigilo” teve o condão de vincular as partes e alterar, restringir ou até mesmo amenizar as relações concorrenciais entre elas. As requerentes concorriam no mercado brasileiro de lubrificantes marítimos e não acho razoável imaginar que, após esse acordo, as duas empresas mantivessem o mesmo empenho a fim de ganhar uma parcela do market share ou até mesmo os clientes de sua opositora. É muito provável que esses esforços tenham sido substancialmente reduzidos, assim como eventuais investimentos na área, acarretando, por conseguinte, reflexos no mercado.

Considero, ante o exposto, o “Contrato de Sigilo” de 06 de novembro de 1996 o momento econômico relevante à apuração da intempestividade na apresentação do ato em comento.

Entretanto, admito que este entendimento ora explicitado pode não ser majoritário neste Conselho, motivo que me leva a esclarecer que a operação seria intempestiva mesmo que não fosse considerado o acordo de sigilo como vinculativo. Está nos autos, às fls 406/407, ainda que acostado somente após minha solicitação expressa, o documento do registro da FAMM. A Joint Venture foi formada, concretizada e registrada em 26 de maio de 1998, 181 dias antes da apresentação a este órgão, cabendo ao documento denominado “Instrumento de Constituição da Fuel and Marine Marketing LLC” apenas ajustar os termos de operação da nova empresa.

Pelas razões acima, pela discricionariedade conferida pelo artigo 54, §5º da Lei 8.884/94, pelo poder econômico das requerentes e pelo lapso temporal, condeno-as solidariamente ao pagamento de multa no valor de 180.000 (cento e vinte mil) UFIRs, a ser cobrada conforme disposto na Resolução/CADE nº 9, de 13.08.97.

2. DO MÉRITO

Acolho a caracterização dos mercados relevantes definidos pela SE-AE.

Não identifico causas para se opor ao ato. A concentração horizontal verificada, apenas no mercado de lubrificantes marítimos, não representa riscos à livre concorrência ou à ordem econômica. Os dois produtos relevantes desta operação podem ser facilmente buscados em outras fontes caso haja

aumento arbitrário nos preços ou queda na qualidade. Embora não existam substitutos, são vários os concorrentes atuando no mundo e sua entrada no mercado brasileiro, conforme exposto no relatório, é relativamente simples.

São estes os motivos que me levam a crer que a operação deve ser conhecida e, no mérito, aprovada sem restrições.

É meu voto.

Brasília, 24 de novembro de 1999

Mércio Felsky

Conselheiro-Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
Ato De Concentração Nº 78/96

Requerentes: S.A. White Martins e Unigases Comercial Ltda

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição do controle acionário da empresa norte americana CBI Industries Inc., controladora da Liquid Carbonic Corporation pela empresa Praxair Inc., controladora da White Martins. Mercados relevantes de gás carbônico(CO2) e gases do ar (oxigênio, nitrogênio e argônio). Mercado geográfico regional. Monopolização do mercado de CO2 na região Sudeste mais Paraná. Existência de fortes barreiras à entrada, em especial, ao acesso a fontes de matérias-primas economicamente viáveis. Operação gerou substancial pode ser mercado à White Martins. Aprovação da operação com compromisso de desempenho contendo as seguintes medidas: 1) renúncia, pelas requerentes, a qualquer disputa por qualquer fonte nova de subproduto de CO2 na região Sudeste mais Paraná nos próximos seis anos; 2) a venda dos produtos relevantes, a preços normais, para concorrentes ou distribuidores; 3) limitar prazos de denúncia em seus contratos de fornecimento; 4) exclusão de qualquer cláusula de preferência ou de exclusividade no fornecimento de gases; e 5) assegurar completa liberdade de escolha de aquisição dos produtos nas condições FOB ou CIF, informando, sempre que solicitado, de forma discriminada, o valor do produto e do respectivo frete, se houver; 6) apresentação de relatório anual ao Plenário do CADE. Encaminhamento de cópia de denúncia à SDE para que esta avalie a possibilidade de ocorrência de dano à ordem econômica e a conveniência de proceder investigações preliminares. Abertura de processo administrativo quanto ao possível açambarcamento de recursos realizado pela White Martins, denunciado por concorrentes. Encaminhamento de informações dos autos, bem como do voto e relatório, à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) para providências cabíveis. Multa mínima de R\$ 58.862,00, por apresentação intempestiva da operação. Multa de R\$ 1.123.989,65 por informação enganosa sobre a capacidade ociosa nas plantas da White Martins Localizadas em Cubatão, junto à Ultrafértil.

ACÓRDÃO

O Plenário, por unanimidade, aprovou o ato de concentração mediante termo de compromisso de desempenho, com as seguintes condições, a serem observadas pelas requerentes: (a) as requerentes deverão renunciar a qualquer disputa por qualquer fonte nova de subproduto de CO₂ na região Sudeste e Paraná, nos próximos seis anos; (b) a White Martins deverá vender seus produtos a preços normais para concorrentes e ou distribuidores, caso ocorra manifesto interesse destas em comprá-los; (c) o interesse de empresas concorrentes ou distribuidoras em adquirir CO₂ deverá ser previamente informado ao CADE para acompanhamento; (d) na hipótese de os concorrentes ou distribuidores, após terem manifestado interesse pela aquisição de quantidade de CO₂, denunciarem recusa de venda ou prática discriminatória de preços, a White Martins deverá apresentar obrigatoriamente ao CADE as seguintes informações: i) justificativa fundamentada quanto à eventual conduta de recusa de venda ou prática discriminatória de preços, ii) valores e quantidade de CO₂ adquiridos nos últimos 6 meses junto a sua fonte de subproduto a que se referir a denúncia, explicitando fonte da informação e metodologia, iii) capacidade ociosa, no semestre, da planta de CO₂ a que se referir a denúncia, explicitando fonte da informação e metodologia, iv) comportamento dos preços de CO₂ a granel e cilindro, nos últimos seis meses, na região de comercialização da planta a que se referir a denúncia; (e) comprovadas as denúncias referidas no item “(d)” acima, as requerentes estarão sujeitas às seguintes penalidades: i) multa diária mínima de 5.000 UFIR, que poderá ser aumentada em até 20 vezes, nos termos do art. 25 da lei n° 8.884/94, até que se cumpra o item “(b)” acima, ii) revisão da aprovação da operação em razão do descumprimento das obrigações assumidas, conforme previsto no art. 55 da lei n° 8.884/94, e iii) imediata abertura de processo administrativo por infração à ordem econômica; (f) a White Martins deverá firmar aditamento em contratos presentes de fornecimento de CO₂ ou de gases do ar a seus clientes, bem como deverá incluir em contratos futuros de fornecimentos de gases os prazos máximos de denúncia segundo o quadro abaixo:

Duração do Contrato	Prazo de Denúncia
Até 2 (dois) anos	20%
Até 3 (três) anos	15%
Até 4 (quatro) anos	12%
Acima de 4 (quatro) anos	10%

(g) a White Martins deverá firmar aditamento em contratos vigentes, a fim de excluir qualquer cláusula de preferência ou de exclusividade no fornecimento de gases do ar ou de CO₂ em contratos de fornecimentos a seus clientes, ficando impedida de incluir tais cláusulas em contratos futuros; (h) as alterações nos contratos de fornecimento de gases previstas nos itens “(f)” e “(g)” deverão ser apresentadas ao CADE no prazo de 90 dias, a contar da publicação do acórdão, sob pena de se aplicar às requerentes as mesmas penalidades estabelecidas no item “(e)” acima; (i) a White Martins deverá assegurar aos clientes, em contratos vigentes e nos futuros, sejam consumidores finais ou empresas de gases industriais e/ou distribuidoras, completa liberdade de escolha de aquisição dos produtos nas condições FOB ou CIF, desde que asseguradas adequadas condições técnicas de segurança, segundo as normas estabelecidas na legislação específica sobre transporte de gases, nada mais podendo ser exigido do que as referidas normas, existentes em Lei; (j) a White Martins deverá assegurar aos seus clientes atuais e futuros pleno acesso às condições de comercialização dos produtos por eles adquiridos, informando-lhes, sempre que solicitado, e de forma discriminada, o valor do produto e do respectivo frete, se houver; (k) em caso de descumprimento do item “(i)” acima, mediante comprovação da existência de restrições à liberdade de escolha ou tentativas de descaracterizar as condições CIF ou FOB dos produtos, as requerentes estarão sujeitas às mesmas penalidades previstas no item “(e)” acima, bem como a instauração de processo administrativo; (l) o fim da vigência do termo de compromisso a ser celebrado, não implicará no reconhecimento, pelo CADE, da legitimidade das práticas restritivas tratadas em “(f)”, “(g)”, e “(i)”, sendo que quaisquer destas condutas, denunciadas após o fim do termo de compromisso a ser celebrado serão avaliadas prioritariamente à luz dos artigos 20 e 21 da Lei n° 8.884/94; (m) as requerentes deverão apresentar relatório anual ao Plenário do CADE contendo informações sobre a evolução do mercado de CO₂, tais como participações de mercado, grau de concorrência, preços e outras informações consideradas pertinentes, utilizando-se dos mesmos critérios e metodologia presentes no voto do Relator; (n) as requerentes deverão contratar empresa de consultoria ou de auditoria independente, e de notória especialização, que assumirá o compromisso de conferir coerência às informações técnicas apresentadas pelas requerentes, com a metodologia e critérios desenvolvidos no voto do relator, bem como elaborar o relatório anual; (o) a contratação da empresa de consultoria ou auditoria independente deverá ser previamente submetida à aprovação do CADE; (p) as requerentes deverão, além do relatório anual previsto acima, prestar no menor prazo possível informações adicionais que o CADE julgar necessário para a devida avaliação do mercado; (q) após a avaliação do relatório anual e realizada a consulta ao mercado, ficando comprovada a

elevação da concorrência no mercado de CO2 em relação à situação atual e, mediante solicitação das requerentes, o termo de compromisso poderá ser revisto pelo CADE, integral ou parcialmente, em consonância com o § 3º do art. 53 da Lei nº 8.884/94; (r.) as requerentes deverão apresentar ao CADE os termos em que serão implementadas as condições previstas nos itens anteriores, no prazo de 15 dias a contar da publicação do acórdão; (s) a celebração do termo de compromisso deverá ser realizada no prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação da deliberação plenária acerca do item “(r.)” acima, sob pena de ser aplicada às requerentes, na ocorrência de descumprimento do prazo deste item ou do prazo previsto no item “(r.)” acima, multa diária no valor de 100.000 UFIR, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94; (t) o não cumprimento desta decisão, pelas requerentes, implicará a revisão da aprovação, nos termos do art. 55 da lei nº 8.884/94, bem como a desconstituição judicial da aquisição, na forma do Título VIII da Lei nº 8.884/94; (u) as requerentes deverão fazer publicar 1 (uma) vez, em dois jornais de grande circulação no país, extrato da decisão do CADE, nos termos que constarão do termo de compromisso a ser celebrado. Quanto à preliminar de tempestividade, o Plenário, por unanimidade, considerou a operação apresentada intempestivamente, aplicando-se às requerentes a multa prevista no § 5º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, no valor de 60.000 UFIR, equivalente a R\$ 58.862,00 (cinquenta e oito mil, oitocentos e sessenta e dois reais). Quanto à denúncia formulada pela White Martins, acerca da imposição, por concorrente, de cláusulas anticoncorrenciais, o Plenário, por unanimidade, determinou o encaminhamento à SDE/MJ de cópia da denúncia, para que essa D. Secretaria avalie a possibilidade de existência de dano à ordem econômica e conveniência ou não de se proceder a investigações preliminares necessárias à abertura de processo administrativo. Quanto a denúncia de existência de possível açambarcamento de recursos junto à REPLAN, pela White Martins, o Plenário, por unanimidade, face à constatação de indícios de infração à ordem econômica, determinou a imediata abertura de processo administrativo para a apuração da prática. Quanto à existência de enganiosidade, por parte da White Martins, nas informações prestadas nos autos, o Plenário, por unanimidade, considerou caracterizada a enganiosidade, aplicando-se, com base no art. 26 da Lei 8.884/94, multa às requerentes no valor de R\$ 1.123.989,65 (um milhão, cento e vinte e três mil, novecentos e oitenta e nove reais e sessenta e cinco centavos). Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira, os Conselheiros Mércio Felsky, João Bosco Leopoldino, Hebe Romano, Marcelo Calliari e o Procurador-Geral Amauri Serralvo. A Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva e os Conselheiros Ruy Santacruz declararam-se impedidos. Brasília, 01 de setembro de 1999 (data do julgamento).

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR

ÍNDICE:

Introdução

1. Da Operação

2. Das Requerentes

3. Mercado Relevante

3.1. Produto

3.1.1. Gás Carbônico

1.1.2. Gases Atmosféricos

3.1.3. Distribuição

3.1.4. Dimensão Geográfica

4. Grau de Concentração da Oferta antes e após a operação:

4.1. Mercado Internacional

4.2. Mercado Relevante – CO₂

4.3. Outros Mercados

4.4. Gases do Ar

5. Barreiras à entrada

6. Eficiências

7. Pareceres

8. Informações Complementares ao Relatório

9. Anexo – Parecer da Procuradora Autárquica Áurea R. S. Queiroz

ÍNDICE DE QUADROS E TABELAS:

- QUADRO 1: Participação dos Principais Produtos da WHITE MARTINS no faturamento

- QUADRO 2: Participação dos Principais Produtos da LIQUID CARBONIC no faturamento

- QUADRO 3: CO₂ – Principais Aplicações

- QUADRO 4: Distribuição do Mercado de Gás Carbônico por segmento – 1995
- QUADRO 5: Grau de Utilização da Capacidade de CO₂ da LIQUID CARBONIC – 1995
- QUADRO 6: Crescimento Médio do Mercado de CO₂ – 1992/1996
- QUADRO 7: Gases Atmosféricos – Principais Aplicações
- QUADRO 8: CO₂ e gases do ar – Participações Mundiais
- QUADRO 9: Estrutura da Oferta – 1995 – Região Sudeste
- QUADRO 10: Estrutura da Oferta em 1999 – Sudeste + Paraná
- GRÁFICO dos preços médios nacionais de CO₂ a partir de jan. 93
- GRÁFICO dos preços de CO₂ a granel comercializados no Estado de São Paulo, a partir de out. 95
- GRÁFICO dos preços médios de CO₂ em cilindros comercializados na região de São Paulo, a partir de out. 95
- QUADRO 11: CO₂ - Preços Internacionais
- QUADRO 12: Custos de Aquisição de Matéria-Prima e Margem de Contribuição
- QUADRO 13: Estrutura de Oferta das demais Regiões
- QUADRO 14: Participações na Oferta de Gases Atmosféricos – Capacidade Instalada
- QUADRO de Capacidade Ociosa das Plantas da ULTRAFÉRTIL
- QUADRO de Fornecimento de CO₂ Bruto
- QUADRO Demonstrativo do número de plantas
- QUADRO 15: Participações na Oferta de Gases Atmosféricos Capacidade Instalada
- QUADRO 13: Resumo das Eficiências apresentadas pelas Requerentes

INTRODUÇÃO:

Quanto à descrição circunstancializada do processo, inclusive no tocante às diligências e audiências de iniciativa deste Gabinete, adoto integralmente o parecer da Procuradoria do CADE em anexo, de lavra da procuradora autárquica Áurea R. S. Queiroz.

Os tópicos a seguir resumem as principais características da operação, os mercados relevantes, as barreiras à entrada e as eficiências apresentadas pelas requerentes.

1. DA OPERAÇÃO:

A operação em análise refere-se à cisão parcial do patrimônio da **UNIGASES COMERCIAL LTDA.** (UNIGASES) e à incorporação da parcela cindida na **S.A. WHITE MARTINS** (WHITE MARTINS), ocorrida em 30.04.96, e protocolada na SDE em 23.05.96. O valor do patrimônio cindido foi avaliado em R\$ 718.827.200,00, pagos aos quotistas da UNIGASES mediante emissão de novas ações.

A operação foi um reflexo da aquisição do controle acionário da empresa norte americana CBI INDUSTRIES INC., controladora da LIQUID CARBONIC CORPORATION (LCC) pela empresa PRAXAIR INC., controladora da WHITE MARTINS, em 12 de janeiro de 1996. A operação de aquisição da CBI pela PRAXAIR nos Estados Unidos foi aprovada, com restrições, pela *Federal Trade Commission*¹.

A WHITE MARTINS passou a controlar todas as operações da LIQUID CARBONIC na América do Sul após a conclusão das seguintes etapas:

- A LIQUID CARBONIC INC. (LCI), sediada no Canadá e subsidiária da LCC, passou a ser detentora de 87,43% das ações das empresas LIQUID CARBONIC no Brasil, além de controlar outras empresas LIQUID CARBONIC em diversos países da América do Sul;
- A LCI tornou-se sócia quotista da UNIGASES, subsidiária da PRAXAIR, mediante a transferência à UNIGASES destas participações nas empresas LIQUID CARBONIC sul americanas.
- Por fim, foi realizada a cisão parcial do patrimônio da UNIGASES, referente a estes investimentos na América do Sul, e à transferência da mesma para a WHITE MARTINS.

¹ O FTC concluiu que a operação de aquisição da CBI pela PRAXAIR violou a legislação *antitruste*, aumentando o preço no mercado de gases atmosféricos em diversas áreas do país. Deste modo, a Praxair foi obrigada a desinvestir 4 plantas de produção de gases atmosféricos (nitrogênio, oxigênio e argônio).

Assim, a operação teve como consequência a transferência do controle sobre a direção e gerenciamento de todos os investimentos da **LIQUID CARBONIC** na América do Sul para a **WHITE MARTINS**.

2. DAS REQUERENTES:

A **WHITE MARTINS** é controlada pelo grupo norte-americano **PRAXAIR**, uma das maiores empresas do mundo na área de gases atmosféricos (oxigênio, nitrogênio, argônio e outros). Trata-se da maior empresa do Brasil na produção de gases do ar, gases especiais, além de misturas e equipamentos diversos.

A empresa atua também em setores conexos, como, por exemplo, no mercado de solda e no de produção de cilindros, através das coligadas **White Martins Soldagem Ltda.** e **Cilbrás – Empresa Brasileira de Cilindros Ltda.**

Em 1995, a **WHITE MARTINS** faturou R\$ 809,0 milhões, sendo 81,2% obtidos através da venda de gases atmosféricos e especiais, o que se depreende da análise do quadro abaixo:

QUADRO 1 – Participação dos Principais Produtos da White Martins no Faturamento

<i>Produtos</i>	<i>% Faturamento</i>
Oxigênio	45,7
Nitrogênio	14,6
Argônio	3,9
Acetileno	7,6
Gases Especiais	3,4
Outros Gases	6,0
Outros Produtos	18,8

Fonte: Requerentes

A **LIQUID CARBONIC**, controlada pela empresa *holding* **CBI Industries Inc.**, atua sobretudo nas Regiões Centro/Leste e Sul do país, e apresenta como principal atividade a produção e comercialização de CO₂ - gás carbônico. Além do CO₂, o grupo **LIQUID CARBONIC** atua na área química, produzindo carbonato de sódio, carbonato de cálcio precipitado (Quimbarra), calcário (Maruim Ltda.), pó de talco (Mineração Mira Serra), carbonato de

cálcio natural (Pulver do Nordeste S.A.), ácido benzóico, benzoato de sódio, aldeído benzóico e plastificantes benzóicos (Liquid Química).

Até a operação, a LIQUID CARBONIC detinha o monopólio do mercado de gás carbônico no país. Como salientaram as requerentes, “a América Latina responde por 32% (US\$ 294 milhões, em 1994) do faturamento global do grupo. As vendas no Brasil, por sua vez, são responsáveis, segundo o relatório anual do grupo CBI – controlador da Liquid Carbonic - por mais de 30% das receitas operacionais da Liquid Carbonic no mundo, fato que demonstra a importância e a lucratividade do mercado nacional”.

Seu faturamento no Brasil, em 1995, foi de R\$ 200,6 milhões, assim distribuído:

QUADRO 2 – Participação dos Principais Produtos da Liquid Carbonic no Faturamento

	<i>% Faturamento</i>
Gás Carbônico e afins	80,2
Produtos Químicos	19,8

Fonte: Requerentes

As Requerentes justificam a operação devido às eficiências decorrentes da operação conjunta em gases do ar e gás carbônico, uma vez que possuem canais de distribuição, logísticas de transporte e áreas de comercialização muito próximas, além de bases tecnológicas comuns. Não fosse a operação, a PRA-XAIR/WHITE MARTINS, por atuar exclusivamente no segmento de gases do ar, estaria impossibilitada de obter tais eficiências.

As Requerentes definiram as seguintes estratégias:

- expansão geográfica na América do Sul e Ásia (principalmente China, Coréia do Sul, Indonésia, Índia e Tailândia);
- fortalecimento do negócio de base, com o desenvolvimento tecnológico de novos sistemas de produção e de novas aplicações de GASES DO AR e com acréscimos à linha de produtos e serviços.

Acrescentam, ainda, que “o movimento de diversificação da PRAXAIR na direção da produção do GÁS CARBÔNICO estava, portanto, inteiramente dentro de seu planejamento estratégico. Mais do que isso, tal movimen-

to era estratégico porque estava pelas próprias características concorrenciais do setor. As maiores empresas produtoras de GASES DO AR já eram fabricantes também de GÁS CARBÔNICO, com uma única exceção – a PRAXAIR. A LIQUID CARBONIC concentrava sua atuação no mercado de GÁS CARBÔNICO, com uma participação pouco expressiva em GASES DO AR.

A inserção produtiva da PRAXAIR e da CBI/LIQUID CARBONIC, caso não materializada, tornaria ambas as empresas competitivamente vulneráveis, posto que seus principais concorrentes eram todos grandes empresas, com atuação mais diversificada, proporcionando-lhes maiores vantagens competitivas”.

3. MERCADO RELEVANTE:

3.1. PRODUTO:

Por razões diversas, tanto a SEAE quanto a SDE consideraram dois mercados relevantes: GÁS CARBÔNICO e GASES ATMOSFÉRICOS.

De acordo com as Requerentes, os gases do ar e o gás carbônico são produtos distintos, destinados a aplicações e mercados distintos. Além disto, a LIQUID CARBONIC atua em um mercado onde a WHITE MARTINS não atuava. A principal argumentação deve-se ao fato de que 80% da composição do faturamento da LIQUID CARBONIC concentra-se nas vendas de gás carbônico.

A SEAE considera o gás carbônico como o principal mercado relevante a ser avaliado, justificando sua posição em razão da coincidência na produção de gás carbônico entre as Requerentes. Desde outubro de 1995, a WHITE MARTINS procurava atuar neste mercado, inicialmente importando, de forma não econômica, pequenas quantidades de gás carbônico da Argentina para a região Sudeste do país e, mais tarde, a partir de janeiro de 1996, através de um nova unidade de produção instalada em Cubatão.

Portanto, a definição da SEAE implica ter havido, antes da operação, uma estrutura de mercado duopólica na região Sudeste, ainda que durante poucos meses. Nas outras regiões ocorrera apenas a troca de controlador acionário, não tendo ocorrido modificações na estrutura concorrencial (monopólio).

Além disto, devido às dificuldades em se determinar o grau de substituíbilidade do gás carbônico em determinadas aplicações (controle de Ph, soldagem, entre outros), as possibilidades de substituição não foram consideradas.

Em função das contestações das concorrentes quantos aos possíveis efeitos negativos da operação sobre o setor de gases atmosféricos, a SEAE também considerou gases atmosféricos como um segundo mercado relevante. Ocorre que, ainda assim, maior cuidado analítico foi reservado ao mercado de CO₂, em especial no que tange à avaliação das barreiras à entrada.

Por sua vez, a SDE considerou o mercado de gases industriais (gás carbônico e gases atmosféricos) como o mercado relevante, porque as eficiências advindas da comercialização e distribuição conjunta dos dois tipos de gases oferece uma vantagem adicional à WHITE MARTINS no segmento de gases atmosféricos.

Reproduzo, abaixo, o posicionamento da Procuradoria do CADE:

“105-Vários são os argumentos que indicam a inclusão do mercado de gases do ar como um dos mercados relevantes. Um dos argumentos que justifica a inclusão do outro setor, leva em consideração a estratégia de diversificação adotada pelas empresas que atuam nos mercados de gases do ar e de gás carbônico. Todos os grandes grupos internacionais atuam no setor usualmente denominado de gases industriais, que inclui tanto gases atmosféricos como também gás carbônico e demais misturas especiais de gases.

106-Ademais, há alegações nos autos, feitas pelas demais empresas do mercado de gases, sobre a possibilidade de realização de condutas restritivas nestes setores, especialmente a prática de subsídios cruzados e venda casada entre os setores de gases atmosféricos e gás carbônico, condutas estas que podem acentuar ainda mais a posição dominante detida pela WHITE MARTINS no mercado de gases do ar. Há, também, a anterior situação contratual da LIQUID CARBONIC, que evidenciava seu interesse na entrada no mercado de gases do ar.

107-Desta forma, considero pertinentes as colocações da SEAE e da SDE, no sentido de definir o mercado relevante do produto como sendo dois mercados: o mercado de gás carbônico e o de gases do ar.

108-Não se pode olvidar que o contrato firmado entre a LIQUID CARBONIC e a Lotepro demonstra, inequivocamente, a decisão econômica da LIQUID CARBONIC de investir no mercado de gases do ar.

109-De fato, a concentração econômica deu-se no mercado de produção de gás carbônico, pela aquisição de capital social da LIQUID CARBONIC pela WHITE MARTINS. Não há dúvidas quanto à sua configuração como objeto desta análise.

110-No entanto, a análise antitruste preventiva, nos termos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, deve procurar identificar eventuais efeitos anticoncorrenciais não só no mercado em que se dá a concentração como também em mercados correlatos, que podem vir a sofrer impactos da concentração econômica.

111-Neste sentido, adiro ao posicionamento das duas Secretarias e, em especial, à argumentação da SDE, adotando a definição de mercado relevante de fls. 4.100, incluindo na análise do presente Ato de Concentração o setor de gás carbônico e o de gases atmosféricos”.

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. A tabela abaixo apresenta os principais usos do CO2 e suas respectivas participações na demanda nacional:

QUADRO 3 - CO2 - PRINCIPAIS APLICAÇÕES

Aplicação do Produto	% no Volume Total
Carbonatação de Bebidas	50,4
Controle de Ph (neutralização de efluentes industriais alcalinos)	22,0
Processos de solda	7,8
Secagem de moldes e machos na fundição de peças e outras aplicações metalúrgicas	6,0
Reagente químico	4,2

Extinção de incêndio	2,1
Resfriamento, moagem, atmosfera protetora e atordoamento de aves	1,0
Diversas	6,5

Fonte: Requerentes

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:

Combustão:

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

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 sub-produto 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.

Estrutura de Demanda do CO₂:

Quanto à demanda, cerca de 70% do total da produção nacional (1.020 tpd) é direcionada para a indústria de bebidas (ver quadro abaixo). Deve-se considerar, porém, que 40% da produção nacional é produzida pelas próprias cervejarias. Mesmo assim, cerca de 43% da demanda das cervejarias é preenchida pela LIQUID CARBONIC. Dos 613 tpd produzidos pela LIQUID CARBONIC em 1995, 308 tpd (cerca de 50%) foram dirigidas à indústria de bebidas.

QUADRO 4 - DISTRIBUIÇÃO DO MERCADO DE GÁS CARBÔNICO POR SEGMENTO -1995

Produtores	Bebidas		Outros		Total	
	ton/dia	(%)	ton/dia	(%)	ton/dia	(%)
Liquid Carbonic	308	43	305	100	613	60
Cervejarias	407	57	-	-	407	40

Total	715	100	305	100	1020	100
Participação	70%		30%		100%	

Fonte: Requerentes

De acordo com a SEAE, outra característica da demanda, devido ao peso da indústria de bebidas, é o seu grau de sazonalidade, uma vez que as vendas de bebidas atingem seu pico no verão. Portanto, como são dimensionadas em relação à demanda de pico, as plantas de gás carbônico devem possuir razoável grau de ociosidade média.

QUADRO 5 - GRAU DE UTILIZAÇÃO DA CAPACIDADE DE CO2 DA LIQUID CARBONIC -1995 (ton/dia)

Região	Capacidade Produtiva	Demanda de Pico
Sudeste ²	775 ³	602
Norte	8	7
Nordeste	125	58
Sul	70	48
Centro-Oeste	10	n.d.

Fonte: Requerentes

As Requerentes também apresentaram dados sobre a evolução da demanda de gás carbônico entre os anos de 1992 e 1996, com taxas de crescimento médio anual variando de 9 a 13%.

QUADRO 6 - CRESCIMENTO MÉDIO DO MERCADO DE CO2 - 1992/1996

Região	Crescimento médio anual
RJ, SP, MG e PR	13%
NORTE	9%
NORDESTE	13%
SC e RS	10%
TOTAL	13%

Fonte: Requerentes

² Inclui Paraná

³ Inclui 100 tpd da planta de Araucária/PR

3.1.2. GASES ATMOSFÉRICOS:

Os gases atmosféricos são compostos por três gases principais existentes na atmosfera em proporção fixa: nitrogênio (78%), oxigênio (21%) e argônio (0,9%). Estes gases tem as seguintes aplicações:

QUADRO 7 - GASES ATMOSFÉRICOS - PRINCIPAIS APLICAÇÕES

Aplicação do Produto	% no volume total
Oxigênio para enriquecimento de ar em alto-forno, refino de aço, combustão e pós-combustão	48,0
Nitrogênio para inertização, estripagem, atmosfera protetora, etc.	39,0
Nitrogênio para fins criogênicos tais como congelamento de alimentos, embutimentos de peças, criomoagem, rebarbação de borracha e plásticos, conservação de sêmen e de outros materiais biológicos, etc.	2,4
Oxigênio para gasoterapia, incineração de lixo hospitalar, ozonização, etc.	1,7
Oxigênio para branqueamento de celulose, escarfagem e solda oxicom bustível	1,0
Argônio para refino de aços especiais, desgaseificação de metais, proteção de arco elétrico em soldagem (puro/em mistura), etc.	0,9
Diversas	6,0

Fonte: Requerentes

Os gases atmosféricos podem apresentar substitutos em algumas aplicações. Entretanto, segundo estimativas apresentadas pelas Requerentes, a possibilidade de substituição cobre apenas 1,3% do volume total dos gases atmosféricos comercializados. Além disto, não existem substitutos nas duas principais aplicações, que representam 87% do volume total de vendas neste mercado, como se nota a partir da análise da tabela acima.

A tecnologia convencional utilizada na produção de gases atmosféricos consiste na compressão, purificação, liquefação e destilação criogênica do ar de forma industrialmente sofisticada, onde são exigidos elevados investimentos. Entretanto, as Requerentes destacam o desenvolvimento de tecnologias de produção não-criogênicas, que podem representar, no futuro, a aquisição dos gases atmosféricos a custos operacionais menores e, inclusive, uma possível adaptação deste tipo de tecnologia à produção de gás carbônico. Porém, atualmente, o processo produtivo dos dois produtos ainda são completamente distintos, não havendo possibilidade de conversão de equipamentos produtivos de um produto para outro.

Quanto à demanda, quase metade das vendas (48%) são destinados ao enriquecimento de ar em alto-forno, ao refino de aço e à combustão e pós-combustão, sendo os principais clientes siderurgias e petroquímicas. Em geral, são construídas plantas on site (dentro da fábrica do cliente), com determinado grau de ociosidade para atender pequenos clientes com excedentes da planta. A SEAE observa que estes clientes tem pequeno poder de negociação, sendo os preços praticados com eles significativamente superiores aos praticados com grandes clientes, e que este mercado deve se constituir em uma permanente preocupação do ponto de vista antitruste.

3.1.3. DISTRIBUIÇÃO:

No tocante ao processo de distribuição, os gases atmosféricos e o gás carbônico são classificados como “Produtos Perigosos”, sendo a estocagem, transporte, manuseio, carga e descarga destes gases disciplinados pelo Decreto 96044/88, pela Portaria MT 291/88 e por diversas normas da ABTN. Os veículos transportadores são repletos de especificações técnicas, o que eleva os custos do sistema de distribuição, restringindo a faixa de atuação das empresas. O transporte é normalmente realizado a granel (caminhões-tanque) ou em cilindros, para consumidores de menor porte. A logística de distribuição é determinada pela distância e pela tonelagem utilizada pelos consumidores.

A LIQUID CARBONIC transportava e comercializava seu produto por meio de unidades próprias de transporte de gás liquefeito e também por terceiros, mediante contratos de fornecimento. Assim, muitas vezes esta área de atuação estava reservada às empresas distribuidoras, que realizavam investimentos em cilindros, carros-tanque e outros equipamentos necessários ao manuseio e utilização do produto. Já a WHITE MARTINS possui um maior

grau de verticalização no mercado de gases atmosféricos, atuando na venda direta ao consumidor mediante rede própria de distribuição.

De acordo com informações das Requerentes, a política de distribuição e comercialização dos produtos foi unificada, cabendo à WHITE MARTINS a responsabilidade por este segmento, utilizando sua rede de distribuição própria para a venda do gás carbônico, estando a LIQUID CARBONIC limitada à produção.

3.4. DIMENSÃO GEOGRÁFICA:

No caso dos gases do ar, a proximidade das plantas junto ao centro consumidor constitui-se importante fonte de poder de mercado, tendo em vista o peso dos elevados custos de transporte no preço final dos gases. Segundo as estimativas da SEAE, o “mercado natural” do oxigênio, nitrogênio e argônio situa-se a uma distância máxima de 500 quilômetros para os dois primeiros, e de até 1000 quilômetros para o argônio.

Quanto ao CO₂, o mercados geográfico relevante também deve ser definido, no máximo, regionalmente. Em audiências realizadas no CADE, as empresas AGA (12/11/98) e Air Liquid (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 mesma 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, Mi-

nas 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”.

4. GRAU DE CONCENTRAÇÃO DA OFERTA ANTES E APÓS A OPERAÇÃO:

4.1. MERCADO INTERNACIONAL:

O mercado mundial de gases industriais é dominado por poucos players atuantes em todos os continentes. Abaixo estão relacionadas as participações mundiais das principais empresas nos mercados de gases do ar e gás carbônico antes da presente operação:

QUADRO 8 - CO2 E GASES DO AR - PARTICIPAÇÕES MUNDIAIS

EMPRESAS	GASES DO AR		GÁS CARBÔNICO	
	Participação no mercado mundial	Posição	Participação no mercado mundial	Posição
AIR LIQUID	18,9%	1 ^a	15,0%	3 ^a
BRITISH OXYGEN	17,4%	2 ^a	17,0%	2 ^a
PRAXAIR	12,4%	3 ^a	zero	
AIR PRODUCTS	9,0%		1,3%	
AGA	7,8%		1,0%	
MESSER GRIESHEIM	5,6%		2,3%	
CBI/L. CARBONIC	3,5%		35%	1 ^a

Fonte: Requerentes

De todas as empresas que atuam no segmento de gases atmosféricos, apenas a PRAXAIR não tinha qualquer participação no mercado de gás car-

bônico, situação, de acordo com as Requerentes, de flagrante desvantagem competitiva em relação a suas concorrentes.

4.2. MERCADO RELEVANTE – CO2:

As Requerentes apresentaram as informações sobre a oferta das plantas de CO2 à SEAE, as quais são reproduzidas no quadro abaixo.

QUADRO 9 - ESTRUTURA DA OFERTA - 1995 (Região Sudeste)

Local	Supridora	Capacidade Nominal (TPD)	Capacidade Vendável ⁴ informada pelas Requerentes
CUBATÃO/SP	Ultrafértil	200	160
WHITE MARTINS		200	160
CUBATÃO/SP	Ultrafértil	200	200
SÃO PAULO/SP	COMGÁS	100 (disponibilidade contratada de 300)	70
PAULÍNIA/SP	RHODIA	80	65
S.J. DOS CAMPOS/SP	PETROBRÁS (REF.)	80	65
MAUÁ/SP	OXITENO	45	35
BETIM/MG	PETROBRÁS (REF.)	50	45
DUQUE DE CAXIAS/RJ	PETROBRÁS	45	35
ARAUCÁRIA/PR	Ultrafértil	150	100
LIQUID CAR-		750	615

⁴ capacidade de produção da planta de CO2 por dia ponderada pelo número de dias de paralisação ou redução de fornecimento da matéria prima por parte da fonte supridora.

BONIC			
TOTAL		950	775

Fonte: Requerentes

Desde a operação, em 1995, até a presente data, tem se observado algumas movimentações de outras empresas no sentido de também atuarem nesse mercado.

O parecer da Procuradoria do CADE resume o histórico desse período:

“130-Logo após, no período de janeiro a abril de 1996, a então monopolista LIQUID CARBONIC enfrentou a entrada da WHITE MARTINS no mercado de gás carbônico, em uma situação de duopólio. A entrada no mercado da WHITE MARTINS foi possível em função de contrato celebrado com a Ultrafertil, visando a utilização do gás bruto gerado a partir da produção de amônia, na planta de Cubatão. O contrato de fornecimento disponibilizava para a entrante 200 ton/dia de insumo e a unidade de separação de gases foi construída com a capacidade de 200 ton/dia.

131-No primeiro semestre de 1996, deu-se a concentração em estudo, ocasião em que se reconstituiu o monopólio no mercado de gás carbônico anteriormente existente, agora nas mãos da adquirente WHITE MARTINS.

132-As informações dos autos dão conta de que as alterações na estrutura do setor não pararam por aí. A AGA, um dos grandes players mundiais e a segunda empresa produtora de gases atmosféricos no Brasil, entrou no mercado de CO₂, construindo uma planta no Rio de Janeiro. Esta unidade utiliza a matéria-prima gerada pela Prosint na produção de metanol e tem capacidade instalada em torno dos 100 ton/dia e uma capacidade vendável na ordem das 50 ton/dia.

133-Paralelamente à construção da planta da AGA, outro grande player internacional, a Air Liquide, anunciou sua entrada no mercado de gás carbônico da região sudeste, através da exploração do subproduto gerado pela Rhodia, em Paulínia, fonte esta até então explorada pela WHITE MARTINS.

134- Informa também que obteve êxito na negociação com a empresa Peróxidos⁵, em Curitiba, visando celebrar contrato para fornecimento de insumo. A empresa estima que terá uma capacidade instalada na casa das 150 ton/dia. A Air Liquide também venceu concorrência na REVAP - refinaria da Petrobrás localizada em São José dos Campos – devendo explorar cerca de 80 ton/dia de gás bruto.

135-A entrada da Air Liquide deu-se, de fato, no mercado relevante, só que com uma capacidade produtiva aquém das estimativas. A planta da Rhodia tem uma capacidade instalada de 80 ton/dia e um consumo cativo da própria Rhodia na casa dos 45 ton/dia. Estão, pois, disponíveis para comercialização, apenas 20 ton/dia de gás carbônico. A planta de São José dos Campos terá uma capacidade instalada de 80 ton/dia e vendável de 65 ton/dia.

136-A partir da alteração da cláusula de exclusividade do contrato de fornecimento de matéria-prima entre a WHITE MARTINS e a Ultrafertil, deu-se nova concorrência para contratação do excedente de 170 ton/dia de CO2 gerado na unidade de Cubatão. A BOC Gases apresentou a melhor oferta e, a partir do segundo semestre de 1999, passará a produzir cerca de 35 ton/dia de gás carbônico.

137-Mais recentemente, a Messer Griesheim anunciou sua associação com a Spal, fabricante da Coca-Cola, em um projeto que visa produzir cerca de 60 ton/dia de dióxido de carbono. Desta capacidade, 40 ton/dia serão consumidas cativamente pela Spal para a produção de refrigerantes. Esta empresa também deverá explorar o subproduto gerado pela Hoescht com uma estimativa de produzir cerca de 40 ton/dia”.

A tabela, a seguir, apresenta a estrutura de oferta atual:

QUADRO 10 - Estrutura da Oferta em 1999 - Sudeste + Paraná

Estado	Cidade	Empresa	Tipo de planta	Fonte	Fornecedor	Capac. Nominal	Cap. Vend
São Pau-	São	Liquid	Sub-	Gás sinté-	COM-	100	70

⁵ Até o momento da elaboração deste parecer não há confirmação sobre qualquer produção de gás carbônico a partir do subproduto da Peróxidos, razão pela qual não foi considerada na estrutura do mercado.

lo	Paulo	Carbonic	produto	tico	GÁS		
	Cubatão	Liquid Carbonic	Sub-produto	Amônia	Ultrafertil	200	200
	Cubatão	White Martins	Sub-Produto	Amônia	Ultrafertil	200	160
	Mauá	Liquid Carbonic	Sub-produto	Óxido de etileno	OXITE-NO	45	35
	Cubatão	BOC	Sub-produto	Amônia	Ultrafertil	100	35(a)
	Paulínia	Air Liquide	Sub-produto	Hidrogênio	Rhodia	80	20(b)
	S.J. dos Campos	Air Liquide	Sub-produto	Hidrogênio	Petrobrás	80	65(c)
	Jundiaí	Messer Griesheim	combustão	Gás natural	Panamco Spal	60	20(d)
	Suzano	Messer Griesheim	combustão	Gás natural	Hoechst/Clariant	40	40(e)
Rio de Janeiro	Duque de Caxias	Liquid Carbonic	Sub-produto	Hidrogênio	Petrobrás	45	35
	Rio de Janeiro	AGA	Sub-produto	Metanol	Prosint	100	50(f)
Minas Gerais	Betim	Liquid Carbonic	Sub-produto	Hidrogênio	Petrobrás	50	45
Paraná	Araucária	Liquid Carbonic	Sub-produto	Amônia	Ultrafertil	150	100

35 tpd a partir de agosto de 1999, 60 tpd em 2000 e 100 tpd em 2001, se conseguir 2ª planta

Excluídos os 45 tpd para a própria Rhodia atualmente fornecidos

início de funcionamento previsto para 2º trimestre de 1999

início de funcionamento previsto para agosto de 2000; 40 tpd serão fornecidas à própria Spal

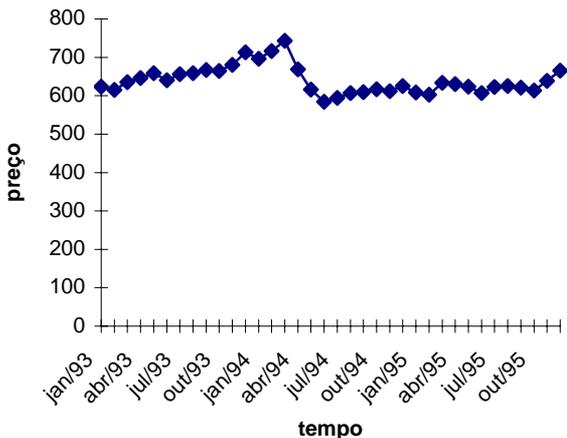
início de funcionamento previsto para agosto de 1999

atualmente compromete apenas a metade da capacidade instalada.

Preços:

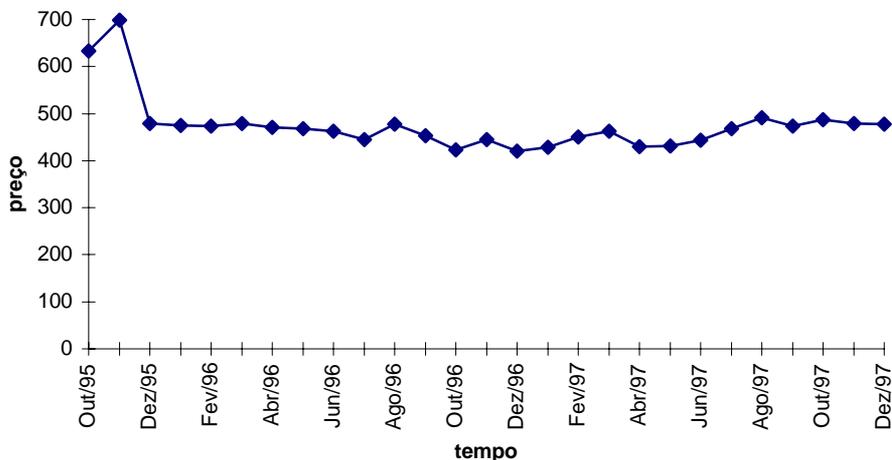
Em relação à evolução dos preços, as Requerentes apresentaram duas séries: nacionais e região de São Paulo. A série de preços nacionais correspondem a preços médios de vendas a granel e a varejo entre janeiro de 1993 e dezembro de 1995, em dólares até junho de 1994 e em reais a partir de julho de 1994. Os preços nacionais de gás carbônico apresentam relativa estabilidade, variando em torno de um preço médio de 640 reais por tonelada.

preços médios nacionais - CO2



Em solicitação à SEAE, as Requerentes também apresentaram os preços de CO2 praticados pela WHITE MARTINS antes da aquisição. Assim, as empresas apresentaram dados de preços CIF para a região de São Paulo, portanto, dentro do mercado relevante.

Preços de CO2 a granel comercializado no Estado de São Paulo



Posteriormente, foi solicitada série de preços de CO2 em cilindros desde outubro de 1995. Os preços tiveram redução relativamente significativa entre final de 1995 e início de 1996. Desde então, e especialmente a partir de 1997, os preços mantiveram tendência relativamente crescente, até alcançarem o patamar de preços vigente em outubro de 1995.

Quanto ao comportamento dos preços internacionais, os dados apresentados pelas empresas são os seguintes:

QUADRO 11 CO2 - PREÇOS INTERNACIONAIS

País	Preço (US\$/ton FOB ex-impostos (a))
Estados Unidos	90
Itália	160
Espanha	220
Brasil	212

fonte: requerentes

Segundo as empresas, as diferenças de preços entre o Brasil e outros mercados reside no que eles denominam de “margem de contribuição”, que nada mais é do que o preço FOB dividido pelo custo de aquisição da matéria-prima. O custo de aquisição da matéria-prima, no Brasil, é comparativamente maior do que em outros países, reduzindo a margem de contribuição.

QUADRO 12
CUSTOS DE AQUISIÇÃO DE MATÉRIA-PRIMA E MARGEM DE CONTRIBUIÇÃO

País	Custo de aquisição da matéria-prima (b)	Margens de contribuição (a/b)
Estados Unidos	9	10
Itália	14	11,43
Espanha	26	8,46
Brasil	29	7,30

Fonte: requerentes

4.3. OUTROS MERCADOS:

Nas outras regiões não houve alteração estrutural no segmento de gás carbônico após a operação, ocorrendo apenas a transferência da participação de mercado, antes pertencente à LIQUID CARBONIC, para a WHITE MARTINS.

Nas regiões norte, nordeste e centro-oeste há o monopólio da WHITE MARTINS, detentora de 100% da capacidade instalada de produção de gases. Na Região Sul, a estrutura é duopólica, com a WHITE MARTINS detendo cerca de 41% de market share e a BOC Gases com 58% de participação neste mercado.

QUADRO 13 - ESTRUTURA DE OFERTA DAS DEMAIS REGIÕES

Local	supridora	capacidade instalada
Cachoeirinha/RS	Copesul	70
L.CARBONIC		70
Canoas/RS	Petrobás/REFAP	100
BOC Gases		100
TOTAL/Sul		170

Local	supridora	capacidade instalada segundo a SE-AE
Belém/PA	Casca de Castanha	8
L.CARBONIC		10 ⁶
Outros		0
TOTAL/Norte		10

Local	supridora	Capacidade instalada segundo a SEAE
Fortaleza/CE	Cacege (gás natural)	5
Laranjeiras/SE	Petrobrás/FAFEN	80
Camaçari/Ba	Petrobrás/FAFEN	40
L.CARBONIC		125
Outros		0
TOTAL/Nordeste		125

Local	supridora	capacidade instalada segundo a SEAE
Hidrolândia/Go	Petrobrás (diesel)	10
L.CARBONIC		10
Outros		0
TOTAL/Centro-Oeste		10

⁶ As Requerentes informaram que a capacidade vendável (ou instalada) é 8.

De acordo com a SEAE, “a análise das barreiras à entrada, entretanto, não foi capaz de identificar quaisquer alterações nas condições de entrada nesses mercados. Observe-se que, à exceção da região sudeste, nas demais regiões do país existem fontes de insumo disponíveis em quantidade superior à demanda. Desta forma, as condições de entrada também não se modificaram. Além disso, nenhum outro atributo estrutural dos mercados regionais parece ter sido alterado pela operação. Dessa maneira, é possível concluir que não houve alteração no poder de mercado do ofertante de gás carbônico nos demais mercados regionais. E se não houve mudanças no poder de mercado, a operação não causou problemas do ponto de vista do controle antitruste preventivo”.

4.4. GASES DO AR:

A operação não resultou em alteração na estrutura de oferta do mercado de gases do ar. Reproduzo, a seguir, os dados de market-share deste segmento:

QUADRO 14 - PARTICIPAÇÕES NA OFERTA DE GASES ATMOS-FÉRICOS - CAPACIDADE INSTALADA (tpd)

REGIÃO	EMPRESA	CAPACIDADE INSTALADA	%
Sudeste		10.500	100
	White Martins	6.870	65
	Air Liquid	940	9
	AGA	1.720	16
	Messer	550	5
	Air Products	400	4
	IBG	20	-
Norte		40	100
	White Martins	40	100
Nordeste		1960	100
	White Martins	1900	96
	Air Liquid	30	2
	AGA	30	2
Sul		1640	100
	White Martins	630	38
	Air Products	400	24
	Air Liquid	60	4
	AGA	550	34

Total Brasil		14.140	100
	White Martins	9.440	67
	AGA	2.300	16
	Air Liquid	1.030	7
	Air Products	800	6
	Messer	550	4

Fonte: SEAE

A maior parte da produção nacional está localizada na região Sudeste, sendo que 65% da capacidade instalada é detida pela WHITE MARTINS. Na região Norte e Nordeste a WHITE MARTINS detém o monopólio deste mercado. A região Sul, por sua vez, apresenta uma estrutura oligopólica de três empresas (WHITE MARTINS, Air Products e AGA). Em todo o Brasil, a White possui uma participação de mercado em cerca de 67%. Segundo a SEAE, a

“ (...) White Martins vem consolidando sua posição dominante nos mercados brasileiros de gases atmosféricos construindo plantas para atender às empresas siderúrgicas privatizadas, dentro das próprias usinas. Esse tipo de produção dentro da unidade fabril do cliente (on site) modifica a forma de concorrência no mercado de gases do ar. A White Martins, por exemplo, que detém uma capacidade produtiva total de 9.440 toneladas/dia, tem 8.720 toneladas/dia de capacidade instalada on site, e vende 6.190 toneladas/dia para este tipo de cliente. Ou seja, cerca de 60% das vendas de gases do ar, em volume, são feitas para clientes abastecidos dentro de sua própria unidade fabril. Dessa forma, o mercado de vendas a granel e varejo é muito menor, sendo estimado algo em torno de 3.500 toneladas/dia (segundo a White Martins). A instalação de uma planta de separação de gases dentro de um grande cliente funciona como uma subtração deste do mercado, uma vez que ele não procurará fontes alternativas. Porém, também não existiria, nesse caso, preocupações quanto ao exercício do poder de mercado por parte do fornecedor para este tipo de cliente, uma vez que esta forma de relação contratual implica na mútua interdependência entre cliente e fornecedor” (fls. 1546).

E mais adiante:

“(…) A operação em análise não modificou o grau de concentração da oferta, uma vez que a Liquid Carbonic não operava neste mercado. Tampouco foi capaz de criar ou reforçar barreiras à entrada de novos produtores. Pode, entretanto, ter alterado a capacidade da White Martins de deslocar seus concor-

rentes no mercado da região sudeste de duas formas: 1. A White Martins pode ampliar suas vendas de gases atmosféricos para clientes que também compram dióxido de carbono; 2. A White Martins pode elevar o custo dos seus concorrentes, deslocando-os no mercado de gases atmosféricos. Esses impactos sobre a concorrência se dariam somente nos mercados de gases da região sudeste, uma vez que também é na região sudeste que o mercado de gás carbônico teve seu grau de concentração da oferta alterado e onde foi detectada a possibilidade da existência de barreiras à entrada” (fls. 1561).

Concluindo:

“ Desta maneira, é possível concluir que também nos mercados regionais de gases atmosféricos a operação em análise não teria por efeito a criação nem o reforço significativo de poder de mercado, desde que não existam barreiras significativas à entrada de novos produtores no mercado de CO₂. Porém, quanto maior for a dificuldade de entrada de novos produtores de CO₂ na região sudeste, tanto maior será a capacidade da White Martins de fazer prevalecer sua posição dominante no mercado de gases atmosféricos na região sudeste” (fls. 1563).

5. BARREIRAS À ENTRADA:

As Requerentes afirmam que não há obstáculos estruturais à entrada de novos concorrentes no mercado de gás carbônico.

Em relação aos requerimentos de escala e de capital, as Requerentes afirmam que não são obstáculos à entrada de novos participantes. As escalas seriam diminutas, variando de 5 (equivalente a US\$ 800 mil) a 100 ton/dia ou mais. A razão se deve aos elevados custos de transporte a longa distâncias (superior a 400 km), o que exigiria a dispersão da oferta em pequenas unidades espalhadas por diferentes regiões.

As Requerentes consideram ser ampla a disponibilidade de matéria-prima. Além do uso de subprodutos de plantas industriais como matéria-prima, argumentam que outras unidades, localizadas em Belém (PA), Fortaleza (CE), Hidrolândia (GO) e Cachoeirinha (RS), produzem gás carbônico por combustão de diferentes materiais.

Foram citadas diversas fontes alternativas de gás carbônico na Região Sudeste, entra as quais as plantas de hidrogênio da Petrobrás (RPBC e REPLAN) e

da Peróxidos do Brasil, além de diversas usinas produtoras de açúcar e de álcool.

De acordo com a SEAE, não foram identificadas, nos mercados de gases industriais (gases do ar e CO₂), barreiras significativas relacionadas à diferenciação dos produtos. Considerando o tamanho dos players envolvidos, barreiras de capital não são importantes. O custo de uma planta de CO₂ com capacidade para 100 tpd pode variar de R\$10 a 15 milhões, dependendo da fonte de matéria-prima, ao passo que uma unidade de separação de gases do ar com capacidade para 50 a 200 tpd custa de R\$ 10 a R\$ 30 milhões. Economias de escala também não foram consideradas relevantes. No caso de gases do ar, como a tendência é produção on site (na planta do próprio cliente), não há como se falar em economia de escala. No caso do CO₂, a escala eficiente de plantas de subproduto varia de 50 a 300 tpd. Entretanto, a SEAE considera como fatores atenuantes o crescimento da demanda e a necessidade de plantas regionais.

No caso de vantagens absolutas de custos, embora não seja relevante no mercado de gases do ar, a SEAE considera a necessidade de cuidadosa atenção, em especial, o problema do acesso à matéria-prima. As usinas de açúcar e de álcool não podem ser consideradas fornecedoras de matéria-prima. O motivo deve-se à grande sazonalidade da sua produção, uma vez que operam apenas 7 meses por ano. No caso das refinarias da Petrobrás (REPLAN e RPBC), trata-se de gás de purga, que contém 55% de grau de pureza, diferente do produto das demais fontes de subproduto, com teor de 97%. Assim, a SEAE considera que as limitações de acesso a fontes de insumo economicamente viáveis na região Sudeste reforçam o poder de mercado da White Martins no mercado de CO₂.

A SDE também não considera a existência de barreiras significativas ligadas à diferenciação de produtos, ao montante de capital ou relacionadas à economia de escala. Quanto às barreiras consideradas significativas no mercado de CO₂, a SDE destacou, em primeiro lugar, o acesso à matéria-prima. A ausência de fontes de matéria-prima de alta qualidade, agravada pelo excesso de capacidade ociosa, em particular nas fontes da Oxiteno e da Ultrafertil, constitui forte barreira à entrada de novos competidores. A SDE ainda menciona a existência de cláusulas de exclusividade sobre excedentes que a própria WHITE MARTINS não poderia utilizar, o que configuraria açambarcamento de fontes. Porém, como mencionado no próprio parecer, a WHITE MARTINS abriu mão da cláusula de exclusividade sobre excedentes de CO₂ não utiliza-

dos na Ultrafertil, em Cubatão (fls. 4177). Reitera, assim, a existência de grande ociosidade em relação à capacidade instalada de sua planta.

A SDE também considerou como barreira à entrada os contratos-padrão de fornecimento da WHITE MARTINS, uma vez que, para se obter o suprimento regular de gás, o cliente deve se comprometer a só adquirir o gás objeto do contrato da WHITE MARTINS e dar preferência à empresa na renovação do contrato e em quaisquer novas contratações, de quaisquer produtos por ela fornecidos. O prazo de denúncia – entre um e dois anos antes do término do contrato – foi considerado extremamente longo. Além disto, a cláusula de preferência seria uma forma disfarçada de “venda casada”.

Por fim, a SDE identificou barreiras à entrada relevantes relacionadas à distribuição dos produtos. Antes da operação, a Liquid Carbonic adotava a prática de discriminar o preço FOB de outras despesas. A WHITE MARTINS, entretanto, não discrimina o frete em suas notas fiscais. Tendo em vista o acentuado peso desse item no preço final (até 42% do preço), a escolha do consumidor por eventual distribuidora alternativa pode ser obstada. Além disto, a SDE entende que a distribuição não deve ser exclusividade do produtor, devendo as empresas concorrentes, efetivas e potenciais, ter liberdade para adquirir direto da fábrica.

De acordo com as concorrentes, conforme audiências realizadas com o Relator, cujos sumários estão juntados em apartado confidencial, há necessidade de se trabalhar com mais de uma unidade de gás carbônico, uma vez que ocasionalmente ocorre a indisponibilidade do fornecimento da matéria-prima, havendo a necessidade de outra fonte para se manter a estabilidade da produção, e assegurar o fornecimento contínuo do produto aos clientes.

A seguir, reproduzo o posicionamento da Procuradoria do CADE no tocante ao item “barreiras à entrada”:

“145-É de se ver que o mercado também apresenta barreiras significativas à entrada de novos concorrentes. A instrução do ato de concentração revelou a existência das seguintes barreiras, a saber:

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

146-Destaque-se, primeiramente, a elevada capacidade ociosa das plantas de produção de gás carbônico, especialmente das unidades localizadas na Ultrafertil, em Cubatão, onde a WHITE MARTINS tem duas plantas de produção de gás carbônico.

147-Incorporo a este opinativo a análise realizada pela SDE às fls. 4.116/4.117, que identifica a elevada capacidade ociosa das plantas de gás carbônico como um entrave criado pelas empresas, a fim de dificultar a entrada de novos produtores. Neste sentido e, em resposta à diligência do CADE, fls. 4.509, a Ultrafertil corrobora as informações anteriormente apresentadas sobre ociosidade:

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	59,7	310,3
				200 após 10/12/97	63,5	136,5
			Liquid Carbonic	265	106,3	158,7
	Complexo Araucária PR	150	Liquid Carbonic	150	67,2	82,8

148-A teoria microeconômica aponta para a existência de capacidade ociosa como uma barreira à entrada de novos produtores por uma razão clara: o concorrente detentor de capacidade ociosa pode, ao sinal de que enfrentará um entrante, passar a produzir mais e dar início a uma guerra de preços, que, por certo, arruinará o novo concorrente. Tais as lições da microeconomia⁷:

⁷ In. Pindyck, Robert S. e Rubinfeld, Daniel L.; Microeconomia, Makron Books, São Paulo, 1994.

“Em particular, suponha que investisse agora, em vez de mais tarde, em capacidade produtiva extra, necessária para poder entrar em conflito competitivo caso ocorra a entrada do concorrente...”

Agora a sua ameaça de se engajar em um conflito competitivo, caso ocorra a entrada, passa a ser completamente digna de crédito, em decorrência da sua decisão de investir em capacidade produtiva adicional. Pelo fato de você possuir capacidade adicional, estará melhor posicionado para um conflito competitivo (caso ocorra a entrada) do que estaria se mantivesse um preço alto. A empresa entrante em potencial agora sabe que sua entrada resultará em guerra, e assim sua opção racional seria permanecer fora do mercado. Portanto, tendo desencorajado a entrada, você poderá manter o preço alto e estará gerando lucros...”

149-Ademais, a demanda por CO2 na região sudeste, em torno de 500 ton/dia e a capacidade instalada da WHITE MARTINS muito maior que a demanda – 970 ton/dia – revela a existência inequívoca de capacidade ociosa. Ora, uma ociosidade desta proporção não teria outra finalidade que não a de configurar uma barreira à entrada de novos concorrentes.

150-Neste compasso, a SDE manifesta-se quanto às barreiras e identifica o que se segue, “in verbis”:

“Como se relata no item abaixo, a WM abriu mão da cláusula que lhe dava exclusividade sobre 170 tpd de CO2 EXCEDENTE em Cubatão. Sua planta ali instalada só tem capacidade para consumir 200 tpd. No entanto, a WM havia contratado com a Ultrafértil a aquisição de toda a sua produção, ou seja: 370 tpd. Segundo a WM, essas 170 tpd representariam a totalidade do CO2 não utilizado da Ultrafértil (fls. 464,465 e 1.492). Com as informações trazidas aos autos pela Ultrafértil, porém, verifica-se que a afirmação não corresponde à verdade: além daquelas 170tpd,- e relevadas as diferenças entre capacidades nominais e reais - ainda há um manancial de CO2 ocioso na Ultrafértil. Que não pode ser aproveitado pelos concorrentes da White Martins, pois a mesma tem exclusividade sobre o mesmo, contratualmente garantida.”

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

Quadro de Fornecimento de CO₂ Bruto

Cidade	Fornecedor	Fonte	Tipo de planta	Capac. nominal	Empresa
São Paulo	COMGÁS	Gás sintético	Sub-produto	100	Liquid Carbonic
Cubatão	Ultrafértil	Amônia	Sub-produto	200	Liquid Carbonic
Cubatão	Ultrafértil	Amônia	Sub-produto	200	White Martins
Mauá	Oxitenó	Óxido de Etileno	Sub-produto	45	Liquid Carbonic
Cubatão	Ultrafértil	Amônia	Sub-produto	100	BOC Gases
Paulínia	Rhodia	Hidrogênio	Sub-produto	80	Air Liquid
S.J. dos Campos	Petrobrás	Hidrogênio	Sub-produto	80	Air Liquid
Jundiaí	Panamco Spal	Gás Natural	Combustão	60	Messer Griesheim
Suzano	Hoechst/Clariant	Gás Natural	Combustão	40	Messer Griesheim
Duque de Caxias	Petrobrás	Hidrogênio	Sub-produto	45	Liquid Carbonic
Rio de Janeiro	Prosint	Metanol	Sub-produto	100	AGA

Betim	Petrobrás	Hidrogênio	Sub-produto	50	Liquid Carbonic
Araucária	Ultrafertil	Amônia	Sub-produto	150	Liquid Carbonic

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:

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

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

154-Leia-se os argumentos expendidos pela SEAE, “in verbis”:

“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...

155-A situação do contrato da WHITE MARTINS com a Ultrafertil passou a ser a questão fulcral dos autos, eis que a planta ali instalada possuía uma capacidade instalada de cerca de 200 ton/dia. O contrato com a Ultrafertil, aditado em julho de 1997, assegurava para a WHITE MARTINS a exclusividade do acesso a qualquer excedente gerado pela Ultrafertil⁸. Este exce-

⁸ A WHITE MARTINS celebrou novo aditamento ao contrato de fornecimento de gás bruto, rescindindo a cláusula de exclusividade. A questão está, pois, superada, eis que a BOC Gases adquiriu, em oferta pública feita pela Ultrafertil, cerca de 100 ton/dia de CO₂.

dente, para o qual a WHITE MARTINS não possui capacidade instalada, chega à casa dos 170 ton/dia.⁹

156-Importante frisar que, no compasso da escassez de matéria-prima, pode-se perceber que os mais recentes contratos de fornecimento de CO2 bruto firmados na região sudeste partem de outro patamar de preços. A WHITE MARTINS paga pelo dióxido de carbono obtido na Ultrafertil cerca de US\$ 26,00 por tonelada, ao passo que os contratos novos utilizam preços na casa dos US\$ 70,00.

157-A própria WHITE MARTINS, vencedora da concorrência para exploração do gás carbônico produzido pela REPLAN, ofereceu US\$ 70,00 pelo insumo no sistema take-or-pay. Ora, esta considerável elevação dos preços do gás carbônico bruto demonstra claramente a escassez do subproduto.

158-Segundo as empresas concorrentes, este novo patamar de preços coloca a WHITE MARTINS em vantagem competitiva, em função dos seus custos de produção consideravelmente inferiores aos das empresas recém-instaladas. Ademais, defendem que só há viabilidade econômica para a produção de gás carbônico a partir dos atuais preços do insumo, especialmente se os preços de CO2 permanecerem em níveis monopolistas, ou seja, se perdurar a estrutura concentrada e ineficiente.

159-A terceira barreira identificada na análise do presente caso concreto refere-se à dificuldade de acesso aos clientes de gás carbônico, entrave este detectado pelas empresas concorrentes e pelas próprias clientes e reconhecido nos pareceres da SEAE e da SDE.

160-Cada cliente, ao adquirir dióxido de carbono da WHITE MARTINS, já se depara com a necessidade de celebrar um contrato de fornecimento. Cuida-se de contrato-padrão elaborado pela vendedora, ao qual devem aderir os compradores.

161-Assim, tais contratos contêm cláusulas que estabelecem que a empresa cliente deve adquirir somente da WHITE MARTINS todo e qualquer gás carbônico que venha a ser necessário, seja qual for o local e a aplicação deste gás; deve dar preferência à WHITE MARTINS na renovação do contra-

⁹ 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.

to e estabelece prazos de denúncia unilateral do contrato extremamente longos, entre um e dois anos, com penalidades contratuais, que dificultam a rescisão.

162-Tais disposições contratuais significam, tanto para o entrante quanto para o cliente, um obstáculo. Um cliente descontente com o fornecimento de gases da WHITE MARTINS terá que arcar com ônus pelo descumprimento do contrato e a empresa entrante não conseguirá celebrar contratos.

163-Outro importante ponto sobre barreiras à entrada refere-se à necessidade de continuidade da entrega do gás carbônico aos clientes. Os contratos celebrados, inclusive, fazem menção à não interrupção do fornecimento. As empresas concorrentes demonstraram a preocupação dos clientes e a dificuldade de contratar vendas, quando a produtora de gás carbônico não puder assumir a responsabilidade pela não interrupção do fornecimento de CO₂.

164-E as empresas do mercado de gás carbônico que detém produção by-product tem de conviver com paradas no fornecimento do insumo, por razões e interesses alheios a sua vontade. Paralisações no fornecimento do insumo podem significar a interrupção das entregas aos clientes, eis que o gás carbônico puro não pode ser armazenado.

165-Desta forma, para alcançar a clientela de CO₂ e para garantir a continuidade da entrega, é preciso deter mais de uma unidade de produção de gás carbônico, de modo que as paralisações de uma planta possam ser plenamente supridas pela produção de outra e vice-versa e, assim, poder assegurar a entrega ininterrupta de CO₂.

166-Tais informações foram obtidas nas audiências reservadas realizadas com as empresas do setor de gases. A própria AGA informa que a sua planta localizada na Prosint, com capacidade instalada de 100 ton/dia, produz efetivamente cerca de 50 ton/dia, a fim de garantir a continuidade do fornecimento de CO₂ aos seus clientes.

167-Assim, uma entrada efetiva no mercado de gás carbônico só é possível a partir da aquisição de mais de uma fonte de gás bruto. Sem tal condição, a empresa terá sérias restrições, eis que não poderá firmar a continuidade do fornecimento aos clientes. Conjugando-se tais dados com as anunciadas

entradas de novos concorrentes, pode-se traçar o seguinte panorama do mercado:

Quadro Demonstrativo do Número de Plantas

Empresa	Plantas de CO ²	Local
White Martins	5 Plantas	Ultrafertil (3) Comgás (1) Oxitenó (1)
Air Liquid	2 Plantas	Rodhia REVAP
Messer Griesheim	2 Plantas	Spal Hoescht
AGA	1 Planta	Prossint
BOC Gases	1 Planta	Ultrafertil

168-Em sintonia com tais dados, entendo que só podem ser consideradas entradas efetivas as da Air Liquide e a da Messer Griesheim, uma vez que possuem mais de uma planta de CO₂ no mercado relevante, o que nos leva a entender que as entradas com apenas uma planta ocorrem nas franjas do mercado. Tais empresas não tem condições de competitividade idênticas às da WHITE MARTINS”.

Em 02.03.1999, a pedido do Gabinete, a Ultrafertil complementou as informações sobre capacidade ociosa até dezembro de 1998 (fls. 4507/4510).

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
----------------	-------------------	--	------------	-------------------------------------	--	-----------------------------------

01/07/98 a	Com- plexo Cubatão SP	635	White Mar- tins	200	51,5	148,5
			Liquid Car- bonic	265	89,3	175,7
30/06/99	Com- plexo Araucá- ria PR					
		150	Liquid Car- bonic	150	54,2	95,8

6. EFICIÊNCIAS:

As Requerentes argumentam que a operação deverá gerar diversas sinergias. Em primeiro lugar, ressaltam a possibilidade de desenvolvimento da produção integrada de gás carbônico e gases do ar num mesmo local, e da difusão de tecnologias não-criogênicas para a produção de gás carbônico. Em segundo lugar, a aquisição resultará em maior e melhor estrutura de comercialização de gases, em especial gás carbônico, com a utilização da rede de distribuição da WHITE MARTINS, mais abrangente em termos geográficos e de assistência mais eficiente.

O quadro abaixo resume as eficiências citadas pelas requerentes:

QUADRO 15 – RESUMO DAS EFICIÊNCIAS APRESENTADAS PELAS REQUERENTES

Eficiências	Descrição	Benefícios
-------------	-----------	------------

Eficiências inovativas	Potencialização do desenvolvimento tecnológico decorrente das externalidades (spillover effects) geradas por atividades distintas de pesquisa e desenvolvimento. Pesquisa sobre adaptação de tecnologias não criogênicas de produção de gases do ar à produção de gás carbônico.	Viabilização de fontes de baixo teor de CO ₂ e redução da poluição atmosférica – unidades de gás carbônico on site. Redução dos custos operacionais e do impacto ambiental. Desenvolvimento de tecnologias para tratamento de efluentes e conservação de alimentos
Eficiências produtivas	Estudos para a produção integrada de gases do ar e de gás carbônico, em um mesmo local, por meio de co-geração de energia elétrica/térmica	Redução dos custos na produção de CO ₂ e gases do ar.
Eficiências alocativas	A White Martins possui uma estrutura de comercialização e distribuição mais ampla do que a Liquid Carbonic, possibilitando a aquisição de CO ₂ para um maior nº de clientes em melhores condições de custo e tempo	CO ₂ a menores custos para pequenos clientes (cilindros) e distantes dos grandes centros industriais (cerca de 85% dos clientes)
Outras eficiências	Programa de qualidade total	Novas aplicações de gases do ar e gás carbônico que possam substituir produtos químicos danosos ao meio ambiente

Fonte: Requerentes

Quanto aos impactos concorrenciais da operação, as requerentes consideram que a operação induziu a entrada de novos concorrentes, implicando em substancial ampliação e melhora da mesma.

A Procuradoria do CADE fez as seguintes considerações sobre as eficiências da operação:

“191-À luz do disposto no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, a verificação de prejuízo ao mercado de livre concorrência deve ser buscada, levando-se em conta as eficiências geradas pela operação. Assim, tais eficiências devem ser de tal monta que possam compensar a restrição da concorrência.

192-Assim, o incremento da pesquisa e desenvolvimento tecnológico e a melhoria nas condições de distribuição não são benefícios capazes de equilibrar os efeitos anticompetitivos.

193-O retorno dos preços ao nível do monopólio é uma ineficiência incontesteável. Para o mercado brasileiro, acarreta a redução da demanda de gás carbônico naquelas aplicações em que haja produtos substitutos, de modo que só utilizam CO2 os clientes para os quais não há outra alternativa de consumo.

194-Segundo informações dos autos, o uso de dióxido de carbono para congelamento de alimentos ou para o tratamento de efluentes, por exemplo, é prática usual em outros mercados. No Brasil, o preço proibitivo do gás carbônico impede tais usos”.

7. PARECERES:

Os principais pontos dos pareceres da SEAE e da SDE estão suficientemente descritos no relatório da Procuradoria do CADE, em anexo.

A SEAE opinou pela aprovação da operação com a ressalva da empresa se abster de participar, pelo prazo de seis anos, de novas negociações relativas à aquisição de matéria-prima, devendo, também, abdicar do excedente de insumo – naquela época sob exclusividade da WHITE MARTINS - assegurado pelo contrato mantido com a Ultrafértil.

A SDE acompanhou a conclusão do parecer econômico da SEAE, considerando que a operação pode ser aprovada pelo CADE, com condições, a saber: a) reestruturar, juntamente com seus fornecedores, todos os contratos de fornecimento de matéria-prima, limitando-se à aquisição da mesma à capacidade de processamento de sua planta já instalada; b) disponibilizar metade do seu excedente, incluindo-se nesse rol a capacidade a ser contratada junto à REPLAN, caso se concretizem os indícios de que seja vencedor da licitação ; c) não participar de concorrências ou processos para aquisição de novas fontes de CO2 até que demonstre ao CADE a desnecessidade dessa condição ; d) possibilitar ao cliente a liberdade de escolha de distribuidor e transportador,

permitindo, assim, que a distribuição e o transporte de gases industriais sejam feitos de acordo com a vontade do comprador; e) tornar público em suas unidades produtoras e, também, junto aos seus atuais clientes, os preços FOB dos produtos por ela comercializados; e f) fornecer nota fiscal detalhada e discriminada (valor do produto, frete, descontos, ICMS, despesas financeiras, etc.) nas suas vendas, inclusive para suas distribuidoras. Além disto, sugere a aplicação de multa por intempestividade bem como pela apresentação de informações divergentes e desencontradas relativas a preços, capacidade ociosa e demanda do mercado de CO₂, que retardaram a instrução processual à luz do disposto no art. 26 da Lei 8884/94.

A Procuradoria do CADE também considera a operação passível de aprovação sob determinadas condições. Para tanto, sugere, em primeiro lugar, a elaboração de compromisso de desempenho, nos seguintes termos:

“(…)

- 1- *Deverá a WHITE MARTINS abster-se de participar das concorrências, que disponibilizem matéria-prima para a produção de gás carbônico na REPLAN e RPBC;*
- 2- *Deverá a WHITE MARTINS abster-se de participar de concorrência realizada pela Ultrafértil, em Cubatão, para aquisição de matéria-prima excedente ainda não contratada;*
- 3- *Deverá abrir mão do negócio firmado com a Petrobrás, tendo em vista a aquisição de 475 ton/dia de gás bruto na REPLAN, em Paulínia;*
- 4- *Deverá a WHITE MARTINS efetuar aditamento nos contratos de fornecimento de CO₂, a fim de rescindir as cláusulas de exclusividade;*
- 5- *Deverá a WHITE MARTINS licenciar capacidade instalada de produção de gás carbônico nas suas plantas que trabalham com capacidade ociosa, desde que haja interesse das empresas concorrentes;*
- 6- *Deverá a WHITE MARTINS alterar o contrato padrão de venda de gás carbônico nas cláusulas relativas ao prazo de denúncia;*
- 7- *Deverá a WHITE MARTINS discriminar nas notas fiscais de venda de gás carbônico o preço FOB e o valor cobrado pelo transporte.”*

Em segundo lugar, a Procuradoria do CADE sugere abertura de Processos Administrativos pelas seguintes razões:

“ 196-(…) da leitura das informações apresentadas pela Petrobrás, ficou demonstrado que a WHITE MARTINS adotou conduta muito semelhante, que

pode configurar infração contra a ordem econômica, pelo açambarcamento de matéria-prima. Neste sentido, leia-se a manifestação da Petrobrás de fls. 4.457/4.460, “in verbis”:

“A rota tecnológica selecionada para a geração de hidrogênio em ambas refinarias não é capaz de gerar uma corrente de CO₂ puro. No entanto, obtem-se uma corrente de gás de purga, o qual é utilizado como principal combustível daquelas unidades, que contém apenas 55% (v/v) de CO₂.

É interesse da Petrobrás agregar valor às suas correntes de refino, e, assim, convém à empresa buscar parceiros que viabilizem a remoção do CO₂ das citadas correntes de gás de purga, em bases economicamente rentáveis. (...)

Assim, caso haja interesse em adquirir o CO₂ faz-se necessário construir uma unidade que a partir do gás de purga separe o CO₂ dos demais componentes, obtendo-se uma corrente rica em CO₂ e uma corrente de gás residual, que deve retornar à UGH como combustível...

A disponibilização das fontes da REPLAN e RPBC foi informada às empresas que vêm manifestando interesse no produto, quais sejam, AGA, Air Liquid Brasil S.A., Air Products Gases Industriais Ltda., BOC Gases do Brasil S.A., Messer Griesheim do Brasil Ltda. e White Martins Gases Industriais S.A.

Nas respostas dessas empresas, o maior interesse foi manifestado pela fonte da REPLAN, tendo então a Petrobrás optado por estruturar primeiramente o negócio REPLAN, deixando para um segundo momento o da RPBC.

Em relação à REPLAN, a Petrobrás consultou as citadas empresa, em 25 de novembro de 1997, conforme carta em anexo. Sobre o interesse em desenvolver um negócio com a Petrobrás para separar o CO₂ da corrente de gás de purga, e posteriormente adquiri-lo.

Pelos critérios de seleção estabelecidos pela Petrobrás, a White Martins apresentou a proposta com melhor resultado econômico. No entanto, o processo de negociação encontra-se suspenso face ao desacordo da Petrobrás com os pleitos da White Martins, os quais modificam a natureza da oferta inicial apresentada e pré-selecionada. (...)

A empresa White Martins informou em sua proposta original que realizaria os investimentos, em conjunto com a Petrobrás, adquiriria a totalidade do produto final disponível (CO₂) a jusante

da Unidade Separadora de CO2, a um preço de US\$ 70,10/tonelada, por um prazo contratual de dez anos e com um take-or-pay de 100%.”

200-Diante de tais informações, sugiro seja instaurado Processo Administrativo, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.884/94, visando averiguar se a conduta supra descrita caracteriza infração da ordem econômica, pelo açambarcamento de matéria-prima na fonte da Petrobrás.

201-Em consonância com o parecer da SDE e, como já demonstrado neste opinativo, vislumbro nos contratos de venda de CO2 o efeito de elevar as barreiras à entrada de novos clientes, dificultando sobremaneira o acesso das firmas entrantes aos clientes.

202-Em apertada síntese, as cláusulas do contrato padrão de fornecimento atrelam os clientes aos seguintes compromissos:

- 1- adquirir somente da WHITE MARTINS todo e qualquer gás carbônico que venha a ser necessário, seja qual for o local e aplicação;*
- 2- dar preferência à WHITE MARTINS na renovação do contrato;*
- 3- estabelece prazos de denúncia unilateral do contrato extremamente longos, entre um e dois anos.*

203-Some-se a isto o fato de que nem todas as empresas atuam no mercado com mais de uma planta de gás carbônico, o que lhes dificulta firmar contratos, dado que não podem assegurar a continuidade do fornecimento, diante das temporárias paralisações da produção.

204-Nestes termos, sugiro sejam extraídas cópias de peças dos autos, especialmente dos contratos padrão celebrados entre a WHITE MARTINS e seus clientes, a fim de que se verifique eventual conduta restritiva da concorrência.

205-Para tanto e, nos termos do art. 32 da Lei nº 8.884/94, defendo a instauração de Processo Administrativo, a fim de apurar prática de infração contra a ordem econômica”.

A Procuradoria do CADE também sugere aplicação de multa por intempestividade e enganosidade de informações sob a seguinte análise:

A) Tempestividade:

“209-A operação foi apresentada à SDE em 24 de maio de 1996, segundo registro do protocolo daquela Secretaria. As requerentes levaram em conta como “dies a quo” para a contagem do prazo legal a data da Assembléia Geral Extraordinária, que alterou o Estatuto Social da WHITE MARTINS, realizada em 30 de abril de 1996.

210-Desta forma, a análise da tempestividade desta operação visa identificar a partir de que momento o negócio jurídico passou a irradiar efeitos sobre o mercado, ou seja, se a partir da data do acordo internacional celebrado entre as controladoras, ou se a partir da alteração do contrato social no Brasil.

211-A atual e mais recente jurisprudência do CADE sobre o tema tem reconhecido que, quando a operação envolve uma concentração horizontal, o primeiro documento vinculativo já é meio capaz de produzir efeitos no mercado. Quando a transação envolve uma integração vertical, a data do fechamento ou de documento ulterior é que altera as relações de concorrência de mercado.

212-Segundo entendimento do eminente Conselheiro Ruy Santacruz, a possibilidade de alteração das relações de concorrência a partir do primeiro documento vinculativo é acertada, especialmente quando a concentração se dá entre empresas concorrentes. O acesso a informações de uma empresa concorrente, tais como preços, contratos, lista de clientes dentre outros é fator que, indubitavelmente, influencia a política das concorrentes, que assim não se portarão mais. Em recente manifestação, tal entendimento foi assim sintetizado, “in verbis”:

“É possível afirmar que de um modo geral o primeiro documento vinculativo entre as partes já se constitui num poderoso instrumento inibidor da concorrência. De fato, parece-me mais rara uma situação na qual duas empresas firmam um entendimento prévio quanto a uma aquisição ou fusão e continuam concorrendo da mesma forma que antes. Suponho que, de um modo geral, a assinatura de um contrato de compra e venda mesmo sujeito a cláusulas preliminares e condições futuras altera o relacionamento entre as partes no mercado.

Após a assinatura de um contrato dessa natureza certamente as estratégias agressivas para tomar clientes da empresa compradora

cessarão (ou se reduzirão, o que dá no mesmo). O lançamento de produtos novos para concorrer em fatias do mercado ocupadas pela empresa a ser adquirida também fica temporariamente suspenso. Reduzir preços visando deslocar vendas de outra parte, ou realizar investimentos de entrada em áreas geográficas onde uma das partes tem maior presença certamente ficam congelados. Desse modo, considero que todo e qualquer entendimento entre as partes visando qualquer tipo de associação futura, na forma de aquisição, fusão, constituição de joint-ventures, etc., tem forte poder inibidor nas relações de concorrência entra as partes, muito provavelmente afetando o mercado."

213-Neste ponto, destaco que a análise antitruste busca sempre identificar, como sujeitos das relações de concorrência, os agentes econômicos que atuam no mercado relevante envolvido e, para tanto, pauta-se na "união dos centros decisórios" das empresas ou, ainda, na "influência determinante" exercida pelo controlador. Isto porque busca-se identificar o grupo econômico atuante no mercado - composto, na maioria das vezes, por várias empresas - com uma política comercial coordenada. Tais empresas, apesar de serem pessoas jurídicas distintas, não concorrem entre si, uma vez que não são players independentes.

213-Assim, é importante destacar também que a operação envolve uma concentração horizontal, a aquisição do monopólio no mercado de gás carbônico, monopólio este, saliente-se, responsável por 30% dos lucros do grupo controlador.

214-Entendo que a apresentação da operação em comento deu-se de forma intempestiva, eis que o prazo de quinze dias foi contado a partir da data da alteração do Estatuto da WHITE MARTINS, na Assembléia Geral Extraordinária realizada em 30 de abril de 1996. "In casu", entendo que o primeiro documento vinculativo celebrado entre a PRAXAIR e a CBI no exterior – o Contrato de Compra e Venda de Ações celebrado em 23 de janeiro de 1996 - é o "dies a quo" para a contagem do prazo de apresentação, vez que, desde este momento, as empresas já passaram a atuar de forma coordenada, não mais como concorrentes.

215-Demais disso, sugiro que a multa pecuniária seja cominada, dentro da discricionariedade conferida pelo art. 54, § 5º da Lei nº 8.884/94¹⁰, próxima do mínimo legal, levando-se em consideração que o posicionamento exposto neste opinativo pauta-se em jurisprudência recente do CADE”.

B) Enganosidade das Informações:

“ 216-Defende a SDE a imposição de multa por enganosidade de informações, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.884/94, assim fundamentada, “in verbis”:

*“Sugere-se ao CADE a aplicação de multas previstas na Lei nº 8.884/94, em razão dos seguintes fatos:
omissis*

2) informações divergentes e desconstruídas relativas a preços, capacidade ociosa e demanda do mercado de CO2, que retardaram a instrução processual, enquadrando-se nas infrações previstas no art. 26, pelos seguintes motivos:

- a) Na questão de preços, as requerentes apresentaram à SEAE/MF uma metodologia de análise claramente inadequada, contestando, imediatamente após Parecer daquele órgão, os dados que elas mesmas forneceram. Essa inconsistência gerou várias diligências deste Departamento aos consumidores de CO2 para a verificação dos preços efetivamente praticados.*
- b) Nas questões de demanda e capacidade ociosa, as requerentes, dada a condição de monopolista à época, tinham plena condição de saber a dimensão do mercado, ou seja, as quantidades por elas comercializadas. No entanto, apresentaram em fases diferentes do processo, informações díspares, distorcidas (com a inclusão do volume demandado pelas empresas fabricantes de refrigerantes), o que demandou diligências adicionais deste Departamento para a identificação da real demanda de mercado, ou seja aquelas constantes das fls. 453 dos autos.”*

217-Por certo que há uma massa muito grande de informações sobre preços de gás carbônico juntada aos autos, preços contidos em notas fiscais de venda do produto. Tais notas não discriminam o valor do produto adquirido dos

¹⁰ O referido dispositivo legal dispõe sobre a multa por apresentação tardia de atos concentrados, estabelecendo que a decisão do CADE pode fixá-la dentro dos parâmetros de 6.000 a 60.000 UFIR.

impostos incidentes e nem tampouco do valor cobrado pelo transporte, que varia de acordo com a distância entre a unidade de CO₂ e o cliente.

218-Outras especificidades dificultam o traçado de uma curva de preços, dado que há vendas a grandes clientes, que adquirem o gás carbônico a granel e que recebem o produto em caminhões-tanque. Há também os pequenos clientes, que adquirem quantidades reduzidas de dióxido de carbono, envasado em cilindros e transportado em caminhões comuns.

219-Desta forma, a análise de preços tornou-se mais complexa e, diante dos dados ofertados, impossível de se identificar a variação dos preços FOB. Saliente-se que, tanto na SEAE, quanto na SDE, como no CADE, as requerentes foram indagadas sobre os preços de gás carbônico praticados. Em nenhum desses momentos pode-se ter acesso a dados consistentes sobre preços.

220-O processo administrativo do CADE pauta-se no princípio da boa-fé, regra que deve nortear a apresentação de dados aos órgãos antitruste. Toda a análise técnica tem como base dados de mercado fornecidos, em grande parte, pelas próprias empresas. Cuida-se, pois, de presunção relativa da veracidade dos fatos alegados e dos dados, especialmente os de cunho econômico, que revela, as peculiaridades da estrutura do mercado relevante.

221-Do exposto, acolhendo o entendimento da SDE, sugiro seja imposta às requerentes multa pecuniária, dada a enganosidade e a contradição das informações juntadas aos autos no curso da instrução, nos termos do art. 26 da Lei nº 8.884/94. Esta atitude das requerentes dificultou o trabalho dos órgãos de defesa da concorrência e em muito contribuiu para a demora deste julgamento”.

Por fim, a Procuradoria do CADE também sugere também assinado prazo às empresas do mercado de gases industriais para que apresentem os atos que se incluam no disposto no art. 54 “*caput*” e parágrafos da Lei nº 8.884/94:

“222-Da extensa instrução processual realizada neste Ato de Concentração exsurtem diversos outros contratos de fornecimento de CO₂ ou similares, que podem significar a entrada de concorrentes no mercado relevante.

223-*Pode-se enumerar, dentre tais, o contrato entre a Air Liquide e a Rhodia, Air Liquide e Petrobrás, na REVAP, BOC Gases e Ultrafertil e outros. Estas operações devem ser apresentadas aos órgãos brasileiros de defesa da concorrência para análise, à luz do art. 54 “caput”. O disposto tem natureza de obrigação legal e deve ser cumprida pelas empresas, desde que se enquadrem nos requisitos objetivos de admissibilidade inscritos no art. 54, § 3º da Lei nº 8.884/94, referentes à participação de mercado acima de 20% ou ao faturamento das empresas superior a quatrocentos milhões.*

224-Desta forma, sugiro seja assinado prazo às empresas concorrentes do mercado de gases industriais, a fim de que apresentem os atos, sob qualquer forma manifestados, porventura firmados, a fim de que se realize a análise antitruste preventiva do art. 54 da Lei nº 8.884/94”.

8. INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES AO RELATÓRIO

Recentemente, em documento protocolado em 22 de julho de 1999, as requerentes afirmaram que a Messer enganosamente negou que estivesse investindo em planta de CO₂ no Rio de Janeiro. Além disto, reputaram como enganosas as afirmações de que a planta de Suzano/SP geraria quantidade insignificante de CO₂, bem como que sua área de comercialização seria de 200 km, quando, segundo as requerentes, seria de 500 km. Por fim, denunciaram a imposição de cláusulas anticoncorrenciais adotadas pela Messer sobre clientes.

Em 27 de julho de 1999, foi juntado fax enviado por Diretor da Ultrafertil justificando a impossibilidade da empresa em comprometer os 70 tpsds ainda excedentes na planta de Cubatão/SP a eventuais clientes.

Em 03 de agosto de 1999, foi encaminhado às requerentes o ofício CADE/ nº 1670/99, solicitando confirmação das afirmações do representante legal das empresas na Gazeta Mercantil de 02.08.1999, sobre a viabilidade dos 70 tpsds da fonte da Ultrafertil ainda não contratados, bem como da alegação de que as requerentes possuiriam apenas 56% de participação no mercado de CO₂. As respostas solicitadas se encontram em documento protocolado em 06.08.1999. Em resumo, as requerentes passaram a considerar ao existência dos seguintes *market-shares*:

- White Martins/Liquid Carbonic – 56% (715 tpsds)
- AGA – 8% (100 tpsds)

- Air Liquide - 16% (200 tps)
- BOC – 8% (100 tps)
- Messer – 12% (160 tps)

Em relação aos 70 tps da Ultrafertil, as requerentes alegaram que estes faziam parte dos 170 tps excedentes na mesma fonte. Com a contratação de 100 tps pela BOC, então matematicamente, restariam 70 tps não contratados.

É o relatório.

VOTO

1. PRELIMINAR

Ao longo do processo ficaram claras as dificuldades para a definição da dimensão produto. Estas dificuldades são provenientes de duas ordens: 1) problemas de estimativa dos graus de substituíbilidade técnica e econômica; e 2) divergências sobre o grau de complementaridade dos dois produtos e da base comum de clientes. Como visto no relatórios, e, por razões diversas, tanto a SEAE quanto a SDE consideraram dois mercados relevantes: gás carbônico e gases atmosféricos.

A SEAE considera o gás carbônico como o principal mercado relevante a ser avaliado. A SEAE justifica a definição em razão da coincidência na produção de gás carbônico entre as requerentes. A definição da SEAE baseia-se no fato de que, antes da operação, perdurou uma estrutura de mercado duopólica na Região Sudeste, ainda que durante poucos meses. Nas outras regiões ocorrera apenas a troca de controlador acionário, não tendo ocorrido modificações na estrutura concorrencial (monopólio).

Além disto, em função das contestações das concorrentes quantos aos possíveis efeitos negativos da operação sobre o setor de gases atmosféricos, a SEAE também considerou o segmento de gases atmosféricos como um segundo mercado relevante. Porém maior cuidado analítico, em especial na avaliação das barreiras à entrada, foi reservado ao mercado de CO₂.

Por sua vez, a SDE considerou o mercado de gases industriais (gás carbônico e gases atmosféricos) como o mercado relevante, porque as eficiências advindas da comercialização e distribuição conjunta dos dois tipos de gases oferece uma vantagem adicional à WHITE MARTINS no segmento de gases atmosféricos.

É claro que o uso do mesmo sistema de distribuição e comercialização nos dois segmentos de gases pode produzir economias de escala, não apenas por existir a possibilidade de se transportar, no mesmo caminhão, dois tipos de gases, obedecidas as especificidades técnicas no acondicionamento de cada gás, como por racionalizar a distribuição e comercialização, do ponto de vista da WHITE MARTINS, todo o segmento de gases industriais.

A rigor, a definição de mercado relevante tem uma orientação metodológica diversa da adotada pela SDE. Deve-se delimitar o produto relevante, não em relação à abrangência das eficiências da operação, mas em relação ao produto comum às duas empresas e eventualmente agregar possíveis produtos substitutos na oferta e na demanda. Se eventualmente gases atmosféricos e gás carbônico são substituíveis no lado da demanda, ou se suas capacidades produtivas podem ser facilmente convertidas para a produção de um ou outro produto, então seria correto afirmar que o mercado relevante é o de gases industriais.

Evidentemente, o maior grau de verticalização aumenta o capital mínimo necessário à entrada de uma nova firma, que pode ter efeitos na estrutura concorrencial do mercado de gases industriais. Porém, todas as empresas informaram que usam, ou pretendem usar, rede de distribuição e comercialização própria, o que sugere que a maior verticalização não deve produzir um custo significativo à entrada de novos *players*.

Os gases atmosféricos e o gás carbônico podem ser substituídos em algumas aplicações específicas. No caso de CO₂, as possibilidades de substituição estão associadas a algumas aplicações como, por exemplo, controle de Ph, processos de solda, metalurgia e resfriamento de alimentos. Pelas informações extraídas das requerentes, as aplicações de CO₂ onde existem produtos substitutos respondem por cerca de 31% de todo o mercado. No caso de gases atmosféricos, as possibilidades de substituição são mais restritas, cobrindo apenas 1,3% do mercado.

Poder-se-ia fazer uma definição mais rigorosa de mercado relevante, incluindo substitutos, ao menos em relação ao CO₂. Entretanto, tal procedimento seria temerário pela absoluta ausência de dados sobre o grau de substituíbilidade econômica e técnica, como por exemplo, os preços dos substitutos, a quantidade física necessária do produto substituto que seria equivalente, digamos, a 1 tonelada (ou kg) de gás carbônico para determinada aplicação, e os eventuais custos adicionais do substituto para a obtenção da mesma eficiência econômica do gás carbônico. Os dados disponíveis não permitem aferir se as possibilidades de substituição apresentadas são razoáveis do ponto de vista econômico.

Do ponto de vista da oferta, as informações disponíveis não indicam qualquer possibilidade de conversão de equipamentos destinados à produção de gases atmosféricos para a produção de gás carbônico.

Porém, de fato, a aquisição pode atingir negativamente o mercado de gases atmosféricos, a saber:

- i) elevação do capital mínimo necessário à entrada de novos concorrentes, dependendo do número de clientes em comum nos dois segmentos, criando barreira à entrada adicional.
- ii) uso da posição dominante no mercado de gás carbônico para eventuais condutas anticoncorrenciais no mercado de gases atmosféricos.

A princípio, a avaliação dos possíveis efeitos negativos no mercado de gases atmosféricos depende tão-somente da análise dos efeitos da operação sobre o mercado de gás carbônico. As possíveis condutas anticoncorrenciais alegadas pelas concorrentes só serão concretizadas se o poder de mercado da WHITE MARTINS no segmento de gás carbônico obtido com a aquisição não for contestável. Os possíveis efeitos da operação sobre o mercado de gases atmosféricos, apenas que estes efeitos, se houverem, são consequência lógica de determinada configuração concorrencial no segmento de gás carbônico.

Porém, como os gases atmosféricos fazem parte do *portfólio* de gases industriais de todas as principais empresas do ramo no mundo, e, como a atuação integrada gás carbônico/gases atmosféricos é considerada estratégia concorrencial fundamental, e além do mais, como a aquisição pode implicar em alteração na política de distribuição e comercialização da LIQUID CARBONIC, o mercado de gases atmosféricos será considerado suplementarmente neste voto.

1.3. Definição da Mercado Geográfico

Pelas razões já apontadas no relatório, os mercados geográficos dos produtos em análise devem ser definidos, no máximo, regionalmente.

Tendo em vista as definições de produto e de dimensão geográfica, a única região em que a LIQUID CARBONIC e a WHITE MARTINS concorreram com um produto comum (CO₂) foi na Região Sudeste. Como já observado, desde outubro de 1995, a WHITE procurava atuar neste mercado, inicialmente importando, de forma não-econômica, pequenas quantidades de gás carbônico da Argentina para a Região Sudeste do país e, mais tarde, a partir

de janeiro de 1996, através de uma nova unidade de produção instalada em Cubatão.

Portanto, antes da operação, a estrutura de mercado na Região Sudeste era duopólica, ainda que durante poucos meses. Nas outras regiões ocorrera apenas a troca de controlador acionário, não tendo ocorrido modificações na estrutura concorrencial (monopólio). De fato, a única alteração estrutural verificada foi na Região Sudeste, mais especificamente, em razão da concorrência que a WHITE estava exercendo a partir de sua planta em Cubatão. Assim, o mercado relevante foi construído a partir dos raios de atuação destas duas plantas.

1.4. Definição geográfica e sistema integrado de plantas

Em resposta ao ofício CADE nº 1778/98 (fls.4379/4384), as requerentes informaram 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 disto, todos os vinte principais clientes das plantas de Cubatão estão localizadas no Estado de São Paulo.

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 Paulínia atende clientes a uma distância de até 300 km. A BOC afirmou que deverá abastecer clientes localizados até 400 km de sua futura planta em Cubatão.

As audiências realizadas com as empresas poderiam sugerir que o mercado relevante se limitaria, basicamente, ao Estado de São Paulo, devendo ser considerada, para efeitos de definição de mercado relevante, apenas as plantas de CO₂ e fontes de matérias-primas localizadas no Estado de São Paulo. Porém, como nas fontes de tipo *by product*, as empresas não têm controle sobre o volume, qualidade e disponibilidade de matéria-prima, sendo as mesmas obrigadas a trabalhar com mais de uma unidade produtora de CO₂. Havendo interrupção do fornecimento de uma planta, outra planta pode repor, eventualmente, o fornecimento. A estabilidade no fornecimento é fundamental para a sobrevivência da empresa no mercado, uma vez que os principais clien-

tes (bebidas) necessitam de um fluxo contínuo do produto e, dificilmente, escolheriam uma fornecedora pouco confiável neste aspecto. Devido a estas considerações, considerei o mercado relevante geográfico como a Região Sudeste mais Paraná.

Ultrapassadas essas questões, concentro meu voto na análise dos efeitos econômicos da operação.

2. SOBRE OS POSSÍVEIS EFEITOS ANTICONCORRENCIAIS ABORDADOS PELO PROCESSO

Uma das maiores características desse processo está no elevado nível de contestação por parte de outros agentes econômicos. Todos os concorrentes e diversos clientes se manifestaram desfavoravelmente à operação. As opiniões dos principais concorrentes colhidas ao longo das diversas audiências realizadas por esse Relator estão nos autos. Destaco, a seguir, os principais efeitos econômicos adversos discutidos no transcurso do processo.

a) Efeitos Derivados da Alteração da Estrutura do Mercado

- *Monopolização do mercado de CO₂*. A operação resultou na recomposição da posição monopolista antes pertencente à Liquid Carbonic e posteriormente contestada pela própria White Martins entre outubro e março de 1995. Tal fato agravar-se-ia em razão da existência de fortes barreiras à entrada, em especial, ao acesso de matérias-primas economicamente viáveis na Região Sudeste. A nova estrutura de mercado correspondeu à prática de preços de monopólio e tem impedido o desenvolvimento de aplicações do CO₂ em segmentos importantes, tais como o congelamento de alimentos.
- *Extensão do poder de monopólio do mercado de CO₂ para o mercado de gases do ar (leverage theory)*. Algumas empresas concorrentes alegaram que a aquisição dos investimentos da LIQUID CARBONIC em gás carbônico poderá causar efeitos anticoncorrenciais no mercado de gases atmosféricos, mediante subsídios cruzados ou venda casada. Sabe-se que a maior ou menor probabilidade destas condutas depende, evidentemente, de um eventual fortalecimento do poder de mercado da WHITE MARTINS resultante desta operação, que será visto mais adiante, do grau de complementaridade destes produtos nos processos produtivos *downstream*

(insumos complementares) e das semelhanças e adaptabilidade das logísticas de distribuição dos dois produtos.

b) Efeitos Derivados da Alteração da Política Comercial

Evidentemente, a mudança de rumo da política comercial em decorrência da troca do controlador não é consequência da alteração estrutural do mercado. Deste modo, tais condutas não podem ser o objeto central da análise do presente ato. É inegável, porém, que essas possíveis condutas, embora não sejam *consequência*, podem *causar* a elevação de barreiras à entrada. Neste sentido, devem ser considerados na análise deste tópico, uma vez que a proposição de medidas no corpo deste ato de concentração quanto à prevenção de condutas específicas pode produzir efeitos estruturais benéficos sobre as condições de entrada e, portanto, reduzir os efeitos resultantes da concentração propriamente dita. As principais condutas são:

- *Açambarcamento de matéria-prima.* Foi denunciada a prática de contratos de exclusividade sobre excedentes de matéria-prima não utilizadas pela própria White Martins, em especial, junto à fonte da Ultrafértil, em Cubatão. Posteriormente, a cláusula de exclusividade sobre essa fonte foi revista, podendo ser considerada matéria ultrapassada. Porém, a Procuradoria do CADE, em seu parecer, observa a existência de indícios de açambarcamento de matéria-prima na fonte da Petrobrás, na REPLAN.
- *Criação de dificuldades a distribuidores independentes.* Denúncia elaborada por uma distribuidora localizada em Paraná, e atualmente em tramitação na SDE, refere-se a estratégia da White Martins em monopolizar o segmento de distribuição de CO₂. Originalmente, tal estratégia correspondia em impedir distribuidores independentes de adquirirem o produto. A distribuição independente de CO₂ era considerada comum à época da Liquid Carbonic. Hoje, embora a White Martins tenha revisto essa política, a referida distribuidora independente denuncia a prática de discriminação de preço FOB, uma vez que seu preço FOB seria muito superior do que os clientes diretos da White Martins, que pagariam preço CIF, o aumento do valor FOB da mercadoria para que torne o valor do frete irrisório, e rompimento de contratos com clientes que também negociem CO₂ com a distribuidora.
- *Cláusulas lesivas nos contratos-padrão de fornecimento.* Denúncia formulada pela SDE a partir da análise dos contratos de fornecimento de ga-

ses industriais da White Martins, em particular, quanto a duas cláusulas: a) prazos de denúncia excessivamente longos (20% em relação ao prazo de duração do contrato); e b) preferência em qualquer outra contratação, de qualquer outro gás fornecido.

2.1. Monopolização do Mercado de CO2.

2.1.1. Evolução do Grau de Concentração

Originalmente, as empresas apresentaram a estrutura de oferta considerando a produção cativa, que é especialmente importante na indústria de bebidas. Cerca de 40% da produção nacional tem por objetivo o consumo cativo. O estudo sobre a matéria *antitruste* ensina que o consumo cativo deve ser expurgado dos cálculos de *market-share*, sob o risco de se incorrer em graves distorções analíticas. Foi neste ponto que a SDE sugere multa às empresas por informações inconsistentes sobre diversos dados, inclusive volume de mercado, o que teria retardado a instrução processual.

Para o cálculo do *market-share*, são importantes três conceitos:

1) *capacidade nominal* - capacidade de produção da planta de CO2 por dia em condições normais de fornecimento da matéria-prima por parte da fonte supridora.

2) *capacidade vendável* - capacidade de produção da planta de CO2 por dia ponderada pelo número de dias de paralisação ou redução de fornecimento da matéria-prima por parte da fonte supridora.

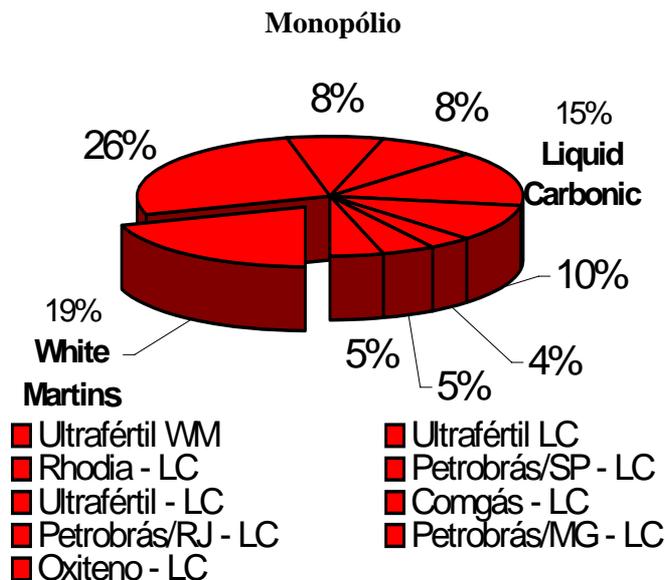
3) *disponibilidade contratada* - quantidade de matéria-prima contratada pela empresa de CO2 junto à fonte supridora.

De acordo com as empresas, o cálculo das participações de mercado deve ser realizado a partir da capacidade vendável da empresas, e não a partir da capacidade nominal de suas plantas. A capacidade nominal refere-se à capacidade da planta de produzir determinada quantidade de gás carbônico em um dia típico, em que não há interrupção ou redução do fornecimento do insumo pela fonte da matéria-prima. Não reflete, portanto, as quantidades reais produzidas pela planta.

Com base no conceito de capacidade vendável (ou instalada, segundo a SEAE), as requerentes apresentaram as informações sobre oferta das plantas de CO₂ à SEAE, detalhadamente reproduzidas no relatório.

O quadro a seguir apresenta a evolução da estrutura do mercado de CO₂. Até outubro de 1995, a LIQUID CARBONIC era monopolista na oferta de gás carbônico. Em março de 1995, a White Martins já havia iniciado a construção de sua planta de CO₂ em Cubatão. Entre outubro e dezembro de 1995, como estratégia de entrada no mercado, a White, mediante importações da Argentina, começa a participar como ofertante do produto, ainda que de forma inexpressiva. Em janeiro de 1996, a planta da White inicia sua produção de CO₂. Em maio de 1996, a White Martins assumiu o controle da Liquid resultando na recomposição do monopólio.

QUADRO 1 - Evolução da Estrutura do Mercado de Gás Carbônico Região Sudeste



Após a operação, a estrutura de oferta na Região Sudeste foi alterada com o início da operação da planta da AGA, no Rio de Janeiro, em 1997. Porém, é importante observar que o mercado consumidor da AGA restringe-se a esse Estado. Segundo informações da empresa, atualmente essa planta tem funcionado com 50% de sua capacidade instalada (50 tpd), sendo que cerca de metade de sua produção é direcionada a um grande cliente (Coca-Cola). Sua grande rival é a planta da White Martins localizada em Duque de Caxias. As plantas da White Martins em Cubatão apenas atuam neste mercado esporadicamente quando, por razões técnicas, ocorrem interrupções ou reduções de fornecimento de matéria-prima nesta planta de Duque de Caxias, garantindo, assim, o fornecimento estável do produto aos seus clientes. Com essas ressalvas, foi incluída a planta da AGA na estrutura de oferta da Região Sudeste.

Cabe ressaltar, também, que a entrada da AGA no Rio de Janeiro em nada afetou a concorrência pelo mercado consumidor de São Paulo, como se pode observar, mais adiante, pelo comportamento dos preços. A efetiva entrada da AGA neste mercado apenas será possível se a mesma conseguir obter outra fonte de CO₂, de preferência, próxima a esses consumidores.

Em 1997, o contrato de fornecimento entre a White Martins e a Rhodia (Paulínia) encerrou-se e, após acirrada disputa comercial, a Air Liquide obteve o direito de exploração da matéria-prima. Segundo últimas informações, a efetiva entrada desta planta da Air Liquide no mercado de CO₂ está prevista para 1999. Atualmente, a Air Liquide informou, em audiência realizada no dia 10/11/98, que tem produzido apenas 40 tpd, sendo que a maior parte dirige-se, cativamente, para a própria Rhodia.

Há que se destacar, também, que o contrato de fornecimento de matéria-prima entre a refinaria Henrique Lage (S.J. dos Campos) e a White Martins encerrou-se em dezembro de 1997, havendo a notícia de que a Air Liquide obteve o direito de fornecimento do insumo. Em resposta ao ofício 1781/98 a Air Liquide informou que a planta de CO₂ em São José dos Campos deverá iniciar seu funcionamento a partir do 2º trimestre de 1999¹¹. Podemos, assim,

¹¹ A operação correspondente à alienação pela Liquid Carbonic à Air Liquide da unidade de purificação e liquefação de CO₂, situada em S.J. dos Campos foi subme-

considerar a futura entrada da Air Liquide no mercado relevante como uma realidade, já que em menos de um ano terá duas plantas em operação, garantindo a estabilidade de fornecimento do produto de CO₂ aos seus clientes, que é um elemento fundamental neste mercado.

Um dos principais elementos a favor da White Martins na disputa por clientes deve-se à estabilidade do fornecimento do produto, devido à disponibilidade de CO₂ de várias plantas, em diferentes épocas do ano, o que proporciona maior credibilidade a esta, já que os clientes dificilmente optariam por um fabricante sujeito a problemas de interrupções do produto. Além disto, nada se garante que o ganho de *market-share* futuro da Air Liquide seja equivalente à sua participação em termos de capacidade instalada, uma vez que a empresa informou que o preço de aquisição do insumo junto à Rhodia é bem superior aos preços usualmente pagos pela White Martins, o que já se configura como uma desvantagem competitiva.

Ainda assim, optamos por incluir as capacidades das plantas de CO₂ da Air Liquide em São Paulo, por considerar que se trata de um elemento que poderá influir na estrutura concorrencial futura, embora não corresponda plenamente à realidade atual, qual seja, o quase monopólio da White Martins no mercado de CO₂.

Houve também a notícia nos autos de que a Air Liquide iniciou a construção de uma planta de CO₂ na Peróxidos do Brasil (Curitiba), cujo início de funcionamento estaria previsto para 1999. Na audiência realizada no CADE, a empresa informou que esta planta visaria, predominantemente, o mercado do Sul e, ocasionalmente, nos períodos de oscilações de fornecimento, atenderia a Região Sudeste. Porém, a empresa afirmou que as negociações ainda são muito preliminares, uma vez que a fonte fornecedora tem sinalizado ter maior interesse no negócio de gás natural do que em nafta, o que reduziria a disponibilidade de CO₂ bruto em cerca de 35%. Assim, segundo os representantes da Air Liquide, as tratativas junto a esta fonte estariam praticamente paralisadas. Portanto, não considerarei esta planta como parte da estrutura de oferta.

Mais uma vez, cumpre lembrar que a inclusão da planta de Paulínia deve ser vista com reservas, uma vez que a Air Liquide informou que maior parte da produção será destinada à própria Rhodia. Assim, podemos considerar que, embora tenha havido alguns movimentos de entrada, ainda não houve uma

tida à apreciação do CADE em 02.02.99 (AC n.º 08012.000878/99-21), e distribuída para mim em 23.02.99.

desconcentração efetiva. Portanto, a operação implicou em maior grau de concentração e na efetiva monopolização do mercado de CO₂, permanecendo assim até os dias atuais. Entretanto, é razoável supor que, com o início do funcionamento da planta da Air Liquide em São José dos Campos no 2º trimestre de 1999 a estrutura de mercado deverá sofrer importante alteração, embora ainda com a ampla liderança da White Martins.

A BOC obteve o direito de explorar e comercializar 100 tpd do excedente de CO₂ da Ultrafertil, em Cubatão, que não era aproveitado pelas plantas da White Martins, anteriormente indisponível para outras empresas, por força de cláusula de exclusividade, hoje inexistente. Tendo em conta as informações sobre redução/interrupção de matéria-prima desta fonte, a capacidade vendável deve ficar em torno de 80 tpd. Porém, como sua planta ainda está em início de construção e como sua efetiva entrada está comprometida com a necessidade de constituição de uma segunda planta, não considere a futura planta da empresa como parte da atual estrutura de oferta.

De acordo com o Panorama Setorial da Gazeta Mercantil (Gases Industriais/março de 1999), a BOC deverá direcionar-se para a indústria alimentícia: *“para isso a estratégia usada será oferecer o produto a um preço mais baixo do que o praticado para a indústria de refrigerantes (maior mercado para o gás carbônico). O setor de bebidas suporta um preço mais alto, porque o CO₂ não tem substituto nessa indústria. No setor de alimentos, se o preço não compensar, a empresa faz refrigeração mecânica em vez de utilizar o sistema de gás”*. (pag.90). Nos EUA, o setor alimentício tem um peso de 35% para o mercado de CO₂, enquanto que no Brasil a participação é de apenas 1%, o que sugere a existência de grande potencial nesse setor. Entretanto, considero que a entrada efetiva da BOC (que dependerá da constituição de uma segunda planta), por procurar atender um segmento muito específico da demanda de gás carbônico, pouco influirá no comportamento de todo mercado, em particular, no setor de bebidas, onde sabe-se que o CO₂ é insubstituível.

Por fim, foi solicitada à empresa Messer Griesheim informações sobre as suas unidades de CO₂ localizadas em Jundiaí/SP (Panamco Spal) e Suzano/SP (Hoechst/Clariant). No caso da Panamco Spal, a empresa informou que o início de funcionamento deverá ocorrer em agosto de 2.000, com capacidade instalada de 60 tpd, sendo 40 tpd fornecidas à própria Spal. No caso da unidade localizada em Suzano, o início de funcionamento está previsto para agosto de 1999 e sua capacidade instalada é cerca de 40 tpd, cujo total

deverá estar disponível para o mercado. A área de comercialização situa-se em torno de 200 km de suas respectivas plantas. Assim, cerca de 60 tpd deverão estar disponíveis no mercado até meados do ano 2.000, que hoje corresponderia a cerca de 5% de toda a oferta de CO₂ da Região Sudeste.

Tomando por base estas informações, a participação da WHITE/LIQUID no total da capacidade vendável no mercado relevante Sudeste mais Paraná em 1999, seria hoje cerca de 73% (*ver relatório*). O gráfico abaixo apresenta a evolução do HHI, desde o momento imediatamente anterior à operação, até as entradas das concorrentes.

GRÁFICO

CO₂ - EVOLUÇÃO DO HHI (capacidade vendável)

data	market-share da White Martins	HHI
Antes da entrada da White Martins	-	10.000
início de 1996	18,9%	6.934
operação (abril de 1996)	100%	10.000
1999	73,7%	5.620

É importante mencionar que, no caso da BOC e da AGA, seria muito arriscado supor que se tratem de entradas consolidadas. A principal razão para isto é que, neste mercado específico, a concorrência efetiva só é possível com a instalação de duas plantas em fontes diversas. Isto porque as fontes, por razões técnicas, interrompem seu fornecimento de CO₂ bruto periodicamente. Por exemplo, como já visto, a Ultrafertil interrompe o fornecimento de CO₂ bruto durante 65 dias ao ano. Se o produtor não possuir uma segunda planta, que garanta o fornecimento contínuo do produto em períodos de oscilação na produção da primeira planta, certamente não ganhará credibilidade junto aos clientes.

Assim, concluo que, embora se tratem de movimentos de entrada importantes, são insuficientes para modificar significativamente a estrutura concorrencial, que continuará a ser amplamente dominada pela White Martins. Mais ainda, no atual estágio tecnológico, a fonte de CO₂ mais viável economicamente, na Região Sudeste, provém da tecnologia *by product*, comprovadamente escassa, como se observará mais adiante. Deste modo, a menos que

ocorram alterações significativas na oferta deste insumo, deve-se esperar, no atual estado das artes, que estas entradas sejam cada vez menos freqüentes, devendo atuar marginalmente, isto é, nas franjas deste mercado.

Neste caso, como bem observa a Procuradoria do CADE, sob o critério de sistema integrado de plantas, deve-se excluir a AGA e a BOC do número de concorrentes efetivos na Região Sudeste mais Paraná, uma vez que essas empresas dificilmente podem comercializar quantidades importantes de CO₂ em um raio superior a 300 km, sob o risco de perda de credibilidade. Considerando-se ainda que as plantas da Messer não são de sub-produto, mas de combustível de gás natural, a única concorrente efetiva em toda Região Sudeste seria a Air Liquide. Embora a Messer não necessite de planta para fazer o *back-up*, uma vez que não é vulnerável a interrupções de fornecimento, como o custo de purificação do CO₂ é bem mais elevado, sua área de comercialização é extremamente reduzida, não ultrapassando 200 km de distância de suas plantas. Sob o critério de concorrentes efetivos, o HHI ainda seria extremamente alto (cerca de 7888 pontos).

Nas outras regiões não houve alteração estrutural no segmento de gás carbônico após a operação, ocorrendo apenas a transferência da participação de mercado, antes pertencente à LIQUID CARBONIC, para a WHITE MARTINS. Deve-se ressaltar que a mudança de controle acionário, embora não altere o grau de concentração, não necessariamente deixa de produzir efeitos sobre as condições de concorrência. Porém, cabe registrar a opinião da SEAE neste tópico: “*A análise das barreiras à entrada, entretanto, não foi capaz de identificar quaisquer alterações nas condições de entrada nesses mercados. Observe-se que, à exceção da região sudeste, nas demais regiões do país existem fontes de insumo disponíveis em quantidade superior à demanda. Desta forma, as condições de entrada também não se modificaram. Além disso, nenhum outro atributo estrutural dos mercados regionais parece ter sido alterado pela operação. Dessa maneira, é possível concluir que não houve alteração no poder de mercado do ofertante de gás carbônico nos demais mercados regionais. E se não houve mudanças no poder de mercado a operação não causou problemas do ponto de vista do controle antitruste preventivo*” (fls. 1561).

2.1.2. Evidência do Poder de Monopólio: Preços Internacionais versus Preços Nacionais

A discrepância entre preços internacionais e preços nacionais sugere a existência de condições estruturais favoráveis a comportamentos monopolísticos nesse mercado (*ver relatório*).

Entretanto, segundo as empresas, as diferenças de preços entre o Brasil e outros mercados reside no que eles denominam de “margem de contribuição”, que nada mais é do que o preço FOB dividido pelo custo de aquisição da matéria-prima (*ver relatório*).

É importante ressaltar, porém, que, embora este conceito de margem de contribuição seja interessante, obviamente, o que importa é a margem de lucro da empresa, que é a diferença entre o preço do produto subtraído pelo seus custos. Além disto, este conceito não capta as diferenças de outros custos entre o Brasil e os outros países (mão-de-obra, custo de capital, etc.).

Podemos ter uma idéia aproximada, ainda que imperfeita, das diferenças das margens de lucros entre estes países, reduzindo o preço FOB do gás carbônico pelo custo de aquisição da matéria-prima.

QUADRO 6

CO2 - LUCRO BRUTO

País	Preço fob (us\$ ton ex fábrica) - Custo de aquisição da matéria prima
Estados Unidos	81
Itália	146
Espanha	194
Brasil	183

Fonte: requerentes, elaboração: CADE.

Aparentemente existe uma correlação inversa entre tamanho da economia e margem de lucro. Países de porte econômico semelhante, como Brasil e Espanha apresentam dados parecidos, ao passo que nos EUA o setor aparenta ter uma margem de lucro bem menor. Possivelmente, sendo as plantas industriais a principal fonte da matéria-prima de gás carbônico, quanto mais desenvolvido for o segmento industrial da economia, maior a abundância de matéria-prima disponível e, portanto, maior a probabilidade de haver uma estrutura de

mercado competitiva¹². Os dados sugerem à agência *antitruste* um particular cuidado neste mercado¹³, uma vez que, por razões estruturais, há a tendência do mesmo ser relativamente mais concentrado do que em países industrialmente mais desenvolvidos.

O mercado de CO₂ apresenta diversas possibilidades de aplicações, atualmente inviáveis devido aos preços elevados. 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. As concorrentes alegam que os preços atualmente praticados inviabilizam estas alternativas para os consumidores. Deve-se esperar queda nos preços e aumento da demanda à medida em que a concorrência se tornar efetiva.

2.1.3. Condições Estruturais Para o Exercício Abusivo de Posição Dominante

O exercício da posição dominante da WHITE MARTINS em detrimento das demais concorrentes depende das dificuldades ou facilidades à entrada de concorrentes potenciais no mercado relevante. A concorrência potencial, por disciplinar a possível instrumentalização da posição de domínio para a monopolização do mercado, deve ser adequadamente avaliada.

Estima-se que o custo para a instalação de uma planta de CO₂ com escala de 100 tpd seja de R\$ 10 a R\$ 15 milhões. Considerando que as entrantes potenciais neste mercado são as rivais da Praxair/CBI no mercado de gases atmosféricos e no mercado internacional de CO₂, estes custos não são significativos. Como o produto é homogêneo, inexistem custos de diferenciação, não havendo barreiras à entrada desta natureza. Por fim, a tecnologia de produção e logística de comercialização, distribuição e transporte é de amplo domínio e conhecimento de todas as empresas que atuam no segmento de gases industriais. No entanto, a análise dos autos permitiu identificar algumas barreiras à

¹² O mercado americano de dióxido de carbono é de 27.500 TPD (manifestação da Messer, 16 de dezembro de 1996, fls.276), cerca de 23 vezes maior do que a produção nacional (1200 TPD).

¹³ Por exemplo, o monopólio pode ser adquirido pela chamada *vantagem do pioneiro* e sustentado mediante contratos de longo prazo junto à fonte fornecedora da matéria-prima.

entrada: redução da demanda nos últimos anos, excesso de capacidade ociosa, em especial da planta da White Martins em Cubatão, escassez de fontes de matéria-prima e existência de contratos de longo prazo.

Redução/crescimento da demanda

As requerentes argumentam que as perspectivas de crescimento da demanda, seja em função do crescimento esperado para o setor de bebidas, seja em razão das possibilidades de aplicação de novos produtos estimulariam novas entradas, em especial, das empresas já participantes do mercado de gases do ar. De fato, nos últimos anos, o consumo de bebidas gasosas tem crescido constantemente. Segundo estimativa da ABIR - Associação Brasileira da Indústria de Refrigerantes, o consumo total de refrigerantes em 1998 deve chegar a 11,5 bilhões de litros, contra 10,6 bilhões em 1997 e 9,8 bilhões em 1996 (Balanço Anual 1998/ Gazeta Mercantil). Entretanto, as próprias requerentes observam que 20% do total de CO₂ produzido pelas indústrias de bebidas excede suas necessidades cativas. Desta forma, é razoável supor que, antes de recorrer ao mercado, as fábricas de bebidas devem explorar seus próprios excedentes de gás carbônico. Além disto, o crescimento deste mercado tem sido a taxas menores do que os sugeridos pelas requerentes (13% a.a.). Por fim, em razão da atual crise econômica, todos os prognósticos econômicos apontam para uma redução do ritmo de crescimento da economia no curto prazo. De acordo com os dados constantes no Balanço Anual da Gazeta Mercantil, apresentados a seguir, todas as principais empresas do setor de gases industriais, com exceção da própria White Martins, tem conhecido redução de seus lucros e queda nas vendas em 1997.

Como se percebe abaixo, os dados sobre o comportamento do setor de gases industriais nos últimos dois anos diferem substancialmente da taxa média de crescimento dos anos anteriores apresentadas pelas requerentes.

LUCRO BRUTO NO SETOR DE GASES INDUSTRIAIS - principais empresas (1996/1997)

<i>Empresa</i>	<i>1996</i>	<i>1997</i>	<i>%</i>
White Martins	206.691	209.459	1,3
Liquid Carbonic	31.452	11.783	-62,5
AGA	65.501	63.894	-2,4
Air Liquid	29.854	24.907	-16,6
TOTAL	333.498	310.043	-7

Fonte: Gazeta Mercantil/Balço Anual (1997 e 1998)

EVOLUÇÃO REAL DAS VENDAS DE GASES INDUSTRIAIS - principais empresas (1997)

White Martins Gases	15,6%
Liquid Carbonic	-55,4%
AGA	-4,9%
Air Liquid	- 5%

Fonte: Gazeta Mercantil/Balço Anual- 1998

De acordo com a SEAE e com as requerentes, uma das principais características da demanda, devido ao peso da indústria de bebidas, é o seu grau de sazonalidade, uma vez que as vendas de bebidas atingem seu pico no verão. Portanto, como são dimensionadas em relação à demanda de pico, as plantas de gás carbônico devem possuir razoável grau de ociosidade média. Com as previsões de crescimento apresentadas pelas requerentes, em menos de dois anos, a produção efetiva alcançaria a demanda de pico.

A realidade indica, na verdade, a existência de alto grau de capacidade ociosa no segmento de gás carbônico, em parte devido à estagnação do mercado desde 1996.

O gráfico abaixo apresenta as quantidades adquiridas pela WHITE/LIQUID nas unidades produtoras da Ultrafértil.

Embora haja grande volatilidade nas quantidades adquiridas, em especial nas plantas de Cubatão, não se percebe qualquer sazonalidade anual significativa. Evidentemente, uma posição definitiva sobre esta questão requer-se-ia uma série bem mais ampla. Sobressaem-se, entretanto, as enormes diferenças das quantidades adquiridas entre as duas plantas de Cubatão. Isto nos leva às considerações do item seguinte.

Capacidade Ociosa

O uso da capacidade ociosa como instrumento de barreira à entrada de novas firmas já é um tema clássico em Organização Industrial. A existência de ex-

cesso de capacidade instalada em mercados altamente concentrados é particularmente danosa ao consumidor porque desencoraja a entrada de um concorrente potencial. Possuindo capacidade ociosa em excesso a empresa atuante pode reduzir preços e aumentar quantidades em um curtíssimo prazo de tempo à menor ameaça de entrada, o que lhe permite manter preços acima dos níveis competitivos.

No relatório já foi demonstrada a existência de grande capacidade ociosa da planta da White Martins em Cubatão e, inclusive, uma significativa diferença nos volumes consumidos pelas duas plantas de Cubatão. Pelas informações apresentadas pela própria Ultrafertil (fls. 1061/1064 e 4507/4510; *ver relatório*), obtemos os seguintes dados de capacidade ociosa:

CAPACIDADE EM USO - CUBATÃO E ARAUCÁRIA

<i>plantas instaladas junto à Ultrafertil</i>	<i>capacidade usada em relação ao volume contratual disponível(%)</i>			<i>capacidade usada em relação à capacidade nominal (%)</i>			<i>capacidade usada em relação à capacidade vendável (%)</i>		
	ano I	ano II	ano III (*)	ano I	ano II	ano III (*)	ano I	ano II	ano III (*)
White Martins (Cubatão)	29,7	29,8	25,7	29,7	29,8	25,7	37,2	37,3	32,2
Liquid Carbonic (Cubatão)	53,9	40,1	33,7	71,4	53,1	44,6	86,7	66,2	55,8
Liquid Carbonic (Araucária)	37,5	44,8	36,1	37,5	44,8	36,1	56,3	67,2	54,2

Elaboração: CADE

(*) considerando apenas julho a dezembro de 1998

Nota: ano I: 01.07.96 a 30.06.97

ano II : 01.07.97 a 30.06.98

ano III : 01.07.98 a 30.06.99

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 cerca de 65% (em relação à capacidade vendável - 160 tpd), esta planta apenas alcançaria o

teto de sua capacidade vendável daqui a 9 ou 10 anos. A planta da Liquid Carbonic tem uma *performance* média muito melhor (média anual de 41% de capacidade ociosa).

A SDE também diagnosticou capacidade ociosa na Oxiteno: “ a Oxiteno informa que sua fonte de CO2 em Mauá-SP é subutilizada pelo 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, em média, 35,42% do CO2 disponibilizado não são consumidos” (fls. 4.117).

As requerentes alegam que a SDE confundiu capacidade nominal de capacidade vendável e que os dados (no caso da Ultrafertil) consideraram apenas os meses de julho e agosto de 1997 (fls. 4250). Porém, como se percebe pela tabela acima, ocorreu ociosidade extremamente elevada, mesmo sob o critério de “capacidade vendável”. Além disto, os dados não se restringem a apenas estes dois meses, como estranhamente contestam as requerentes, mas já naquela época também incluía o período de 01/07/96 a 30/06/97. Posteriormente, a Ultrafertil forneceu dados até julho de 1998. De fato, mesmo desconsiderando aqueles dois meses (por serem meses de inverno, como alegam as requerentes), houve, sem contestação, subutilização considerável da capacidade vendável no primeiro ano contratual, em especial na planta da White Martins em Cubatão (cerca de 63% de capacidade ociosa) e na planta de Araucária (cerca de 44% de capacidade ociosa), assim como os anos seguintes.

Ainda assim, mais uma vez é importante notar que, pelas informações fornecidas pela Ultrafertil sobre quantidades mensais de aquisições de CO2 pela White/Liquid, não se percebe qualquer relação de sazonalidade (inverno/verão) nas suas plantas:

QUADRO – AQUISIÇÕES DA WHITE/LIQUID NAS FONTES DA ULTRAFÉRTIL EM JULHO/AGOSTO E JANEIRO/FEVEREIRO DE 1996 E 1997 (TONELADAS)

	<i>Ultrafertil (Cubatão e Araucária)</i>	
	<i>1996</i>	<i>1997</i>
Julho/agosto	17.796	10.836
<i>Janeiro/fevereiro</i>	11.442	17.873

Fonte: Ultrafertil (fls. 1061); elaboração: CADE

Posteriormente, no ofício nº 2.173/98, foi solicitado às requerentes informar a média anual das quantidades vendidas de CO₂ (toneladas/dia), de cada planta de CO₂ na Região Sudeste em 1996, 1997 e 1998. Os dados fornecidos dizem que em todas as plantas a produção máxima de CO₂ é muito próxima da capacidade nominal das plantas e que o grau de ociosidade (em relação à capacidade nominal) varia em torno de 20%. Estes dados se contradizem profundamente com as informações apresentadas pela Ultrafertil, como se percebe pelo quadro abaixo:

QUADRO
PRODUÇÃO MÁXIMA E MÉDIA DE CO₂ – CUBATÃO/SP E ARAUCÁRIA

	CUBATÃO		ARAUCÁRIA	
	MÁXIMA	MÉDIA	MÁXIMA	MÉDIA
• 1996				
<i>Requerentes (produção)</i>	444	317	150	88
<i>Ultrafertil (aquisições)</i>	308	184	143	72
• 1997				
<i>Requerentes (produção)</i>	455	264	134	81
<i>Ultrafertil (aquisições)</i>	288	174	103	57
• 1998				
<i>Requerentes (produção)</i>	442	252	132	78
<i>Ultrafertil (aquisições)</i>	263	156	101	52

Fonte: Requerentes e Ultrafertil; elaboração: CADE

Percebe-se nítida discrepância entre os dados de produção (t/dia) fornecidos pelas requerentes e os dados referentes a aquisições por dia (em média) extraídos a partir das informações da Ultrafertil. Os cálculos obtidos a partir das informações da Ultrafertil estão em anexo a este voto.

As requerentes apresentaram duas séries sobre evolução de preços, nacionais e região de São Paulo. A série de preços nacionais (*ver relatório*) corresponde a preços médios de vendas a granel e a varejo entre janeiro de 1993 a dezembro de 1995, em dólares até junho de 1994 e em reais a partir de julho de 1994. Os preços nacionais de gás carbônico apresentam relativa estabilidade, variando em torno de um preço médio de 640 reais por tonelada. Não se percebem movimentos cíclicos de preços, como se poderia esperar de um produto com características sazonais. Ao contrário, os dados demonstram uma evolução crescente dos preços, queda brusca dos preços entre abril e junho de 1994, e retorno à tendência crescente anterior. A explicação para isto talvez seja o grau de ociosidade média relativamente alto. Como não havia concorrência até a entrada da White Martins no final de 1995, a LIQUID CARBONIC, com seu poder de monopólio, mantinha o mesmo nível de preços mesmo em meses de retração da demanda por CO₂. Além disto, os dados incorporam vendas a clientes a outros setores, como por exemplo, o metalúrgico, cuja demanda não é mais constante ao longo do ano.

O problema dos dados é o seu caráter extremamente generalizante, não apenas por incluir todos os segmentos de demanda, como também se referir a todo o mercado nacional e, portanto, não captar adequadamente o comportamento dos preços no mercado relevante.

Em solicitação à SEAE, as requerentes também apresentaram os preços de CO₂ praticados pela WHITE MARTINS antes da aquisição. Assim, as empresas apresentaram dados de preços CIF para a região de São Paulo, portanto, dentro do mercado relevante (*ver relatório*). Porém, preliminarmente, deve-se ressaltar que as duas séries de preços não são comparáveis, por se tratarem de mercados geográficos distintos.

Em março de 1995, como parte de sua estratégia de entrada no mercado de CO₂, a WHITE MARTINS iniciou a construção de sua planta de CO₂ em Cubatão/SP, já negociando o fornecimento para alguns clientes antes do início da operação da planta. No final de 1995, a WHITE começou a ter participação efetiva no mercado, importando pequenas quantidades de dióxido de carbono, a custos relativamente elevados, da Argentina. No início do ano, ao entrar em operação a planta da WHITE, seu preço CIF reduziu substancialmente de R\$ 698 por tonelada para cerca de R\$475 por tonelada. Desde então, os preços tem se mantido relativamente estáveis

Posteriormente, foi solicitada série de preços de CO₂ em cilindros desde outubro de 1995 (*ver relatório*). Os preços tiveram redução relativamente significativa entre final de 1995 e início de 1996. Desde então, especialmente a partir de 1997, os preços mantiveram tendência relativamente crescente até alcançarem o patamar de preços vigente em outubro de 1995.

Como o produto é homogêneo, é muito provável que a concorrência via preços ou quantidades seja a estratégia competitiva mais eficaz para manter ou aumentar determinada fatia de mercado, ou seja, o consumidor comprará do produtor que oferecer o menor preço. Por sua vez, uma capacidade ociosa relativamente elevada, além de indicar a existência de poder de monopólio, permite uma certa flexibilização dos níveis de produção ou dos preços sempre que houver qualquer ameaça de concorrência potencial.

Os dados de preços e quantidades sugerem que 1) no período analisado, não se percebeu relação clara entre capacidade instalada e demanda de pico, e 2) a planta de CO₂ WM de Cubatão possui elevada capacidade ociosa, independente da época do ano, o que forçosamente nos leva a concluir de que se trata de uma planta efetivamente sub-utilizada¹⁴, o que pode nos conduzir a sérias preocupações de natureza *antitruste*.

Escassez de matéria-prima

A principal barreira à entrada identificada por todas as concorrentes refere-se à escassez de fontes industriais de *by product*. Nem a SEAE, nem a SDE, consideraram a combustão parte do conjunto das fontes disponíveis de matéria-prima na Região Sudeste. A própria White Martins, embora ressalte as vantagens da planta de combustão, devido à maior flexibilidade da localização da planta ou à possibilidade de co-geração de termoeletricas, informou que os custos de instalação e de produção são, respectivamente, 34% e 60% superiores a uma planta *by product* (audiência pública-01/12/98). A geração de CO₂ via combustão é viável apenas em regiões onde inexistam fontes de subproduto. Assim, mesmo que se argumente que as plantas de combustão possam apresentar alguma vantagem sob os atuais preços, particularmente para a produção *on site* para grandes clientes, possivelmente não será a preços competitivos. Portanto, o investimento em planta de combustão para concorrer com uma planta de sub-produto, ainda mais em contexto de capacidade ociosa

¹⁴ É fácil se perceber isto, visto que a planta de Araucária possui capacidade vendável de 100 tpd, ao passo que as plantas de Cubatão possuem capacidade vendável de 160 e 200 tpd.

elevada, é extremamente arriscado. Abaixo estão relacionados as fontes de matéria-prima das plantas de CO₂ da White Martins/Liquid Carbonic:

QUADRO - TIPOS DE FONTE UTILIZADOS PELA WHITE MARTINS/LIQUID

<i>Combustão</i>	Belém/PA, Fortaleza/CE, Hidrolândia/GO e Cachoeirinha/RS
<i>Amônia (sub-produto)</i>	Cubatão/SP (duas plantas na Ultrafértil), Araucária/PR (Ultrafértil), Camaçari/BA (Petrobrás/FAFEN) e Laranjeiras/SE (Petrobrás/FAFEN)
<i>Hidrogênio (sub-produto)</i>	Paulínia/SP (Rhodia), S.J. dos Campos (Petrobrás/Refinaria), Duque de Caxias/RJ(Petrobrás/Refinaria), e Betim/MG (Petrobrás/Refinaria)
<i>Gás Natural (sub-produto)</i>	São Paulo/SP (COMGÁS)
<i>Óxido de Etileno</i>	Mauá/SP Oxiteno)

Fonte: Requerentes

Ao longo do processo, a White Martins identificou outras fontes de CO₂ que possivelmente seriam economicamente viáveis: as fontes de usinas de açúcar e álcool e plantas com produção de hidrogênio da Petrobrás, em especial, nas refinarias da REPLAN (Paulínia) e RPBC (Cubatão), bem como na própria Ultrafértil, que ainda possuiria cerca de 70 tpsd de CO₂ ainda não contratados.

Embora forneçam CO₂ com alto grau de pureza, as usinas de açúcar e de álcool nunca foram fornecedoras tradicionais de CO₂. A principal razão para isto está na sazonalidade da produção. As usinas operam apenas durante sete meses do ano. Nos outros meses, o CO₂ seria fornecido via combustão através da queima do bagaço da cana, o que eleva substancialmente os custos de produção. Além disto, parte deste bagaço é aproveitado para a operação da própria usina.

Quanto aos 70 tpsd teoricamente disponíveis na Ultrafértil, em 27.07.99, a própria Ultrafértil considerou que seu aproveitamento é inviável. Para tanto, ela levou em conta que a flutuação no volume de matéria-prima fornecida em

quantidades tão reduzidas representariam um risco excessivo ao cliente e, conseqüentemente, uma maior onerosidade contratual para a Ultrafertil.

Já no caso das refinarias da RPBC e da REPLAN, embora o CO₂ bruto posua um teor de pureza de 55%, inferior ao teor de outras fontes (o CO₂ bruto produzido das fontes de amônia, por exemplo, possui cerca de 99% de grau de pureza), são consideradas “boas fontes” por todas as concorrentes. A rota tecnológica destas refinarias para a geração de hidrogênio é capaz de obter uma corrente de gás de purga, subproduto do processo de purificação do hidrogênio. Para ser comercialmente viável é necessária a construção de uma unidade que separe o CO₂ do gás de purga dos demais componentes, obtendo-se uma corrente rica em CO₂.

No dia 01/12/98, foi enviado ofício à ABAST-MKC/GERESF solicitando informações sobre a atual situação das duas refinarias, inclusive sobre preços oferecidos pelas concorrentes e condições de comercialização. Em sua resposta, a Petrobrás confirmou o interesse em selecionar parceria no intuito de partilhar os riscos dos investimentos necessários à purificação do CO₂. Portanto, não se trata de mera relação de compra e venda, como em outros contratos, mas de um regime de parceria¹⁵, uma vez que, da unidade que se produzirá a corrente de CO₂ pura, também será obtida uma corrente de gás residual, que deverá retornar à unidade de geração de hidrogênio da refinaria na forma de combustível.

A Petrobrás informou que as empresas AGA S/A, Air Liquide Brasil S/A, Air Products Gases Industriais Ltda., BOC Gases do Brasil S/A, Messer Griesheim do Brasil Ltda, e White Martins Gases Industriais S/A manifestaram interesse pelas fontes, em especial, pela fonte da REPLAN. Assim, a Petrobrás inicialmente optou por estruturar o negócio na REPLAN, deixando para um segundo momento a RPBC.

A Petrobrás também informou que a White Martins apresentou a melhor proposta. No entanto, o processo de negociação encontra-se suspenso

¹⁵ Na relação de parceria, a Petrobrás entra com o terreno, gerência da construção e contrato de longo prazo de venda de matéria-prima e utilidades, além de assumir os custos operacionais da unidade de separação, purificação e liquefação de CO₂. O parceiro é responsável pelos investimentos (entre US\$ 6 milhões e US\$ 13 milhões) e deve assumir contrato de longo prazo de compra de CO₂ com base em sistema *take or pay*. O contrato deverá ter duração de 10 anos. Após seu encerramento, a Petrobrás assumiria a propriedade das instalações.

devido a desacordos da Petrobrás com novos pleitos da White Martins, que modificam a natureza da oferta inicial da mesma¹⁶. A própria White Martins, na audiência pública realizada em 01/12/98, já havia admitido ter interesse em adquirir a fonte da REPLAN por ter perdido a disputa pela fonte da Rhodia, que também está localizada em Paulínia, para a Air Liquide. As duas fontes juntas são capazes de fornecer mais de 900 tpd (474 tpd na REPLAN e 452 tpd na RPBC), quantidade equivalente a toda a capacidade instalada na região sudeste mais Paraná.

Evidentemente, a aquisição da fonte da REPLAN pela White Martins, a se concretizar, resultará em restrição significativa à entrada de novos concorrentes. A situação é ainda mais grave se considerarmos que dificilmente a demanda poderá absorver as 474 toneladas diárias da REPLAN, ao menos nos atuais níveis de preços.

É importante registrar que estas observações sobre a REPLAN e RPBC servem para qualificar a afirmação de que estas duas fontes seriam plenamente viáveis. Dificilmente a Petrobrás teria interesse em firmar parceria que implicasse na alteração da rota tecnológica de produção de hidrogênio em favor da construção de uma planta de CO₂ com escala reduzida, mesmo porque o gás de purga produzido já tem servido como combustível para a unidade de hidrogênio. Além disto, como o CO₂ não faz parte do *core bussines* da empresa, dificilmente a Petrobrás optaria por uma parceria que redundasse na construção de uma planta de pequeno porte e que comprometesse seu negócio mais importante, a unidade de geração de hidrogênio. Por sua vez, nenhuma empresa, isoladamente, deseja assumir investimentos em uma unidade de CO₂ capaz de absorver as 474 tpd da REPLAN, a não ser a White Martins, que se dispõe a investir em uma planta deste porte desde que adquira apenas a metade do CO₂ disponibilizado pela REPLAN, o que configuraria virtual açambarcamento de recursos.

Parece ser evidente que a solução ótima, para a Petrobrás, seria a construção de uma planta de CO₂ capaz de absorver todo o gás de purga produzido pela unidade de hidrogênio e que o parceiro adquirisse toda a matéria-prima disponível. Por sua vez, não existe economicidade para cada empresa

¹⁶ A proposta original da White Martins consistia pagar US\$ 70 por tonelada de matéria-prima em sistema *take or pay* em contrato de 10 anos. Posteriormente, após ter ganho a concorrência, a empresa propôs adquirir apenas metade das quantidades a serem disponibilizadas nos primeiros cinco anos, o que resultou na suspensão das negociações.

isolada em produzir 474 tpd de CO₂, uma vez que não haveria mercado para isso no curto prazo e no atual nível de preços. O CO₂ tem diversas finalidades pouco aproveitadas no Brasil em virtude dos altos preços praticados, tais como resfriamento de alimentos e tratamento de efluentes. A impossibilidade em se obter uma solução privada para o adequado aproveitamento destas fontes de matéria-prima pelas empresas concorrentes implica na provável manutenção de elevadas barreiras à entrada, dos preços atuais, bem como da atual estrutura quase monopólica vigente.

Desta forma, concluo que o remédio *antitruste* em relação ao problema da escassez de matérias-primas não deve se limitar às fontes da REPLAN e da RPBC, mas deve abarcar a possibilidade de surgimento de novas fontes de CO₂ economicamente viáveis na Região Sudeste.

Sistema integrado de plantas

Consensualmente, todas as empresas, inclusive a requerente, concordaram que a entrada com apenas uma planta é precária e insustentável no longo prazo. O motivo reside, como já foi dito anteriormente, na instabilidade do fornecimento dos volumes de CO₂ bruto nas fontes de sub-produto. Os principais clientes do setor pertencem à indústria de bebidas, onde são exigidos fluxos constantes do produto, sob o risco de sofrer prejuízos. Nestas condições, a credibilidade do fornecedor é tão importante quanto a concorrência via preços.

Significa dizer que a efetiva entrada deve prever a constituição de duas plantas. Devido ao porte dos *players* envolvidos, o custo da implementação de, ao menos, uma planta adicional, não é uma barreira à entrada significativa. Porém, a necessidade de um sistema integrado de plantas sem dúvida agrava o problema das restrições relacionadas à busca de matérias-primas economicamente viáveis. É sempre importante lembrar que, das concorrentes, apenas a Air Liquide terá disponível, a partir de 1999, duas plantas de CO₂.

Contratos-Padrão de Fornecimento

A análise das cláusulas do contrato-padrão de fornecimento da White Martins permitiu a SDE concluir que as mesmas se constituem em barreiras de acesso a clientes. De acordo com este contrato, para garantir o suprimento regular de qualquer gás, o cliente se compromete a:

“ a) só adquirir o gás objeto do contrato da White Martins, seja qual for o local ou aplicação (cláusula VI, caput), inclusive no caso de futuro aumento das necessidades de consumo;

a) das preferências à White Martins na renovação do contrato e em quaisquer novas contratações, de quaisquer produtos por elas fornecidos (cláusula I, parágrafo único)”. (fls. 4122).

Além disto, a SDE concluiu que o “prazo mínimo para que o cliente manifeste a intenção de denunciar o contrato é extremamente longo, - entre um e dois anos antes do término do contrato, - praticamente o tempo de construção de uma planta de gases industriais”. (...) Assim, “a denúncia de qualquer contrato requer do cliente uma grande capacidade de previsão dos preços e serviços das concorrentes da WM quando do término do contrato, - ou seja, a WM transfere a administração da incerteza sobre o negócio de gases industriais para o seu cliente, - e representa um risco, para o cliente, de interrupções ou irregularidades no fornecimento, seja do gás em questão, seja de outro gás, durante o tempo restante de vigência deste e de outros contratos (cláusula I, caput).

Nos muitos casos de clientes que utilizam mais de um tipo de gás, a White Martins conta com a garantia adicional de ter vários contratos em vigor simultaneamente, com prazos de vigência diferentes. Isso lhe dá condições de exigir do cliente a preferência garantida pelo parágrafo único da cláusula I, mesmo que o cliente já tenha manifestado sua intenção de não renovar o contrato referente a algum dos gases fornecidos.

Além da preferência em novas contratações, o parágrafo único da cláusula I assegura que a White Martins tomará conhecimento dos preços e condições de venda de eventuais concorrentes, o que lhe dá enorme vantagem em relação aos mesmos.

A preferência prevista no dispositivo, que se refere a qualquer dos gases produzidos pela White Martins, ainda pode vincular a venda de um produto cujo monopólio seja detido por ela à aquisição de outros, em relação aos quais porventura exista concorrência. Seria uma forma disfarçada de “venda casada”, infração à lei antitruste descrita no inciso XXIII do art. 21 da Lei nº 8.884/94” (SDE; fls. 4123).

A existência de contratos de fornecimento de CO2 condicionando a saída do cliente da relação contratual com seu fornecedor a prazos de denúncia extre-

mamente longos, bem como restringir a escolha de fornecedores alternativos de outros gases, “amarrando-os” ao produto principal (CO₂), evidentemente constituem significativas barreiras à entrada.

Independentemente do indício de venda casada verificada a partir da análise destes contratos, cuja investigação deverá ser feita em instrumento apropriado – o Processo Administrativo -, seu conteúdo contribui para inibir a entrada de concorrentes potenciais e, portanto, deve ser objeto de análise deste processo.

Distribuição dos Produtos

Outra barreira à entrada identificada pela SDE relaciona-se com a prática da White Martins em não discriminar o frete nas notas fiscais de venda. Antes da operação, a Liquid Carbonic discriminava o preço FOB, frete e outros itens. Desta forma, “*o cliente poderia discernir o valor que estava pagando por cada serviço; e se considerasse muito elevado o valor do frete, poderia contratar outra distribuidora*” (SDE; fls. 4123). Pelas informações prestadas pelas requerentes à SEAE o valor do frete representa 21% do preço total (com impostos). Para alguns clientes, o frete chega a alcançar 42% do preço.

Considerando a importância do frete na composição do preço final, a tecnologia de distribuição, as restrições de acesso às fontes e o grau de concentração no mercado de gases industriais, a SDE concluiu que “*a distribuição não pode ser exclusividade do produtor. Devem as empresas concorrentes, efetivas e potenciais, poder comprar tanto o CO₂ como gases do ar diretamente na fábrica, ao preço FOB (SDE, fls. 4.124).*”

As requerentes alegam que as vendas na condição CIF e a responsabilidade pela elaboração das rotas próprias de distribuição são práticas já consagradas e visam beneficiar os próprios clientes. Por sua vez, a empresa não poderia responder pela qualidade do produto se o mesmo fosse transportado por empresa não qualificada. De qualquer forma, a decisão final sobre o transporte na condição CIF ou FOB deve caber ao consumidor que, dependendo da sua avaliação de custos/benefícios, irá optar pelo transporte da fornecedora, de terceiros, ou própria, respeitadas as normas legais de segurança.

Açambarcamento de matéria-prima

Foi denunciada pela Messer Griesheim a existência de excedentes não utilizados de CO₂ nas operações da White Martins com a Ultrafértil em Cuba-tão, excedente este comprometido por cláusula de exclusividade, o que pode-

ria 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 tpd¹⁷. 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.

Entretanto, o tema permanece vivo no caso da disputa pela fonte da REPLAN. Em diálogo telefônico com o Dr. Rogério Gonçalves Mattos, da Assessoria de Novos Negócios e Parcerias da ANP e, posteriormente, em reunião realizada em 18/02/99, foi esclarecido que a proposta original e vencedora da White Martins consistia na construção de uma unidade de purificação do gás de purga com escala equivalente à total absorção do CO₂ bruto da REPLAN. Posteriormente, a White Martins procurou refazer os termos da proposta por ser capaz de aproveitar apenas parte do total do CO₂ puro produzido. Por este motivo, as negociações foram suspensas. Não foi descartada a hipótese de construção de duas unidades de produção do CO₂ puro. Porém, além dos maiores custos por se investir em duas plantas com metade da escala da proposta original, o investimento em uma segunda planta ocorreria apenas em um momento posterior, ainda não previsto.

A presença da White Martins na disputa da fonte de CO₂ da REPLAN assemelha-se à lógica de um monopolista que, como estratégia de exclusão de concorrentes potenciais, eleva artificialmente os custos de entrada mediante o mecanismo do leilão da matéria-prima. A forma de inserção da White Martins nas negociações na REPLAN demonstra que a mesma age como um típico monopolista diante da ameaça de novos entrantes.

Concluo, portanto, que não apenas a White Martins tem posição dominante no mercado de CO₂, como também condições estruturais para seu exercício abusivo. A seção seguinte trata da possibilidade de extensão deste poder de mercado para o mercado de gases atmosféricos.

¹⁷ Foi denunciada pela Messer Griesheim, e posteriormente confirmada pela SEAE, a existência de excedentes não utilizados de CO₂ nas operações da White Martins com a Ultrafértil em Cubatão. Este tópico é discutido detalhadamente na seção 11 deste voto.

2.2. Extensão do poder de monopólio do mercado de CO₂ para o mercado de gases do ar (leverage theory)

2.2.1. Condições Estruturais Necessárias para a Conduta

Todas as empresas concorrentes sugerem que a aquisição do monopólio (ou quase monopólio) do mercado de CO₂ pode ocasionar efeitos negativos no mercado de gases do ar. É importante ressaltar que, quanto aos impactos da operação dentro do mercado de gases atmosféricos, concluiu-se que a operação em análise não modificou o grau de concentração da oferta, uma vez que a Liquid Carbonic não operava neste mercado.

Porém, a SEAE conclui que a operação pode, entretanto, ter alterado a capacidade da White Martins de deslocar seus concorrentes de duas formas: *“1. A White Martins pode ampliar suas vendas de gases atmosféricos para clientes que também compram dióxido de carbono; 2. A White Martins pode elevar o custo dos seus concorrentes, deslocando-os no mercado de gases atmosféricos. Esses impactos sobre a concorrência se dariam somente nos mercados de gases da região sudeste, uma vez que também é na região sudeste que o mercado de gás carbônico teve seu grau de concentração da oferta alterado e onde foi detectada a possibilidade da existência de barreiras à entrada”* (fls. 1561).

Desta maneira, *“é possível concluir que também nos mercados regionais de gases atmosféricos a operação em análise não teria por efeito a criação nem o reforço significativo de poder de mercado, desde que não existam barreiras significativas à entrada de novos produtores no mercado de CO₂. Porém, quanto maior for a dificuldade de entrada de novos produtores de CO₂ na região sudeste, tanto maior será a capacidade da White Martins de fazer prevalecer sua posição dominante no mercado de gases atmosféricos na região sudeste”* (fls. 1563).

A existência de uma base comum de clientes não é fundamental para a prática de preços predatórios, mediante subsídios cruzados. Para que o mesmo possa ocorrer basta que a firma atue em mais de um mercado e exerça posição dominante em uma de suas áreas de atuação. A hipótese de preços predatórios é inerente à própria existência do conglomerado ou da empresa multiprodutora. O monopólio em um mercado é condição suficiente, já que se supõe que no mercado onde o produtor é monopolista, a demanda da empresa é a própria demanda do mercado e, na ausência de substitutos próximos, o cliente conti-

nuará a comprar o produto da empresa ao preço de monopólio, independentemente se o mesmo é comprador de outro produto. Se não for monopolista e, tendo por hipótese que os clientes dispõem de todas as informações sobre os preços dos concorrentes, qualquer elevação de preço resultaria em imediata perda de *market-share*.

A venda casada também só pode ocorrer se houver monopólio em um dos mercados. Além disto, a venda casada, para ser conduta anticoncorrencial, deve propiciar à firma a extensão de seu poder de monopólio de um mercado para outro (*leverage theory*). A primeira condição está vinculada à mera avaliação dos *market-shares* no mercado relevante. Quanto à segunda condição, deve-se verificar se parte substancial da demanda pelo produto monopolizado também adquire o produto objeto da venda casada. Preenchidas as duas condições, a venda casada pode criar uma barreira à entrada adicional significativa (ou não), por forçar novos competidores a entrarem em dois mercados, aumentando, assim, seus custos de capital. Por outro lado, se as barreiras à entrada não forem significativas, a venda casada não será factível no longo prazo, já que o temor pela perda de participação no mercado objeto da conduta estimulará a entrada dos concorrentes no mercado do produto “casado”, para permanecerem competitivos.

Assim, o uso eficaz de venda casada e preço predatório pressupõe 1) posição dominante; e 2) sustentação do poder de mercado a longo prazo, isto é, a avaliação das barreiras à entrada no mercado relevante. No caso de venda casada, há ainda a condição adicional de que parte substancial dos clientes do produto A no mercado competitivo também adquire o produto B no mercado monopolizado, o que será visto a seguir. As duas primeiras condições, como visto anteriormente, foram preenchidas. Não apenas a White Martins tem posição dominante no mercado de CO₂, como existem importantes barreiras à entrada neste mercado. A última condição será o próximo ponto abordado.

2.2.2. Racionalidade da Atuação Conjunta nos Dois Segmentos

De todas as empresas que atuam no segmento de gases atmosféricos, apenas a PRAXAIR não tinha qualquer participação no mercado de gás carbônico. A inclusão do gás carbônico no *portfólio* das principais empresas mundiais do setor de gases, sugere que a atuação integrada gás carbônico/gases atmosféricos é considerada estratégia concorrencial fundamental neste mercado.

Tal fenômeno não se explica satisfatoriamente do ponto de vista tecnológico ou mesmo da demanda. Os processos produtivos são completamente distintos, não havendo qualquer possibilidade de conversão, no atual estado das artes, de uma planta de gás carbônico para a produção de gases do ar e vice-versa. Quanto à demanda, com exceção do segmento de soldagem, não há complementaridade entre os dois produtos. Além disto, pelas informações das requerentes, não existe uma base significativa de clientes em comum.

As requerentes alegam que a atuação conjunta nos dois ramos de gases tem duas explicações:

- 1) Eficiências no processo de distribuição e comercialização. Embora possa ser um fator importante, não pode ser superestimado, já que as próprias requerentes demonstram que o grau de complementaridade entre os dois produtos é baixo e os clientes em comum são relativamente poucos. Além disto, mesmo se tratando de gases, sujeitos a diversos cuidados no manuseio e transporte, as especificidades técnicas no acondicionamento de cada tipo de gás são distintas e não há informações nos autos sobre os custos de conversão destes equipamentos, bem como o peso destes no custo total do transporte.
- 2) Ampliação *concêntrica*. Esta explicação se baseia no fato das empresas, ao expandirem seu *core business*, naturalmente escolherem os produtos fisicamente mais próximos de seu produto original. Possivelmente, existe certa lógica na escolha de produtos de natureza semelhante ao se adotar, estrategicamente, pela ampliação do *portfólio* de investimentos. Além disto, com a evolução tecnológica, há sempre a expectativa de inovações nos processos produtivos que possibilitem o aparecimento de sinergias técnicas entre os produtos. Neste sentido, as requerentes informam que as pesquisas na área de gases tendem a sinalizar, no futuro, pela implantação de tecnologias não-criogênicas na produção de gases atmosféricos e que poderão ser facilmente adaptadas para a produção de gás carbônico .

De qualquer forma, os dados sugerem que o espectro ampliado de atuação das empresas em todo o ramo de gases é uma realidade mundial, tendo sido sistematicamente adotado por todo o segmento, com exceção, até recentemente, da PRAXAIR. Até onde se tem notícia nos autos, foi apenas em 1995, no Brasil, por meio de sua subsidiária WHITE MARTINS, que o grupo PRAXAIR, por meio de sua planta em Cubatão, começou a atuar no negócio de gás carbônico.

2.2.3. Vendas Em Conjunto e Grau de Complementaridade entre Gás Carbônico e Gases Atmosféricos

As empresas concorrentes alegam que os efeitos da operação não se restringem ao gás carbônico, mas se estendem aos gases atmosféricos, alterando a estrutura de concorrência deste setor. Um conjunto significativo de clientes em comum nos dois segmentos e a complementaridade destes gases em algumas aplicações facilitariam a prática de condutas de venda casada e preços predatórios. Como prova do argumento, foi apresentado o Relatório da Administração da própria White Martins, publicado em 15/08/96:

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

Em segundo lugar, seriam insumos complementares em determinadas aplicações, em especial, na mistura de gases para a fabricação de soldas. Estes dois fatores (base comum de clientes e insumos complementares em determinadas aplicações) propiciariam a prática de certas estratégias comerciais, tais como a imposição de “pacotes” de gases aos clientes.

Por fim, a aquisição de um poder de mercado substancial no segmento de gás carbônico favoreceria a prática de preços predatórios no mercado de gases atmosféricos.

Em relação à base comum de clientes, a White Martins inicialmente informara que nenhum dos 10 clientes da Liquid Carbonic tem participação relevante nas vendas da White Martins e vice-versa. A soma das participações dos 10 maiores clientes comuns representou, no caso da White Martins, 2,8% de seu faturamento, e para a Liquid Carbonic, 3,0%.

Mais tarde, em atendimento à solicitação da SEAE, as requerentes informaram que a participação no faturamento da White Martins, das vendas de gases do ar, gases especiais e suas misturas, para clientes que também consomem gás carbônico vendido pela Liquid Carbonic é de 8,3%, correspondentes a 323 clientes. Afirmando, ainda, que o Relatório da Administração da White

Martins estaria equivocado, já que, como o número total de clientes da Liquid Carbonic é de 4.342 clientes e o número total de clientes da White Martins é de 154.644, a informação contida no citado Relatório sobre percentual de clientes da White que também consomem o gás carbônico (40%) seria aritmeticamente impossível.

Quanto à possibilidade de serem bens complementares, sejam as requerentes, sejam as principais empresas concorrentes (Messer e Air Liquide) concordam haver complementaridade em uma única aplicação, a soldagem, onde o CO₂, puro ou misturado com outros gases seria uma importante fonte de demanda. De acordo com os dados vistos anteriormente, a participação das vendas de gás carbônico para o segmento de solda representa 7,8% do total do volume total de vendas. As requerentes afirmam que cerca de 1/3 deste volume destina-se às aplicações nos quais existe possibilidade de substituição de gás carbônico pelo argônio. Nas intervenções da Messer Griesheim, a empresa declara haver possibilidade de substituição de gás carbônico por argônio puro em processos de soldagem.

No intuito de solucionar as dúvidas quanto ao número de clientes que adquirem gás carbônico e gases do ar, diligenciei à empresa a fim de esclarecer a metodologia utilizada no referido Relatório da Administração. Mais uma vez a empresa respondeu que a informação que consta no Relatório é “nitidamente equivocada”. Tal equívoco, caso não tenha sido corrigido pela empresa, pode constituir infração ao art. 7º, VII, da Lei nº 8.137/90, e art.37, §1º, da Lei nº 8.078. Assim, solicitei à empresa informações sobre as providências tomadas para corrigir o mencionado “equívoco”.

Em resposta ao CADE, as requerentes argumentaram que a informação, “*obviamente equivocada*” encontra-se inserida em Relatório de Administração e, portanto, documento destinado à leitura dos acionistas e não do consumidor e que, além do mais, não houve qualquer reclamação por parte daqueles. Ora, a informação, dirigida ou não a acionistas, foi veiculada em meio de publicação de amplo acesso ao público, não tendo sido retificada. Evidentemente, a informação sobre a base comum de clientes tem caráter informativo para os acionistas, mas também exerce efeito publicitário para o público que, de modo geral, não pertence ao ramo de gases industriais.

Mais ainda. A insistência das requerentes em se limitarem a afirmar que a informação contida no Relatório é mero “erro” ou “equívoco”, recusando-se a apresentar a metodologia utilizada para seu cálculo, contribuiu para retardar o processo investigatório. Deste modo, além das infrações à Lei nº 8.137/90 e

Lei nº 8.078, considero ter ocorrido infração ao art. 26 da Lei nº 8.884/94, por recusa injustificada de informação.

De qualquer forma, não existem informações suficientes nos autos que corroborem a prática de venda casada, como denunciado pelas concorrentes. Tampouco, embora existam condições estruturais para a prática de preços predatórios, não há notícia de qualquer comportamento neste sentido. De qualquer forma, a adoção de medidas capazes de reduzir as barreiras à entrada no mercado de CO2, por elevar a possibilidade de contestabilidade, reduz a probabilidade de estratégias predatórias bem sucedidas.

3. ANÁLISE DAS EFICIÊNCIAS

De acordo com a Lei nº 8.884/94, operações que gerem aumento de poder de mercado podem ser aprovadas sob a condição de serem contrabalançadas por certas eficiências, a saber:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Porém, não basta a mera geração de eficiências, devendo ser preenchidas as seguintes condições:

- os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;
- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;
- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Evidentemente, a operação que gerar elevação da produtividade e outras eficiências que possam resultar em mero aumento dos lucros, sem que haja o compartilhamento destes benefícios com o consumidor, em termos de redução de preços ou aumento da qualidade dos produtos, torna o Ato de Concentração pouco defensável frente aos órgãos de defesa da concorrência. É preciso que se comprove não apenas a eficiência em si, mas os benefícios sociais criados por esta. Como o CO2 é um produto homogêneo, espera-se, a

princípio, que a maior parte dos benefícios sociais decorrentes de eficiências inovativas, alocativas, produtivas, dentre outros tipos de eficiência, se traduzam em redução de preços para os consumidores.

Sem querer desconsiderar os potenciais benefícios descritos pelas requerentes, tais como aplicações em mercados pouco desenvolvidos no Brasil, tais como conservação de alimentos e em áreas onde são usados produtos danosos ao meio ambiente, estes apenas se concretizarão com a redução de preços. Apenas com a redução dos preços do CO2 o cliente optará pela substituição de produtos químicos ou do congelamento convencional (mecânico) por aplicações com CO2. Quanto às eficiências relacionadas com a redução de custos, a empresa não quantificou percentualmente o impacto deste tipo de eficiência sobre os custos totais.

Uma *proxy* razoável sobre o impacto das reduções de custos seria verificar o comportamento dos preços desde a operação até o momento atual (ver seção 6 do Relatório). Segundo informações prestadas pelas requerentes, o comportamento dos preços a granel no Estado de São Paulo não apresentam qualquer tendência, permanecendo relativamente estáveis ao longo do tempo. Quanto aos preços de CO2 em cilindros, pelas informações prestadas pelas próprias requerentes, não se verificou qualquer tendência declinante nos preços.

Defender a concorrência significa que o órgão público não deve se limitar à avaliação das eficiências, mas assegurar que estas se traduzam em mais e melhores produtos de menores custos que, em última análise, deverão beneficiar os consumidores finais. Até o momento, após três anos desde a operação, percebo que as eficiências alegadas pelas requerentes não se estenderam aos consumidores sob a forma de redução de preços. Mais uma vez, por ser um produto homogêneo, não há que se argumentar que a operação possa gerar eficiências sobre a qualidade do produto. Além disto, sua qualidade (outra forma de benefício social) está relacionada com o teor de pureza do produto, que já é usualmente comercializado para clientes finais com um grau quase absoluto de pureza. Por fim, as requerentes sequer listam outras eventuais eficiências que poderiam ser consideradas parte deste tipo de produto e afetar sua qualidade como, por exemplo, aprimoramento dos serviços de assistência técnica para consumidores de CO2.

Por outro lado, o compartilhamento destas eficiências com os consumidores depende menos da disposição individual da empresa do que das condições estruturais existentes no mercado relevante. Todo empresário, como é usual e

legítimo no capitalismo, busca o lucro privado. A maior ou menor extensão dos ganhos de eficiência para a sociedade relaciona-se com a natureza das pressões e estímulos vigente em cada estrutura de mercado, que acaba por condicionar o comportamento empresarial a favor dos consumidores ou de seu lucro privado.

As eficiências apresentadas somente poderão ser socializadas com a concorrência. Creio mesmo que, independentemente das eficiências alegadas, a concorrência em si já seria capaz de beneficiar o consumidor na forma de redução de preços e conseqüente ampliação do leque de aplicações do CO₂, hoje limitada em razão dos preços elevados. A White Martins argumenta que após a operação diversos concorrentes manifestaram interesse por este mercado. Independente do fato da operação ter provocado ou não estas movimentações, o que se demonstrou é que as entradas, ou tentativas de entrada, tem sido parciais ou precárias e não resultaram em qualquer ameaça ao poder de mercado adquirido pela White Martins após a operação. O comportamento dos preços do CO₂, por exemplo, tem sido demonstração cabal desta realidade. Assim, sou obrigado a concluir que a operação, da forma como se apresentou, não é passível de aprovação. Sua aprovação está condicionada à disposição das requerentes em contribuir pela remoção das barreiras à entrada existentes, nos termos que o CADE considerar mais adequados para os interesses difusos da concorrência.

4. CONCLUSÃO E MEDIDAS PROPOSTAS

4.1. Medidas Estruturais e Comportamentais

Inicialmente, devo deixar claro que a decisão levou em conta a dinâmica desse mercado nos últimos anos. Desde a operação, movimentos de entrada foram ensaiados por concorrentes, ainda que nem sempre de forma efetiva, o que resultou na redução da participação de mercado da White Martins. Diante de uma perspectiva mais atualizada do mercado, considero que as entradas verificadas tornam desnecessárias medidas relacionadas com uma eventual alienação de parte dos ativos, medidas que, sem dúvida, seriam propostas em outra conjuntura, há dois ou três anos atrás. Além de desnecessárias, por acreditar que as medidas propostas neste voto sejam suficientes para fornecer condições satisfatórias à criação de um ambiente concorrencial mais amplo, tal decisão penalizaria excessivamente as requerentes, tendo em vista o prolongado tempo entre a operação e o julgamento do Ato de Concen-

tração. Neste sentido, o tempo, antes de prejudicar, agiu em favor das requerentes. Por sua vez, é inegável que a White Martins exerce ampla liderança no mercado e que as barreiras à entrada existentes ainda são suficientes para o exercício de poder de mercado por parte da empresa líder.

Quero me reportar ao voto de vista da Conselheira Lucia Helena Salgado, por ocasião do AC 54/95 (Copesul) : *“Há uma particularidade da institucionalidade antitruste brasileira que me parece útil salientar e que em muito limita a amplitude e a profundidade de sua intervenção - trata-se da faculdade de Requerentes apresentarem atos já realizados, ao que se adiciona a morosidade ainda não superada do processo de instrução, o que na prática significa que muitas das análises ao amparo do art. 54 são realizadas pós-fato, senão muito pós-fato. A capacidade efetiva da autoridade intervir de modo a compatibilizar interesses públicos e privados é em muito limitada por essa particularidade”*.

De fato, a operação, no mercado relevante da Região Sudeste gerou substancial poder de mercado à White Martins sem que se tenha percebido que as eficiências alegadas pelas requerentes tenham se convertido em aumento de bem-estar ao consumidor. Porém, é sempre problemático, na análise *antitruste* pós fato impor alterações de decisões de investimento de agentes privados já implementadas, como a alienação de ativos, a menos que não se vislumbrem outras alternativas ao órgão *antitruste* no desempenho de suas funções de defesa da concorrência. No entanto, como lembra a Conselheira Lucia Helena Salgado no mesmo voto mencionado acima *“cabe ao Cade por outro lado - no desempenho de sua função preventiva - impedir que por razões alheias à eficiência econômica e por força do uso abusivo do poder de mercado - players independentes e economicamente eficientes sejam de forma irreversível inviabilizados, reduzindo o bem-estar da sociedade”*.

Passo, então, às medidas:

Concluo que a operação resultou no fortalecimento da posição dominante da White Martins sem a ocorrência de eficiências compensatórias capazes de neutralizar o dano à concorrência. Creio, no entanto, que existam plenas condições para a remoção de algumas barreiras à entrada identificadas ao longo deste voto, e, assim, permitir com que a concorrência possa ter expressão mais ampla. Entendo, pois, ser este o aspecto a ser tratado pelo Conselho.

Observo que neutralizar o dano à concorrência significa criar oportunidades para que outras empresas possam efetivamente entrar no mercado e disputar com a White Martins em razoáveis condições de igualdade. Entendo, ainda, como plena e efetiva a entrada no mercado de CO₂ quando uma empresa é capaz de adquirir, ao menos, duas fontes de subproduto, resguardando-se dos problemas derivados da instabilidade no fornecimento da matéria-prima, que foge ao controle das empresas.

A eliminação direta do único concorrente à época e a substancial capacidade ociosa gerada com a operação, em especial nas plantas da White Martins em Cubatão, somada à comprovada escassez de fontes de matérias-primas economicamente viáveis na Região Sudeste limitadas, no atual estágio tecnológico, às fontes de subproduto de plantas industriais, tem impossibilitado o exercício pleno da concorrência. Embora haja, inegavelmente, significativo interesse de várias empresas pelo mercado de CO₂, as possíveis entradas verificadas, com exceção da Air Liquide (ainda que uma das plantas não tenha entrado em operação e a outra planta tem se limitado a prover CO₂ para a própria fonte), tem sido parciais e precárias. Estas entradas, por se limitarem a apenas uma planta e representarem parcela pouco significativa do mercado, em nada alteraram o poder de mercado da White Martins.

De todo o exposto ao longo do voto, concluo que a fonte de poder de mercado detido pela adquirente repousa sobre a escassez de matérias-primas. Assim, é principalmente sobre esta barreira à entrada que considero que deva centrar-se a decisão. Adicionalmente, concordo com a análise da SDE quanto às restrições contratuais impostas aos clientes da empresa, que também constituem importante fonte de barreira à entrada.

Deste modo, aprovo a operação com restrições, sob a condição de assinatura de compromisso de desempenho nos seguintes termos:

- a) Renunciar a qualquer disputa por qualquer fonte nova de subproduto de CO₂ na Região Sudeste mais Paraná nos próximos seis anos. Sua exclusão de negociações futuras de novas fontes *by product* de CO₂ eleva a probabilidade de entrada de novos concorrentes capazes de disputar diretamente com a líder, uma vez que anula a possibilidade da White Martins adquirir ou fazer ofertas por matérias-primas no intuito de impedir o acesso de concorrentes potenciais.

O prazo de seis anos de duração do compromisso ora imposto pau-tou-se no seguinte critério: o tempo necessário para uma nova planta ser projetada e instalada - cerca de dois anos; tempo dispendido para que a planta passe a operar a plena capacidade - mais três anos; e o período de consolidação da empresa no mercado - mais um ano. Esse prazo corresponde à vigência do presente Termo de Compromisso.

Esse item poderá a qualquer momento ser revisto, integral ou parcialmente, caso as requerentes apresentem soluções cooperativas para o aproveitamento da fonte de matéria-prima da REPLAN ou da RPBC, ou de outras fontes semelhantes, em conjunto com pelo menos dois concorrentes, cujas condições da cooperação deverão ser avaliadas pelo CADE em momento oportuno, como previsto no artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

- b) Tendo sido comprovada ampla capacidade ociosa nas unidades produtivas da White Martins, a mesma deverá vender seus produtos, a preços normais, para concorrentes ou distribuidores, caso ocorra manifesto interesse destas segundas.

Entende-se como “preços normais” preços oferecidos aos concorrentes ou distribuidores que não sejam superiores aos preços negociados com consumidores finais que adquirem volumes semelhantes de CO₂ sob mesmas condições de comercialização

O interesse de empresas concorrentes ou distribuidoras em adquirir CO₂ deverá ser previamente informado ao CADE para acompanhamento. Caso concorrentes ou distribuidores, após terem manifestado seu interesse pela aquisição de quantidades de CO₂, denunciarem recusa de venda ou a prática discriminatória de preços, a White Martins deverá apresentar, obrigatoriamente, as seguintes informações ao CADE:

- i) justificativa fundamentada quanto à eventual conduta de recusa de venda ou prática discriminatória de preços;
- ii) valores e quantidades de CO₂ adquiridos nos últimos 6 meses junto a sua fonte de subproduto a que se referir a denúncia, explicitando fonte da informação e metodologia;
- iii) capacidade ociosa no semestre da planta de CO₂ a que se referir a denúncia, explicitando fonte da informação e metodologia;
- iv) comportamento dos preços de CO₂ a granel e cilindro nos últimos seis meses na região de comercialização da planta a que se referir a denúncia;

Caso se comprovem as denúncias referidas acima, as requerentes estarão sujeitas às seguintes penalidades: 1) multa diária mínima de 5.000 UFIRs, que poderá ser aumentada em até 20 vezes, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, até que se cumpra a cláusula (b) do presente Termo de Compromisso; 2) revisão da aprovação da operação em razão do descumprimento das obrigações assumidas, conforme previsto no art. 55 da Lei nº 8.884/94; e 3) imediata abertura de Processo Administrativo por infração à ordem econômica.

- c) A empresa poderá firmar aditamento em contratos presentes de fornecimento de CO2 ou de gases do ar a clientes da empresa, bem como deverá incluir em contratos futuros de fornecimento de gases prazos máximos de denúncia segundo o quadro abaixo:

Duração do Contrato	Prazo de Denúncia
Até 2 (dois) anos	20%
Até 3 (três) anos	15%
Até 4 (quatro) anos	12%
Acima de 4 (quatro) anos	10%

- d) A empresa deverá firmar aditamento em contratos vigentes, a fim de excluir qualquer cláusula de preferência ou de exclusividade no fornecimento de gases do ar ou de CO2 em contratos de fornecimento a clientes da empresa, ficando impedida de incluir tais cláusulas em contratos futuros.

As alterações nos contratos de fornecimento de gases previstas nos itens (c) e (d) deverão ser apresentadas ao CADE no prazo de 90 dias, a contar da publicação da decisão no Diário Oficial da União, sob pena de se aplicar às Requerentes as mesmas penalidades estabelecidas na cláusula (b) deste Termo de Compromisso.

- e) A empresa deverá assegurar aos clientes, em contratos vigente e nos futuros, sejam consumidores finais ou empresas de gases industriais e/ou distribuidoras, completa liberdade de escolha de aquisição dos produtos nas condições FOB ou CIF, uma vez asseguradas adequadas condições técnicas de segurança, segundo as normas estabelecidas na legislação específica sobre

transporte de gases, nada mais sendo exigido além das referidas normas existentes em lei.

A empresa também deverá assegurar aos clientes atuais e futuros da mesma o pleno acesso às condições de comercialização dos produtos por eles adquiridos, informando-lhes, sempre que solicitado, de forma discriminada, o valor do produto e do respectivo frete, se houver.

Caso ocorra o descumprimento da presente cláusula, comprovando-se terem existido restrições à liberdade de escolha ou tentativas de descaracterizar as condições CIF ou FOB dos produtos, as requerentes estarão sujeitas às mesmas penalidades previstas na cláusula (b) desse Termo de Compromisso, bem como à instauração de Processo Administrativo.

É importante lembrar que o fim da vigência do Termo de Compromisso não implicará no reconhecimento, pelo CADE, da legitimidade das práticas restritivas tratadas em (c), (d) e (e). Ao contrário, quaisquer destas condutas que forem denunciadas após o fim do Termo de Compromisso, serão avaliadas prioritariamente, à luz dos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94, com o agravante do denunciado conhecer de antemão o posicionamento do CADE quanto à natureza anticoncorrencial dessas cláusulas nos mercados relevantes especificamente tratados por este voto.

f) As requerentes deverão apresentar relatório anual ao Plenário do CADE contendo informações sobre a evolução do mercado de CO₂, tais como *market-share*, grau de concorrência, preços, dentre outras informações que as requerentes considerarem pertinentes, desde que sob os mesmos critérios e metodologia do presente voto.

As requerentes comprometem-se a contratar empresa de consultoria ou de auditoria independente e de notória especialização, que assumirá o compromisso de conferir a coerência das informações técnicas apresentadas pelas requerentes com a metodologia e critérios desenvolvidos neste voto e elaborar a confecção do relatório anual. A contratação da referida empresa será previamente submetida à aprovação do Plenário do CADE.

Além do relatório anual previsto acima, o CADE poderá, a qualquer momento, requisitar das requerentes os dados e informações adicionais que julgar necessários para a devida avaliação do mercado, obrigando-se estas a fornecê-los no menor prazo possível.

Após avaliação do relatório anual e consulta ao mercado, caso comprove-se elevação da concorrência no mercado de CO2 em relação à situação atual e, por meio de pleito das requerentes, o Termo de Compromisso poderá ser revisto, integral ou parcialmente, em consonância com o §3º do art. 53 da Lei nº 8.884/94, de acordo com a avaliação do Plenário sobre a estrutura concorrencial daquele momento.

Deverão as requerentes comunicar ao CADE quanto à aceitação da decisão e posterior assinatura do presente Termo de Compromisso, nos respectivos prazos de quinze dias e trinta dias a contar da publicação dessa decisão no Diário Oficial da União, sob pena de lhes ser aplicada, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, multa diária no valor de 100.000 UFIRs.

Para efeitos de comunicação ao mercado, as requerentes deverão fazer publicar uma vez em dois jornais de grande circulação no país, extrato da decisão do Conselho, nos termos que constarão do Termo de Compromisso a ser assinado.

4.2. Sobre Multas e Outras Providências

Intempestividade

Os argumentos e detalhes sobre a medida proposta pela Procuradoria constam no item 7 do Relatório, razão pela qual me abstenho de repetir as argumentações levantadas em seu excelente parecer. Sendo assim, adoto integralmente as razões de decidir da Procuradoria do CADE, para que seja aplicada multa por apresentação intempestiva da operação. Como o entendimento do presente Conselho a respeito da identificação entre o momento econômico em que se alteram as relações concorrenciais entre as partes e primeiro ato vinculativo ainda está em processo de consolidação e, considerando que a Resolução nº 15/98 foi muito posterior à apresentação desta operação, determino a aplicação de multa mínima de 60.000 UFIRs, conforme previsto no §5º do art. 54 da Lei nº 8884/94.

Abertura de Processos Administrativos

Em 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 objeto do presente Termo de Compromisso. Além disto, embora constituam barreiras à entrada, não foram

colhidas denúncias da parte de clientes, não havendo outra evidência a não ser os próprios contratos analisados pela SDE, o que torna difícil mensurar o dano. Por fim, a White Martins denuncia a imposição de cláusulas anticoncorrencias da parte de outro concorrente (documento protocolado em 22 de julho de 1999). Desta forma, determino a extração de cópia do documento contido nas fls. e sua remessa à SDE para que esta Secretaria avalie a possibilidade de existência de dano à ordem econômica e a conveniência ou não de se fazer as investigações preliminares necessárias à abertura de um Processo Administrativo contra empresas do setor.

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 a manifestação da Petrobrás de fls. 4457/4460, determino imediata abertura de Processo Administrativo para a apuração da prática.

Aplicação de multa por retardamento e enganiosidade de informações

Considero que as informações contraditórias levantadas pela SDE concernentes a preços e *market-share* não são suficientes para a caracterização de enganiosidade. Quanto às informações referentes a preços nacionais e preços da Região de São Paulo, as respostas à SEAE obedeceram às especificações do órgão, não tendo sido detectado qualquer intencionalidade em se confundir as duas bases de preços. Em relação à delimitação *market-share*, causada pela inclusão de produção cativa de CO₂ no total da demanda no início da instrução, problemas deste tipo tem sido comum em diversos processos, o que demonstra que tal entendimento ainda está em processo de consolidação. Além do mais, o problema foi devidamente sanado em tempo hábil, não tendo sido verificado qualquer prejuízo no tempo de análise da instrução do processo na SEAE ou na SDE.

Quanto à recusa da empresa em fornecer a base metodológica que redundou no percentual relativo à base comum de clientes constante no Relatório da Administração da White Martins, limitando-se a empresa a afirmar que tudo não passou de um “equivoco”, considero que a mencionada recusa ocorreu devido à inexistência de qualquer metodologia que justificasse os 40% mencionados. Assim, não considero caracterizada a conduta prevista no art. 26 de nossa lei. Porém, só posso concluir que o “equivoco” trata-se de um erro grotesco resultante de incompetência ou má-fé de quem elaborou o Relatório da Administração, que disseminou um informação errada, não apenas

aos acionistas, como ao mercado em geral, por ter sido publicado em jornal, cujo público, evidentemente, não se restringe aos acionistas da White Martins. Determino, assim, que sejam extraídas dos autos cópias das fls. 309 (Relatório da Administração), fls. 450/451 (resposta à SEAE), fls. 4364 (ofício 1778/98 solicitando metodologia usada para a obtenção do percentual de clientes comuns), fls. 4379 (resposta da White Martins), fls. 4455 (ofício 2173/98, solicitando informações sobre eventual correção do “equivoco”) e fls. 4473/4479 (resposta da White Martins), bem como cópia do voto e relatório desse processo, para que sejam enviadas à Comissão de Valores Imobiliários e avaliadas no âmbito de sua jurisdição. Dentro do espírito de cooperação entre o CADE e demais órgãos, desde já solicito à CVM o encaminhamento de sua decisão ao CADE. Evidentemente, caso as requerentes demonstrem à CVM coerência dos dados contidos no Relatório da Administração, as mesmas estarão sujeitas à penalidade prevista no art. 26 da Lei nº 8.884/94, com os agravantes previstos nos incisos II, VII e VIII do artigo 27 do mesmo diploma legal.

Quanto à capacidade ociosa, considero que a existência de enganosa de informações é irrefutável e bem mais grave. Ficou evidente durante toda a instrução processual - evidência exaustivamente explicitada neste voto - que as informações relativas à capacidade usada das plantas (igual ou próximo à capacidade instalada) da White Martins fornecidas pelas requerentes são absolutamente contraditórias com as informações fornecidas pela Ultrafértil, fonte imparcial e tecnicamente segura sobre informações de capacidade ociosa. A detecção de grande capacidade ociosa foi observada sob o critério mais favorável possível às requerentes – em relação à capacidade vendável. Além disto, a análise foi feita sob um período temporal de razoável amplitude (janeiro de 1996 a dezembro de 1998), como demonstrado no anexo a esse voto. As requerentes procuraram seguidamente escamotear a existência dessa capacidade ociosa, informação fundamental para a análise de barreiras à entrada e parte integrante do Termo de Compromisso, mesmo após terem tido ciência das informações da Ultrafértil contidas nas fls. 1061/1064, posteriormente complementadas até dezembro de 1998 (fls. 4507/4510)

Além disto, as requerentes chegam ao absurdo de refutar a manifestação da SDE sobre este ponto, cujo trecho faço questão de reproduzir na íntegra:

“Por outro lado, a d. SDE, com base nas informações trazidas pela Ultrafértil às fls. 1.063-1.064, afirma que “a capacidade ociosa vem aumen-

tando – com redução do consumo” (fls. 4117). A ULTRAFÉRTIL informa em “nota de rodapé” (que certamente passou despercebida na cuidadosa leitura feita pela d. SDE) à tabela 1.064 que o consumo médio da WHITE MARTINS/LIQUID CARBONIC foi “ [c]onsiderado apenas **os meses de Julho e agosto/97** (negritou-se). Em se tratando de um mercado com elevada sazonalidade, devido ao consumo relativamente menor de bebidas carbonatadas (cervejas e refrigerantes) durante o inverno, acredita-se que qualquer consideração sobre capacidade ociosa baseada nos meses de julho e agosto carece de fundamentação” (fls. 4250).

O comentário das requerentes, sim, é que carece de qualquer fundamentação. Em primeiro lugar, a mencionada “nota de rodapé” refere-se apenas aos cálculos da Ultrafértil em relação ao ano contratual de 01/07/97 a 30/06/98. Para o ano contratual de 01/07/96 a 30/06/97, como é bem claro no documento, os cálculos levaram em consideração o período integral. Ademais, no mesmo documento, a Ultrafértil informa, mês a mês, as quantidades de CO2 adquiridas pela White Martins entre janeiro de 1996 e agosto de 1997. Tendo em vista a clareza das informações apresentadas pela Ultrafértil naquela época, o comentário não apenas carece de fundamentação como é inconsequente, pois conta com um eventual descuido da análise do órgão *antitruste*, o que é um agravante previsto no II, art. 27, da Lei nº 8.884/94.

Não havendo dúvida quanto à infração ao artigo 26 da Lei nº 8.884/94, resta fazer o cálculo do montante da multa. O critério básico refere-se ao número de dias entre o início da enganiosidade e seu fim, entendido como a data em que o órgão, após diversas consultas, esclareceu em definitivo as dúvidas quanto à informação.

Considero que a data inicial da enganiosidade é o dia 18 de setembro de 1998, data em que as requerentes fizeram a juntada de documento contendo comentários ao parecer da SDE (fls. 4206/4356), refutando o posicionamento do órgão quanto à capacidade ociosa, cujo trecho está reproduzido acima e que, por sua vez, foram baseadas em dados fornecidos pela Ultrafértil. Em sessão reservada realizada em 24 de novembro de 1998 (apartado confidencial), representantes da empresa White Martins reafirmaram que a ociosidade de suas plantas de CO2 é próxima de zero. Na audiência pública realizada em 01 de dezembro de 1998, mais uma vez, os representantes da White Martins mantiveram essa posição¹⁸. Em 23 de dezembro de 1998, ao ser perguntada sobre quantidades vendidas (ofício 2.173/98, de 09.12.98), as requere-

¹⁸ Conforme consta na gravação da referida audiência.

rentes afirmaram que não há capacidade produtiva excedente (fls. 4.473/4.479). Finalmente, em atenção ao ofício 403/99 (fls. 4506), a Ultrafértil complementou, em 10.03.99, dados sobre aquisições mês a mês de CO2 pela White Martins e Liquid Carbonic até dezembro de 1998, comprovando em definitivo que as requerentes adquiriam, de forma sistemática, matéria-prima em quantidades muito inferiores às capacidades produtivas das plantas, mesmo sob o critério de capacidade vendável. É importante mencionar que, mesmo posteriormente, as requerentes insistiram na tese de inexistência de capacidade ociosa (documento às fls. 4.512/4538, protocolado em 11 de março de 1999). Ainda assim, considero como a data do fim da enganiosidade (no sentido do relator ter chegado a uma conclusão definitiva sobre o tema), a data do documento da Ultrafértil protocolado em 10 de março de 1999.

O período entre a data inicial considerada (18 de setembro de 1998) e a data que considereei como o fim da enganiosidade (10 de março de 1999) foi de 173 dias. Tendo em vista que a multa mínima diária prevista é de 5.000 UFIRs, a multa total a ser aplicada deverá ser de 865.000 UFIRs, ou R\$ 845.105,00. Considerando, ainda, que a enganiosidade naturalmente possui um conteúdo maior de reprovabilidade do que a mera recusa ou omissão de informações, e, portanto, sujeito ao disposto no inciso II do artigo 27 da Lei nº 8.884/94, que se refere à boa-fé do infrator, determino a aplicação de multa de 1 (um) milhão de UFIRs, ou R\$ 977.000,00 nos termos do artigo 26 da mesma Lei.

É o meu voto.

11 de agosto de 1999

Mércio Felsky

Conselheiro-Relator

ANEXO

AQUISIÇÕES MENSAIS DAS PLANTAS DE CUBATÃO NA ULTRAFÉRTIL

1996					
	<i>WM</i>	<i>LC</i>	<i>Total</i>	<i>ton/dia</i>	
jan	150	989	1139	36,74194	
fev	251	2138	2389	85,32143	QUANTIDADE MÁXIMA
mar	747	5288	6035	201,1667	307,8065
abr	1603	7401	9004	300,1333	
mai	2616	3323	5939	191,5806	QUANTIDADE MÉDIA
jun	401	956	1357	45,23333	183,9288
jul	2807	5663	8470	273,2258	
ago	1526	3989	5515	177,9032	
set	316	3649	3965	132,1667	
out	1403	4922	6325	204,0323	
nov	1811	5744	7555	251,8333	
dez	2966	6576	9542	307,8065	
1997					
	<i>WM</i>	<i>LC</i>	<i>Total</i>	<i>ton/dia</i>	
jan	1353	5308	6661	214,87	QUANTIDADE MÁXIMA
fev	2744	5313	8057	287,75	287,75
mar	2318	4553	6871	229,03	
abr	2838	1320	4158	138,6	QUANTIDADE MÉDIA
mai	1866	3526	5392	173,93	174,34
jun	168	1611	1779	59,3	
jul	2381	1793	4174	134,64	
ago	1956	2816	4772	153,93	
set	1529	2311	3840	128	
out	2692	3737	6429	207,38	
nov	1606	3999	5605	186,83	
dez	840	4675	5515	177,90	
1998					
	<i>WM</i>	<i>LC</i>	<i>Total</i>	<i>ton/dia</i>	
jan	2004	5154	7158	230,90	QUANTIDADE MÁXIMA

fev	478	5366	5844	208,71		262,90		
mar	2814	5336	8150	262,90				
abr	2412	2253	4665	155,5		QUANTIDADE MÉDIA		
mai	1549	666	2215	71,45		155,90		
jun	2343	584	2927	97,56				
jul	960	1155	2115	68,22				
ago	1414	1718	3132	101,03				
set	2485	739	3224	107,47				
out	550	4819	5369	173,19				
nov	1370	2873	4243	141,4				
dez	2623	5203	7826	252,45				

AQUISIÇÕES MENSAIS DA PLANTA DE ARAUCÁRIA NA UL-TRAFÉRTIL

1996							
	<i>LC</i>	<i>ton/dia</i>					
jan	3900	130					
fev	4014	143,35		QUANTIDADE MÁXIMA			
mar	1994	64,32		143,35			
abr	2041	68,03					
mai	2380	76,77		QUANTIDADE MÉDIA			
jun	575	19,17		71,71			
jul	1805	58,22					
ago	2006	64,71					
set	1674	55,8					
out	1935	62,42					
nov	1748	58,27					
dez	1844	59,48					
1997							
	<i>LC</i>	<i>ton/dia</i>					
jan	1812	58,45		QUANTIDADE MÁXIMA			
fev	1343	47,96		103,33			
mar	1699	54,81					
abr	1739	57,97		QUANTIDADE MÉDIA			
mai	1412	45,55		57,26			

jun	1522	50,73				
jul	1729	55,77				
ago	161	5,19				
set	3100	103,33				
out	1625	52,42				
nov	2140	71,33				
dez	2594	83,68				
1998						
	<i>LC</i>	<i>ton/dia</i>				
jan	1267	40,87		QUANTIDADE MÁXIMA		
fev	2827	100,96		100,96		
mar	2106	67,93				
abr	2109	70,3		QUANTIDADE MÉDIA		
mai	1966	63,42		52,36		
jun	2765	92,17				
jul	1998	64,45				
ago	1277	41,19				
set	1596	53,2				
out	1596	51,48				
nov	1103	36,77				
dez	2459	79,32				

MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	Vol/ n.º
Araujo Jr, Tavares de., José; Tineo, Luis	Integração Regional e Política de Concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bangy, Azeem R.	Legislação da Defesa da Concorrência em Portugal	4-6
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bogo, Jorge	Privatizaciones y Competencia Algunos Comentarios Sobre La Experiencia Argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III <i>SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA</i>	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Castañeda, Gabriel	The mexican experience on antitrust	3-6
Conrath, Craig W.	Dominant Position in a Relevant Market Market Power: How to Identify It	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do inpi no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder Econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: O desafio de uma nova era	5-2

Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Ferraz Jr, Tércio Sampaio	Discricionariedade nas Decisões do CADE Sobre Atos de Concentração	4-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tércio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tércio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria da Silva, Eleni	Denunciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
<i>Klajmic, Magali</i>	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações	6-2

	preliminares e processos administrativos	
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization Processes From The Viewpoint of Competition Policy: The Venezuelan Experience 1993 -1997	4-6
Londoño, Alfonso Miranda	El Derecho de La Competencia en el Sector de Las Telecomunicaciones	4-6
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Mattos, Cesar	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, Cesar	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César	The Recent Evolution of Competition Policy in Brazil: An Incomplete Transition	4-6
Meziat, Armando	A defesa comercial no brasil	3-8
Meziat, Armando	A Defesa Comercial no Brasil	4-6
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	4-6
Oecd	Suggested Issues for Discussion III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacioml do CADE	5-8
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Rainer Geiger	Opening Statement ao III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-Country Comparison of Competition Rules/ Institutions and the Interface with Utility Regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5

Schymura, Luiz Guilherme	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Vaz, Isabel	Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade	4-6
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Wald, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol/n.º
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct - Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração N°16/94 -Grupo Gerdau -Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinis Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2

71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Willianmas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
A.C 08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9
A.C 08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
A.C 177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
A.C 08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	5-9
188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol S.A.	6-1
39/95	Teka -Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
A.C 08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçímeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chemical Grace Brasil	6-2
08000.022038/97-97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
AC 181/97		
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1

168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/ 98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/ 98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Carafba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/ 98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/ 98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/ 98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/ 99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501 /98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247 /98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/ 99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/ 98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/ 99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/ 98-06	Air Porducts	7-2
08012.004611/ 98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/ 99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/ 98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
PARECER	SEAE - AMBEV	7-3
PARECER	SDE - AMBEV	7-3
PARECER	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Oficio X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto	1-1

	Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro -Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket -Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda X Ici Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda X Lumix Química Ltda	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A -Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercado-rarias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda, Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio e Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato	5-1

	do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravamento de Instrumento	5-8
	Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda; Agravada; União	
140/93	Panflor Ind. alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.0238 59/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exitó	6-2
08000.0015 04/95-48	M P dde SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	Vol/ n.º
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferençz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Mul-	3-9

tilaterais do Gatt	
Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda - Regulamentação	
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da <i>Comisión Federal de Competencia</i>	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana	4-4
Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3
Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO Nº 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4

RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ Nº 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA Nº 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA Nº 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA Nº 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

<i>“PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTI-TRUSTE”</i>	Mauro Grinberg, Carlos F. de Magalhães, Neide Malard, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Eugênio de Oliveira Fraga, Marcos Vinícius de Campos, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Lázara Cotrin	1-3
<i>“DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA”</i>	Edmondo Triolo, Tércio Sampaio Ferraz, Leane Naidin, Ubiratan Mattos, Carlos F. de Magalhães, Guilherme Duque Estrada, Mauro Grinberg, Pedro Camargo Neto, Pedro Wongtschowski	1-3

* No entender da Procuradoria Geral do CADE - Parecer n.º 194/99 de 31/05/99 - as Resoluções 10 e 11 teriam sido expressamente revogadas pela Resolução 12

<i>"CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL"</i>	Luiz Olavo Baptista, Michel A. Alaby, Werter R. Faria, Maria Isabel Vaz	1-3
<i>"CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO -I DO CADE"</i>	José Inácio Franceschini, Laércio Farina, Elizabete Farina, Jorge Gomes de Souza, Carlos Francisco de Magalhães, Ruy Coutinho, Neide Malard, José Del Chiaro, Tércio Sampaio Ferraz	3-1
<i>II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA</i>	Carlos Francisco de Magalhães, Laércio Farina, José Inácio G. Franceschini, , Tércio Sampaio Ferraz., Gesner de Oliveira, Gabriel Castanheda, Elizabeth Farina, Pedro Dutra, Onofre C. de Arruda Sampaio	3-6

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br