PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 34/92

REPRESENTANTE: COSMOQUÍMICA S/A - Indústrias e Comércio

REPRESENTADA: CARBOCLORO S/A - Indústrias Químicas

DECISÃO

Por unanimidade, o Conselho decidiu pelo retorno do processo à Secretaria de Direito Econômico - SDE, para adoção das providências determinadas no voto do Conselheiro Relator.

Plenário do CADE, 08 de novembro de 1993

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro-

Relator

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro

JOSÉ MATIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

CARLA LOBÃO BARROSO DE SOUZA - Procuradora "ad hoc"
do CADE

PARECER DO PROCURADOR DO CADE

EMENTA: Prova produzida em processo administrativo de apuração de infração à ordem econômica. Obrigatoriedade de sua apreciação pela Secretaria de Direito Econômico para a elaboração do relatório a ser encaminhado ao agente para que este se defenda dos fatos que lhe são imputados (art. 6º da Lei nº 8.158/91). Cerceamento do direito de defesa.

1. Em representação dirigida à Secretaria de Direito Econômico-SDE, COSMOQUÍMICA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO denuncia CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS de recusar-lhe a venda de produto de que é fabricante, e de romper, injustificadamente, as relações comerciais existentes entre ambas (fls. 02/05).

2. O processo administrativo foi encaminhado ao CADE por entender a Secretaria de Direito Econômico ser procedente a representação, posto que a conduta da Representada se subsume ao art. 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991 (fls. 570).

3. A Representada, às fls. 448/449, requereu a produção de prova pericial, o que lhe foi deferido pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica.

Realizada a perícia, o DPDE entendeu não ter competência para sobre ela se manifestar, valendo-se, para tal entendimento, da decisão do CADE no Processo nº 13/78, na qual, segundo o DPDE, teria ficado claro que o laudo pericial é prova a ser considerada pelos julgadores, a quem cabe dizer se o abuso do poder econômico está comprovado (fls. 564).

4. À época do julgamento do processo mencionado, encontrava-se em vigor apenas a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que conferia ao CADE competência para instruir e julgar os processos de abuso do poder econômico. Cabia, de fato, exclusivamente, aos conselheiros analisar as provas produzidas nos autos e manifestar-se quanto à existência de abuso do poder econômico.

Entretanto, com o advento da Lei nº 8.158/91, as práticas abusivas passaram a ser apuradas pela SDE, competindo ao CADE apenas o julgamento desses processos.

A competência da SDE para a apuração das práticas abusivas não se restringe, porém, à coleta de elementos de prova, devendo, ainda, analisar o material coligido (art. 6º da Lei nº 8.158/91) e, após a defesa prévia do indiciado, emitir seu juízo. Tem-se o juízo positivo quando a SDE concluir pela procedência da representação, conclusão que a lei exige seja fundamentada, motivada (art. 7º da Lei nº 8.158/91), ou o juízo negativo, caso a Secretaria conclua pela improcedência da representação (art. 9º). Nesse último caso, é a própria SDE que procederá o arquivamento do processo.

É de se concluir, portanto, que a Secretaria tem o dever de analisar todas as provas produzidas no processo e considerá-las na fundamentação de seu juízo, sob pena de cercear o direito de defesa do indicado (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal).

Por tudo que foi exposto, entendo que os autos devam retornar à Secretária de Direito Econômico para que ali se proceda à realização da fase processual suprimida, ou seja, à análise do laudo pericial, que deverá ser considerado na manifestação final do Órgão.

É o parecer.

CARLA BARROSO

Procuradora "ad hoc"

RELATÓRIO

A empresa COSMOQUÍMICA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO (Representante) formulou à Secretaria de Direito Econômico - SDE, em 07-01-92, representação contra a CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS (Representada), sob a alegação de práticas caracterizadoras de abuso de poder econômico, tipificadas nos artigos 2º, alínea e e 3º, incisos I, II, III e VII, da Lei nº 8.158, de 08-01-91 (fls. 02/05).

Na peça inicial, a Representante esclarece que se dedica ao comércio atacadista de produtos químicos básicos, adquirindo-os das empresas nacionais ou importando-os, enquanto que a Representada é uma empresa nacional fabricante de tais produtos, em especial da soda cáustica, do cloro e de seus derivados.

Assim, desde longo tempo, vem adquirindo produtos de fabricação da Representada, mais especificamente a soda cáustica em escamas, para distribuição no mercado interno; necessitando, todavia, lhe fosse fornecido pela Representada, com a mesma regularidade, outro produto de sua fabricação - a soda cáustica líquida - não veio a ser atendida (no documento de fls. 36, lê-se que a Representante encaminhou à Representada, a 08-08-91, um pedido de 80 toneladas de soda cáustica líquida). Acrescenta que, em outubro de 1991, a Representada deixou-lhe também de fornecer a soda cáustica em escamas, vindo a alegar, posteriormente, falta de disponibilidade do produto.

Afirma a Representante ser inverídica tal alegação, de vez que a Representada continuou fornecendo a outras atacadistas os produtos pedidos; e, mais, que chegou ao seu conhecimento que a Representada só tem interesse em realizar vendas de soda cáustica líquida, através de uma empresa pertencente aos seus acionistas majoritários, a Unipar Comercial Distribuidora S/A. À representação, foram anexados os documentos de fls. 11/46, os quais, em boa medida, tratam de pedidos de fornecimento de produtos químicos à Representada, sendo que, em alguns deles, a Representante estranha o não atendimento a suas solicitações.

Instada pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, órgão que integra a estrutura da SDE, a prestar esclarecimentos sobre o assunto, a Representada se manifestou, em 25-02-92, através do ofício de fls. 49/56, juntando, ainda, os documentos de fls. 57/289.

Disse, em síntese, naquela oportunidade:

- que a Representante foi, efetivamente, sua cliente, pois costumava adquirir-lhe soda cáustica em escamas, em uma média mensal variável e decrescente, chegando a 10 toneladas, em 1990;

- que não dispõe de sistema de distribuição próprio, vendendo seus produtos tanto diretamente a indústrias, quanto a revendedores;

- que, no segundo semestre de 1991, os preços estavam controlados pelo Departamento de Administração de Preços - DAP, e embora, à época, o mercado estivesse praticamente normalizado, registrava-se a falta de alguns produtos, especialmente a soda cáustica líquida, em virtude dos Planos Econômicos implementados a partir de 1986;

- assim, para que pudesse vir a atender o pedido extraordinário de 80 toneladas de soda cáustica líquida, formulado pela Representante, teria que, ou aumentar a produção, ou reduzir a entrega de produtos a compradores habituais;

- que o aumento da produção traria resultados desastrosos, de vez que existe uma relação estequiométrica entre a produção da soda e do cloro, e o mercado do cloro, no período, estava perfeitamente atendido, devendo-se considerar que o cloro não é destrutível, nem descartável.

- de outra parte, a redução da entrega do produto a clientes tradicionais revelaria prática comercial não recomendável;

- que, embora evidenciada a impossibilidade de atendimento ao pedido, a Representada passou a adotar práticas pouco comuns no comércio, ameaçando levar o assunto às autoridades competentes, e chegando mesmo a procurar um representante de uma das acionistas da Representada, a Ocidental Química do Brasil Ltda., denunciando a prática de comportamento comercial danoso, que consistia na venda, pela Carbocloro, de produtos, tais como a soda cáustica, à empresa Unipar Comercial S.A. - controlada pela Unipar S.A., outra acionista da Carbocloro - que os revendia no mercado, do que resultava prejuízos à Ocidental (documento de fls. 67);

- que, em vista de tal procedimento, a Representada veio a ser considerada "cliente inidônea", daí resultando a cessação completa de fornecimento à mesma, por parte da Representante;

- que a Representante dispõe, todavia, de outras fontes de suprimento ao mercado, como é o caso da Salgema Indústrias Químicas, que produz a soda cáustica líquida e da qual a Representante é cliente, ou, ainda, a Doe Química, a Solvay, a Companhia Eletroquímica Farmacêutica, a Hoechst, sendo que algumas dessas empresas produzem, também, a soda cáustica em escamas;

- que, por outro lado, o mercado externo achava-se, aberto a importações, uma vez que as tarifas foram trazidas a 0% (zero por cento);

- que a assertiva da Representante de que ela, Representada, somente tem interesse em vender seus produtos por intermédio da Unipar Comercial e Distribuidora S.A., é "leviana", o que se comprova pelo exame da listagem de seus clientes, que está em anexo.

Através de documento recebido pelo DPDE, a 09-04-92, a Representada encaminhou novos esclarecimentos e informações, trazendo quadros-resumo das quantidades totais de soda cáustica líquidas produzidas, vendidas e em estoque, mês a Mês, nos anos de 1989, 1990 e 1991; esclarece que os estoques apontados representam, em média, menos do que dois dias de produção, o que, para a indústria química, significa uma quantidade baixíssima, eis que a produção ocorre vinte e quatro horas por dia e, normalmente, o produto só é expedido de segunda a sexta-feira. Disse mais, que as informações à Representante, quanto ao não atendimento a seu pedido, foram transmitidas pelo telefone, e em reunião específica, face ao dinamismo que caracteriza tais negociações, dispensando o envio de documento (fls. 299/300).

Em manifestação, ocorrida em 30-04-92, ressalta o DPDE que, segundo o quadro-resumo encaminhado pela Representada, constata-se que a empresa iniciara o ano de 1989 com um estoque de 1.126 toneladas de soda cáustica líquida e encerrara dezembro de 1991 com um total de 1.958 toneladas; destaca, ainda, que, no mês de agosto de 1991, a Representada dispunha de um estoque de 682 toneladas do produto, estoque este que aumentou nos meses subseqüentes; registra, por fim, que, do total destinado a 50 empresas revendedoras, 3 delas absorveram 58,44% das vendas, sendo que a Unipar foi responsável pela aquisição de 24,11% do total comercializado.

Conclui, então, haver ficado caracterizado, no caso, a recusa injustificada de vendas, a par de rompimento unilateral de relações comerciais entre as empresas interessadas, do que resultou prejuízo para a Representante, e, de forma mais geral, para a livre concorrência entre as revendedoras, com possibilidade de exercício de controle de distribuição e imposição de preços de revenda, pela Representada, considerando-se existirem poucas empresas atuando naquele segmento. Entende, então, configuradas as infrações à ordem econômica capituladas no artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158/91 (fls. 301/306).

Em despacho de 30-04-92, o Diretor do DPDE determinou a instauração do processo administrativo (fls. 307).

Notificada (fls. 311), a Representada apresentou, a 01-06-92, defesa prévia (fls. 314/326), juntando os documentos de fls. 327/375.

Ao ensejo, ratificou argumentos antes invocados, acrescentando, ainda, que não foi adequadamente considerada, pelo DPDE, a questão referente aos estoques e vendas da Representada. Registra, no particular, que o volume médio de entregas diárias correspondentes a 800 toneladas, havendo que se considerar que os estoques são mantidos em três tanques que precisam ter sempre em armazenamento 50 toneladas, caso contrário, há o afloramento do resíduo, fato que prejudica a qualidade do produto; assim dos estoques estatisticamente registrados, há que se abater um total de, aproximadamente, 150 toneladas.

Além disso - acrescenta - parte do volume considerado na rubrica "estoque" corresponde a um líquido de célula matéria, a ser transformado em produto final; portanto, haverá também de ser deduzido dos estoques o total de tais volumes de líquido, os quais, em 1991, correspondiam aos seguintes valores: agosto 313 toneladas; setembro - 722 toneladas; outubro - 622 toneladas; novembro - 405 toneladas; dezembro - 321 toneladas.

Portanto - prossegue a Representada - feitas as exclusões indicadas, no mês de agosto de 1991 não havia praticamente estoque disponível do produto, enquanto que, em novembro do mesmo ano, o estoque estatístico de 1.140 toneladas correspondia a um estoque efetivo de 585 toneladas, ou seja, o equivalente a menos do que um dia de entregas; anota, a Representada, que, ainda que se desconsiderassem tais dados técnicos, afigura-se evidente que o volume de estoque apresentado ao cabo de cada dia não pode ser tomado como uma constante que se repete a cada dia do mês.

Esclarece que as dificuldades enfrentadas para o atendimento cabal a seus clientes estão evidenciadas nos documentos anexados, sendo que, nos meses de agosto a novembro de 1991, o volume dos "comprometimentos" que apresenta muito superior ao das "alocações"; anota, por fim, que a grande demanda do produto devia-se, naquela época, ao fato de os seus preços haverem sido fixados, pelo DAP, em valor 30% abaixo do preço do produto de suas concorrentes de outras regiões.

E conclui: o fornecimento da soda cáustica líquida, pretendido pela Representante, não pode assim ser efetuado, em virtude de uma clara e objetiva situação de mercado, a que a Representada não podia fugir.

Com o ofício de fls. 376-A, A Secretaria Nacional de Economia, órgão do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, encaminhou, a 19-09-92, parecer técnico sobre a matéria, no qual tece amplas considerações sobre o mercado de produção de soda cáustica no Brasil. Assim, dentre outros

aspectos, esclarece que a estrutura concentrada da oferta, aliada a outros traços marcantes (homogeneidade do produto, utilização de equipamentos pesados e a descontinuidade tecnológica), definem o setor como um oligopólio puro ou concentrado e que, nesse tipo de mercado, a capacidade de mobilizar recursos e o acesso à tecnologia são fatores decisivos à entrada de grupos concorrentes e determinam a divisão do mercado entre as empresas representadas pela ABICLOR - Associação Brasileira da Indústria de Álcalis e Cloro e Derivados; registra, por outro lado, que a Representada, Carbocloro, cuja unidade industrial se situa em Cubatão-SP e a CQR, localizada em Camaçari-BA, desenvolveram um processo industrial que permite a transformação da soda líquida, em soda em escamas; destaca que, no Brasil, existem 13 empresas produtoras de soda/cloro, sendo que, 4 delas, em 1991, detinham 87% da produção global e o mesmo percentual da capacidade produtiva instalada (Carbocloro: 19%; Dow: 22%; Salgema: 39%; Solvay: 7%); referindo-se ao quadro de fls. 383, registra que a Carbocloro teve, no ano de 1991, uma participação relativa de 54% ao total de vendas de soda cáustica em escamas, de 100% no total de vendas de soda fundida e de 21% no total de vendas de soda cáustica líquida, no País; assinala que a Carbocloro é, praticamente, a única fornecedora de soda cáustica em escamas na região Sudeste e que, no tocante à soda cáustica líquida, aquela empresa responde por 30% das quantidades vendidas; quanto à estrutura de comercialização da Carbocloro, ressalta que, considerado o balanço da empresa, em 1990, 25% do total de suas vendas foram dirigidas aos revendedores, sendo o restante vendido diretamente aos setores industriais demandantes; mas registra que a substancial participação das revendedoras está bastante concentrada na comercialização da soda cáustica líquida, cujas vendas foram feitas, em sua maior parte (92%), diretamente às indústrias; enfatiza que a Carbocloro se utiliza de uma rede de 90 revendedoras, mas que apenas duas (Unipar Santos e B. Letter JVE) são responsáveis por, aproximadamente, 50% das vendas de soda em escamas e somente três (Unipar Santos, Dasher e Halogen) respondem pelo mesmo percentual de vendas de soda líquida; ressalta que, embora experimentando uma drástica queda nas vendas de soda cáustica em escamas, a Unipar Santos compensou tais perdas, ampliando em cerca de 60%, no exercício de 1991, suas vendas de soda cáustica líquida; esclarece que, em agosto de 1991, o preço da soda em escamas era 62,87% superior ao da soda líquida. Faz referência a que a Carbocloro efetuou exportações de soda cáustica em escamas, durante todo o exercício de 1991, e enfatiza que a empresa dispunha, nos meses de agosto, setembro e outubro de 1991, de estoques suficientes para o atendimento à Cosmoquímica. Ressalta, por fim, que as alternativas de fornecimento, apontadas pela Representada, eram

discutíveis, face ao custo proibitivo do transporte internacional e aos riscos e custos adicionais que representaria a procura de outro fornecedor no mercado interno. Aduz que se tornou evidente que, ao mesmo tempo em que a Carbocloro se recusava a remeter soda cáustica líquida à Representante, reforçava a Unipar Santos de quantidade cada vez maiores do produto. Conclui no sentido de que a presença acentuada da Carbocloro nas vendas diretas da soda líquida (92%), inclusive através da Unipar Santos, sinaliza a intenção de manter um controle estrito sobre tal segmento de alta rentabilidade, e que o desatendimento injustificado ao pedido da Cosmoquímica, ao qual se seguiu o corte total de fornecimento, configuram práticas de mercado unilaterais e lesivas à concorrência.

Em nova manifestação técnica (fls. 393/410), o DPDE ressalta estar evidenciado, no caso, o desrespeito às normas de defesa da concorrência, destacando a sua Coordenadoria Técnica que tais procedimentos se enquadraram no artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158/91 (fls. 393/416).

Concordando com tal entendimento, o Diretor do DPDE proferiu o despacho de fls. 417/418, submetendo-o à consideração do Secretário de Direito Econômico, que determinou, então, a notificação da Representada, para deduzir a sua defesa final (fls. 419/421).

Encaminhou, então, a Representada, o documento de fls. 423/444, recebido pelo DPDE em 27-10-92, no qual reporta-se às razões anteriormente expedidas, que a não realização da prova testemunhal, anteriormente requerida, na qual a Representada evidenciaria as razões que levaram à caracterização da inidoneidade da Representante, bem assim, da prova pericial, que corroboraria a sua assertiva de indisponibilidade de soda cáustica líquida, em agosto de 1991 e meses subsequentes, significara supressão de importante fase processual. Ressalta, ainda, que, ao contrário de que assegurou o DPDE, não é ela a única fornecedora de soda cáustica da região Sudeste, mas sim a única produtora, eis que fornecedoras de outras regiões também ali atuam, como é o caso do Grupo Salgema, Igarassu, do Grupo Votorantim, além de fornecedores habituais do Uruguai e de países da Europa (Bélgica, Polônia, Itália).

Afirma, também, ser inexata a assertiva de que os fornecedores do Nordeste não concorrem com a Representada, face aos elevados custos dos transportes; isto porque - esclarece - os caminhões sobem do Sudeste para o Nordeste com carga, e, de ordinário, não têm frete de retorno, daí o preço de tal frete ser muito barato, abaixo mesmo de US\$ 40,00/tonelada, reitera que a alternativa do mercado internacional também existia para a Representante, eis que, segundo o relatório da ABICLOR - Associação Brasileira da Indústria de

Álcalis e Cloro e Derivados, no ano de 1991 foram importadas 32.500 toneladas de soda cáustica líquida, sendo que o valor do frete de produtos vindos, por exemplo, da Argentina (US\$ 40,00/tonelada), é, aproximadamente, o mesmo pago pela Salgema, para trazer a sua produção de soda, por navio, de Maceió para Santos (US\$ 40,00/tonelada), valor que não difere muito daquele referente a países da Europa Ocidental e do Golfo.

Às fls. 448/449, a Representada reiterou pedido de produção de provas pericial e documental. A primeira, com o objetivo de corroborar a indisponibilidade de soda cáustica líquida, no período de agosto de 1991, e meses subseqüentes, que se evidenciava - segundo afirma - em decorrência do fluxo normal de produção, estocagem e entrega do produto, bem como dos comprometimentos a que estava sujeita, a segunda, a prova testemunhal, com o objetivo de caracterizar a inidoneidade da Representante.

Deferida a prova pericial, o DPDE designou seu Inspetor-Chefe para funcionar como perito e acolheu a indicação de técnico pela Representada, para atuar como perito-assistente (fls. 463).

A perícia realizada, com resposta a parte dos quesitos formulados pela Representada - aqueles acolhidos pelo DPDE - e aos quesitos elaborados pelo citado Departamento, cuidou, basicamente, da questão da produção da soda cáustica, pelo Representante, no período referente aos fatos relevantes, dos estoques então disponíveis, das importações realizadas, da participação da UNIPAR nas vendas da soda cáustica líquida e em escamas, dos procedimentos comerciais da Representada.

Em seqüência, novamente se pronunciou o DPDE, através do seu Assessor, ratificando conclusões anteriores, no sentido da existência de indícios caracterizadores das práticas atribuídas à Representada; destacando a importância da prova da existência do estoque tido por recusado ao Representante e enfatizando que o parecer técnico da Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Fazenda, "foi por demais esclarecedor sobre todos os aspectos inerentes aos fatos que geraram a representação, bem assim sobre o mercado em que atua a Representada" (fls. 559/568).

Quanto à prova pericial realizada, afirma, a fls. 564, não ser da competência daquele Departamento "julgar o conteúdo da perícia, nem sua área de ação", e reporta-se ao voto proferido pelo Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE, no Processo nº 13/78, "no qual ficou claro que o laudo pericial é prova a ser considerada pelos julgadores, cabendo tão só a estes dizer se está comprovado, ou não o abuso do poder econômico....". Não deixa de observar, todavia, que se tratando de perícia cujo objetivo principal era o de identificar o estoque da empresa, deveria ser realizada na unidade

produtora da Representada, localizada em Cubatão, SP, e não em sua sede administrativa, situada na cidade de São Paulo.

A Coordenadora Geral Técnica (fls. 566/569) e o Diretor do DPDE (fls. 569) também se manifestaram pela procedência da representação.

Por seu turno, o Secretário de Direito Econômico, em despacho de 19-04-93 (fls. 570), concluiu que os autos do processo demonstram a recusa de vendas por parte da Representada e o rompimento de relações comerciais com a Representante - cliente considerada tradicional - e invoca o parecer do Ministério da Fazenda, no qual se ressalta que "a presença acentuada da CARBOCLORO nas vendas diretas da soda líquida (92% das vendas), sinaliza a intenção de manter um controle estrito sobre este segmento de alta rentabilidade." Destaca, então, que "referido controle se viabilizaria para além da elevada participação da UNIPAR SANTOS nas revendas, que evoluiu de 14% em 1990, para 24%, em 1991." Tem, assim, como precedente, a imputação e configuradas as infrações tipificadas no art. 3º, inciso VII e IX da Lei nº 8.158/91, "eis que constitui violação à ordem econômica recusar, injustificadamente, a venda de bens e romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa". Recomenda: por fim, à Representada, "que restabeleça em 10 (dez) dias a venda de seus produtos à Representante, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais, sob as penas do artigo 7º, § 1º, letras a, b e c da Lei nº 8.158/91, e determina a remessa dos autos ao CADE.

Interpôs, então, a Representada, recurso ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, conforme se lê às fls. 581/592, no qual pleiteia, liminarmente, a suspensão dos efeitos da recomendação do Secretário de Direito Econômico, que impôs o restabelecimento do fornecimento de produtos da Representada à Representante, por falta de amparo legal, face à inexistência de justificativa, "e também por representar medida de constrição à liberdade da recorrente, com base em Processo Administrativo concluído com vícios formais e materiais, inclusive cerceamento de defesa ..." (fls. 591).

Destaca, no particular, que, das duas provas requeridas, a testemunhal foi indeferida, e a pericial, embora deferida e realizada, foi desconsiderada, "justamente quando do seu exame comprovar-se-ia a justificativa para o não atendimento do pedido da Representante" (fls. 590).

Quanto à prova pericial, critica, ainda, o critério adotado pelo DPDE de não examinar os laudos periciais, uma vez que o indício da prática abusiva decorria da dúvida quanto a existir ou não estoque adequado do produto e a perícia destinava-se, precipuamente, a dirimir tal dúvida. Contesta, então, o

argumento utilizado pelo DPDE, no sentido de que a competência para tal exame seria do CADE, conforme precedente havido no Processo Administrativo nº 13/78, uma vez que "o precedente argüido refere-se a um processo de 1978, quando inteiramente diferentes a estrutura e as funções do CADE, então o próprio órgão encarregado das chamadas averiguações preliminares, além de órgão julgador" (fls. 590).

Requeru, ainda, a Representada, o reenvio dos autos ao DPDE, "a fim de que, reaberta a instrução, se acolha a prova testemunhal e se proceda a uma revisão da Nota Técnica à luz de todos os elementos constantes dos mesmos autos, sobretudo das perícias, a fim de que, ou receba arquivamento, ou seja enviado ao CADE devidamente instruído" (fls. 592).

Ouvida a ilustrada Consultoria do Ministério da Justiça, opinou esta pela manutenção da decisão recorrida, de vez que "confessa a recusa da venda da soda líquida e a ruptura do fornecimento de soda em escamas pela Representada; atendidos os pressupostos formais do Processo Administrativo na SDE; não julgados suficientes os argumentos apresentados pela Representada, para, de plano, constatar-se a improcedência das acusações constantes da Representação e não apresentando o recurso matéria nova, ensejadora de reapreciação" (fls. 593-597). Tal parecer foi devidamente aprovado pelo Consultor Jurídico (fls. 599).

O Exmo. Sr. Ministro da Justiça, em despacho publicado a 27-05-93, negou provimento ao recurso, e determinou a remessa dos autos ao CADE, para julgamento (fls. 599).

Neste Conselho, foi-me então distribuído o processo (fls. 600 e 614).

A 30-06-93, a Representada remeteu ofício e documentos (fls. 601 e 602/622), relatando que a Representante, aparentemente, não estava interessada no restabelecimento de relações comerciais.

A 23-07-92, o Secretário de Direito Econômico, através do ofício nº 353/93/SDE/GAB, encaminhou ao CADE, para providências, documentação tratando, especificamente, da questão do cumprimento, pela Representada, de determinação daquela Secretaria no sentido de restabelecer, no prazo de 10 (dez) dias, a venda de seus produtos à Representante, sob as penas do artigo 7º, § 1º, alíneas a, b e c da Lei nº 8.156/91 (fls. 620/637).

Em despacho que proferi a 02-08-93, destaquei que as mensagens trocadas entre as empresas retratavam desencontros entre consultas e respostas quanto ao fornecimento de produtos químicos por parte da Representada, sem o registro da obtenção de resultados concretos; em face disso, e invocando o artigo 7º, § 1º da Lei nº 8.158/91, remeti citada documentação àquela

Secretaria, para manifestação, após acompanhamento da conduta da Representada, como legalmente lhe competia (fls. 638/640), realizando-se o encaminhamento por despacho do Presidente do CADE (fls. 640).

A 01-10-93, solicitei, nos termos regimentais, o parecer da ilustre Procuradora "ad-hoc" do CADE, Dra. Carla Barroso, que se pronunciou pelo retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico, para que proceda à realização de fase processual suprimida, qual seja, a análise do laudo pericial, a ser devidamente considerada na manifestação final daquele órgão, após a defesa prévia da indiciada (fls. 644/645).

É o relatório.

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR

***EMENTA:** Instrução processual incompleta. Uma vez realizada prova pericial, envolvendo aspectos relevantes dos fatos investigados, indispensável se faz a manifestação de ordem técnica, por parte da secretaria de Direito Econômico, (art. 6º, caput, da Lei nº 8.158/91), abrindo-se, após, vista à Representada. Assim não ocorrendo, no caso em exame, os princípios da ampla defesa e da verdade material impõem o retorno dos autos àquela Secretaria, como órgão legalmente encarregado da instrução. Quesitos suplementares que se formulam.*

1. A empresa CARBOCLORO S/A INDÚSTRIAS QUÍMICAS é acusada, neste processo, de se haver recusado, injustificadamente, a vender produto de sua fabricação à Representante, COSMOQUÍMICA S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, bem assim, de romper a continuidade de relações comerciais com esta empresa, com o objetivo de causar dificuldades ao seu funcionamento ou de dominar mercado. Ressalta, mesmo, o Secretário de Direito Econômico, em seu despacho de fls. 570, que o parecer do Ministério da Fazenda assevera que "a presença acentuada da CARBOCLORO nas vendas diretas de soda líquida (92% das vendas) sinaliza a intenção de manter um controle estrito sobre este segmento de alta rentabilidade. Referido controle se viabilizaria para além da elevada participação da UNIPAR SANTOS, nas revendas, que evoluiu de 14% em 1990, para 24% em 1991". Foi assim, a Representada, incursa no artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158m de 10 de janeiro de 1991, verbis:

"Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresa, ato, conduta ou prática, tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

VII - recusar, injustificadamente, a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e praxes comerciais;

IX - dificultar ou romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com o objetivo de dominar o mercado ou causar dificuldades ao funcionamento de outra empresa."

2. Uma análise da argumentação de defesa apresentada pela CARBOCLORO, nas diversas oportunidades em que se manifestou neste processo, põe em destaque os seguintes aspectos:

- em agosto de 1991, quando a Representante, uma empresa distribuidora, solicitou um fornecimento de 80 toneladas de soda cáustica líquida - produto do qual não era cliente habitual - inexistia disponibilidade desse produto para venda, a menos que fosse reduzida a entrega a clientes habituais;

- de outra parte, um aumento da produção de soda cáustica líquida exigiria, tecnicamente, um correspondente aumento da produção de cloro, o que traria resultados danosos, uma vez que o mercado de cloro estava, então, perfeitamente atendido, e este produto não é descartável, nem destrutível;

- posteriormente, veio também a interromper o fornecimento de soda cáustica em escamas, à Representante, não por lhe pretender causar qualquer dificuldade, mas em decorrência de ela se haver tornado inidônea para qualquer relação comercial, mercê - ressalta a Representada - de suas insólitas e anti-éticas atitudes;

- a cessação de fornecimento, pelas razões expostas, não poderia, todavia, ter causado dificuldades à Representada, eis que esta dispunha de fontes alternativas de fornecimento, tanto no mercado internacional, aberto às importações, quanto no mercado interno, anotando-se, no particular, que a Representada fazia compras mensais à Salgema Indústrias Químicas;

- a Representada não exerce domínio do setor, sendo responsável por, aproximadamente, 20% da quantidade de soda cáustica líquida vendida no País e por 30% da quantidade vendida na região Sudeste, dados estes que

constam de parecer do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, órgão que integra a estrutura da Secretaria de Direito Econômico - SDE;

- o fato de a Representada vender, diretamente às indústrias, a maior parte da sua produção de soda cáustica líquida (92%), não é indicativo de intenção de manter um controle estrito sobre esse segmento de alta rentabilidade, mas se explica em razão de a maioria de seus clientes se constitui de grandes indústrias, o que não ocorre com a soda cáustica em escamas, cujos clientes são diversificados e, assim, a revenda participa com mais intensidade;

- a participação das revendedoras de soda cáustica líquida, em apenas 8% do total comercializado, descaracteriza a importância atribuída, no processo, a posição da UNIPAR COMERCIAL E DISTRIBUIDORA S.A. (UNIPAR SANTOS ou, simplesmente, UNIPAR), empresa sob controle de uma acionista da Representada. A tal propósito - conclui - o fornecimento à UNIPAR, pela Carbocloro, englobando soda cáustica líquida e em escamas, caiu de um total de 5.600 toneladas, em 1990, para 4.100 toneladas, em 1991, o que afasta a conclusão de que essa empresa estaria sendo beneficiada, em detrimento das demais, mais especificamente da Representante.

4. O DPDE vislumbrou no caso, todavia, indícios de infrações à ordem econômica, caracterizadas pela recusa injustificada de vendas e rompimento da continuidade de relações comerciais (artigo 3º, incisos VII e IX da Lei nº 8.158/91), do que teriam resultado prejuízos para a Representante, e, ainda, para a livre concorrência entre as revendedoras (fls. 301/304).

5. Assim, entendendo, agiu, acertadamente, aquele Departamento, ao instaurar o processo administrativo contra a Representada (fls. 307), exerceu, então, uma competência que lhe é exclusiva, qual seja, a apuração de condutas capazes de perturbar ou afetar os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica (artigo 1º, caput, da Lei nº 8.158/91, citada).

6. Nesse sentido, lê-se no relatório que precede este voto, que o DPDE colheu informações, ouviu a Representada, examinou documentos, procedeu a análises técnicas, deferiu prova pericial e participou de sua realização.

7. Verifico, entretanto, que os procedimentos adotados pelo DPDE, após a realização da prova pericial, configuram supressão de fase processual e são de molde a caracterizar cerceamento de defesa da Representada. Com

efeito: a Representada, conforme se lê a fls. 448/449, requereu prova pericial, deferida pelo DPDE a fls. 463, objetivando, basicamente, corroborar a indisponibilidade de soda cáustica líquida no mês de agosto de 1991 e subseqüentes, além de abordar alguns outros aspectos relevantes da questão; todavia, os elementos colhidos com a realização de tal prova (fls. 470/554 e 546/554) deixaram de ser analisados por aquele Departamento, sob a alegação de não ser de sua competência "julgar o conteúdo da perícia, nem sua área de ação", e reportando-se a voto proferido pelo CADE, no Processo Administrativo nº 13/78, "no qual ficou claro que o laudo pericial é prova a ser considerada pelos julgadores, cabendo só a estes dizer se está comprovado ou não o abuso do poder econômico"(fls. 564).

8. Divirjo, todavia, de tal entendimento do DPDE, e do conseqüente tratamento conferido à matéria, cujas consequências jurídicas foram antes realçadas.

9. Em primeiro lugar, porque o precedente indicado refere-se ao ano de 1978, quando a competência para a apuração de práticas abusivas do poder econômico era, também, do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (artigo 8º da Lei nº 4.137, de 10-09-62). Todavia, tal sistemática veio a ser alterada pela Lei nº 8.158, de 08-10-91, que definiu ser da SDE a competência para a apuração dos fatos (artigo 1º, caput), cumprindo ao CADE a função estritamente judicante (artigo 14, caput).

De outra parte, porque a norma dispõe, de forma clara, que a SDE procede à análise do material coligido, encaminhando, após, relatório ao agente, a fim de que este deduza a sua defesa, e, só então, caso conclua pela procedência da Representação, envie o processo ao CADE, para julgamento (artigos 6º e 7º da Lei nº 8.158/91).

10. Assiste, pois, inteira razão à ilustre Procuradora do CADE, Dra. Carla Barroso, quando, em seu bem elaborado parecer, conclui no sentido de que aquela Secretaria "tem o dever de analisar todas as provas produzidas no processo e considerá-las na fundamentação do seu juízo, sob pena de cercear o direito de defesa do indiciado". E, assim, propõe o retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico, para qual ali se proceda à realização da fase processual suprimida (fls. 644/645).

11. Constato, ainda, a necessidade de complementação da prova pericial realizada, a fim de que o processo possa receber adequado julgamento, por parte deste Conselho.

12. Assim sendo, e invocando o princípio da verdade material, que autoriza a autoridade julgadora a conhecer de novos elementos de prova, até o julgamento final, elaborei a anexa relação de quesitos suplementares,

cumprindo ao DPDE realizar as necessárias diligências no sentido de dar resposta aos mesmos, emitindo, após, parecer técnico, assegurada a defesa à Representada.

13. Destaco, por fim, em atendimento ao princípio da ampla defesa, a necessidade de se realizar a prova testemunhal requerida pela Representada, às fls. 448/449 e 450/452, com o objetivo de caracterizar a inidoneidade comercial da Representada, e que não veio a ser deferida pelo DPDE (fls. 564). Justifica-se a realização dessa prova, pois que a Representada adotou critérios subjetivos para romper a continuidade de relações comerciais de prazo indeterminado, com a Representante.

14. De todo o exposto, e por estar convencido de que o processo ainda não reúne, nesta oportunidade, condições de julgamento, voto pelo retorno dos autos à Secretaria de Direito Econômico - SDE, para adoção das seguintes providências:

- análise da prova pericial realizada (fls. 470/544 e 546/554) e efetivação de diligências no sentido de dar resposta aos quesitos suplementares formulados em anexo, bem como a outras questões que forem consideradas de interesse para o esclarecimento dos fatos, elaborando parecer técnico a respeito;

- realização da prova testemunhal requerida pela Representada às fls. 448/449 e 450/452, procedendo à devida avaliação;

- notificação à Representada, para, nos termos do artigo 6º, b, da Lei nº 8.158/91, manifestar-se, querendo, sobre o parecer técnico e a avaliação, acima referidos, cumprindo-se, assim, em sua plenitude, o disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, que assegura a ampla defesa aos acusados;

- por fim, verificada a procedência da Representação, elaboração de circunstanciado relatório final e encaminhamento do processo ao CADE, para julgamento, em conformidade com o artigo 7º, caput, da Lei nº 8.158/91.

É o meu voto.

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

QUESITOS

1. Quais as empresas produtoras e distribuidoras de soda cáustica líquida que abastecem a região sudeste e qual a participação relativa de cada uma na produção e na distribuição naquela região, considerado o período 1989/1993?

2. Qual a capacidade de produção da Carbocloro e qual a utilização de capacidade instalada nos anos de 1989 a 1991? Responder em relação à soda (todos os tipos) e ao cloro (todos os tipos).

3. Em que Unidades da Federação estão instaladas as plantas industriais das empresas que adquiriram diretamente da Carbocloro, no período compreendido entre 1989 e 1993, soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas?

4. A quais empresas distribuidoras e revendedoras (atacadistas e varejistas) a Carbocloro forneceu soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas no período compreendido entre 1991/93 e em que quantidades? Informar em que Unidades da Federação estão localizadas as empresas revendedoras (atacadistas e varejistas).

5. Qual comprometimento (fornecimentos regulares e previsões de novas vendas) tinha a Representada para sua produção de soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas, em relação aos clientes regulares, durante o ano de 1991?

6. Para cada fabricante de soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas no mercado interno especificar, em relação aos meses de julho, agosto e setembro de 1991: os principais mercados consumidores nas diversas Unidades da Federação; o preço FOB-fábrica; o valor do frete; o preço no destino.

7. Por que razão houve queda de produção de soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas da Carbocloro em 1990/1991?

8. Qual o faturamento anual da Carbocloro com a venda de cada um dos produtos que fabrica, em especial o cloro (todos os tipos) e a soda cáustica (todos os tipos), nos anos de 1991/1993?

9. Quais as matérias primas utilizadas na produção da soda cáustica líquida e da soda cáustica em escamas, a proporção de sua utilização, os fornecedores e respectiva localização?

10. Quais as quantidades de matéria prima mantidas em estoque pela Carbocloro e qual a sua capacidade de armazenagem, em 1991?

11. Como se encontrava o mercado comprador de soda cáustica em escamas, nos anos de 1990/1992?

12. Quais as diligências promovidas pela Cosmoquímica no sentido de obter fonte alternativa de fornecimento de soda cáustica líquida no mercado interno, à época em que teve o seu pedido recusado por Carbocloro?

13. Informar se a Cosmoquímica adquiria soda cáustica líquida e soda cáustica em escamas de outras empresas, que não a Carbocloro, quando e em que quantidades?

14. Informar se a Cosmoquímica realizou importações dos dois produtos, especificando as quantidades, a procedência e o preço, nos anos de 1990 e 1991.

15. Informar se a Carbocloro costumava negar os pedidos feitos por Cosmoquímica.

16. Informar se a Cosmoquímica adquiria outros produtos da Carbocloro.

17. Por que a Cosmoquímica resolveu adquirir em agosto de 1991 uma quantidade elevada de soda cáustica líquida, em relação às suas compras habituais de soda cáustica em escamas, e qual o destino que pretendia dar ao produto?

18. Por que razão a UNIPAR reduziu a aquisição à Carbocloro de soda cáustica em escamas e aumentou a de soda cáustica líquida, em 1991?

19. Informar se à época dos fatos houve importação no País de soda cáustica líquida, qual a alíquota do imposto de importação, as despesas de internação e o valor do frete para o produto destinado à região sudeste.

20. Tendo havido essas importações, informar a diferença de preço porventura existente entre o produto importado e o nacional, na região sudeste.

21. Por que razão houve redução significativa das vendas de soda cáustica líquida, entre 1988 e 1991, a diversas distribuidoras tradicionais de Carbocloro, entre as quais B. Lepper Aube, Colombina SP, Halogen e Magos?

22. Por que razão houve redução significativa das vendas de soda cáustica em escamas, entre 1988 e 1991, a diversas distribuidoras de Carbocloro, entre as quais B. Lepper JVE, Dasher, Dinapar, Halogen, Hidromar, Policlean, Proquisa, Sudehlor, Sulatlântica, Worldimex, além da UNIPAR?

23. Quais os preços fixados pelo DAP, nos meses de janeiro a agosto de 1991, para a soda cáustica líquida e para a soda cáustica em escamas nas regiões produtoras do País e de quanto seria o percentual relativo ao frete, a impostos e outras despesas, a ser acrescido ao preço até a colocação dos produtos nas principais regiões consumidoras?

24. Até quando vigoraram os preços do DAP?

25. Esclarecer qual o papel desempenhado pela Associação Brasileira da Indústria de Alcalis, Cloro e Derivados - ABICLOR em relação

à organização do mercado, à divisão geográfica das vendas, aos preços de venda, reajustes de preços e localização das plantas industriais.