

PARECER DA PROCURADORIA DO CADE

PARECER N°: 160/2001

PROCESSO ADMINISTRATIVO N°: 08000.022579/97-05.

REPRESENTANTE: MESSER GRIESHEIM DO BRASIL LTDA.

REPRESENTADO: S.A. WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS.

CONSELHEIRO-RELATOR: MÉRCIO FELSKY.

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

SUGESTÃO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA PECUNIÁRIA E OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

Senhor Procurador-Geral,

I- DO RELATÓRIO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

07- Às fls. 190/202, a WHITE MARTINS manifesta-se acerca da repetição das diligências, afirmando que todos os dados sobre o mercado de gás carbônico já fazem parte da instrução do Ato de Concentração n° 78/96.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14- A seguir, a pedido da Diretora do DPDE, foram juntadas cópias de peças constantes do Ato de Concentração nº 78/96, com informações sobre a alegada prática de açambarcamento de matéria- prima.

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

"Torna-se risível qualquer cogitação de açambarcamento (se esta for acusação), quando a própria e d. SDE, ao emitir seu Parecer sobre o Ato de Concentração nº 08000.012075/96-14 (...) registra que, após a realização deste, a participação de mercado da REPRESENTADA caiu para aproximadamente 65,39%, diante de uma capacidade produtiva de CO2 de 1.485 tpd.

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

Ultrafértil (Cubatão-SP): 70 tpd;

Petrobrás (Paulínia-SP): .440 tpd;

Petrobrás (Cubatão-SP): 420 tpd.

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

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

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

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

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

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

"Do exposto. conclui-se que. entre 01/07/96 a 30/06/97 e de 01/07/97 a 30/06/98 existiu volume médio de CO2 razoável, disponibilizado pela Ultrafertil, comprometido, contratualmente com o grupo WM/LCI; porém, não consumido. No primeiro período (complexos Cubatão e Araucária) tem-se um volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 258,7 Ton/dia e um excedente não consumido de 526,3. Já, no segundo período, tem-se o mesmo volume total contratual disponibilizado de 785 Ton/dia, uma média de consumo de 174.7 Ton/dia e um excedente não consumido de 610.3".

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II- DAS PRELIMINARES

II.1- DA INCONSTITUCIONALIDADE.

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

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

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

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

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

II.2- DA INCOMPETÊNCIA RATIONE MATERIAE:

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

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

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

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

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

II.3 -DA INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Estarem presentes os indícios de demandam uma investigação dos fatos, em sede de processo administrativo. com vistas à apuração da existência de objeto ou efeito no mercado de CO2 das condutas de reservar fontes de matéria prima por meio de contratos de exclusividade. limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado, impedir o acesso de concorrentes às

fontes de matéria prima e o açambarcamento dessa matéria prima, por empresa detentora de evidente poder de mercado."

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

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

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

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

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

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

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

51- Salvo melhor apreciação do tema, entendo que tal entendimento não merece prosperar, posto que todos os incisos do art. 21 da Lei 8.884/94 são meramente exemplificativos e não caracterizam reforma prejudicial à Representada. Além disso, os fatos investigados continuam sendo os mesmos, havendo apenas um melhor juízo de apreciação, quanto ao enquadramento legal dos fatos. Por fim, ressalte-se que a punição *in abstracto* para o inciso XVIII e para o inciso XV é a mesma.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III- DO MERCADO RELEVANTE

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

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

"3.1.1. GÁS CARBÔNICO:

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

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

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

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

O CO₂ é obtido a partir das seguintes tecnologias:

a) Combustão:

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

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

b) By-product:

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

Esta tecnologia implica na instalação da fábrica de CO₂ próxima à indústria fornecedora da matéria- prima e na elaboração de contratos de fornecimento de longo prazo. O grau de pureza do CO₂ varia com a fonte de 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. (...)

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

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

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

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

"121- (...) deve-se

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

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

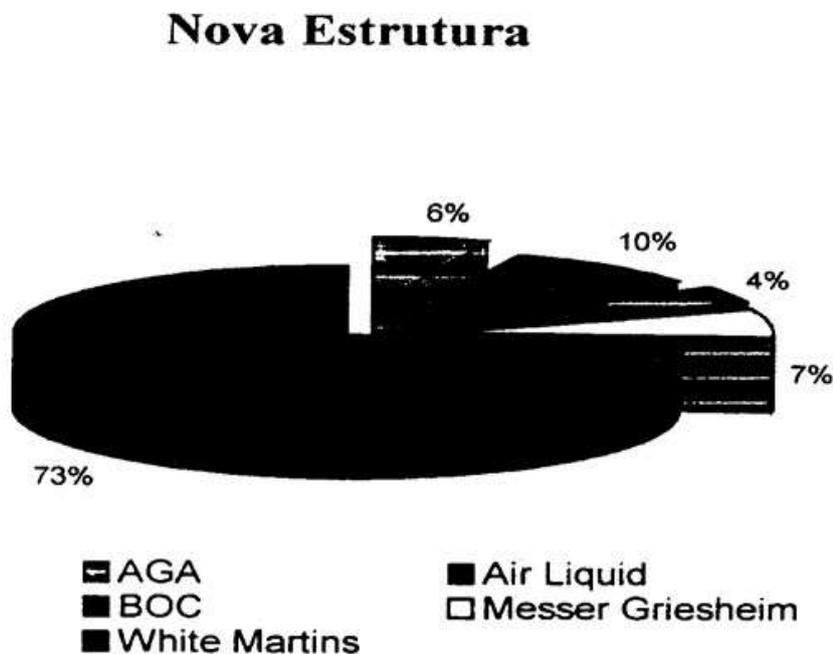
80- Em termos de estrutura de mercado, pode-se ver, em breve retrospectiva, que o setor foi, durante anos, monopólio da empresa LIQUID CARBONIC. Em 1995, a WHITE MARTINS passou a produzir gás carbônico na Região Sudeste, fato que foi alcançado com a construção de uma planta by-product de purificação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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Quadro de Capacidade Ociosa das Plantas na Ultrafertil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV- DA ANÁLISE DA CONDUTA RESTRITIVA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Até 80.000 ton/ano US\$ 26,00;

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

Acima de 160.000 US\$ 21,06.

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

1º ano 125.000 ton/ano;

2º ano 145.000 ton/ano;

3º ano 160.000 ton/ano.

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

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

7- Cláusula 4.1 do 1º Termo de Aditamento:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

114- A racionalidade econômica da referida exclusividade não é outra senão assegurar para si insumos escassos. Tal fato só se justifica em um mercado onde os recursos são, de fato, precários. Ademais, também é racional, dentro de uma perspectiva de maximização de lucros, que a WHITE MARTINS tenha procurado dificultar a entrada de novos concorrentes, isto porque queria manter a sua posição monopolista.

115- À época em que o contrato de fornecimento de matéria-prima foi aditado para incluir a cláusula de exclusividade - julho de 1997- a WHITE MARTINS detinha o monopólio no mercado de produção de gás carbônico na Região Sudeste. Neste período, dominava todas as fontes de CO2, especialmente as da Ultrafertil, consideradas as melhores de todas, dado o alto teor de pureza da corrente eliminada.

116- Ademais, as informações dos autos conduzem à conclusão de que a WHITE MARTINS não pretendeu assegurar para si o acesso à matéria-prima, até porque, àquela época, detinha todas as fontes disponíveis, explorando-as, inclusive, com considerável capacidade ociosa. Ao contrário, a WHITE MARTINS pretendeu, indubitavelmente, dificultar a entrada de novos concorrentes e, por conseguinte, eliminar a concorrência potencial, bem como permanecer na posição dominante de mercado.

117- De se ver que a cláusula de exclusividade produziu efeitos sobre o mercado. De início, foram canceladas as negociações entre Ultrafertil e

MESSER GRIESHEIM. A Ultrafértil informou à representante que não mais poderia disponibilizar CO2 bruto, em face do aditamento do contrato de fornecimento de matéria-prima, no qual estava pactuada a exclusividade - por 10 anos - da WHITE MARTINS sobre todo o excedente de CO2 bruto gerado pela Ultrafértil.

118- Veja-se que, àquela época, a entrada da MESSER GRIESHEIM no mercado de gás carbônico, se implementada, significaria a contestação do monopólio da WHITE MARTINS no mercado de gás carbônico. Tal empresa entrante, dadas as características do insumo e o volume a ser contratado, poderia exercer uma efetiva concorrência. A entrada em questão foi eliminada e, desta forma, a WHITE MARTINS permaneceu por mais tempo como monopolista no setor.

119- A seguir, a Air Liquide, em 1997, conseguiu contratar o fornecimento de matéria-prima com a empresa Rhodia. Para tanto, dispôs-se a pagar, em oferta pública, um valor extremamente elevado pela tonelada do gás bruto. O preço da matéria-prima passou a ser extremamente alto, especialmente se comparado aos valores já pagos de fornecimento de CO2.

120- Neste novo patamar de preços do CO2 bruto, a viabilidade econômica da produção de gás carbônico só será possível em níveis de preços monopolistas. Ou seja, com a redução de preços de CO2, a Air Liquide, por exemplo, tende a ficar em franca desvantagem competitiva em relação à WHITE MARTINS, dada a estrutura de custos desfavorável daquela empresa entrante. O mesmo se diga em relação à BOC GASES.

121- Nesta mesma linha, todas as contratações de matéria-prima posteriores foram realizadas em níveis de preço extremamente elevados - mais que o dobro do valor pago - sendo que a WHITE MARTINS participou de todas as ofertas públicas referentes a novas contratações" a saber. Faço menção, em particular, a oferta realizada pela Petrobrás nas suas unidades REVAP e RELAN.

122- Assim, a conduta da WHITE MARTINS, além de representar a elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado de CO2, fíndou eliminando, em um primeiro momento, e prejudicando, em segundo plano, a livre concorrência e a livre iniciativa. Com tal conduta quis garantir a continuidade de seu monopólio no mercado de gás carbônico, exercendo, assim, de forma abusiva a sua posição dominante.

123- Este efeito anticompetitivo foi realizado com a cláusula de exclusividade de uma matéria-prima escassa, que se caracteriza por uma prática de açambarcamento de matéria-prima. Os efeitos de eliminação ou prejuízo se realizaram concretamente, eis que, primeiro, a entrada da MESSER GRIE-

SHEIM foi impedida e, segundo, as demais entradas foram dificultadas pela significativa elevação dos preços do insumo.

124- Nestes termos, entendo que a conduta descrita insere-se no disposto no artigo 20, incisos I e IV da Lei nº 8.884/94, caracterizando-se como infração da ordem econômica, eis que atingiu os efeitos nocivos descritos nos referidos incisos do artigo 20, incisos I e IV, "in verbis":

"Art. 20: Constituem infração de ordem econômica, independentemente de culpa. os atos sob qualquer forma manifestados. que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados :

I- limitar, falsear, ou qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II- omissis

III- omissis

IV- exercer de forma abusiva posição dominante". (Grifou-se)

125- Assim, a conduta da representada WHITE MARTINS adequa-se ao tipo aberto descrito no art. 21 do mesmo diploma legal, "in verbis":

"As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos. caracterizam infração de ordem econômica:

(...)

VI- impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; " (Grifou-se).

126- A infração em exame é um delito de natureza permanente, cujo momento consumativo prolonga-se no tempo, permanecendo os efeitos por um determinado espaço de tempo. Assim, a infração iniciou-se em julho de 1996, ocasião em que se deu o aditamento do contrato da WHITE MARTINS com a Ultrafértil para incluir a cláusula de exclusividade.

127- A conduta restritiva findou em 10 de dezembro de 1997, ocasião em que se deu novo aditamento contratual, com a exclusão da referida cláusula. Note-se que o fim da exclusividade sobre o excedente de CO2 gerado pela Ultrafértil só se deu após o pronunciamento da SEAE que, em seu parecer, reconhece a nocividade desta exclusividade, dada a escassez de in-

sumo. A própria requerente anuncia sua disposição em cumprir antecipadamente as imposições para a aprovação da operação.

128- Desta forma, a conduta anticoncorrencial existiu por um período de 17 (dezessete) meses consecutivos, período no qual irradiou efeitos nocivos no mercado relevante. Esta a conduta que resta comprovada nestes autos e que merecerá a sanção da lei.

129- Em atenção à completude da análise, tenho que aduzir que, mesmo tendo decorrido longo lapso de tempo entre a denúncia e a decisão, com substancial alteração da situação de fato do mercado, inclusive, com o aditamento contratual que excluiu a cláusula de exclusividade, não considero que os fatos havidos estejam superados. Por um determinado espaço de tempo, o mercado de gás carbônico conheceu um efeito anticoncorrencial advindo de uma prática da WHITE MARTINS.

130- Esta prática não pode ser desconsiderada pelo simples fato de não mais existir. O açambarcamento de matéria-prima aconteceu durante em certo período e desconsiderá-lo agora seria, no meu sentir, negar a aplicação da Lei nº 8.884/94.

V- DAS MEDIDAS SUGERIDAS PELA PROCURADORIA:

V.A- DA APLICAÇÃO DE MULTA PELA INFRAÇÃO CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:

131- Conforme sustentado no item acima, a conduta da WHITE MARTINS subsume-se no disposto no artigo 20, incisos I e IV c/c artigo 21, incisos VI e XV da Lei nº 8.884/94, constituindo-se em infração contra a ordem econômica.

132- Cuida-se de ilícito de natureza administrativa, a que a lei impõe, como sanção, multa pecuniária, nos termos dos artigos 23, 24 e 27 da Lei nº 8.884/94.

133- Nestes termos, a multa por infração contra a ordem econômica pode variar de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto da representada. A aplicação da pena dentro dos limites estabelecidos na lei é discricionária e tal discricionariedade de aplicação da sanção pauta-se nos critérios elencados no artigo 27 da lei, que servirão para majorar ou para atenuar a pena, aumentando ou reduzindo o valor da multa aplicada.

134- Assim, entendo que servem para majorar a pena as seguintes circunstâncias, a saber: a vantagem auferida pelo infrator, a consumação da infração, os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, circunstân-

cias descritas nos incisos III, IV e VI do artigo 27 da Lei nº 8.884/94, no caso concreto, consideradas para agravar a pena aplicada.

135- Não se pode olvidar que a WHITE MARTINS auferiu, sim, uma vantagem, que se refere à manutenção da sua posição monopolista no mercado. Nestas condições, a infração consumou-se e produziu efeitos no mercado relevante.

136- Vejo que a WHITE MARTINS pôde permanecer praticando preços elevados, auferindo lucros monopolistas e impedindo a entrada de novos concorrentes, pela impossibilidade de acesso de entrantes às fontes de matéria-prima.

137- Em outras palavras, é certo que o mercado de CO2 visualizou efeitos econômicos negativos, identificados como a eliminação da concorrência potencial pela elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes.

138- De outro lado, entendo que a multa não pode aproximar-se do máximo previsto em lei, eis que a cláusula de exclusividade foi retirada do contrato de fornecimento de matéria-prima, em aditamento a este contrato realizado em 10 de dezembro de 1997.

139- Destarte, reconheço que as penas in abstracto previstas na Lei nº 8.884/94 são consideravelmente elevadas e que, mesmo diante da possibilidade de sua majoração, a multa in concreto não deve extrapolar sua finalidade punitiva-repressiva em relação ao agente econômico, sem deixar de cumprir também uma finalidade educativa em relação ao mercado em geral.

140- Desta forma, esta Procuradoria sugere seja a multa fixada em 1% (um por cento) do valor do faturamento da representada, faturamento este correspondente ao ano em que se deu a instauração do presente Processo Administrativo. Considero que a multa mínima atende ao caráter punitivo-repressivo, intento da norma, não sendo pertinente sua majoração.

V.B- DA REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO:

141- Em se concluindo pela existência da infração, reconhecendo-se a responsabilidade de ordem administrativa, deve-se perseguir a responsabilização civil e criminal decorrentes do fato.

142- Lembro que a infração insere-se no âmbito da tutela de um interesse difuso. O bem jurídico protegido pela Lei nº 8.884/94 é o mercado de livre concorrência, a que a coletividade tem direito enquanto um interesse difuso. Interesses difusos, de modo geral, são direitos que pertencem não a um indivíduo, nem a uma classe, mas a toda a coletividade, de forma pulverizada.

143- Para José Carlos Barbosa Moreira ¹³ tais interesses caracterizam-se "por uma pluralidade de titulares, em número indeterminado e, ao menos para fins práticos, indeterminável, em segundo lugar, pela indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita em conjunto, e cuja postergação a todos em conjunto prejudica ". Assim, o dano a um desses interesses atinge a todas as pessoas indistinta e conjuntamente, de modo que a reparação do ilícito é devida à mesma coletividade.

144- Neste diapasão, incumbe ao CADE proteger a liberdade das relações de mercado¹⁴, defendendo-a contra o "abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros."¹⁵ O dano a ser reparado é coletivo, eis que indeterminados são os sujeitos lesados, ou de difícil determinação. A própria Lei nº 8.884/94 dispõe em seu artigo 10, Parágrafo Único que "a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei." Outros dispositivos da lei também tratam da natureza coletiva ou difusa dos interesses relativos ao mercado.

145- Na esteira da moderna tutela diferenciada de interesses da coletividade, órgãos ou entidades públicas são incumbidos de promover a defesa dos interesses difusos em juízo. Agem, assim, como substituto processual dos lesionados, uma vez que representam em nome próprio um interesse alheio. Ao Ministério Público, principalmente, e ao CADE, também, são conferidas legitimidades para defesa de interesses da coletividade e especificamente para propositura de ação civil pública, além da exclusiva legitimidade para ajuizamento de ação penal.

146- Desta forma, esta Procuradoria sugere sejam enviados ao Ministério Público todas as informações relacionadas com os fatos tratados nestes autos e no Ato de Concentração nº 78/96, afim de que sejam apuradas as responsabilidades civil e criminal.

VI- DA CONCLUSÃO:

¹³ In Código de Defesa do Consumidor Comentado. Ada Pellegrini Grinover et alli; Forense Universitária, 1995. pág. 32.

¹⁴ Este é o escopo da atividade de defesa da concorrência. uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico. com o fim precípua de assegurar a realização dos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa.

¹⁵ CF art. 173, § 4º

147- A denúncia afeta o mercado relevante de gás carbônico em âmbito geográfico equivalente à Região Sudeste. A representada WHITE MARTINS era, à época dos fatos estudados, monopolista neste mercado relevante, fato que se realizou a partir da aquisição da LIQUID CARBONIC. Desta data até hoje, outras empresas estabeleceram-se neste mercado, sem, no entanto ameaçar a liderança da WHITE MARTINS, que detém 73% de participação neste mercado. O mercado em questão apresenta barreiras à entrada no setor, notadamente a capacidade ociosa elevada das plantas de CO₂; a dificuldade de acesso à matéria prima; além da dificuldade de acesso à clientela.

148- A partir desta estrutura de mercado, entendo que a cláusula de exclusividade inserida no contrato de fornecimento de CO₂ com a Ultrafertil elevou ainda mais as barreiras à entrada no setor, dificultando senão impedindo a entrada de novos concorrentes e elevando consideravelmente os custos de entrada.

149- Com tais considerações, sugiro a aplicação de multa pecuniária equivalente a 1% (um por cento) do faturamento da WHITE MARTINS à data da instauração do presente Processo Administrativo, nos termos da Lei n° 8.884/94. sugerindo, outrossim, o envio de peças ao Ministério Público, para as providências de estilo.

À superior consideração.

Brasília, 22 de março de 2001.

Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim

Procuradora Federal- CADE

De acordo. Aprovo o Parecer n° 160/2001, da lavra da Procuradora Áurea Regina Sócio de Queiroz Ramim, no sentido da existência de infração à ordem econômica, com a conseqüente imposição de multa pecuniária, nos termos de Lei n° 8.884/94.

Ao ilustre Conselheiro-Relator.

Brasília, 30 de março de 2001.

AMAURI SERRALVO

Procurador-Geral do CADE