
MEMORIAL 19 de abril de 2001***EXMO. SR. DR. MERCIO FELSKY****Processo Administrativo 08000.022579/97-05**

S/A **WHITE MARTINS**, doravante **REPRESENTADA**, por seus advogados adiante assinados, nos autos do Processo Administrativo em epígrafe, instaurado em decorrência de Representação formulada por **MESSER GRIESHEIM DO BRASIL LTDA.**, doravante **REPRESENTANTE**, tendo sido instada a se manifestar quanto ao r. Parecer da douta Procuradoria de fls., vem expor o quanto segue:

1.- Versam os presentes autos acerca de suposto açambarcamento de matéria-prima para a produção do gás carbônico. A **REPRESENTANTE** não teria conseguido ingressar neste mercado face à alegada prática anticoncorrencial da **REPRESENTADA**, que teria, mediante a celebração de contrato junto à **Ultrafértil**, chamado exclusivamente para si todos os insumos necessários à supra citada produção, não tendo tido, pois, condições de prosseguir em seu intento.

2.- Segundo entende a d. Procuradoria, teria ocorrido a subsunção do fato ao molde normativo, pugnano então, pela condenação da **REPRESENTADA**.

3.- O mercado em questão apresentaria como barreira à entrada a dificuldade de acesso à matéria-prima, e a **REPRESENTADA** as teria elevado com o aditamento contratual em 01/07/96 quando então, à época, já seria monopolista no setor. A razão de ser deste aditamento seria tão somente a criação de dificuldade à entrada de novos concorrentes.

4.- Alega, igualmente, que conquanto outros agentes econômicos tenham conseguido adentrar neste mercado, somente o tenham podido fazê-lo porque se dispuseram a pagar um valor extremamente elevado.

5.- *Data venia*, tal posicionamento reflete um incontestemente equivocado entendimento dos fatos.

* A pluralidade de memoriais justifica-se pelo igual número de votos de vista e objetivam em cada caso demonstrar, segundo a White Martins, as deficiências e falhas do votos a eles anteriormente proferidos

I – PRELIMINARMENTE

I – Da tentativa de refutação das questões preliminares e prejudiciais

6.- Inicialmente, quanto à negativa das preliminares suscitadas, cabe dizer que o r. Parecer, quiçá pela carência de argumentos de fato e de direito que dessem lastro à, no mérito, proposta condenatória, dedica longas páginas (a maior parte) ao “exame” das questões preliminares e prejudiciais.

7.- Fá-lo, todavia, em vão. De fato, a absoluta precariedade das observações, nitidamente formuladas por estrito dever de ofício, não merecem maior consideração, bastando a ratificação das preliminares argüidas, *in totum*.

8.- É suficiente, para tanto, registrar que:

a) no tocante à temática da inconstitucionalidade, o r. Parecer sequer aparenta saber a diferença entre os princípios constitucional do juízo natural e processual da identidade física do juiz, como se houvera similitude ou proximidade entre eles e como se o primeiro não fosse hierarquicamente superior ao segundo;

b) quanto à questão da incompetência *ratione materiae*, confunde o r. Parecer o interesse privado da **REPRESENTANTE** (porque esta exigia ter acesso, por ato do príncipe, a uma determinada e específica fonte de suprimento de CO₂ – Ultrafértil -, enquanto os demais concorrentes ingressavam no mercado relevante sem ajuda governamental e por diversas outras), que por motivos desconhecidos procurou defender, com o interesse da Coletividade;

c) referindo-se à inépcia da petição inicial, baralha-se o r. Parecer entre os conceitos tão elementarmente distintos como “processo” e “ato decisorio”; olvida-se que a aplicabilidade subsidiária do CPP é decorrente da própria taxinomia da LDC e que exatamente por ser estranho à sua natureza é que se exige expressa remissão ao CPC como fonte subsidiária; chega ao cúmulo de insinuar que a aplicação subsidiária do CPC é de ser admitida apenas “quando conveniente”, certamente aos propósitos *ad hoc* condenatórios; embora patente a pretensão punitiva do Estado na aplicação da LDC, se arvora a alegar que “no processo administrativo do CADE não há que se falar em lide” (*sic*) !!!; e ainda conclui, contrariando a Lei (art. 30 da LDC) e a jurisprudên-

cia do próprio CADE¹ que “a representação não se submete a requisitos estritos de validade” (*sic*) !!!! – mais nada é preciso dizer;

d) reconhece nulidades processuais, que comodamente desqualifica como simples “irregularidades” – na medida de seu interesse;

e) discorrendo sobre a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo, embora sabendo-se que o Representado defende-se de fatos, entende regular a modificação desses fatos a bel talante da autoridade, após a instauração da instância; repele *tout court* e açodadamente o princípio da irretratabilidade do CPP, mas não o faz em relação ao princípio da imutabilidade do CPC (e sequer menciona o princípio da interpretação restritiva também consagrado no diploma processual civil básico), tudo sob a singela argumentação de que a aplicação subsidiária do CPC é de ser admitida apenas “quando conveniente” à acusação; reconhece que o processo foi instaurado por autoridade incompetente (a Inspeção-Geral), que fazia parte da d. **Secretaria de Direito Econômico - SDE**, mas não se confundia com a figura do Secretário de Direito Econômico;

f) examinando o tema da inépcia da Representação, o r. Parecer chega ao ponto de dizer que este instituto “não existe, à luz da Lei nº 8.884/94 e da sua sistemática” (*sic*), fundamentando o entendimento na “doutrina” de que a “inépcia é instituto de natureza processual civil, eminentemente criado para preservar a autoridade julgadora da precariedade e do constrangimento em apreciar questões de interesse particular sem que existam condições de identificar os fatos, aplicar o direito, ou ainda compreender o interesse almejado” – ou seja, tais preocupações não existiriam no Processo Administrativo perante o CADE !!!!; e

g) ao referir-se a outros processos sofridos pela Representada, no bojo da verdadeira **campanha** (mais apropriadamente dir-se-ia “perseguição”) que se lhe moveu no âmbito da **SDE**, chega ao deslante de afirmar “que o Processo Administrativo para apuração de conduta lesiva à concorrência ... tem natureza jurídica de ato administrativo” (*sic*) – Processo é ato ??????????

9.- A fragilidade auto-demonstrada do r. Parecer não merece maior dispêndio de tempo e desforço no que tange às questões preliminares, bastan-

¹ E.g., v. - Referência: Voto da Conselheira Hebe Romano no Processo Administrativo nº 0800.026488/95-23, de 13 de outubro de 1999, Representante: Secretaria de Direito Econômico – SDE – ex officio e Representadas: Casa de Chaves Gold Ltda. - ME, Guima Comércio de Chaves Ltda. ME – Chaves LAND e Bell’s Ferragem Ltda. In DOU de 13 de janeiro de 2000, Seção 1, pág. 2.

do a ratificação do argüido e a remissão ao que alhures já se escreveu² para que seja de pronto arquivado o presente Processo.

10.- Apenas em homenagem ao princípio da eventualidade e se, *ab absurdo*, não forem acolhidas as preliminares levantadas, é que se aborda o mérito do r. Parecer ora guerreado.

II – Da ampliação do raio de discussão

11.- Inicialmente cabe mencionar que a douta Procuradoria pretende, agora, à undécima hora, estender os lindes da controvérsia. Conforme originalmente delineado na denúncia formulada, conforme acolhida pela d. **SDE**, objeto de defesa pela **REPRESENTADA**, o âmago do presente processo cinge-se à data em que houve um posicionamento da d. **SEAE**, recomendando a liberação do suposto excedente da **Ultrafértil** como condição para a aprovação do Ato de Concentração **White Martins/Liquid Carbonic** e a final formalização junto àquela .

12.- Pretende a d. Procuradoria, agora, serodiamente, não apenas ampliar o período de análise da controvérsia, a partir da lavratura do referido aditamento até a final formalização junto à **Ultrafértil**; **pretende, mais, extemporaneamente e ultra petita, discutir a legitimidade de cláusula inserida no supra citado aditamento e sua racionalidade econômica, o que jamais foi objeto de cogitação.** Até o presente discutiu-se sobre a tipificação ou não do imaginário açambarcamento atribuído à **REPRESENTADA** (a despeito da inquestionável e reconhecida existência de fontes alternativas de matéria-prima e do efetivo ingresso no mercado de diversos agentes concorrentes), nunca sobre a legalidade da cláusula contratual impugnada ou sobre sua racionalidade econômica.

13.- Vislumbra-se, assim, que a d. Procuradoria anseia embasar o pleito condenatório em fato isoladamente considerado, sem se ater à amplitude de todos os outros aspectos envolvidos, quer estruturais, quer comportamentais. Aponte-se, de início, que em momento algum neste processo foi realizado um estudo sobre os custos de transação, as relações contratuais verticais e as eficiências advindas especificamente daquela relação contratual, como ora se junta.

² Cf. Franceschini, “Introdução ao Direito da Concorrência”, obra de mesmo título, ed. Malheiros, págs. 7 e segs., e “Roteiro do Processo Penal-Econômico na Legislação de Concorrência”, apud “Direito da Concorrência – Case Law”, ed. Singular, págs. 1339 e segs.

14.- De se conferir, portanto, que a emissão de um posicionamento quanto ao caso demanda a análise de uma pluralidade de fatores, que ora se passa a fazer.

II – MÉRITO

I –Do açambarcamento e das fontes de insumo existentes à época

22.- Mister se faz, então, inicialmente compreender o conceito de “açambarcamento”, qual seja, segundo o léxico o ato de “adquirir a totalidade de uma produção para revender sem competidor, monopolizar”.

23.- Conveniente se ressalte que, obviamente, o entendimento isolado da expressão “açambarcar” não basta à compreensão da matéria, exigindo-se para tanto sua compreensão no contexto da demanda.

24.- De se questionar, então, e aqui reside o ponto fulcral, se o fato de a **REPRESENTANTE** não ter à época ingressado no mercado relevante, teria sido efetivamente decorrente de conduta da **REPRESENTADA**, uma vez que esta teria se assenhorado de todos e únicos insumos disponíveis, imprescindíveis a tal desiderato, ou se, ao contrário, porque a **REPRESENTADA** exigia do Poder Público que a fonte existente junto à **Ultrafértil** fosse a ela outorgada em condições privilegiadas, ou seja, fixando-se “naquela” fonte, a despeito da disponibilidade de outras (que aliás permitiram aos demais *players* ingressar no mercado).

25.- Desta feita, tendo-se previamente delimitado que a problemática diz respeito à inserção do agente no mercado de CO₂, duas questões, como visto, se colocam:

“ 1.- Era a Ultrafértil à época a única fonte de insumo economicamente viável existente no mercado ?

“2.- Teria sido este suposto excedente adstrito contratualmente, REAL FATOR IMPEDITIVO aos demais agentes econômicos, para o acesso ao mercado ?

26.- Desde logo se antecipa que os fatos revelam resposta negativa.

27.- Inicie-se por registrar, que o ingresso da **REPRESENTADA** no mercado relevante de gás carbônico foi altamente pró-competitiva, inaugurando a fase concorrencial desse mercado, na medida em que teve por resultado uma desconcentração inédita e em tempo recorde, a par de que foi extrema-

mente pró-competitiva, conforme exposto reconhecimento da d **SEAE**: subentenda-se, eficiência econômica !!!!

26.- Conforme comprovado e debatido nos autos do Processo em tela, bem como nos do Ato de Concentração nº 78/96, existiam e estavam disponíveis inúmeras fontes de CO₂, diversas em oferta e outras à espera de interessados.

27.- Sem se mencionar as fontes por combustão (que tanta e indevida polêmica causaram), não há como negar que:

a) a **AGA** (cuja simples presença no mercado vem sendo sistematicamente ignorada pela acusação) ingressou no mercado virtualmente à mesma época da **REPRESENTADA**, instalando-se junto à **Prosint**;

b) o contrato entre a **REPRESENTADA** e a **Petrobrás** relativamente à **REVAP**, em São José dos Campos (SP), logo expiraria e seria (como foi) objeto de licitação (como foi), sagrando-se vencedora a **AIR LIQUIDE**;

c) a **Peróxidos**, no Paraná, ofereceu a fonte de que dispunha à **REPRESENTADA**, que a dispensou por dela não necessitar (aliás um comportamento absolutamente estranho para um real “açambarcador” !!!), fonte esta que terminou contratada pela **AIR LIQUIDE**;

d) a **Petrobrás** dispunha (e certamente teria antecipado sua disponibilização houvera interessados), como dispõe, de um manancial de fontes de CO₂ junto às suas refinarias, **REPLAN**, **RPBC** (vizinha da Ultrafértil) e **REFAP** (quando oferecidas foram virtualmente dispensadas pela **REPRESENTANTE** e demais concorrentes); e

e) a própria REPRESENTANTE dispunha de fonte em seu próprio quintal, junto à **Hoechst**, empresa a cujo grupo econômico pertence, fonte esta que passou por ela a ser posteriormente explorada.

28.- Em outras palavras: é absolutamente inquestionável que o famigerado excedente da **Ultrafértil** (que ao final, quando de sua contratação pela **BOC**, comprovou-se ser bem menor: o alardeado excedente de 170 toneladas/dia, era, na realidade de 100 tpsds) não representava, nem de longe, sequer a maior parte dos insumos existentes no mercado, quanto mais a “única” fonte. A comprovar tal fato, como adiantado, diversos outros agentes se fixaram, podendo-se citar que:

a) a **AIR LIQUIDE**, atualmente conta com 2 (duas) plantas junto à **Rhodia** e à **REVAP**, e ainda conta com a fonte da **Peróxidos**

- b) a **AGA** conta com 2 (duas) plantas junto à **Prosint** e em **Jundiáí**;
- c) a **BOC** conta com a planta junto à **Ultrafértil**
- d) a **MESSER** conta com 2 (duas) plantas, junto à **Spal-Panamco** (Coca-Cola) e à **Hoechst**.

29.- O que é mais surpreendente é que, exatamente **ao lado da Ultrafértil, existe a RPBC-Petrobrás, outra fonte de insumo, e em Paulínea, a magna fonte junto à REPLAN, que são simplesmente desconsideradas!!!**

30.- Assim, tombam por terra os argumentos de que a conduta da **REPRESENTADA** eliminou a concorrência (subentenda-se: a livre iniciativa).

31.- No entanto, diante desta realidade inconteste, surge, então, a douta Procuradoria a afirmar que a conduta anticoncorrencial da **REPRESENTADA** teria, em um segundo momento, prejudicado a livre concorrência, já que teria restado majorado o preço do insumo. Confira o item 119 do r. Parecer,

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

32.- Entretanto, olvida-se de uma das mais mezinhas regras do livre mercado: a lei da oferta e da procura. Em sendo pioneira e em havendo enormes fontes de matérias-primas à disposição, a **REPRESENTADA** beneficiou-se dos preços de mercado com tais características. Seu ingresso, tendo deixado atordoada a concorrência potencial, que não o esperava, forçou apressadas providências e investimentos por parte dos demais *players* mundiais (que antes tinham o País como simples reserva para um futuro incerto, conforme indica a própria **REPRESENTANTE** ao insinuar a existência de um acordo entre os agentes internacionais nesse sentido). Elementar dizer que, ampliando-se a demanda em regime de urgência e acirrada disputa (múltiplas foram as licitações), os preços não poderiam ser (jamais) os mesmos pagos pelo empreendedor originário.

II - Do açambarcamento como barreira ao ingresso de novos concorrentes

33.- Já se afirmou³ que barreiras à entrada são limites naturais ou artificiais ao acesso, por parte de novos concorrentes, a um determinado mercado relevante. A identificação destes limites, corretamente se disse, é de fundamental importância na aferição das possibilidades de contestação à posição dominante exercida pelos agentes econômicos atuantes em um mercado.

34. Continua a orientação jurisprudencial do E. CADE, afirmando que, na definição da extensão dessas barreiras, duas variáveis devem ser levadas em consideração: uma variável temporal e uma variável qualitativa. Lastreada na lição de HOVENKAMP, registra a referida decisão que, para efeitos de análise concorrencial, temporalmente, barreiras à entrada serão preocupantes quando impedirem a entrada “por um período socialmente inaceitável”. Logo, prazos menores não acarretariam qualquer preocupação concorrencial.

35. E qual seria esse período ? A mesma fonte pretoriana esclarece:

“A Lei nº 8.884/94 é omissa no que se refere ao limite de tempo socialmente aceitável para uma entrada efetiva. Todavia, a doutrina e a jurisprudência geralmente estabelecem o prazo de dois anos para esse limite, excetuando-se casos muito específicos” (grifou-se).

36. Vê-se, portanto, que se o mercado relevante não oferece restrições temporais superiores a 2 (dois) anos ao ingresso de concorrentes potenciais, não há que se falar em impedimentos substanciais.

37. Ora, *in casu*, verifica-se que a d. **SDE** refere-se a um açambarcamento decorrente de uma barreira que teria perdurado por cerca de 6 (seis) meses, entre a data da renúncia unilateral da **REPRESENTADA** ao direito de preferência sobre o excedente da produção da **Ultrafértil** e aquela em que esta empresa, graças às ilegais exigências daquela Secretaria, “se dignou” a conceder sua concordância. Como se verá, e por seu turno, o r. Parecer da douta Procuradoria amplia o lapso temporal em questão para cerca de 17 (dezessete) meses, igualmente ignorando completamente a mencionada renúncia unilateral.

³ Voto da Conselheira Hebe Romano no Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, de 29 de março de 2000, Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A – Ecap e Braco S/A. In DOU de 11 de abril de 2000, Seção 1, caderno eletrônico, pág. 1.

38. O que importa para o argumento é que, qualquer que seja a hipótese, não teria a **REPRESENTADA** criado qualquer barreira ao ingresso de novos concorrentes (do que se cogita apenas *ad argumentandum*) por prazo igual ou superior ao biênio que poderia causar preocupações anti-truste. Muito ao contrário, os concorrentes, notadamente a **AGA** e a **AIR LIQUIDE** adentraram no mercado relevante em curtíssimo lapso de tempo após a entrada da **REPRESENTADA** !!!!

39. Impensável, portanto, que tal avença entre a **Ultrafértil** e a **REPRESENTADA**, pelo curto prazo de vigência, pudesse ter causado qualquer impacto anticoncorrencial que pudesse ser preocupante para a autoridade anti-truste.

III - Do açambarcamento enquanto delito plurisubjetivo

40.- Causa evidente espécie que, conquanto tenha-se reiteradamente impingido a prática de açambarcamento à **REPRESENTADA**, não se atentou que tal prática, quando consumada mediante contrato, somente se tipifica como infração quando na presença de, ao menos, uma dualidade de agentes (as partes contratantes): trata-se de prática colusiva.

41.- Neste sentido, as lições de **FÁBIO ULHOA COELHO**

“ A infração de impedir o acesso de concorrentes a fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologias e aos canais de distribuição é das modalidades de práticas anticoncorrenciais que pressupõem acordo entre agentes econômicos (práticas colusivas). **Não é possível incorrer-se na conduta infracional do inciso VI unilateralmente**”⁴ (ênfatisou-se).

42.- Assim, questiona-se: por que foi imputada conduta infrativa somente à **REPRESENTADA** ? É evidente que não tem a Autoridade a “discrição” de “optar” por esta ou aquela parte contratante, sendo cediço que a exclusão de uma implica, automaticamente, na da outra.

IV – Do contrato com a Ultrafértil

⁴ Direito Antitruste Brasileiro, pág. 71, Editora Saraiva.

43. Merecem algumas considerações o controvertido quanto pouco debatido contrato com a **Ultrafértil**, em suas múltiplas vertentes.

44.- Como é sabido, o contrato se perfaz pelo encontro das vontades do policitante e do oblato, nascendo um vínculo entre as partes. São seus elementos intrínsecos, portanto: o consenso, a causa, o objeto e a forma.

45. No presente caso, mister se faz esmiuçar alguns destes conceitos, e para tal servem como uma luva as lições do inesquecível Prof. **Orlando Gomes**⁵:

“ O objeto do contrato não é a prestação nem o objeto desta. A prestação é o objeto da obrigação e seu objeto tanto pode ser a entrega de uma coisa como o exercício de uma atividade ou a transmissão de um direito. Objeto do contrato é o conjunto dos atos que as partes se comprometeram a praticar, singularmente considerados, não no seu entrosamento finalístico, ou, por outras palavras, as prestações das partes, não o intercâmbio entre elas, pois este é a causa.

46.- Nesse diapasão, aqui igualmente reside outro ponto nodal para a análise da lide: o objeto da prestação e as condições.

47. Verifica-se, então, que o contrato celebrado com a **Ultrafértil** estipula a entrega do dióxido de carbono na modalidade “**take or pay**”, estando nele ínsito o direito de preferência na compra do excedente.

48.- Trata-se, este direito de preferência, como é pacífico, de direito disponível, passível, como tal, de ser renunciado unilateralmente. Portanto, se o direito de preferência ao guereado excedente foi objeto de **renúncia expressa** pela **REPRESENTADA**, conforme se pode comprovar nos autos, inclusive por suas múltiplas ratificações, **a delonga na disponibilização da matéria-prima não pode ser atribuída à REPRESENTADA**.

49. De fato, aliás incontestemente, **sem qualquer amparo legal**, a d. **SDE** exigia a “concordância” da **Ultrafértil** (ao invés de exigir-lhe a imediata disponibilização do produto ao mercado)!!!!!!

50.- É mais do que evidente e natural que a **Ultrafértil**, agraciada com a exigência da **SDE**, aproveitou-se do acalanto para comercialmente negociar as condições de sua “aquiescência”. Meses passaram-se

⁵ Contratos, pág. 56, Editora Forense.

nessas tratativas (exatamente o período que a d. SDE entendeu existir açambarcamento), sendo a **REPRESENTADA** a final compelida a aceitar os termos da **Ultrafértil** (que não foram gratuitos), para por um ponto final na dolente, porém, maligna, desgastante e onerosa “novela”.

51. *Concessa maxima venia*, **foi negligente, portanto, a SDE**. Tinha, desde logo, plena ciência da renúncia unilateral da **REPRESENTADA** ao direito de preferência de que gozava, forçou de fato (e ilegalmente) esta acusada a negociar o que não tinha o que tratar, e **nada fez no sentido de motivar a Ultrafértil** a colocar o produto no mercado, durante todo o tempo do “açambarcamento” !!!!

52. A situação da **REPRESENTADA** tornou-se a tal ponto constrangedora que viu-se na contingência, a determinado ponto de exasperação no curso de sua *via crucis*, de requerer formalmente (cf. fls. 1433) ao d. DPDE que desse ciência oficial à **Ultrafértil** da cópia do instrumento de revogação da cláusula de preferência, da qual aquela empresa já tinha amplo conhecimento, já que negociava com a **REPRESENTADA** desde o surgimento da abstrusa exigência da SDE.

53. **NEM ASSIM A SDE SE COMOVEU !!!! NADA FEZ EM PROL DA DISPONIBILIZAÇÃO DO FAMOSO EXCEDENTE AO MERCADO, QUIÇÁ CIENTE (COMO DEPOIS CONFESSOU) QUE A QUESTÃO NÃO ERA A DE FALTA DE FONTES DE MATÉRIAS-PRIMAS, PORQUE ESTAS ERAM FARTAS, MAS DE POLÍTICA INDUSTRIAL, QUAL SEJA O ENTENDIMENTO DE QUE A REPRESENTADA UTILIZAVA MAL DE SUAS PRÓPRIAS FONTES !!!!**

54. Em outras palavras, como já se disse, não se pode acusar uma empresa de açambarcamento de uma caixa de fósforos se esta se apropria de apenas um palito (*in casu*, de metade de um palito, uma vez que se demonstrou *a posteriori* que a fonte se reduziu substancialmente em relação ao que fora inicialmente divulgado).

55. Por todas as razões expostas, é certamente translúcido e comprovado que **não houve o alegado açambarcamento e que a demora na disponibilização do excedente sob análise ao mercado é atribuível exclusivamente à SDE e aos interesses comerciais da Ultrafértil**, forçoso concluir que, só por essa razão, o presente Processo Administrativo merece pronto e definitivo arquivamento, que se requer.

V - Do açambarcamento e ampliação do raio de discussão proposto pela douta Procuradoria, em desconsideração aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

56.- Conforme se teve a oportunidade de fazer menção, provavelmente ciente da fragilidade da tese acusatória, o Parecer da douta Procuradoria desconsiderou os limites da acusação inicial e os fixados no r. Parecer da SDE: fazendo a mais absoluta *tabula rasa* do ingresso no mercado de praticamente todos os grandes produtores mundiais, a começar pela AGA (cujo nome sequer é mencionado no r. Parecer), não apenas amplia o prazo do “açambarcamento” de (6) seis meses (conforme reconhecido pela SDE) para (17) (dezesete), e omite olímpicamente qualquer discussão sobre a unilateralidade da renúncia ao direito de preferência pela REPRESENTADA.

57. E o que é mais grave: vai além, pretende tardiamente discutir, sem que o tema houvesse sido submetido ao crivo do contraditório no curso do Processo Administrativo, a legitimidade da cláusula de exclusividade e sua racionalidade econômica. Durante todo o processo, face os limites da acusação exordial, digladiou-se sobre a existência ou não de açambarcamento ou sobre a existência ou não de barreiras ao ingresso de novos agentes no mercado relevante, ainda que a denúncia viesse instrumentalizada pela cláusula contratual de preferência a que a REPRESENTADA unilateralmente renunciara. **NUNCA SE PROPÔS A DISCUSSÃO SOBRE A LEGALIDADE OU RACIONALIDADE ECONÔMICA DESTA, NÃO SENDO LÍCITO QUE TAL OCORRA NESTA FASE, DADO QUE ULTRA PETITA !!!!**

58. Confira-se item 114 do r. Parecer:

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

59.- Abre-se assim, um novo campo de discussão, nunca dantes aventado, sendo merecedoras, destarte, de algumas considerações (o que se faz apenas *ad cautelam* e sem que tais sucintos comentários possam ser tomados como “defesa” formal, eis que apenas ilustrativos da impropriedade e extemporaneidade da manifestação da douta Procuradoria). De fato, acaso submetida ao crivo do contraditório, teria direito a REPRESENTADA não apenas a formular defesa formal e cabal, nos prazos legais, como ainda a toda forma de

prova em Direito admitida, tais como as provas testemunhais e periciais para comprovar a legalidade e racionalidade econômica da cláusula, protestando, desde logo, por sua realização.

60.- De qualquer modo, desde logo se verifica a impossibilidade de se aditar a denúncia, dado que a questão relativa à contratação preferencial ou exclusiva do excedente disponibilizado pela **Ultrafértil** não versa sobre questão de conduta de mercado, mas sim de estrutura. Não por outra razão, aliás a **REPRESENTADA** recorreu hierarquicamente da instauração do presente Processo Administrativo face à pendência do procedimento de análise do Ato de Concentração nº 78/96 (cf. fls.).

61.- Com efeito, o **SBDC** examinava à época a estrutura do mercado relevante, nela incluída as fontes efetivas e potenciais de CO₂, dentre as quais o referido excedente. Na hipótese de a **REPRESENTADA** não ter se disposto a renunciar unilateralmente àquela fonte, ter-se-ia, tão-somente, que se debater, tal como sugerido pela d. **SEAE**, se a aprovação do Ato de Concentração deveria ou não ser condicionado à alienação dessa fonte adicional. Descabida, neste caso, qualquer imposição de multa, mas apenas da emissão de ordem de desfazimento parcial.

62.- Antes do “julgamento” do Ato de Concentração pelo E. **CADE** não se teria qualquer segurança ou certeza do efetivo impacto da aquisição, pela **REPRESENTADA**, do referido excedente e, portanto, da real necessidade da rescisão da cláusula impugnada ou de sua preservação. De qualquer modo, esta temática jamais foi objeto de consideração no curso do presente Processo.

VI- Dos custos de transação, relações contratuais verticais e eficiências

63.- No anexo percuente estudo sobre custos de transação, relações contratuais verticais e eficiências comprova-se que o mérito da prática de exclusividade não pode ser analisado com rigor sem que sejam cotejados seus efeitos anti-competitivos e pró-competitivos, isto é, os possíveis ganhos de eficiência econômica resultantes da exclusividade que podem contrabalançar eventuais prejuízos à concorrência.

64.- Desta feita, a total ausência desta análise no r. Parecer está a lheivar de vício insanável, vez que não foram prospectados seus aspectos mais substanciais: as eficiências econômicas. A interpretação desenvolvida pela douta Procuradoria procurou definir a cláusula de exclusividade sob exame como um delito *per se*, o que não encontra guarida na Lei, que se afeiçoa à regra da razão.

65.- Assim, uma corrida d'olhos no referido estudo bastará para se vislumbrar que a prática gerou ganhos de eficiência decorrentes da redução dos custos de transação. Ademais, convém se ressalte que no caso em tela o mercado relevante para o exame da prática em questão, em suas dimensões geográfica e material, se encerra na própria **Ultrafertil**.

66.- Isto porque, para a **Ultrafertil**, no momento da negociação de fornecimento do subproduto, o *market share* da **White Martins** no mercado de gás carbônico era irrelevante. O que importava unicamente era a existência, atestada nos autos, de outra empresa disposta a adquirir a matéria-prima. Em tal cenário, **é a fornecedora (no caso a Ultrafertil) que disporia de maior poder de barganha** (e possibilidade de comportamentos oportunistas) **e não o interessado (na hipótese, a REPRESENTADA)**, derivado, principalmente, do fato de que os ativos da empresa adquirente são específicos e a relação comercial entre as partes sujeita a elevados custos de transação, além de outros igualmente significativos.

VII- Do favorecimento exclusivo

67. Ressalvas cabem, também, no tocante à alegação da douta Procuradoria de que “*a cláusula de exclusividade favoreceria unicamente um dos contratantes, qual seja a WHITE MARTINS*”. Por que ?????? A isto não responde, porém.

68.- Como afirmar que somente favoreceria uma das partes, se a **Ultrafertil** estava recebendo pelo produto disponibilizado, redundando-lhe em vantagem econômica ???

69. E o que dizer da penosa negociação comercial a que foi forçada a **REPRESENTADA** a encetar junto à **Ultrafertil**, por ilegal exigência de “de acordo” formulada pela **SDE** ?????

VIII- Da intenção da empresa Quimbarra em instalar fábrica para a produção de Carbonato de Cálcio Precipitado

70.- Conforme pode ser demonstrado, a **Quimbarra**, empresa do grupo **Liquid Carbonic**, pretendia instalar uma planta para produzir Carbonato de Cálcio Precipitado. A produção de PCC em suspensão tinha como matérias-primas básicas a corrente gasosa de CO₂ disponível da **Ultrafertil**, a cal proveniente da **Arcos** e a disponibilidade de água em Cubatão.

71.- A idéia somente foi abandonada porque se acabou firmando, posteriormente, um contrato com a **Ripasa** para construção de uma planta de PCC no próprio *locus* da **Ripasa**, e, a partir desta, fornecendo para o mercado papeleiro.

IX.- Da necessidade do produto para expansão

72.- Conforme pode ser facilmente demonstrado, obviamente constava dos planos originais da **White Martins** a expansão de suas atividades em Cubatão, sendo-lhe, portanto, necessário o excedente, mesmo porque produzido na própria fábrica.

73.- Arvora-se a douta Procuradoria, sem qualquer justificativa plausível ou sustentação técnica, a afirmar que a fonte da **Ultrafertil** em relação a outras fontes de CO₂ (o argumento, por si só, bastaria para demonstrar a existência dessas outras fontes) estaria situada em “excelente localização”. Por quê ????? A isto não se responde, notadamente diante da difícil logística que exige uma fábrica em Cubatão (SP), demandando custoso transporte do produto serra a cima para sua comercialização, enquanto a planta da **REPLAN**, por exemplo, situa-se, esta sim, efetivamente, em excelente localização no Planalto Paulista, em Paulínea !!!!

74.- É notável que, como visto, **a própria SDE reconheceu, expressamente, não ter havido açambarcamento**, no sentido de absorção da totalidade ou da parte substancial de fontes de matéria-prima. Dedicou-se ela a “interpretar” o conceito de açambarcamento não sob o aspecto concorrencial, mas de política industrial, ou seja, de “má utilização de fontes de insumos” ditos escassos (cf. fls.).

75.- Mesmo porque, não apenas a “famosa” quota excedente da **Ultrafertil** se reduzira dos 170 tpds para os 100 tpds que ensejaram o ingresso da **BOC** no mercado, como ainda é incontestável que outras fontes existiam (e existem) e que foram apropriadas pelas demais entrantes como a **AIR LIQUIDE** e, antes dela, a **AGA**, cuja existência a acusação simplesmente se recusa reconhecer.

76.- Percebe-se destarte, que a **REPRESENTANTE** travestiu como concorrencial matéria de seu exclusivo interesse pessoal (queria ela a fonte da **Ultrafertil**, não lhe servindo nenhuma outra, mesmo que disponível, desejando-a, mais, que lha fosse entregue por ato do príncipe, sem licitação e em

condições privilegiadas em relação aos demais concorrentes potenciais ou efetivos). Apropriadas à questão as lições de **Paula Forgioni**⁶;

“ Ademais, tenha-se sempre em mente, como bem assinala Machlup, que o prejuízo causado a um concorrente ou aos concorrentes é bem diverso do prejuízo à concorrência.”

77.- Ademais:

a) a d. **SEAE/MF** foi explícita em reconhecer a natureza pró-competitiva do ingresso da **REPRESENTADA** no mercado relevante, bem como a improcedência da acusação;

b) a seu modo, a própria d. **SDE** também reconheceu expressamente não ter havido açambarcamento, entendendo-se esta no conceito jurídico e léxico, de absorção da totalidade ou da parte substancial de fontes de matéria-prima, embora tenha se dedicado a “interpretar” o conceito sob prisma diverso, qual seja, o de política industrial (“má utilização de fontes de insumos” ditos escassos - cf. fls.), matéria estranha ao Direito da Concorrência.

78.- Ora: trata-se de entendimento manifestamente impróprio, já que objetiva a admissibilidade de uso da legislação de regência para a implementação dirigista de políticas industriais, em flagrante desvio de finalidade social. Conforme já restou pacificado nas decisões do E. **CADE**, a legislação anti-truste não se presta ao fomento da indústria.

79.- Os fatos concretos são incontestes: acaso a **REPRESENTADA** pudesse ou quisesse (o que jamais ocorreu) açambarcar todas as fontes de matérias-primas, tal iniciativa seria materialmente impossível; aliás a partir do fato de que o contrato entre a **REPRESENTADA** e a **REVAP** estaria em vias de expirar e a fonte em questão seria (como foi) licitada pela **Petrobrás**, sagrando-se vencedora a **AIR LIQUIDE**, (b) a **REPRESENTADA** havia dispensado formalmente a fonte de **Peróxidos**, que também foi arrematada pela **AIR LIQUIDE** (e se mantém ociosa até hoje sem que ninguém lhe tivesse acusado de açambarcamento), (c) a **REPRESENTANTE** sempre teve à sua disposição fonte próprio, junto à **Hoechst**, que hoje opera, e (d) a existência de generosas fontes até hoje inexploradas junto às refinarias da **Petrobrás**

⁶ Os fundamentos do Antitruste, pág 243, Editora Revista dos Tribunais

(e.g. **REPLAN**, **RPBC** e **REFAP**). Em suma: a acusação de açambarcamento torna-se um sem-sentido fático e jurídico !!!!!!!!

80.- A manifestação da douta Procuradoria-Geral, por seu turno, demonstrou-se, *data maxima venia*, nitidamente enviesada: (a) negando-se a reconhecer a realidade da estrutura e dinâmica do mercado (a partir do ostracismo a que foi relegada a **AGA** e o ingresso de todos os *players* mundiais, independentemente da fonte da **Ultrafértil**), (b) recusando-se a sequer discutir a natureza disponível do direito de preferência a que renunciara unilateralmente a **REPRESENTADA** e a ilegalidade da exigência da **SDE** de concordância formal da **Ultrafértil**, bem como (c) a negligência dessa d. Secretaria ao deliberadamente omitir-se no tocante à imediata colocação do referido excedente no mercado e, (d) extrapolando os lindes da acusação, trazendo à colação discussão nova, *ultra petita*, jamais submetida ao crivo do contraditório, qual seja a da legitimidade e racionalidade econômica da cláusula de preferência.

III – PEDIDO

81- Por todo o exposto:

a) diante da obviedade, *data venia*, do equivocado viés que norteou a análise dos fatos, conforme visualizados no r. Parecer da douta Procuradoria, requer-se se digne V.Exa. designar dia, hora e local para a realização de audiência perante todos os membros do E. **CADE**, ocasião em que a **REPRESENTADA** poderá dar-lhes melhor e direto conhecimento da realidade do caso concreto e de sua subsunção à norma aplicável, o que certamente resultará no reconhecimento da plena inocência da **REPRESENTADA**; e, por fim,

b) salvo anacrônica postura repressiva em relação a procedimentos de *griffe*, como o presente foi perante a d. **SDE**, à época, requer-se (porque se impõe) o definitivo arquivamento deste Processo Administrativo face à absoluta improcedência da acusação e a ilibada e atípica conduta de mercado da **REPRESENTADA**, sendo esta a única solução de

JUSTIÇA !!!!

De São Paulo para Brasília, 19 de abril de 2001.

