

MEMORIAL 22 de março de 2002.

EXMO. SR. CONSELHEIRO DR. AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

Processo Administrativo n.º 08000.022579/97-05

S/A WHITE MARTINS, qualificada nos autos do Processo Administrativo em epígrafe, vem à presença de V.Exa., por seus advogados, face ao voto proferido pelo eminente Conselheiro Dr. Thompson Andrade, apresentar **MEMORIAL**, cuja juntada requer, para expor e requerer o quanto segue:

1.- Embora dispensando-se, sem motivação, de analisar a questão da configuração da ilicitude da prática, o ilustre Conselheiro acompanhou o entendimento do Conselheiro-Relator, Dr. Celso Campilongo. Limitou-se, para tanto, a asseverar que o tema já teria sido suficientemente compulsado, motivo pelo qual o escopo de seu pedido de vista seria “*examinar em que medida a multa por ele imposta se coaduna com os danos financeiros causados pela prática anticompetitiva*”.

2.- Isto porque, não obstante o eminente Conselheiro-Relator tenha *ad terrorem* sugerido a imposição de multa “histórica” de 5% sobre o faturamento bruto da **REPRESENTADA**, agravada por virtualmente todas as circunstâncias contempladas no art. 27 da Lei n.º 8.884/94, não se dedicou ele a justificá-la em profundidade, concluindo até pela não mensurabilidade do pretense dano da conduta ao mercado ou das imaginárias vantagens auferidas com ela pela **REPRESENTADA**.

3.- Assim, à guisa de tentativa de suprir a lacuna das razões de decidir, tratou-se de criar metodologia especulativa para se “mensurar” qual teria sido tal vantagem com a suposta prática do açambarcamento¹, chegando *ab*

¹ Para dimensionar o efeito do suposto açambarcamento baseou-se em dois aspectos a) no processo de produção do CO₂, elegendo como critério os coeficientes fixos de produção, sendo ele igual a 0,98; b) qual teria sido o nível de preço caso esta quantidade adicional do produto houvesse sido ofertada e absorvida no mercado, simulando valores possíveis para a elasticidade-preço da demanda.

Estabeleceu, ainda, como período para o cálculo do preço e quantidade, o período de vigência da cláusula, que teria atrasado a entrada de concorrentes em 17 meses. Assim, o faturamento com a vendagem do CO₂, neste período, teria sido de R\$ 186.281.664,66.

absurdo o ínclito Conselheiro à conclusão de que a multa não poderia ser inferior a R\$ 28,5 milhões, e que face às agravantes, razoável seria a fixação da multa no patamar percentual de 5%.

4.- Ainda que apenas por uma questão de bom senso, quando não de Justiça e juridicidade, não podem prosperar, *data venia*, os argumentos elencados. Diz o brocardo: *en toute chose il faut considérer la fin*². O absurdo, *concessa maxima venia*, não pode justificar um pretense *leading case*³, nem pretende a **REPRESENTADA** deixar-se imolar por teses não amparadas sequer pelos fatos.

5.- Com efeito, as propostas condenatórias se recusam reiteradamente a responder questões básicas, tais como:

a) considerando-se uma acusação de açambarcamento de fontes de CO₂ ou de criação de dificuldades à entrada de concorrentes no mercado:

i) que empresa deixou de nele ingressar?

ii) as que o fizeram, em que prazo e período o fizeram (aliás no curso da vigência da cláusula de exclusividade e em tempo inferior a 2 anos)?

iii) como teria havido óbices à entrada da **Representante** se esta dispunha de fonte própria junto à sua controladora, **Hoechst**, que subsequente-mente ativou, após perder a licitação da fonte da **Ultrafértil** para a **BOC**?

Na seqüência, para calcular qual teria sido a queda de preço do produto caso outros produtores tivessem tido acesso à matéria prima, estabeleceu uma tabela comparativa em que elencou diversos valores da elasticidade da demanda e as diferenças de faturamento.

Nesse passo, o faturamento adicional estaria em um intervalo de R\$ 71,8 milhões a R\$ 177,5 milhões, o que por certo não seria o valor final, já que não estariam sendo feitas as deduções dos custos de produção. Motivo pelo que estabeleceu como taxa de retorno efetivamente obtido um valor igual ou superior a 25%.

Assim, os ganhos advindos estariam efetivamente situados em uma faixa entre R\$ 17,9 milhões e R\$ 44,3 milhões; com o que, admitindo-se uma elasticidade-preço da demanda de 0,50 a multa deveria ser fixada em um patamar não inferior a R\$ 28,5 milhões.

Levando-se em consideração as supostas agravantes, entendeu razoável a aplicação da multa em 5% do faturamento, com o que ela se situaria em um intervalo aproximado de R\$ 40 milhões (considerando apenas o faturamento de White Martins) e R\$ 50 milhões (incluindo o faturamento da Liquid Carbonic).

² La Fontaine.

³ Not kennt kein Gebot (em vernáculo: “A necessidade não conhece a lei”).

a) qual o mercado relevante a ser considerado?

i) o de gás carbônico ou o de subprodutos (fontes)?

ii) no primeiro caso, porque a total desconsideração da existência de farta disponibilidade de matéria-prima no mercado (que até hoje supera a capacidade produtiva instalada de todas as indústrias na Região Sudeste mais Paraná), inclusive cerca de 70 tdp na própria fábrica da **Ultrafértil** (sabendo-se diminuta a escala mínima)?

iii) no segundo, quem deteria posição monopólica, a **REPRESENTADA** ou a **Ultrafértil**, que impôs severas condições comerciais (inclusive reajustes cambiais de preços) à contratação da fonte e à sua (legalmente dispensável) concordância onerosa com a rescisão da cláusula de exclusividade.

a) considerando-se que a imputação inicial (de que a **REPRESENTADA** se defendeu) foi a de mau uso de insumo escasso no período compreendido entre 26 de março de 1997 (data da renúncia unilateral ao excedente da **Ultrafértil**) e 10 de dezembro de 1997 (data em que esta “consentiu” com tal renúncia))⁴, como se pode pretender condenação por conduta de que não foi a **REPRESENTADA** sequer acusada (pretensa ilicitude da cláusula de exclusividade) e em relação à qual não se concedeu o direito à ampla defesa mediante o devido processo legal e o contraditório?

i) qual a racionalidade econômica da restrição vertical resultante da cláusula?

⁴ Remembre-se que a SDE propôs a condenação da REPRESENTADA não por qualquer tema concorrencial ou açambarcamento de fonte, mas por questão de política industrial, ou seja, de “subutilização ou ineficiência no gerenciamento deste escasso recurso (CO2) que, possivelmente seria melhor utilizado por outros concorrentes” (sic, fls. 417). Extraí-se da enviada e indigitada Nota Técnica do DPDE (fls. 486) o peculiar entendimento deste órgão do que seja “açambarcamento”: “Cabe aqui, interpretação e explicitação da Lei 8884/94, no tocante ao açambarcamento de fonte. EM QUE PESE A EXISTÊNCIA DE FONTES DE MATÉRIA-PRIMA OUTRAS DISPONÍVEIS, é inadmissível entender a Lei em sentido diverso ao de não permitir o enquadramento legal no dispositivo XV do artigo 21 PELO FATO DA EXISTÊNCIA DE DISPONIBILIDADE. O açambarcamento de matéria-prima não ocorre apenas e tão somente quando estão indisponíveis todos os recursos (matérias-primas e produtos intermediários) mas, sim O QUE A LEI ZELA É PELA UTILIZAÇÃO RACIONAL DOS INSUMOS” (sic) (ênfatisou-se). Portanto, fontes disponíveis havia, não tendo ocorrido nenhum fechamento de mercado (foreclosure).

ii) qual o efetivo grau de fechamento do mercado dela resultante⁵?

iii) é permitido à Autoridade Pública “selecionar” uma das partes em se tratando de infração pluri-subjetiva (pretensão açambarcamento/fechamento por via contratual), sabendo-se do poder de mercado da **Ultrafértil** (titular da fonte) em relação aos interessados?

a) qual a responsabilidade do **DPDE** ao protelar a imediata colocação do excedente da **Ultrafértil** no mercado, após a renúncia unilateral a este pela **REPRESENTADA**, e pelo que se pretende agravar a pena imposta?

i) porque o **DPDE** sem embasamento legal exigiu da **REPRESENTADA** a obtenção do “de acordo” da **Ultrafértil** à referida renúncia de direitos, sujeitando aquela a submeter-se a penosas e onerosas negociações comerciais com a **Ultrafértil**, de que resultou elevado preço para a **REPRESENTADA**?

6.- Para tanto, necessário seria reabrir-se a fase de conhecimento (o que se requer se necessário), fase esta de longa data encerrada no âmbito da **SDE**, muito antes da formulação da nova acusação pela qual o ínclito Conselheiro-Relator pretende ver a **REPRESENTADA**, embora até mesmo primária, “exemplarmente” condenada.

7.- De qualquer forma, ratificando-se toda a defesa até o presente manifestada e passando-se ao exame do r. Voto do eminente Conselheiro Thompson Andrade, deve-se desde logo apontar para o fato translúcido, visível *ictu oculi*, de que os critérios eleitos pelo ilustre Conselheiro para a referida mensuração residem integralmente no terreno da subjetividade e baseiam-se, *data venia*, em metodologia equivocada (a par de que as hipóteses eleitas sempre refletem adrede opção pelo pior cenário possível, conforme se demonstrará, em total desconsideração pelos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade e resultando em sanção de cunho confiscatório de que resulta possível inviabilidade econômica da própria atividade produtiva).

8.- Alguns desses aspectos serão doravante sucintamente abordados, como segue:

⁵ Vide, a respeito a Nota 4 acima, onde o próprio DPDE nega ter existido qualquer foreclosure.

I - Mercado Relevante e grau de fechamento

9.- Uma das questões centrais a qualquer proposta condenatória, como dito, sequer foi até o presente abordada, a saber: qual o real grau de fechamento do mercado em virtude do contrato de exclusividade com a **Ultrafertil**?

10.- Com efeito, a celebração de contrato de fornecimento de matéria-prima pode vir a causar prejuízo à concorrência, caso a quantidade contratada seja elevada o bastante, em relação à oferta do mercado relevante, a ponto de propiciar o “fechamento” (*foreclosure*) do acesso de empresas concorrentes, estabelecidas ou potenciais, ao insumo.

11.- Assim, o mercado relevante objeto de análise no presente caso deve ser o mercado da matéria-prima, e não o do produto final, como os rr. Votos até o momento prolatados o fizeram.

12.- Com o que se percebe, conforme restou demonstrado no Estudo Econômico acostado aos autos (fls.), que a disponibilidade utilizada no período em questão era da ordem de 965 tpd (consideradas as fontes que efetivamente demonstraram ser passíveis de utilização por terceiros dentro de um período de investimento razoável) contra um montante de subproduto de 170 tpd contratados com exclusividade pela **REPRESENTADA**, daí resultando em um **grau de fechamento de aproximadamente 17,6% !!**

13.- Não é só: há que se considerar que a oferta de subproduto para a produção de gás carbônico não se limita à disponibilidade já utilizada ou contratada. Engloba também outras fontes já identificadas e que não se encontravam contratadas por qualquer empresa.

14.- Conclui-se destarte que o total geral de subproduto para produção de gás carbônico monta a 2.365 tpd, resultando em um **grau de fechamento do mercado de 7,2 %**, em decorrência da contratação de 170 tpd da **Ultrafertil** (dos quais 70 tpd continuam ociosos até o presente).

II - Da racionalidade do contrato em questão

15. Este aspecto, como visto foi integralmente desconsiderado, não apenas nos rr. Votos, mas no próprio curso da instrução (que versou sobre imputação diversa), o que no mínimo afronta os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando mais os da Justiça. De qualquer modo, subjacente à contratação com a **Ultrafertil** havia, sim, uma justificada busca por maior eficiência.

16. Inicie-se apontando que os ativos produtivos da **REPRESENTADA** encontravam-se comprometidos com a utilização daquela determinada fonte de subproduto. Desse modo, chega a ser intuitivo que haveria uma redução dos custos proporcionada pela utilização, em escala ampliada, da mesma fonte de suprimento.

17.- Recorde-se que à época havia perspectivas bastante favoráveis de crescimento não apenas do mercado de gás carbônico, como de outros produtos que se servem do insumo no processo produtivo (e.g. Carbonato de Cálcio Precipitado -PCC), também fabricados por empresa então do mesmo grupo econômico da **REPRESENTADA (Quimbarra)**.

18.- A guisa de ilustração, é fácil notar, pelo gráfico abaixo, que o mercado de Carbonato de Cálcio Precipitado - PCC vinha-se expandindo contínua e expressivamente, tendo apresentado um crescimento de 29% de 1995 para 1996 e 19% de 1996 para 1997.

19.- Assim, de fato e ao contrário do entendimento expresso no Voto do ilustre Conselheiro Relator, não foi a possibilidade de alteração das condições de fornecimento necessário à produção corrente da **REPRESENTADA** que motivou a celebração do aditamento ao contrato, mas sim a possibilidade de adoção de comportamento oportunista quando da contratação de suprimentos adicionais.

III- Dos Equívocos Metodológicos e da Injuridicidade na Determinação da Multa Proposta

III.1 - A quantidade de matéria-prima utilizada como parâmetro

20.- As simulações acerca do aumento de oferta realizadas no Voto de Vista partiram da equivocada premissa de que toda a disponibilidade da **Ultrafértil** seria contratada (170 tpd) e convertida em oferta adicional de gás carbônico.

21.- A premissa é desmentida pelos fatos, revelando apenas o possível desejo de selecionar a situação a mais desfavorável possível para a **REPRESENTADA**. Isto porque, não necessariamente um novo ingressante contrataria os 170 tpd, como de fato não ocorreu. A **BOC** contratou apenas 100 tpd do excedente e, conseqüentemente, ofertou menores quantidades de gás carbônico ao mercado.

III.2 - Elasticidade-Preço da Demanda

22.- Algumas considerações devem ser feitas a partir das suposições e conclusões obtidas e demonstradas no Voto proferido pelo ilustre Conselheiro, que utilizou o conceito de elasticidade-preço da demanda.

23.- Questiona-se o por quê do cálculo do faturamento auferido no período em questão (com exclusividade) ter considerado o preço (selecionado) de novembro de 1997 (R\$ 0,58 / kg.) e não o preço médio do período.

24.- Aliás, mesmo que se adotasse (*ad argumentandum*, é claro) o critério do ilustre Conselheiro, o valor por ele consignado em seu Voto estaria errado: ter-se-ia R\$ 0,58 x 585,96 tpd x 510 dias = R\$ 173.326.968 (**e não R\$ 186.281.644, conforme o r. Voto**). Por outro lado, utilizando-se o preço médio do período, ter-se-ia R\$ 0,56 x 585,96 tpd x 510 dias = R\$ 167.350.176.

25.- Saltam aos olhos, todavia, as questões exsurgentes da elasticidade-preço da demanda. Considere-se, por amor ao debate, que a demanda seja inelástica: **qual o embasamento teórico ou empírico, porém, para a determinação da elasticidade-preço em 0,50 ou qualquer outro valor?**

26.- Fosse a elasticidade-preço 0,5, o preço do quilograma de gás carbônico seria de R\$ 0,242 (resultado da divisão de R\$ 72.188.256 por 298.839.600, de acordo com os cálculos contidos no Voto). **Indaga-se nesse ponto: teria esse preço algum sentido econômico?** Recorde-se que o preço do gás carbônico vigente em novembro de 1997 era de R\$ 0,58 / kg, o que **vale dizer que a suposição de que a elasticidade-preço da demanda seria 0,50 resulta em simples arbitrariedade !!!**

27.- Daí resulta que o procedimento adotado no Voto ora guerreado carece de sentido por basear-se em meras suposições acerca de variáveis sobre as quais se tem pouco ou nenhum conhecimento empírico.

III.3 - Análise de Custos e Taxa Interna de Retorno

28.- Estimadas as variações de preços (e, a título de exercício, arbitrada, ao final, uma elasticidade-preço da demanda igual a 0,50), identificou-se que a diferença de faturamento (com ou sem exclusividade) estaria compreendida no intervalo entre R\$ 71,8 milhões e R\$ 177,5 milhões.

29.- Para a apuração do ganho líquido imputado à **REPRESNTADA**, de acordo com o r. Voto, ter-se-ia que proceder à subtração dos custos incorridos. Todavia, na ausência de dados precisos sobre esses, adotou-se nova simulação, buscando aferir os lucros adicionais obtidos a partir de supos-

tas taxas internas de retorno.

30.- Indaga-se da razoabilidade dos valores da taxa interna de retorno empregados na simulação: **10%, 15%, 20% e 25%**? Não há qualquer justificativa, qualquer embasamento teórico ou empírico, para a adoção, ao final, da absurdamente irrealista taxa de 25% (**novamente: a pior situação para a Representada!**), quando, na verdade, a taxa de retorno do negócio em questão está situada entre 6% e 9%, sendo, portanto, inferior ao melhor cenário simulado no r. Voto.

31.- O que o i. Conselheiro, *data maxima venia*, quis dizer com "é bem provável que a taxa de retorno efetivamente obtida pela White Martins seja igual ou superior a 25%"? O que significa "é bem provável"? Pode uma mera suposição, destituída de qualquer fundamento objetivo, servir como justificativa para a aplicação de tão onerosa multa?

III.4 – Da Dosimetria da Pena e suas Conseqüências

32.- Propõe-se a fixação da **maior multa já aplicada pelo CADE**, superior, inclusive, àquela imposta por ocasião da condenação a cartéis, infração que o ordenamento entende quase que *per se*. O fato em si não deixa de causar espécie máxime sabendo-se ser a **REPRESENTADA** primária (isso se diz apenas por amor ao debate, eis que ilibada e atípica é sua conduta de mercado e lícita a cláusula de exclusividade tida por ilícita sem debate).

33.- Para tanto, reconheceu-se desmotivadamente presentes praticamente todas as circunstâncias agravantes previstas no art. 27 da Lei de Regência, embora sem que se tenha mensurado o pretenso dano, a despeito do esforço elucubrativo a que se dedicou o Voto do eminente Conselheiro Thompson Andrade. Inúmeros questionamentos subsistem, todavia, à luz dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da resultante natureza confiscatória da pena considerada.

34.- Ressalve-se do r. Voto uma abordagem correta: fosse alguma multa cabível (o que se pode imaginar apenas por excessivo amor ao debate), a base de incidência somente poderia ser o mercado de CO₂ na Região Sudeste mais Paraná, onde supostamente a imaginária prática teria produzido efeitos.

35.- Por outro lado, fato inegável é que a multa, se confirmada (do que mais uma vez se cogita apenas *ab absurdo*) nos valores citados, seria, com o devido respeito, irracional, posto que dela resultariam gravíssimos custos sociais, mesmo porque possivelmente inibitória da própria atividade (que passaria quiçá a ser economicamente injustificável), a par de caracterizar-se

como confiscatória⁶ e, destarte, materialmente inconstitucional.

36.- Sabe-se que o princípio da razoabilidade encontra fundamento doutrinário na necessidade que a Lei tem de se relacionar com a moralidade e a continência do fundamento da edição da norma com a solidariedade, segurança jurídica, ordem e principalmente Justiça.

37.- A moderna doutrina constitucional é uníssona no sentido de que não se deve analisar as leis somente pela ótica do princípio da reserva legal, mas da reserva legal proporcional, que tem como pressuposto não somente a legitimidade dos meios e dos fins serem alcançados, mas também a necessidade de utilizar-se o meio menos gravoso ao indivíduo para alcançar o fim almejado. A desconsideração da adequação dos meios e dos fins resulta na violação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade⁷.

⁶ Paulo Carneiro Maia define confisco: “ Confisco ou confiscação, vocábulo derivado do latim *confiscatio*, de *confiscare* – em sentido restrito, é o ato pelo qual são apreendidos, ou adjudicados ao fisco, bens pertencentes a outrem , mediante a atuação administrativa ou decisão judicial, fundados em lei.

O confisco, em tese, qualifica uma punição. É a *sanctio juris* “provinda do enriquecimento ilícito” que o Presidente da República pode decretar nas hipóteses capituladas e discriminadas em legislação de exceção e tendente a assegurar o prosseguimento da Revolução de março de 1964” (Enciclopédia Saraiva de Direito, Saraiva, 1978, v.17, p. 517 apud Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos, Editora Saraiva

⁷ O princípio da razoabilidade, conforme as sempre muito adequadas lições de Celso Antonio Bandeira de Melo, “Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e portanto jurisdicionalmente invalidáveis – as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libido, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicada. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei

38.- Os montantes considerados no Voto do ilustre Conselheiro, sem qualquer atualização, representariam certamente mais do que um lustro do lucro operacional da **REPRESENTADA** relativamente ao CO₂ na Região Sudeste, do qual se apropriaria a **União Federal**.

39.- Mais grave: a aplicação de multa em tais patamares traria repercussões extremamente danosas à Sociedade, a partir do fato de que resultaria, inevitavelmente, em demissão de inúmeros funcionários, cessação de atividades com pesquisa e desenvolvimento e em possível repercussão em setores estranhos ao próprio mercado de gás carbônico (riscos à logística de entrega de produtos, inclusive medicinais, riscos ambientais e de segurança decorrentes de paralisação de fábricas etc.).

40.- Considerando os valores até o presente aventados⁸, atualizados na forma da Lei, ter-se-ia, grosso modo, u'a multa equivalente a:

- a) 63% - 79% dos resultados da empresa;
- b) 76% - 95% do custo da folha; ou
- c) 66% - 83% do programa de investimentos.

41.- Note-se que os valores cogitados nos rr. Votos adversos levam em conta operações que nada têm a ver com o mercado de gás carbônico na

que esta sufrague as providências insensatas que o Administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dislates à própria regra de direito.” (Curso de Direito Administrativo, pág. 63, Editora Malheiros).

Discorrendo sobre o princípio da razoabilidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro, invoca Gordillo (1977:183-184) “ a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é “ irrazoável”, o que pode ocorrer, principalmente, quando:

- a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam ou;
- b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou
- c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar” (grifos não originais) (Direito Administrativo, pág. 72, Editora Atlas).

⁸ Cf. o r. Voto do Conselheiro Thompson Andrade: “... o valor da multa arbitrada situou-se no intervalo aproximado de R\$ 40 milhões (considerando apenas o faturamento de White Martins) e R\$ 50 milhões (incluindo o faturamento da Liquid Carbonic)”.

Região Sudeste, pretensamente atingida pela conduta dita anticompetitiva da **REPRESENTADA**. De fato, tais montantes chegam ao absurdo de levar em conta o faturamento bruto da **REPRESENTADA** como um todo, ou seja, incluindo: (a) receitas de atividades estranhas à comercialização de gás carbônico, tais como as relativas a gases industriais e medicinais e (b) receitas consolidadas de operações realizadas no exterior, mais precisamente no Mercosul.

42.- Nesse contexto, é importante realçar o que preceitua a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 5º, quando se dirige ao julgador:

"Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

43.- Como considerar que os rr. Votos atenderam aos fins sociais e às exigências do bem comum quando facilmente se percebe que os valores acima mencionados, por transbordarem qualquer dos lindes do aceitável, colocariam certamente em risco a própria continuidade do negócio, tudo à custa do emprego e do bem-estar da Coletividade? Poder-se-ia dizer que o **CADE** é indiferente aos impactos sociais de suas medidas e externalidades quejandas, mas certamente não o será ao ponto do desconsiderar o interesse do Consumidor (*ultima ratio* da legislação concorrencial).

44.- Por fim, embora o r. Voto de Vista tenha-se dispensado de analisar essa questão, não se pode deixar de reforçar algumas considerações no que se refere à cessação por parte de **REPRESENTADA**, da conduta supostamente abusiva sob debate.

45.- Ainda que inaceitável tal entendimento, mesmo que se acatasse, por absurdo, a idéia de que a celebração, em 01/07/1996, do 1º Aditamento ao Contrato com a **Ultrafértil** teria configurado infração contra a ordem econômica, porquanto tal conduta teria funcionado como impedimento inexorável ao acesso de novos competidores no mercado, ainda assim não haveria mais que se falar hoje em qualquer espécie de violação. Isso porque, uma vez recomendada pela **SEAE**, na reunião realizada em 17/12/1996, com vistas a facilitar a aprovação do Ato de Concentração relativo à compra do controle acionário da **Liquid Carbonic** (AC n.º 78/96), a **REPRESENTADA** imediatamente se prontificou a renunciar ao direito de preferência previsto no referido aditamento.

46.- Ademais, preocupou-se ainda em formalizar a referida renúncia, por escrito, nos autos, em março de 1997. Contudo, conforme já destacado, o **DPDE** permaneceu irreduzível com o entendimento de que a mencionada cláusula de preferência somente deixaria de vigorar com a celebração do 2º

Aditamento ao Contrato, mediante o “de acordo” da **Ultrafertil**, exigência esta descabida à falta de embasamento legal.

47.- Embora sabendo-se que a renúncia a direito disponível não necessita de qualquer consentimento da outra parte, a **REPRESENTADA**, com a finalidade de atender à absurda exigência da **SDE**, celebrou, em 10/12/1997, o 2º Aditamento ao Contrato, submetendo-se, para tanto, a severas condições comerciais, como preços altos e *take or pay* elevado.

48.- Ainda que se esteja aventando esta hipótese apenas por verdadeiro amor ao debate, se a conduta sob análise fosse de fato uma infração contra a ordem econômica, não configuraria a situação acima narrada cessação de prática? Mesmo que não se tenha celebrado formalmente um instrumento intitulado TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (embora tenha este sido firmado no bojo do TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO objeto do citado AC n.º 78/96), a renúncia imediata da **REPRESENTADA** teria atendido plenamente o objetivo do art. 53 da Lei 8.884/94.

49.- Isso se torna ainda mais evidente se se examinar a Exposição de Motivos da indigitada Lei, que faz lembrar, no trecho abaixo transcrito, que o referido dispositivo foi introduzido na legislação antitruste com o objetivo permitir que o **SBDC** alertasse o agente econômico quanto a condutas abusivas que estivessem praticando e desse-lhe a oportunidade de cessá-las.

"...a própria ação administrativa ressentir-se da falta de meios que permitam **sejam os agentes econômicos alertados quanto às condutas abusivas que praticarem, assumindo o compromisso cessá-las**"(grifou-se).

50.- Isso se torna ainda mais evidente se se rememorar o disposto no Parecer da **SEAE** a respeito do presente processo, cujos principais pontos seguem transcritos:

"Esta questão foi abordada no Ato de Concentração n.º 08000.012.075/96-14, sobre a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins e que foi analisado por esta Secretaria, sendo emitido o Parecer n.º 36 de 02 de julho de 1997, em trâmite na SDE.

Quando ao excedente de subproduto, abordado no mesmo parecer, esta SEAE condicionou a aprovação da operação, '... que a White Martins abra mão de qualquer direito ao uso de excedente de CO2 disponível na unidade da Ultrafertil em Cubatão (suficientes para a abertura de uma planta de

porte), e que aceite não participar de negociações sobre esses volumes durante os 24 meses posteriores à assinatura deste compromisso'.

A condição imposta pela SEAE foi cumprida NA ÍNTEGRA, e o excedente colocado em oferta aos produtores , pela Ultrafertil.

(...)

Do ponto de vista estritamente econômico, a análise realizada permite concluir que o mercado de gás carbônico, após a aquisição da Liquid Carbonic pela White Martins tornou-se pró-competitivo, tendo em vista a entrada de novos concorrentes no setor.

(...)

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

Dessa forma, a análise não identificou práticas anticoncorrenciais da Representada em suas relações com o mercado (grifou-se)".

51.- Se a própria SEAE, que é justamente o órgão de SBDC responsável pela análise econômica das condutas sob investigação, não identificou qualquer prática anticoncorrencial ou qualquer vantagem econômica indevida da REPRESENTADA, e, ainda, considerou cumpridas integralmente todas as exigências impostas pela própria Secretaria, com todo respeito, como poderia prosperar o entendimento dos rr. Votos até o momento proferidos?

52.- De qualquer modo, e antes de se cogitar de qualquer redução da pena cogitada pelos rr. Votos proferidos, há que se reconhecer, antes de mais nada, a absoluta improcedência da acusação, arquivando-se definitivamente o presente Processo Administrativo.

Termos em que,

Pede Deferimento.

S/A WHITE MARTINS

De São Paulo para Brasília, 22 de março de 2002.