

MEMORIAL 13 de maio de 2002

EXMO. SR. CONSELHEIRO DR. RONALDO PORTO MACEDO

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 r. Voto proferido pelo eminente Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto, apresentar **MEMORIAL**, cuja juntada requer, para expor e requerer o quanto segue:

I- Do voto

1.- O ilustre Conselheiro entendeu estar configurada a conduta de “açambarcamento de subproduto usado como matéria-prima para a fabricação de CO₂ comercial, com o **eventual** (sic) efeito de criação de barreira à entrada de concorrente no mercado do produto final pelo aumento do custo de acesso a insumo” (ênfatisou-se), mantendo, portanto, a multa aplicada.

2.- Na construção deste posicionamento entendeu que a Ultrafertil teria participação de 100% da oferta¹ no mercado de matéria-prima, indagando na seqüência se a aquisição desta específica fonte de matéria-prima pela **REPRESENTADA** teria como único objetivo inviabilizar a entrada de um

¹ Com relação aos mercados relevante assim se posicionou:

a) Mercado relevante de produto final: mercado de gás carbônico comercial voltado para aplicação nas indústrias de alimentos, bebidas, metalurgia e outros.

b) Mercado relevante geográfico de produto final: um círculo de centro em Cubatão-SP, de 400 Km de raio, de forma a englobar a Região Sudeste mais o Estado do Paraná, tudo para a final restringir-se exclusivamente à planta da Ultrafertil naquela localidade.

d) Mercado relevante de matéria prima: a quantidade livre para negociação a cada momento do CO₂ gerado como subproduto proveniente de correntes industriais na fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético.

e) Mercado relevante geográfico de matéria prima: também é definido como a região circunscrita por um raio de aproximadamente 400Km de raio com centro em Cubatão, que à época englobaria praticamente toda a oferta de subproduto localizada nos Estados da região Sudeste mais o Estado do Paraná.

concorrente no mercado que, como visto, sob sua ótica, se restringiria a apenas aquela fonte.

3.- E a razão de ser deste questionamento estaria calcada no fato de, segundo o ilustre Conselheiro, ter a **REPRESENTADA** arrematado todo o excedente de matéria-prima da monopolista Ultrafertil, não tê-la utilizado para produzir gás carbônico, não ter capacidade para usá-la e tampouco ter demonstrado a intenção de empregá-la no futuro ou para outros fins comerciais legítimos.

4.- Ato contínuo, para investigar as pretensas evidências, entabulou a discussão em torno de três questões², sendo a primeira sobre a eventual necessidade de ampliação da capacidade disponível de subproduto; a segunda se o aditamento contratual que garantiu à **REPRESENTADA** preferência ao dito excedente teria sido uma resposta estratégica à ameaça de entrada; e, finalmente, o por quê teria a **REPRESENTADA** renunciado a seu direito antes de ser obrigada.

² As três questões propostas foram:

a) Se não podia processar mais do que 200 ton/dia, para que a White Martins ampliou a capacidade disponível de subproduto pelo aditamento?

b) Houve precedência temporal entre a oferta da Messer à Ultrafertil e assinatura do aditamento com a White Martins que permita interpretar esta última como uma resposta estratégica à ameaça de entrada ?

c) Se a White Martins pretendia utilizar o fornecimento de matéria-prima adicionado pelo aditamento, por quê então renunciou ao seu direito muito antes de ser obrigada?

A resposta a estas três questões estaria a indicar a confirmar a prática concorrencial, isto porque, relativamente à primeira, a **REPRESENTADA** teria capacidade de aumentar a produção de CO₂ e a oferta do mercado relevante antes do aditamento, e principalmente, “e talvez o mais significativo, a White Martins não demonstrou por qualquer documentação trazida aos autos, a existência de quaisquer planos ou projetos de expansão da capacidade de processamento da planta de Cubatão, de datas anteriores ao aditamento de contrato com a Ultrafertil”.

Com relação à segunda a **REPRESENTADA** não teria agido automaticamente em resposta a proposta da Messer, mas teve que tomar a iniciativa de fazer sua própria proposta a Ultrafertil de moto próprio e em igualdade de condições com a Messer pelo direito ao fornecimento de 370 ton/dia e à exclusividade sobre excedentes, que passou a existir somente a partir de 1o de julho de 1996 com a assinatura do aditamento.

E com relação à terceira questão a postura da **REPRESENTADA** estaria a revelar possivelmente seu reconhecimento da dificuldade em justificar a conduta anti-concorrencial e adicionalmente, amenizar as conseqüências de uma condenação pelo poder público.

5.- As respostas a estas três questões autorizaria, no seu modo de ver, tendente à condenação da **REPRESENTADA**, a conclusão de que “*as evidências **amparam o entendimento** de que a White Martins pretendeu impedir o acesso da concorrente Messer à oferta de matéria prima, o que caracteriza, sem ambigüidade, as condutas anti-concorrenciais apontadas na representação*” (ênfatisou-se). Vê-se, portanto, que a conclusão adversa posiciona-se com base não em prova, mas em ilações e presunções.

6.- Nesse passo, entendendo estarem caracterizadas as condutas do art. 21 da Lei de Regência, o ilustre Conselheiro, atendendo à “regra da razão”, perscrutou acerca da efetiva incidência no art. 20 da Lei 8.884/94, propondo duas questões: a) se a intenção de criar barreiras à entrada teria sido uma intenção racional e b) se as condições de participação no mercado de subproduto eram propícias ou efetivamente permitiram que o ato da White Martins refletisse um aumento de custo de entrada significativo para a Messer.

7.- Debruçando-se sobre estas questões chegou à conclusão, no tocante à primeira, de que o açambarcamento da matéria-prima teria sido muito provavelmente uma iniciativa racional, isto é privadamente lucrativa³, sem levar em conta os projetos da **REPRESENTADA** de utilização do excedente para expansão de sua capacidade produtiva e/ou para emprego na produção de PCC pela empresa coligada Quimbarra. E com relação à segunda questão entendeu o Conselheiro que o “açambarcamento levado a efeito pela White Martins” teria se consubstanciado em uma barreira à entrada já que aumentou o custo da matéria-prima, e conseqüentemente evitou a entrada de concorrentes”, sem para tanto considerar o fato de que a Messer dispensava a fonte da Ultrafértil para ingressar no mercado na medida em que, no mínimo, afora outras fontes disponíveis cuja existência não se pesquisou ou se considerou, aquela concorrente **dispunha de fonte cativa e possivelmente gratuita, que logo após passou a explorar, junto à sua então controladora Hoechst.**

8.- E, finalmente com relação à duração da conduta concluiu que a **REPRESENTADA** manteve a responsabilidade completa e exclusiva pela conduta praticada entre 1º de julho de 1996, data de assinatura do aditamento ao contrato de fornecimento e 10 de dezembro de 1997, data em que finalmente foi assinado o distrato entre Ultrafértil e White Martins, desprezando o fato de que esse lapso temporal decorreu de fato fora de seu controle e ilegal,

³ Para responder à primeira questão levou a efeito uma ponderação de custo/benefício, onde o custo significou o preço pago pelo agente da conduta para pretensamente açambarcar a quantidade de insumo suficiente para desencorajar a entrada de concorrentes e o benefício a margem de lucro que sobraria em face da não entrada de um novo concorrente no mercado.

qual seja, a absurda recusa do **DPDE** em exigir a imediata colocação do excedente no mercado pela Ultrafertil, exigindo desta, absurdamente, o “de acordo” à renúncia unilateral da **REPRESENTADA** à faculdade de exercício do direito de preferência; tendo por derradeiro, adotado os critérios de valoração expostos no Voto do Relator para a imposição da multa, em absoluto desprezo pelos princípios da primariedade (se alguma infração houvesse), da razoabilidade e da proporcionalidade e pelas desastrosas conseqüências sociais e econômicas que tal virulenta e irascível posição certamente acarretaria, muito além ao do próprio mercado de gás carbônico.

9.- Não procedem, entretanto, seus argumentos, *data venia*, como, aliás, em parte se adiantou:

10.- Inicie-se por apontar que as conclusões a que chegou o ilustre Conselheiro sempre se arrimaram em suposições, indícios, possibilidades e demais expressões de conotação vaga; basta verificar que em seu voto inúmeras vezes recorre a este juridicamente reprovável expediente⁴. Isto porque, como é mais do que cediço, o processo antitruste, de natureza repressiva, se pauta pelo princípio da **VERDADE MATERIAL**⁵, nunca pela verdade pre-

⁴ Vide o Voto proferido pelo ínclito e saudosos Conselheiros Leônidas R. Xausa no Processo Administrativo nº 148/94, ao reprovarem propostas de condenação com base em simples presunções, que assim se resume: “O processo administrativo tem por escopo, propiciar à administração verificar a ocorrência da infração, não podendo por critérios próprios e subjetivos punir alguém porque entende ser conduta punível” (cf. Franceschini, “Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE”, pág. 749).

⁵ Confira-se, e.g., o Voto proferido pelo Conselheiro Marcelo Calliari, relator do Recurso de Ofício no Processo Administrativo nº 95/92, in verbis:

“É verdade que, como bem ressalta a professora Odete Medauar, os processos administrativos em geral (dentre os quais se incluem os do CADE) estão adstritos aos princípios da oficialidade e da verdade material, segundo os quais, muito resumidamente, o órgão administrativo pode e deve perseverar, de modo próprio, na busca por tantas informações quantas considerar necessárias para o adequado julgamento de cada caso, não se restringindo apenas àquilo que foi trazido aos autos.

Assim, no presente processo, tivessem sido levantados indícios de materialidade da infração, o fato de que esta não restou cabalmente comprovada nos autos poderia levar o CADE a deliberar, por exemplo, a necessidade do prosseguimento das investigações. É óbvio que em tal caso, caberia ao órgão sopesar os consideráveis custos para o contribuinte, e as dificuldades técnicas envolvidas em tal investigação arqueológica de uma conduta ocorrida quase na pré-história, na linha temporal da dinâmica econômica. Não é, porém, o que ocorre aqui.

O que os autos demonstram é que não foram apurados sequer indícios de que a conduta possa ter ocorrido. Nesse caso, não faria qualquer sentido pretender dar seqüência à instrução, ainda mais consideradas suas particularidades cronológicas. Portanto,

sumida, sendo pacífico que o ônus da prova cabe à acusação⁶.

11.- De toda sorte, andou bem - entretanto apenas inicialmente - o ilustre Conselheiro ao admitir que a conduta deva ser examinada em face da disponibilidade de subproduto (mercado relevante de matéria-prima para produção de gás carbônico). Para uma proposta condenatória, todavia, caberia à acusação provar a ausência de fontes alternativas, fato este, como visto, negado até mesmo pelo próprio **DPDE (fls. 417 e 486 dos autos)**⁷, preocupado apenas com o que entendeu ser um “mau uso” de insumo escasso e não com a ausência de tais alternativas.

12.- Assim, verifica-se que o primeiro corte foi feito com base em custos: só seriam viáveis as fontes de subproduto geradas a partir da síntese de amônia, da produção de hidrogênio e de gás sintético. Tomou-se por verdade incontestada a inviabilidade econômica da produção de CO₂ por combustão, sob alegada sazonalidade da matéria-prima principal (cana-de-açúcar), a despeito de não haver nos autos qualquer demonstração dessa sazonalidade, mas, ao

não cabe à administração se não por fim a um processo que já durou tempo demais. Note-se, ainda segundo a Prof. Medauar, que o princípio da oficialidade exige também que a administração atue de forma a chegar, sem delongas, à decisão.”

⁶ Veja-se, exemplificativamente, o Voto proferido pela Conselheira Lúcia Helena Salgado no Processo Administrativo nº 69/92, cuja ementa reza: “O Processo Administrativo perante o CADE se pauta pelo princípio da busca da verdade material em detrimento da formal, mesmo porque cabe ao Poder Público o ônus da prova”, apud Franceschini, “Lei da Concorrência Conforme Interpretada pelo CADE”, pág. 747. No mesmo sentido, Voto proferido no Processo Administrativo nº 08000.020787/96-62, opus cit., pág. 751.

⁷ 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). Extrai-se da enviesada 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).

contrário, de sua inexistência, posto ser viável a queima de bagaço de cana durante todo o ano.

13.- O segundo corte disse respeito à fontes comprometidas contratualmente com a White Martins – Liquid Carbonic. Como eram contratos de longo prazo, a disponibilidade dessas fontes só ocorria em intervalos discretos, de renovação dos contratos⁸. Desprezou-se, neste ponto, que outros concorrentes ingressaram no mercado, logo depois, por esse meio, notadamente a Air Liquide (dois contratos: REVAP e Rhodia) e, posteriormente, a própria Messer (um contrato: Spal-Panamco).

14.- De qualquer modo, a contradição entre as definições adotadas e a conclusão é evidente!

15.- Inicie-se por apontar que o ilustre Conselheiro dedicou-se a longo debate sobre a definição de mercado relevante geográfico (região Sudeste mais o Estado do Paraná) com o fito exclusivo de reduzir a oferta de insumo a uma única fonte, a da Ultrafértil. Nem mesmo considerou a fonte vizinha, da RPBC, da Petrobrás, quanto mais de outras refinarias, como a REPLAN.

16.- É verdade que há breve menção nos autos ao fato tratar-se o gás da RPBC (mas não o da REPLAN) de gás de purga, o que, à evidência não tornaria essa fonte um subproduto economicamente inviável, mesmo porque essa inviabilidade não se encontra demonstrada nos autos ou nos Votos até o momento proferidos.

⁸ Confira-se: “Conclui-se que, em um dado momento do tempo, no período de um ano por exemplo, a oferta de subproduto é constituída por dois componentes. O primeiro é aquela quantidade de subproduto ainda não contratada por nenhum produtor de CO₂, eventualmente posta à venda por um produtor de amônia, hidrogênio ou gás sintético. O segundo componente é a quantidade de subproduto dessas fontes que eventualmente esteja sendo liberada no mercado em função do vencimento do prazo de um contrato de fornecimento firmado no passado com algum produtor de CO₂”.

[...]

“Dadas as definições dos mercados relevantes, os dados dos autos permitem concluir que, no ano da conduta alegada, 1996, das 1.090 toneladas por dia de capacidade total de produção de CO₂ comercial na região Sudeste mais Paraná, a White Martins possuía participação de 98% (1.070 ton por dia) enquanto a única concorrente era a A-GA, com participação de apenas 2% (20 ton por dia).

No mercado de matéria-prima, a Ultrafértil tinha participação de 100% da oferta, já que foi a única a disponibilizar CO₂ gerado com sub-produto dos processos de fabricação de amônia, hidrogênio e gás sintético livre para negociação na região Sudeste mais Paraná, no ano de 1996”.

17. Chega-se a insinuar que apenas a fonte da Ultrafertil estava sendo objeto de negociação e oferta. Tratou-se, todavia, de simples presunção, posto que nenhuma pesquisa se realizou a respeito: primeiro porque tal debate não integrava a imputação inicial formulada contra a **REPRESENTADA** e da qual esta se defendeu; segundo que em momento algum se consultou quem quer que seja a respeito, nem mesmo a própria Messer que, como visto, dispunha de fonte própria, do mesmo grupo econômico (recorde-se que o *onus probandi* é da acusação).

18.- Não se pode descurar, também, que se essas fontes foram oferecidas pela Petrobrás apenas em outubro de 1997, as refinarias existiam há muito e conseqüentemente havia o subproduto, que simplesmente não tinha destinação comercial. **Com o que tem-se mais um disponibilidade de 860 tpd's.** Também não há qualquer pesquisa ou indagação se a Petrobrás não estaria à época sendo sondada por qualquer empresa quanto à negociação dessa fonte.

19.- Ademais, de se assinalar que não houve no r. Voto qualquer exame dos contratos vigentes; assim, tomando-se por base a afirmação do ilustre Conselheiro de que os contratos têm prazo de dez anos e são renovados um a cada ano, em dado momento, no mínimo, haveria a disponibilidade de 10% do contratado pela White Martins / Liquid Carbonic. Com o que poder-se-ia falar em 107 tpd's (10% x 1.070).

20- **Faltaria ainda mencionar as fontes da Prosint (AGA), da Hoescht e Spal-Panamco (Messer); fontes cuja existência é prévia ao fatos sob exame, com o que se conclui acerca da existência de mais 190 tpd's.**

21.- Isto tudo sem contar a **Peróxidos** (100 tpd's), no Paraná, também à disposição do mercado, aguardando interessados, até que arrematada pela **Air Liquide** (curiosamente: após ter sido oferecida à **REPRESENTADA**, que, quiçá como “bom açambarcador”, dela declinou !!!!).

22.- **A análise da soma desta fontes – feita esta com a devida reflexão – evidencia que seu montante (sem contar a Peróxidos) TOTALIZA 1.157 tpd's. Ou seja: os 170 tpd's que foram objeto de disputa representam apenas 13% (170 em relação a 1.327 = 1.157 + 170) da disponibilidade total de matéria-prima economicamente viável para a produção de gás carbônico.**

23. O que sim deve restar bem assinalado é que se não há qualquer evidência nos autos de que não havia outras fontes sendo ofertadas, mesmo porque o tema sequer foi objeto de imputação ou contraditório. Ao contrário: **há provas, reconhecidas até mesmo pelo DPDE, de que disponibilidades outras havia !!!!**

24.- E, reitere-se, a própria **REPRESENTANTE** Messer prescindia da fonte da Ultrafertil, posto ter acesso a outra, cativa, - que inclusive logo depois passou a ser por ela utilizada, - a da **Hoescht**.

II – Desatendimento ao devido processo legal – falta de correlação entre a imputação e sentença – impossibilidade de demonstrar a racionalidade econômica da cláusula de exclusividade.

25.- Nota-se na realidade que persiste nos rr. Votos até o presente momento proferidos, nítida confusão entre a figura do açambarcamento e a do *foreclosure*. Conquanto possam apresentar similitudes, sua correta exegese é fundamental para a interpretação dos fatos objeto de julgamento.

26.- Isto porque a conduta que **ora** é atribuída à **REPRESENTADA**, – frise-se, acusação esta somente à undécima hora levada a efeito, e não submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa – seria a suposto bloqueio ao mercado, conhecida como *foreclosure*.

27.- Nesse sentido, considerando-se que a imputação original (a única juridicamente válida e da qual a **REPRESENTADA** se defendeu) foi de “mau uso de insumo escasso” e durante período inferior ao por derradeiro pretendido pela proposta condenatória, qual seja, o compreendido entre 26 de março e 1997 (data da renúncia unilateral ao excedente da Ultrafertil) e 10 de dezembro de 1997 (data em que esta “consentiu” com tal renúncia), 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 de ampla defesa mediante o devido processo legal e o contraditório ?

28.- E quando assim se afirma, é porque não se disponibilizou à **REPRESENTADA** a possibilidade de contestar a acusação imputada sob a égide do devido processo legal, ou seja, que se discutisse, ao amparo da ampla defesa, a licitude da cláusula de exclusividade ou que se lhe comprovasse a racionalidade econômica. Chega-se ao absurdo, *concessa maxima venia*, no r. Voto por derradeiro proferido, a asseverar que não haveria provas nos autos de que a **REPRESENTADA** teria utilidade para o excedente contratado. Tem razão: o tema da racionalidade econômica jamais foi objeto de pesquisa ou mesmo da acusação ou da fase instrutória !!!!

29. Ademais, para que houvesse ocorrido a conduta supostamente imputada à **REPRESENTADA** nos moldes descritos, importaria que não houvesse outras fontes, o que de fato não ocorreu conforme demonstrado no item 22 desta petição

30.- Nesse passo para que se consubstanciasse a conduta ora imputada, necessário seria que a) a **REPRESENTADA** tivesse eficazmente bloqueado todas as fontes disponíveis ou em proporção tão elevada que impedisse o acesso a matéria-prima às concorrentes; b) não houvesse uma racionalidade econômica para a conduta da **REPRESENTADA**.

31.- No tocante à primeira questão, é evidente e pacífico (salvo para a proposta de condenação a qualquer custo) que havia outras fontes; faz-se novamente menção ao item 22 desta para evidenciar que havia sim, inúmeras outras fontes a suprir eventual demanda da Messer, inclusive fonte cativa, da própria controladora, Hoescht, que, subseqüentemente passou a dela se servir

32.- No tocante à segunda questão, evidencia-se – ainda que muitos pareçam não notar - a imprescindibilidade do devido processo legal. Assim se acusação inicial era sobre uma determinada conduta, sobre ela a **REPRESENTADA** por óbvio se defendeu. Portanto, se a acusação – que somente ora se formula - é sobre a ilicitude da cláusula que se consubstanciaria em bloqueio a mercado, haveria que se indagar de sua racionalidade econômica da conduta e submeter o tema ao contraditório e ampla defesa (esta não se resume à sucinta abordagem que nestes autos se propôs após o tardio levantar do tema pela douta Procuradoria-Geral do **CADE**, mas à adequada fase de conhecimento sob a égide do devido processo legal).

33.- Houvesse sido possível, facilmente a **REPRESENTADA** demonstraria que o excedente contratado junto à Ultrafértil era necessário à expansão na produção de Carbonato de Cálcio Precipitado (PCC), cuja demanda crescia excepcionalmente após o Plano Real. E este produto era fabricado por empresa então do mesmo grupo econômico da **REPRESENTADA** (Quimbarra).

34.- Assim, se não há prova específica neste tocante, é porque isto, como dito, NÃO FOI OBJETO DO PROCESSO, ou de contraditório; A IMPUTAÇÃO NÃO ERA ESSA !

35.- À guisa de ilustração, e sem pretensão de sanar o vício absoluto que eiva neste ponto a proposta condenatória, é fácil notar, *ictu oculi*, 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.

36.- Assim, de fato e ao contrário do entendimento expresso no Voto do ilustre Conselheiro, 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.

37.- Por tal motivo, inclusive, posteriormente a **REPRESENTADA** viu-se compelida a adquirir outra fábrica de PCC, em março de 1998, localizada em Suzano, tendo sido esta operação submetida à apreciação deste i. Conselho, por meio do Ato de Concentração n. 08012.001243/1998-24, que aprovou sem restrições em 09/12/98.

III – Impossibilidade de se desvincular a questão estrutural da questão comportamental – o termo de compromisso de cessação e o termo de compromisso de desempenho.

38.- A bem verdade, a temática toda envolve preponderantemente uma questão estrutural e não comportamental, ainda que possa parecer exista uma conduta dissociada daquela. E assim se afirma é porque quando se resolveu a questão estrutural, ao mesmo tempo restou pacificada a questão da disputa por fontes.

39.- Nesse passo, causa surpresa e perplexidade a pergunta do ilustre Conselheiro acerca do por quê teria a **REPRESENTADA** renunciado ao direito de fornecimento de matéria-prima antes de ser obrigada. Ora, basta compulsar os autos para verificar que foi uma **orientação/imposição da Secretaria de Acompanhamento Econômico** (vide Parecer SEAE⁹), em reunião que visava à aprovação do Ato de Concentração de incorporação da empresa Liquid Carbonic, realizada em dezembro de 1996, como fórmula facilitadora da emissão de Parecer favorável à operação.

40.- Assim, não há como se negar que esta matéria – a disputa por fontes – já foi objeto de análise e julgamento pelo i. CADE. A simplista afirmação de que a prática em comento já teria cessado por ocasião da celebração do Ato, está a ocultar toda a tramitação e negociação que culminou na aprovação daquele.

41.- Ou seja: pactuo-se a aprovação da fusão e, em contrapartida, a liberação da referida fonte, estabelecendo-se, pela primeira vez de forma pre-

⁹ Disse a SEAE, com todas as letras: “A condição imposta pela SEAE foi cumprida NA ÍNTEGRA, e o excedente colocado em oferta aos produtores , pela Ultrafértil” (sublinhou-se).

cisa, que doravante não mais haveria racionalidade econômica se houvesse a manutenção daquela conduta¹⁰.

42.- Improcedem, portanto, as alegações de que não teria havido um termo de compromisso de cessação. Independentemente de que o *nomen iuris* tenha sido “Termo de Compromisso de Desempenho”, evidente que se fez igualmente um Termo de Compromisso de Cessação, independentemente que os dois estivessem em um único instrumento.

43. Importa notar, assim, que o Termo de Compromisso de Desempenho, ao contrário do que foi entendido, não produziu o “efeito” de Termo de Compromisso de Cessação, mas, embora sob esse título unificado, é um instrumento que perfaz os **dois**. É corriqueira no mundo jurídico (e inúmeras são as hipóteses) a celebração de contratos múltiplos em instrumento único, independentemente do *nomen iuris* que se lhe atribua. Assim, por exemplo, um contrato de locação com cláusulas de fiança e arbitragem é, em verdade, um documento que instrumentaliza três contratos distintos (locação/fiança/arbitragem).

44.- É juridicamente impossível dissociar-se, *in casu*, um Termo do outro, vez que o comando do Termo de Compromisso de Cessação é imanente aos princípios gerais do Compromisso de Desempenho, este sim, fruto de – no

¹⁰ Isto porque não se negue que após a submissão do Ato de Concentração 78/96, uma das conseqüências possíveis, previstas em lei, seria a determinação do desfazimento da operação. Assim, se isto ocorresse, para concorrer com a própria Liquid Carbonic, a White Martins estaria a necessitar da garantia de fornecimento da fonte de insumo da Ultrafertil.

Assim, os ilustres Conselheiros parecem olvidar as ponderações levadas a efeito pela SEAE, indicando, e mesmo pressionando, que o Ato de Concentração seria aprovado mediante a liberação daquela específica fonte de insumo, com o que a White Martins abriu mão. Ou seja: a questão teve toda uma dinâmica e complexidade que não pode ser apreciada somente baseando-se no momento consumativo da celebração dos termos.

Não se pode descurar que o conceito de abuso do poder econômico é juridicamente indeterminado, com o que sua caracterização é realmente difícil. Assim quando da lavratura dos termos de compromisso de desempenho e cessação, resolveu não somente a questão da estrutura do mercado, como também indentificou e tipificou nos autos uma conduta que estaria a ocorrer e que doravante passaria a se caracterizar como passível de ser punida, ou seja, aproveitou para resolver a questão também.

Naquele momento interessou ao CADE então, fazer cessar de forma definitiva e legal, amparada pela lei antitruste, uma prática, que poderia muito bem voltar a ocorrer a qualquer momento. Imprimiu-lhe de forma indelével o carimbo da ilicitude.

caso, ausente – análise econômica racional com efeitos *ex tunc* sobre a conduta.

45.- Não por outra razão houve por bem o E. Conselho, ao disciplinar a pena cominada ao inadimplemento das obrigações assumidas no Termo conjunto a **multa prevista no art. 25 da Lei de Regência, aplicável apenas aos Compromissos de Cessação** e não aos de Desempenho.

46.- Ademais, não sem outro motivo que a conduta em questão restou expressamente consignada no termo. Ou seja, menção específica da prática; com o que obviamente não se pode concordar com a expressão utilizada no Voto do Conselheiro Relator que “*as cláusulas dos compromissos de desempenho são meros lembretes de obrigações legais*”.

47.- Não podem, portanto, os votos se furtarem de apreciar o quanto exposto no Parecer de lavra dos festejados Professores **Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni**.

48.- Uma verdade seja dita: **A ANÁLISE APURADA DO MEMORIAL ANTERIOR DEMONSTRARÁ, INCLUSIVE, QUE INÚMERAS QUESTÕES PROPOSTAS RESTARAM SEM RESPOSTA**¹¹, talvez apenas porque não interessam à visão condenatória.

¹¹ Com efeito, as propostas condenatórias se recusam reiteradamente a responder questões básicas, tais como:

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

que empresa deixou de nele ingressar?

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)?

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

qual o mercado relevante a ser considerado?

no caso do mercado de subproduto, 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)?

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.

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

III- Da Injuridicidade na Determinação da Multa Proposta- Da dosimetria da pena e suas conseqüências

49.- 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).

50.- 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 pretense 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.

51.- 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 Sudes-

1997 (data da renúncia unilateral ao excedente da Ultrafertil) e 10 de dezembro de 1997 (data em que esta “consentiu” com tal renúncia)), 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?

qual a racionalidade econômica da restrição vertical resultante da cláusula?

qual o efetivo grau de fechamento do mercado dela resultante?

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

qual a responsabilidade do DPDE ao protelar a imediata colocação do excedente da Ultrafertil 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 Ultrafertil à referida renúncia de direitos, sujeitando aquela a submeter-se a penosas e onerosas negociações comerciais com a Ultrafertil, de que resultou elevado preço para a REPRESENTADA?

te mais Paraná, onde supostamente a imaginária prática teria produzido efeitos.

52.- 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 a serem imputados ao E. CADE, mesmo porque possivelmente inibitória da própria atividade (que passaria quiçá a ser economicamente injustificável), a par de caracterizar-se como confiscatória¹² e, destarte, materialmente inconstitucional. O r. Voto do eminente Conselheiro Afonso Arinos, *data venia*, foge inteiramente do tema.

53.- 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.

54.- 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 descon sideração da adequação dos meios e dos fins resulta na violação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade¹³.

¹² 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

¹³ 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 respeitosas 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 descon sideração às situações e circunstâncias que

55.- 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**.

56.- 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.).

57.- 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 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,

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 que esta sufrague as providências insensatas que o Administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia a irrogar dilates 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).

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.

58.- 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."

59.- 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).

60.- Por fim, embora os rr. Votos de Vista tenha-se omitido na análise dessa 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.

61.- 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.

62.- 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 **Ultrafértil**, exigência esta descabida à falta de embasamento legal.

63.- 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.

64.- 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.

65.- 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 ressenete-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).

66.- 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 Ultrafértil 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)".

67.- 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?

68.- 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.

69.- Há, definitivamente, algo de essencialmente maligno na proposta condenatória, máxime na medida em que inteiramente dissociada dos fatos reais e lastreada tão-somente em verdades formais não comprovadas !!! O único fato insofismavelmente comprovado é que se trata de uma acusação de fechamento de mercado no qual **TODOS** os *players* mundiais adentraram em prazo inusitadamente rápido (não há notícias de um mercado – qualquer que seja – que tenha sido aberto tão celeremente quanto o de gás carbônico no Brasil) !!!!

Termos em que,

Pede-se **JUSTIÇA**.

S/A WHITE MARTINS

De São Paulo para Brasília,

13 de maio de 2002.

