

## **ESTUDO ECONÔMICO 2 - MERCADO RELEVANTE E EFICIÊNCIAS NA ANÁLISE DE CONTRATOS DE EXCLUSIVIDADE**

Edgard Antonio Pereira

João Paulo G. Leal

### **Introdução**

A investigação sobre criação de dificuldades para o ingresso de novos concorrentes, mediante impedimento de acesso à fonte de matéria-prima, conduzida no âmbito do Processo Administrativo nº 08000.022579/97-05, tem desconsiderado algumas evidências trazidas aos autos pela Representada, bem como especificidades decorrentes da conduta em tela e do setor industrial sob análise.

O cerne da crítica diz respeito à contraposição pouco refletida dos eventuais prejuízos à concorrência à razoabilidade da conduta em questão.

De um lado, houve a magnificação dos possíveis impactos negativos da conduta em decorrência em grande medida da definição do mercado relevante como o de gás carbônico. Essa definição, que se entende equivocada, conduziu a investigação para uma apreciação pouco balizada acerca da disponibilidade de matérias-primas substitutas a serem utilizadas por novos entrantes.

De outro lado, a racionalidade subjacente à celebração do contrato em questão foi desconsiderada, não obstante ser fundamentada na busca por maior eficiência alcançada, entre outros fatores, pela redução de custos de transação e de custos de capital em ampliação da capacidade de produção da Representada.

Esses dois lados da balança – cuja consideração é essencial à aplicação da regra da razão – são analisados na seqüência.

### **1. Efeitos Concorrenciais do Contrato**

#### **1.1. Elementos para Definição do Mercado Relevante**

A definição de mercado relevante<sup>1</sup> é usualmente feita identificando-se os produtos que podem ser utilizados como sucedâneos àquele sob investigação, no caso deste sofrer *um pequeno, mas significativo e não transitório aumento de preço* (como resultado objetivo do exercício abusivo do poder de mercado).

No presente caso, o que se investiga é se o monopolista hipotético estaria em condições de restringir o acesso à matéria-prima para a produção de gás carbônico (exercendo abusivamente o poder de mercado para a criação de barreira à entrada de novos competidores). Portanto, o produto sob investigação é a matéria-prima (sua disponibilidade) e o mercado relevante, em suas dimensões material e geográfica, deve identificar as possibilidades de substituição pelos consumidores (fabricantes de gás carbônico) do produto em questão.

Esse, no entanto, não foi o entendimento expresso no voto do Conselheiro-Relator, Dr. Celso Fernandes Campilongo:

*“No Ato de Concentração nº 78/96 o produto relevante foi definido como sendo o dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) e o mercado geográfico como o regional – no caso, a região Sudeste. Dada a completa similitude com a presente análise, adota as mesmas definições” (p. 20, sublinhou-se).*

Num caso (no AC supra mencionado) interessa definir as possibilidades de substituição existentes para os consumidores de gás carbônico, enquanto que *in casu* caso a investigação diz respeito aos sucedâneos à fonte de matéria-prima contratada disponíveis para os fabricantes de gás carbônico. Não há, portanto, “similitude” entre as duas situações. O que se indica aqui é a ausência de uma investigação aprofundada acerca da existência de substitutos à fonte de subproduto contratada pela Representada.

Ocorre que a participação detida por certa empresa no mercado do produto (a jusante) e, conseqüentemente, seu poder de mercado não guarda relação necessariamente com a participação no mercado da matéria-prima (a montante). A participação da empresa em um mercado não é indicador de

---

<sup>1</sup> Como nos Guidelines do Department of Justice / Federal Trade Commission (1992 Horizontal Merger Guidelines), na Resolução CADE nº 20 (9/06/1999) e no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SDE / SEAE (Portaria nº 50, de 1º/08/2001).

posição dominante em outro mercado (no qual se daria a para a criação de dificuldades de acesso dos concorrentes à matéria-prima)<sup>2</sup>.

O caso *Tampa Electric Co. versus Nashville Co.*, apreciado pela Suprema Corte norte-americana em 1961 (365 U.S. 320), guarda fortes semelhanças com a presente investigação – tratava-se de ontrato de exclusividade celebrado entre *Tampa* e *Nashville* para o fornecimento de carvão durante 20 anos, que seria utilizado pela primeira para geração de energia elétrica. – e constitui-se em um exemplo claro de definição de mercado relevante para o exame de contratos de exclusividade – relativo ao mercado do produto objeto da exclusividade.

Em síntese, o Juiz Clark da Suprema Corte entendeu que o referido contrato não era ilegal, pois a quantidade de carvão adquirida representava uma pequena fração da oferta disponível de carvão<sup>3</sup> no mercado geográfico relevante:

*“From these statistics it clearly appears that the proportionate volume of the total relevant coal product as to which the challenged contract pre-*

---

<sup>2</sup> Na seqüência do referido Voto tem-se a presunção da existência de poder de mercado, baseada no market share da Representada no (equivocado) mercado de gás carbônico, mas não no (correto) mercado relevante de matéria-prima para produção de gás carbônico:

“Conforme os dados do Ato de Concentração nº 78/96, em 1999, o market-share da White Martins seria de 73% (note-se que a prática refere-se a outro período). Atualmente, segundo a Representada, seria de 59% (fls. 635) [...] é incontestável que se trata (e isso era muito mais acentuado à época da prática, quando havia um monopólio), de mercado altamente concentrado e propício, por isso mesmo, às posições abusivas” (p. 20).

<sup>3</sup> “In applying these considerations to the facts of the case before us, it appears clear that both the Court of Appeals and the District Court have not given the required effect to a controlling factor in the case - the relevant competitive market area. This omission, by itself, requires reversal, for, as we have pointed out, the relevant market is the prime factor in relation to which the ultimate question, whether the contract forecloses competition in a substantial share of the line of commerce involved, must be decided. For the purposes of this case, therefore, we need not decide two threshold questions pressed by Tampa Electric. They are whether the contract in fact satisfies the initial requirement of 3, i. e., whether it is truly an exclusive-dealing one, and, secondly, whether the line of commerce is boiler fuels, including coal, oil and gas, rather than coal alone. We, therefore, for the purposes of this case, assume, but do not decide, that the contract is an exclusive-dealing arrangement within the compass of 3, and that the line of commerce is bituminous coal” (op. cit.).

*empted competition, less than 1% is, conservatively speaking, quite insubstantial” (op. cit.).*

Como bem ilustrado em *Tampa v. Nashville*<sup>4</sup>, 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, à matéria-prima<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Na mesma linha, tem-se o caso *Jefferson Parish Hospital Dist. n° 2 versus Hyde* (466 U.S. 2, 1984), sobre contrato de exclusividade firmado pelo hospital Jefferson Parish e empresa Roux de anestesistas, (os serviços de anestesia seriam prestados exclusivamente pela Roux). A investigação versou, inter alia, sobre possíveis efeitos no mercado de prestação de serviços de anestesia. O ponto a destacar é que os dois mercados envolvidos – de serviços hospitalares e o de serviços de anestesia – não se confundem:

“In order to prevail in the absence of per se liability, respondent has the burden of proving that the Roux contract violated the Sherman Act because it unreasonably restrained competition. That burden necessarily involves an inquiry into the actual effect of the exclusive contract on competition among anesthesiologists. This competition takes place in a market that has not been defined. The market is not necessarily the same as the market in which hospitals compete in offering services to patients; it may encompass competition among anesthesiologists for exclusive contracts such as the Roux contract and might be statewide or merely local”.

Vide também o Processo Administrativo n° 53500.000359/99, no qual o Conselheiro Celso Campilongo manifestou-se nos seguintes termos:

“Data venia, o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infra-estrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível, à Directv, duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros ...”

É certo que este processo referia-se à aplicação da essential facility doctrine. Porém, sua aplicação ao presente caso é direta. Examinou-se a condição de reprodutibilidade do produto objeto da exclusividade (ou, por analogia, a matéria-prima para a produção de gás carbônico) para determinar se a exclusividade conferida a uma empresa (a White Martins aqui) cria dificuldades à atuação de empresa concorrente.

<sup>5</sup> De maneira análoga, em um contrato de exclusividade de distribuição, o potencial de prejuízo à concorrência guarda relação com a importância (participação relativa) do(s) distribuidor(es) contratado(s) com exclusividade frente às possibilidades alternativas de distribuição. Note-se que a participação de mercado da empresa contratante no mercado de origem (a montante) não é decisivo. Uma empresa que tenha firmado contrato de exclusividade com parcela muita alta dos distribuidores existentes (“fe-

Em suma, quando se trata de inferir o poder de mercado resultante, por exemplo, de uma fusão, o indicador de participação de mercado é calculado pela relação percentual entre as vendas combinadas das empresas fundidas e as vendas totais para o mercado relevante (dadas as dimensões geográfica e material). Porém, no exame do poder de mercado que decorre de um contrato de fornecimento, o indicador, conceitualmente análogo, é calculado em termos de *grau de fechamento*. Toma-se o *quantum* do produto (ou matéria-prima) objeto do contrato em relação ao mercado total (disponibilidade) do mesmo produto. Não necessariamente há uma correspondência entre o *market share* (a jusante) e o grau de fechamento (a montante).

## **1.2. O Mercado Relevante de Matérias-primas para Produção de Gás Carbônico**

A matéria-prima em questão (subproduto da atividade industrial da Ultrafértil) tem uma finalidade específica: a produção de gás carbônico para comercialização na Região Sudeste mais o Estado do Paraná (mercado relevante geográfico do produto a jusante). Assim sendo, o mercado relevante geográfico das matérias-primas (que não são passíveis de serem transportadas) deve abranger a região capaz de ser abastecida com o produto final a partir da fonte em questão.

O maior dissenso deve ocorrer com a definição da dimensão material do mercado relevante de matérias-primas para produção de gás carbônico. Conceitualmente, basta identificar as matérias-primas economicamente viáveis para a produção de gás carbônico. O instrumento para tanto é o teste do monopolista hipotético: supondo um pequeno, mas significativo e não transitório aumento do preço da matéria-prima em questão, estabelecer quais seriam as alternativas para o consumo por parte dos fabricantes de gás carbônico. Na prática, no entanto, as dificuldades são maiores.

Como se sabe, o gás carbônico pode ser produzido a partir da combustão ou da utilização do subproduto das atividades industriais de terceiros. Conservadoramente, pode-se admitir *a priori* que a aplicação do teste do monopolista hipotético ao presente caso indique que não há elevada possibilidade de substituição entre combustão e subproduto<sup>6</sup>.

---

chado” o canal de distribuição) pode *ceteris paribus* causar prejuízo à concorrência, mesmo que detenha uma participação muito reduzida em seu mercado de atuação.

<sup>6</sup> No Voto em referência afirma-se que:

Com relação às fontes de subproduto, os efluentes de processos industriais podem conter gás carbônico em diferentes graus de pureza, o que não faz com que essas matérias-primas não sejam substitutas entre si<sup>7</sup>. Esclarece-se que o teor mais baixo de gás carbônico presente no gás de purga não é um impedimento técnico à sua utilização. Ao contrário, o gás de purga é concentrado e o teor de gás carbônico remanescente é, então, elevado a 98%. A Representada estima que os investimentos em unidades fabris de igual capacidade produtiva, uma delas utilizando subproduto semelhante ao da Ultrafertil e outra, subproduto da Petrobrás/Replan, seriam da ordem de US\$ 9 milhões (equipamentos de purificação de CO<sub>2</sub>) e de US\$ 12 milhões (equipamentos de purificação e de concentração de CO<sub>2</sub> – denominados *unidade de Mea*), respectivamente. A diferença não só é acessível aos entrantes potenciais, não se constituindo em barreira de capital, como também não resulta em assimetria de custo significativa.

---

“Sabe-se que as fontes de sub-produto, nesse aspecto, são muito mais viáveis – inclusive quanto aos custos de instalação e produção –, do que os de uma planta de combustão” (p. 20).

Registre-se a ausência de qualquer referência a fundamentar tal afirmação. Note-se ainda que no AC nº 78/96 foi informado que:

“Com relação ao custo final do produto, este é apenas um dos elementos considerados no processo decisório de implantação de uma unidade industrial de gás carbônico. Leva-se em conta, por exemplo, a maior flexibilidade da planta de combustão, decorrente de sua independência locacional da unidade geradora do sub-produto. Sua maior proximidade física do cliente pode inclusive compensar o diferencial do custo de produção. Portanto, constituem-se como alternativas absolutamente válidas todas as fontes existentes.

Por último, mas não menos importante, o acirramento da concorrência no mercado brasileiro de gás carbônico, após a aquisição da LIQUID CARBONIC pela WHITE MARTINS, o custo de obtenção do sub-produto tende a aumentar proporcionalmente ao preço dos materiais combustíveis utilizados em plantas a combustão, fazendo com que o custo de produção de unidades de sub-produto e de combustão se aproximem. Assim, os valores ora apresentados devem ser periodicamente reavaliados, de modo a adequá-los à dinâmica competitiva do mercado de gás carbônico” (em resposta ao Ofício DPDE nº 3.043/97, fls.).

<sup>7</sup> “Além disso, o CO<sub>2</sub> possui diferentes graus de pureza. Por exemplo, enquanto o teor de pureza de uma fonte de amônia é de 99%, nas fontes de gás de purga esse teor abaixa para 55%. Não só a quantidade de pureza é diversa. Para a viabilização comercial da fonte de gás de purga é necessária a construção de unidades que separam o CO<sub>2</sub> do gás de purga dos demais componentes. Tudo isso aponta para elevados custos de investimentos, que reduzem as fontes disponíveis, inclusive aquelas das refinarias RPBC e REPLAN, apontadas como supostamente alternativas, pela Representada” (Voto do Conselheiro-Relator, p. 21).

Deve-se notar que as ressalvas à consideração das fontes alternativas de subproduto referem-se estritamente a uma questão de preços relativos, os quais, por sua vez, estão associados à condição de ingresso de novos concorrentes.

É fato que a condição de acesso à matéria-prima pode constituir-se em uma vantagem absoluta de custo para empresas já estabelecidas<sup>8</sup>; e também é verdadeiro que essa possível vantagem pode decorrer unicamente da precedência do ingresso dessas empresas no mercado em questão. Trata-se da “história precedente”, como referido por Labini, que condiciona determinada estrutura de “equilíbrio”<sup>9</sup>.

Mais precisamente, é uma conseqüência natural do funcionamento do mercado que uma empresa estabelecida depois de outra depare-se com maiores dificuldades de ingresso. As matérias-primas podem ser de pior qualidade, sua localização pode ser menos interessante ou, simplesmente, a disputa por ela pode fazer com que o preço seja maior.

O que se busca enfatizar aqui é que é normal que as empresas já estabelecidas tenham tido acesso às fontes mais adequadas. Esse é o resultado esperado da pressão da concorrência sobre um fonte de recursos limitada. Porém não necessariamente a condição de acesso à matéria-prima é tal que o ingresso de novos concorrentes seja “eficazmente impedido” ou “bloqueado”, utilizando a terminologia de Bain. Ao contrário, no presente caso, a capacitação técnica e financeira e o conhecimento do mercado dos concorrentes potenciais não encontraria – como efetivamente não encontraram – maior impedimento para o ingresso na eventual pior qualidade das fontes disponíveis.

O mais importante, entretanto, sobre a disponibilidade e preços relativos da matéria-prima em apreço está associado ao fato de ser esta um subproduto da atividade de terceiros. Em decorrência dessa especificidade é certo que não há um “mercado” de subproduto no sentido tradicional de transações regulares de compra e venda, a partir das quais se poderia estimar curvas de

---

<sup>8</sup> “The condition that with easy entry established firms should have no absolute cost advantages means that, for a given product, potential entrant firms should be able to secure just as low a minimal average cost of production after their entry as established firms had prior to this entry” (Bain, Joe. *Barriers to New Competition*. Cambridge, Harvard University Press, 1956 (reimpressão: Augustus M, Kelley Publishers, 1993, p. 12).

<sup>9</sup> “Uma vez atingida certa situação de equilíbrio, as outras situações de equilíbrio são inatingíveis. Sob esse aspecto, o esquema aqui apresentado leva em conta, portanto, de modo formal ou abstrato, a ‘história precedente’” (Labini, P. S.. *Oligopólio e Progresso Técnico*. 1956. Tradução: Abril Cultural, 1984, p. 64).

demanda e oferta. Pode-se dizer, a oferta de subproduto é latente ou potencial; o ofertante não necessariamente reconhece como um produto passível de ser comercializado o resíduo de seu processo de produção; e o demandante só se faz presente no “mercado” em intervalos bastante discretos, quando da renovação de contratos de fornecimento e/ou quando do ingresso de novos concorrentes.

Em suma, entende-se que o mercado relevante em questão é composto pelas fontes de subproduto aptas a serem utilizadas para a produção de gás carbônico destinado à Região Sudeste (mais Paraná). Para se estabelecer o eventual prejuízo à concorrência resultante do contrato em apreço, é necessário identificar o *grau de fechamento* do mercado relevante, isto é, qual o peso da quantidade prevista no contrato na oferta total de subproduto. Considerando as especificidades do produto relevante (ser parte da condição de ingresso de novos concorrentes e ser subproduto da atividade de terceiros), apresenta-se adiante uma estimativa do grau de fechamento do mercado, considerando (conservadoramente) a oferta total composta apenas pelas fontes em uso e englobando (menos restritivamente) as fontes de subproduto já identificadas.

### Grau de Fechamento do Mercado Relevante

O potencial de prejuízo à concorrência pela contratação, com exclusividade, de suprimento de matéria-prima é estabelecido pela relação entre o *quantum* contratado e a quantidade total ofertada, ou seja, o grau de fechamento do mercado decorrente da contratação em tela.

Considerando inicialmente que a quantidade total ofertada corresponde unicamente (e, portanto, conservadoramente) à disponibilidade de subproduto em utilização, tem-se o seguinte quadro de oferta:

<b>Empresa/Unidades</b>	<b>Capacidade (tpd)</b>
Ultrafertil – SP	360
Oxitenó – SP	35
Petrobrás (Reduc) – RJ	35
Petrobrás (Regap) – MG	45
Ultrafertil – PR	100
Comgás – SP	70
<b>White Martins – Total</b>	<b>645</b>
Prosint – RJ	90
<b>AGA – Total</b>	<b>90</b>

Petrobrás (Revap) – SP	65
Rhodia – SP	65
<b>Air Liquide – Total</b>	<b>130</b>
Hoechst – SP	40
Spal – Pananco – SP	60
<b>Messer – Total</b>	<b>100</b>
<b>TOTAL GERAL</b>	<b>965</b>

Notas:

a) A **AGA** ingressou no mercado de gás carbônico a partir da fonte de subproduto proveniente da Prosint – até então “desconhecida” no mercado;

b) A **AIR LIQUIDE**, também em 1997, obteve a contratação com fontes anteriormente comprometidas com a **WHITE MARTINS**: Petrobrás-Revap e Rhodia. Também anunciou a contratação de fonte então “desconhecida” no mercado (Peróxidos), porém não houve a construção de capacidade produtiva junto a esta fonte.

c) A **MESSER GRIESHEM**, em fevereiro de 1999, em reposta ao Ofício CADE nº 90/98, informou a contratação das fontes junto à Hoechst, sua controladora, e até então “desconhecida” no mercado, e junto à Spal-Pananco, até então cliente da **WHITE MARTINS**.

d) Em 1999, a **BOC** contratou o fornecimento de 100 tpd de subproduto, provenientes da Ultrafértil – montante não considerado acima por fazer parte da disponibilidade de 170 tpd sob investigação.

e) Em 2000, a Comgás deixou de fornecer a matéria-prima à **WHITE MARTINS**.

Fonte: Relatório Anual do TCD e AC nº 78/96.

Assim sendo, a disponibilidade utilizada no período em questão era da ordem de 965 tpd contra um montante de subproduto de 170 tpd contratados com exclusividade pela Representada. Resulta, portanto, em um **grau de fechamento de aproximadamente 17,6%**

À guisa de esclarecimento, deve-se consignar que se entende correto o cômputo de fontes “desconhecidas”, bem como de fontes anteriormente

comprometidas com a Representada na estimativa acima da disponibilidade total utilizada de subproduto.

Isto porque, em primeiro lugar, a análise da condição de ingresso no mercado é, por certo, de natureza estrutural. Não importa estritamente a disponibilidade “pontual” ou “momentânea” de subproduto no mercado relevante geográfico definido, mas a oferta existente no horizonte de tempo adequado para a realização de investimentos em constituição de capacidade produtiva, vale dizer, para o ingresso de novos concorrentes e/ou ampliação da capacidade de empresas já estabelecidas<sup>10</sup>.

Em segundo lugar, porque as fontes “desconhecidas” não passaram a “existir” unicamente após a identificação pelos novos concorrentes. O fato é que havia a geração do subproduto anteriormente à identificação da fonte como fornecedora de matéria-prima para a produção de gás carbônico. Tome-se o caso das da Prosint, Hoechst e Spal-Pananco, cuja disponibilidade total monta a 190 tpd. A existência material dessas fontes antecede claramente sua identificação por um fabricante de gás carbônico. Ademais, ainda que fossem consideradas apenas essas fontes como alternativas à da Ultrafértil (170 tpd), mesmo assim o grau de fechamento decorrente do contrato não seria suficiente para bloquear o ingresso de um novo concorrente.

Por fim, a inclusão de fontes contratadas com a Representada é correta, pois, não havendo propriamente um “mercado” de subproduto, o usual é que os demandantes disputem o suprimento em momentos de renovação dos contratos (análise mais detalhada dos prazos de vigência dos contratos então

---

<sup>10</sup> Entendimento diverso foi esposado no Voto do Conselheiro-Relator, que afirma: “Nem mesmo a entrada da AGA e da AIR LIQUIDE, verificadas durante a vigência do contrato de exclusividade entre a White Martins e a Ultrafértil, infirmam isso. Não pode haver dúvida de que o processo concorrencial teria sido acirrado e antecipado se, àquela época, os excedentes que representam 10% do mercado relevante [sic] estivessem disponíveis”.

Aparentemente trata-se de uma contradição em termos. Se, em última instância, a conduta sob análise versa sobre a criação de barreiras ao ingresso de novos concorrentes, a entrada de duas novas empresas no mercado indica que a conduta não pôde produzir qualquer efeito negativo.

Ademais, é pacífica a jurisprudência do CADE no sentido do não reconhecimento de barreiras substanciais ao ingresso de novos entrantes em havendo condição para a entrada em prazo inferior a dois anos. A restrição pontual reconhecida pelo Conselheiro-Relator implicaria numa cogitada barreira no prazo máximo de 17 meses, inferior portanto àquele prazo bienal. O ponto ainda merece maior destaque, à medida que os concorrentes potenciais efetivamente ingressaram no mercado em prazo inferior aos dois anos e no curso da restrição contratual.

em vigor pode precisar o “cronograma” de entradas possíveis no mercado relevante em questão). Ademais, como mostram as “perdas” de contratos da Representada para a **AIR LIQUIDE** e para a **MESSER**, essas disponibilidades efetivamente retornam ao “mercado” uma vez expirado o contrato de fornecimento.

Porém, como já antecipado, a oferta de subproduto para produção de gás carbônico não se limita à disponibilidade já utilizada ou contratada. Engloba também fontes já identificadas (as não identificadas não são obviamente mensuradas) e que não se encontram contratadas por qualquer empresa<sup>11</sup>, conforme apresentado no quadro abaixo.

O total geral de subproduto para produção de gás carbônico, de acordo com a estimativa acima, 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.

<b>Empresa/Unidades</b>	<b>Capacidade (tpd)</b>
<b>Disponibilidade utilizada</b>	<b>965</b>
Petrobrás (Replan) – SP	440
Petrobrás (Rbpc) – SP	420
Petrobrás (Repar) – PR	400
Ultrafertil – SP	70
Peróxidos – PR	70
<b>Disponibilidade excedente</b>	<b>1.400</b>
<b>TOTAL GERAL</b>	<b>2.365</b>

Nota:

a) Considera-se os 70 tpd ainda disponíveis junto à Ultrafertil após a contratação de 100 tpd. pela **BOC**, assim como os 70 tpd. anunciados pela **LIQUIDE CARBONIC** que seriam utilizados a partir da Peróxidos.

Fonte: AC nº 78/96.

<sup>11</sup> Em um sentido mais amplo, a decisão proferida pelo CADE no AC nº 78/96, que condiciona a aprovação do ato a que a Requerente se abstenha de disputar certas fontes de subproduto, expressamente reconhece, portanto, a existência de disponibilidade de matéria-prima para a produção do gás carbônico.

Em suma, seja a partir de uma definição restritiva do mercado de subproduto para a produção de gás carbônico (uma restrição anterior já foi feita, quando da desconsideração da possibilidade de substituição por material de combustão), seja considerando toda a disponibilidade já identificada, o “fechamento” do mercado relevante proporcionado pelo contrato em questão foi reduzido. Quando muito, é possível estabelecer um *ranking* de fontes alternativas para o ingresso de novos concorrentes. Esta fonte seria preferível àquela e esta, à outra, pelas mais variadas razões (custo de produção, aporte de capital ou localização, por exemplo), porém não há estruturalmente à criação de uma barreira à entrada de novos concorrentes pela vigência do contrato em tela<sup>12</sup>.

## 2. Da Racionalidade do Contrato em Questão

Em contraposição ao pequeno ou mesmo nulo prejuízo ao mercado ocasionado pela conduta da Representada, deve-se atentar para o outro lado da balança da regra da razão. A contratação quantidade adicional de subproduto pela Representada encontra-se justificada pela busca por maior eficiência, quer seja pela redução de custos de transação e da prevenção de comportamentos oportunistas, quer seja pela otimização dos recursos de capital empregados.

Os elementos principais da teoria dos custos de transação foram apresentados às fls. (“Custos de Transação, Relações Contratuais Verticais e Eficiências”) e não serão retomados aqui. Na seqüência faz-se apenas menção a algumas poucas questões que, considera-se, merecem maior aprofundamento.

No Voto do Conselheiro-Relator é aceita em geral a importância dos custos de transação para o caso em tela. Faz-se ressalva, no entanto, quanto à “extensão” das eficiências obtidas com a exclusividade aos excedentes adquiridos pela Representada:

“O que não pode ser aceito, em nenhuma hipótese, é que as supostas eficiências também possam estar relacionadas à exclusividade sobre os exce-

---

<sup>12</sup> Como demonstram, acredita-se de forma muito veemente, os ingressos de várias outras empresas no mercado em simultâneo com a prática sob investigação (no sentido estrutural do tempo econômico).

dentes de CO<sub>2</sub>. Caso não houvesse exclusividade sobre os excedentes nada levaria a crer num comportamento oportunista por parte do fornecedor. Não haveria qualquer alteração no fornecimento necessário à produção da compradora. E mesmo que se admita que a reserva estratégica de matéria-prima, os benefícios – social ou privado – da fórmula não são evidentes” (p. 21).

Duas questões principais revelam a racionalidade subjacente à contratação do dito excedente da Ultrafertil.

Em primeiro lugar, há uma dependência assimétrica dos ativos utilizados por cada uma das partes do contrato sob exame. Os ativos que são utilizados para fabricação de gás carbônico são dedicados à transação envolvendo a aquisição de subproduto de determinada fonte. Há, nos termos de Williamson, uma especificidade locacional no presente caso.

O mesmo não pode ser tido com relação aos ativos da empresa fornecedora da matéria-prima. Como visto, esta é um subproduto da atividade principal da fornecedora. Independentemente, da importância alcançada no faturamento da empresa, por exemplo, pode-se presumir que a comercialização do subproduto não pode se constituir em sua atividade principal e, mais importante, o ativo (o subproduto) não tem destinação estrita para determinado contrato. Diante de um impasse com o adquirente do subproduto, outra empresa pode vir a adquiri-lo com perdas pequenas para o fornecedor.

Essa hierarquia, dada pela dependência assimétrica entre as partes contratantes, favorece a adoção de comportamentos oportunistas por parte do fornecedor e, mais importante, oportunismo que é potencializado justamente no momento de negociação da aquisição de quantidades adicionais de subproduto.

Mais precisamente, no presente caso, tem-se uma empresa cujos ativos produtivos encontram-se comprometidos com a utilização de determinada fonte de subproduto e que usufrui de ganhos de eficiência em virtude do contrato estabelecido (faz-se referência aqui ao contrato original e não ao aditamento que estabeleceu a exclusividade sobre o dito excedente).

Se, diante de perspectivas favoráveis de crescimento da demanda, por exemplo, a empresa contratante tenciona dispor de suprimento adicional, o maior poder de barganha (a possibilidade do comportamento oportunista) encontra-se do lado do fornecedor. Algo como: “negociemos preços mais favoráveis em bloco – sobre a quantidade originalmente contratada mais a quantidade adicional – ou rompamos o contrato”. O subtexto é claro: “suas instalações já se encontram comprometidas – quem tem mais a perder é você!”. Pois, como mencionado, os ativos em questão são específicos e há uma

redução de custos proporcionada pela utilização, em escala ampliada, de uma mesma fonte de suprimento.

O segundo ponto que explicita a racionalidade da conduta da Representada é justamente a existência de perspectivas favoráveis de crescimento do mercado de gás carbônico. Diferentemente do entendimento expresso na citação acima do referido Voto, 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.

Em suma, identificam-se fortes razões pelas quais a Representada motivou-se a celebrar contrato de aditamento para a compra de quantidade adicional de subproduto da Ultrafértil. Essa motivação não só diz respeito à intenção de atender ao mercado em crescimento, como também à busca por redução de custos e à necessidade de preservação de investimentos já realizados contra comportamentos oportunistas. Conseqüentemente, esses ganhos de eficiência estão relacionados às quantidades originalmente contratadas e, principalmente, às quantidades adicionais de subproduto provenientes da Ultrafértil.

### **3. Síntese**

Como citado anteriormente, o Voto do Conselheiro-Relator afirma que não são evidentes os benefícios da conduta sob exame. Se não são evidentes ou mensuráveis, crê-se com base nas razões expostas acima que o comportamento da Representada encontra respaldo na busca por eficiência decorrente da contratação do suprimento da matéria-prima em questão, mesmo que momentaneamente o fornecimento venha a exceder a capacidade de produção da empresa.

Dito de outro modo, não é possível afastar de plano a racionalidade subjacente à conduta sob exame. E é menos ainda razoável afirmar, sem demonstrar cabalmente, que tal conduta produziu ou que pudesse produzir prejuízos à concorrência. Como evidenciado anteriormente, partindo-se de uma definição equivocada do mercado relevante, que, por sua vez, conduziu a investigação para uma análise insuficiente do grau de fechamento do mercado, chegou-se finalmente à afirmação da ilicitude da conduta.

Porém, a utilização de matérias-primas “desconhecidas” por novos concorrentes, a contratação de fontes de subproduto anteriormente comprometidas contratualmente com a Representada e a disponibilidade de quantidades

substanciais de matéria-prima ainda não utilizadas são, para dizer o mínimo, fortes indícios de que a exclusividade estabelecida com a Ultrafértil não se constituiu, nem poderia se constituir, em obstáculo à atuação de concorrentes potenciais.

Apoio:



[www.ibrac.org.br](http://www.ibrac.org.br)  
e-mail: [ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)