

Ato De Concentração N.º 54/95

Requerentes: COPEL - COMPANHIA PETROQUÍMICA DO SUL; OPP POLIETILENOS S/A; OPP PETROQUÍMICA S/A E IPIRANGA PETROQUÍMICA S/A

Interessada: PETROQUÍMICA TRIUNFO S/A

Relator: CONSELHEIRO ANTONIO FONSECA.

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO

Como se percebe do rico e exaustivo trabalho desenvolvido pelo ilustre Conselheiro Antonio Fonseca, o presente Ato reúne características que o tornam, sem sombra de dúvida, uma das mais interessantes peças que tive a honra de examinar como membro deste Egrégio Plenário.

Como os demais membros desse Colegiado, acompanhei o incansável trabalho de condução do Processo pelo ilustre Conselheiro-Relator e o cumprimento por seu esforço e dedicação, dignos da minha maior admiração.

Início pela observação de que o modelo de indústria petroquímica que foi implantado no Brasil a partir da década de setenta tinha como principais características, como se sabe, a composição tripartite, i.e. empresas estatais, empresas privadas nacionais e empresas estrangeiras, e a localização em pólos otimizadores do aproveitamento de infra-estrutura e das facilidades para o abastecimento de insumos e matérias-primas, em benefício de todos os seus participantes, indistintamente, por meio da total integração e interdependência harmônica.

O controle das centrais de matérias-primas pelo Estado, por meio de empresa de sua propriedade, assegurava grande uniformidade de condições de operação entre as empresas de segunda geração, principalmente porque o papel de coordenador exercido pelo Estado na distribuição de eteno, a partir de critérios conhecidos de todos os participantes, dava a esse abastecimento, dentro dos limites do pólo, uma característica de serviço público.

Segundo consta, esta política governamental, que incluía também outras formas de incentivo ao setor privado, se justificava, sobretudo, por seus objetivos estratégicos relacionados à necessidade de promover o crescimento - em alguns casos, o verdadeiro nascimento - de uma indústria petroquímica forte e moderna.

Com esses atrativos, tais empreendimentos davam à iniciativa privada garantias e vantagens que deveriam compensar riscos inerentes ao negócio e, mais importante, assegurar as melhores condições possíveis de abastecimento

de matéria-prima como forma de proporcionar às empresas de segunda geração a possibilidade de produzir a custos competitivos, repartindo entre todas essas empresas as vantagens da escala e da integração.

O acesso a uma fonte segura de matéria-prima, sob o controle de um agente concorrencialmente neutro (o Estado), foi, portanto, **elemento central e fundamental** para a decisão privada de investimento nesses pólos, o que fica ainda mais evidente quando se reconhece a virtual impossibilidade de, em condições economicamente viáveis, construir e operar plantas individuais verticalmente integradas a partir da produção de eteno, ou, ainda, de operar plantas individuais com base em importações de eteno de terceiros situados fora do PPT.

Caso fosse mais vantajosa a operação economicamente eficiente de plantas de segunda geração não-integradas, o modelo escolhido seria, com certeza, diferente, já que fatores como a maior independência entre empresas e a possibilidade de otimizar a localização das plantas em relação aos respectivos mercados consumidores alterariam os cenários de decisão utilizados tanto pelo governo quanto pela iniciativa privada.

No caso em exame, tenho como absolutamente claro que a decisão de investimento da Petroquímica Triunfo S/A (doravante, simplesmente Triunfo) como, de resto, das demais empresas de segunda geração, quando estas se tornaram participantes do Pólo Petroquímico de Triunfo (doravante PPT ou, simplesmente, Pólo), fundamentou-se em premissas semelhantes às aqui delineadas, ou seja, baseou-se fortemente nas vantagens relacionadas à integração técnica e ao abastecimento de matéria-prima oferecidas pelo modelo implantado pelo Estado. Note-se, aqui, a circularidade da motivação privada e estatal, traduzida no fato de que o objetivo de maior eficiência econômica visado pelo Estado ao instituir o modelo em questão só seria atingido se a iniciativa privada se sentisse segura e confiante de que aquele ambiente lhe daria condições de crescimento e de desenvolvimento.

É esse o verdadeiro espírito do modelo do PPT, e é nesse contexto que deve ser desenvolvida a análise do presente caso.

A privatização da COPESUL-Companhia Petroquímica do Sul (doravante apenas COPESUL), ao alterar a estrutura de propriedade do PPT, não legitimou a “**quebra de contrato**” representada pela **alteração das condições implícitas ou explícitas que compunham o quadro no qual se baseou a Triunfo para tomar sua decisão de investimento.**

Merece crítica, neste particular, a imperfeita condução do processo de privatização pelo governo, que não teve o elementar cuidado de impor, com clareza, regras detalhadas de relacionamento empresarial entre os participantes do PPT, o que seria inquestionavelmente necessário já que, com a mudança de propriedade, a neutralidade do governo na coordenação das atividades do Pólo seria substituída pela natural prevalência de comportamentos estratégico-competitivos, com previsível desequilíbrio de forças entre os diversos participantes, uma vez que o modelo de privatização não impedia a permanência de empresas independentes e muito menos de empresas com participação minoritária no empreendimento, como foi o caso da Triunfo.

Em nome da objetividade, e dispensando apresentar, aqui, justificativas mais detalhadas constantes dos autos, considero irrelevantes, para o caso concreto, a discussão das razões e consequências da não participação da Triunfo na privatização da COPESUL, assim como do “comportamento” da Triunfo.

A utilização de argumentos baseados no suposto “comportamento reprovável” da Triunfo para justificar atitudes exclusionistas por parte das Requerentes, mesmo encontrando precedentes na jurisprudência de outros países, não deve ser aceita no presente caso, pelo simples fato de que - e sobre isso creio que haja unanimidade neste Plenário - não resta à Triunfo alternativa de suprimento que não seja a COPESUL.¹⁶

Assim, mesmo que identificada sua origem (o que, vale lembrar, não é o mesmo que causa) em verdadeira falha de estado, a falta de clara e detalhada regulamentação do relacionamento comercial entre os participantes do Pólo após a privatização propiciou às Requerentes a adoção de atitude de exclusão com relação à Triunfo, retirando ou indevidamente limitando a liberdade desta para crescer e desenvolver-se.

Vale, aqui, dar a devida medida à citada falha de regulamentação cuja origem pode estar em ineficácia da ação do Estado: a condição relativa a este aspecto expressa no edital de privatização¹⁷, mesmo que deixando entrever a preocupação do Estado em assegurar direitos aos participantes, peca tão-

¹⁶ Vale lembrar que a experiência norte-americana, mesmo demonstrando grande liberalidade ou tolerância com as atitudes do fornecedor, em casos de recusa de fornecimento, mostra que, **em casos onde não há alternativa de suprimento para o distribuidor/comprador**, a recusa de fornecimento pode ser considerada ilegal; o mesmo ocorre nos **casos em que o fornecedor de um insumo essencial é monopolista**. Cf. *ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments*, 3d ed. 1992, p. 187(nota 1010, *National Auto Brokers Corp. v. General Motors Corp.*, 572 F.2d 953, 959 - 2d Cir. 1978) e p. 189.

¹⁷ A regra inscrita no edital era a seguinte: “IV - não reduzir ou interromper de maneira injustificada o suprimento de matérias-primas às empresas de segunda geração do Pólo Petroquímico de Triunfo”. Cf. Voto do Conselheiro-Relator, p.40.

somente por não ser suficientemente clara e exaustiva e muito menos proporcional à importância da matéria, para que fossem evitadas interpretações dúbias ou restritivas, com graves consequências de toda ordem.

No meu modo de ver, no entanto, a imposição de restrições que considero não razoáveis ao suprimento de eteno para a futura planta da Triunfo, constituem evidente descumprimento da citada condição do edital, uma vez que não consigo deixar de considerar como condição de sobrevivência da Triunfo, dadas as características próprias deste setor, sua expansão e atualização tecnológica, e **não apenas** a simples continuidade do suprimento (aliás, o voto do ilustre Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro, Relator do caso que acabamos de julgar, o Ato de Concentração nº 94/96, entre ESAB/ CONARCO/ ELETRODOS, faz esse mesmo tipo de constatação). Não admitir tal fato significa aceitar que a estagnação é alternativa que deve contentar a Triunfo, ou, o que seria outro absurdo, que esta poderia recorrer a outra fonte de abastecimento. Os argumentos que servem de apoio à conclusão de ilegalidade das restrições impostas à Triunfo relacionam-se aos mesmos elementos que conferem racionalidade ao Pólo como empreendimento industrial, i.e. interdependência e integração operacional.

Devo ainda registrar que, independentemente de conjecturas relacionadas à legalidade e prováveis consequências de argumentos utilizados pelo Conselheiro-Relator, em particular com relação às provas de exclusão, **considero suficientemente evidenciado que a COPEsul, detendo clara posição de dominância no mercado relevante de eteno, conforme definido pelo ilustre Conselheiro-Relator, não adotou, com relação ao processo de ampliação e de distribuição de eteno adicional e excedente, procedimentos adequados à sua posição de “herdeira” de posição monopolística, dentre outros motivos, pela falta de definição de critérios e procedimentos uniformes e acessíveis aos participantes do Pólo e pela não observância a regras mínimas de razoabilidade e reciprocidade em suas exigências à Triunfo**¹⁸. Isso, em alguns casos (e.g. projeto de tecnologia), poderia, de fato, representar descabida e injustificada ingerência na “intimidade” empresarial da Triunfo.

Ora, tal ingerência só se justificava no regime anterior à privatização, principalmente, pelo caráter de neutralidade do papel exercido pelo Estado na gestão do Pólo. Em outras palavras, as Requerentes “herdaram” o monopólio,

¹⁸ Tendo considerado não razoáveis as exigências da COPEsul, deixo de examinar as justificativas da Triunfo para o não cumprimento daquelas exigências; dessa forma, não posso aceitar que o descumprimento dessas exigências seja utilizado pela COPEsul para justificar sua “indisposição” com relação ao atendimento do pleito da Triunfo.

mas não a neutralidade em relação ao processo concorrencial que caracterizava a atuação do governo no Pólo.

Daí o risco - na presença de posição dominante das Requerentes- de transformar a tão falada “*integração harmoniosa e tempestiva*” numa “*submissão incondicional permanente*”, aplicável aos consumidores de eteno.

Ainda sobre a inadequada postura das Requerentes em relação ao processo de expansão e à distribuição de seus efeitos entre os participantes do Pólo, devo dizer que considero tal conduta passível de enquadramento como infração prevista na Lei nº 8.884/94 (art. 20, inc. I, II e IV; art. 21, inc. V e VI, dentre outros) demonstrada nos autos sob diversas formas, dentre as quais destaco as inúmeras atitudes não cooperativas das Requerentes ou, o que dá no mesmo, em atitudes reveladoras de clara “indisposição” para incluir a Triunfo no seu plano de expansão. No entanto, por razões que se auto-evidenciarão mais adiante, considero improdutiva a efetiva apuração dessa conduta.¹⁹

Admitindo o caráter cooperativo benigno do cartel estabelecido a partir da privatização da COPESUL, passa a ser exigível, para a manutenção dessa benignidade, o absoluto respeito e preservação da autonomia e direitos dos agentes que dele participam, como evidência de que um mínimo necessário de concorrência continua existindo, como forma de restringir o potencial de malignidade colusiva inerente a esse tipo de cooperação.

Devo manifestar, também, meu entendimento de que a redução da importância da participação da Triunfo no mercado relevante, e, no limite, sua exclusão desse mercado poderá redundar em prejuízo para o mercado, o que se justifica, principalmente, pela forma algo diferenciada de atuação dessa Empresa, com forte presença no atendimento a clientes de menor porte relativo. Além disso, a medida da importância de determinada empresa para o mercado e para o processo concorrencial não pode, evidentemente, ser aferida unicamente de sua participação percentual no mercado, critério que, levado a extremos, conduziria à inevitável e absurda conclusão de que o monopólio é a melhor forma de organização da produção.

¹⁹ No presente caso, em se tratando de ato de concentração, o exame dessas condutas pode ser realizado sob o prisma do art. 54 da Lei nº 8.884/94, com o que os mencionados comportamentos anti-concorrenciais passam a ser vistos como “ineficiências” ou custos decorrentes da operação, que impossibilitam o atendimento às condições do § 1º, incisos III e IV, do citado artigo.

MEDIDAS REPARADORAS

Assim, concordo com o Voto do Relator quando este constata que a postura passiva da Requerentes, bem como suas atitudes não cooperativas, podem resultar em prejuízo à Triunfo, no que tange ao seu crescimento e desenvolvimento.²⁰

Considero, no entanto, que não há nos autos elementos suficientes para que seja delineada, com segurança, proposta precisa de repartição de eteno entre as Requerentes e a Triunfo.

Se, por um lado, dispõe-se de claras indicações de que podem existir volumes excedentes consideráveis, não é menos verdadeiro que a projeção de disponibilidade desses excedentes ao longo do tempo é tarefa tecnicamente complexa que requer conhecimentos técnicos específicos.

A imposição de condições relativas à repartição de eteno, na ausência de elementos que confirmem segurança quanto à sua precisão e eficácia técnica, pode representar ônus excessivo e desnecessário às Requerentes e à Triunfo, além de representar risco de ineficácia quanto ao atingimento dos objetivos pretendidos, em detrimento da credibilidade desta Instituição.

Assim, *data maxima venia*, considero válidas as propostas delineadas pelo ilustre Conselheiro-Relator, mas apenas como indicadores de limites mínimos de volume que viabilizariam a operação da futura planta de PEBDL (polietileno de baixa densidade linear) da Triunfo, minimizando os inconvenientes para as Requerentes.

No entanto, não me sinto seguro para aceitar os cenários traçados pelo Conselheiro-Relator como os melhores ou mesmo os mais viáveis econômica e tecnicamente, apesar de reconhecer seu enorme esforço de acertar em matéria tão especializada. Sem qualquer demérito ao valioso trabalho desenvolvido pelo Relator, devo lembrar que inúmeras outras combinações de condições poderiam ser avaliadas, objetivando a reparação do dano à concorrência.

²⁰ Destaco, dentre as inúmeras evidências apresentadas pelo Relator nesse sentido, a Sessão 3.3 de seu Voto (“Discussão Triunfo/Copesul: pontos e contrapontos”), à página 40, onde fica demonstrada não apenas a “indisposição” da COPESUL em negociar com a Triunfo, mas também sua atitude de privilegiar os contratos de fornecimento com as demais Requerentes (*cf.*, *e.g.*, item 266, p. 92, do Voto do Relator). Não é difícil perceber, ainda a partir dessa mesma Sessão do Voto do Relator, a hesitante posição da COPESUL na negociação em tela, ora impondo novas exigências, ora acenando com perspectivas de redimensionamento de seu projeto de expansão para acomodar a solicitação da Triunfo (*cf.*, *e.g.*, item 237, p. 84, do Voto do Relator).

Dentre estas, e apenas a título de ilustração, pode-se imaginar um elenco de ações que considere:

- (i) um retardamento do cronograma de construção e, portanto, da data de entrada em operação da nova planta da Triunfo, reduzindo a duração do “período crítico” de suprimento dessa Empresa, que vai desde a mencionada data, 1º semestre de 2001, até a época prevista para o desgargalamento da COPE-SUL, no 1º semestre de 2003;
- (ii) a fixação de datas (ou intervalo de tempo) para a realização “induzida” do desgargalamento, com o objetivo de minimizar incertezas e delimitar o citado “período crítico” e
- (iii) a possibilidade de complementar as necessidades mínimas de eteno da Triunfo com importações dessa matéria-prima, **apenas** durante tal “período crítico” nitidamente definido.

Estou convicto, no entanto, de que existe a possibilidade de reparar o que considero ser uma falha das Requerentes (ou, visto por outro ângulo, um aspecto negativo, anticoncorrencial, decorrente do Ato em exame), que teve origem (e não causa) em ineficácia do Estado como coordenador do processo de privatização, e cujos efeitos foram ampliados e agravados pela força competitiva das Requerentes e pela assimetria de poder entre estas e a Triunfo.

Para tanto, será necessário, todavia, esgotar a análise de possibilidades de combinações de soluções de mínimo custo, de maneira a reunir um elenco de alternativas técnica e economicamente equivalentes a ser apresentado para negociação entre as Requerentes e a Triunfo, sob a supervisão do CADE.

Partindo do reconhecimento de que este Conselho não dispõe de recursos para realizar tarefa de tamanha envergadura e que requer especialização no ramo, e que a operação não preenche integralmente os requisitos previstos no artigo 54, § 1º, da Lei nº 8.884/94, **voto pela aprovação do Ato, CONDICIONADO a que as Requerentes promovam e custeiem a contratação de 3 (três) empresas de consultoria de notória especialização em projetos petroquímicos, escolhidas pelo CADE, por sorteio, a partir de lista de 10 (dez) empresas apresentada pelas Requerentes, com o objetivo de realizar, no período máximo de 90 (noventa dias), estudo de alternativas técnica e economicamente equivalentes de viabilização da operação da nova planta da Triunfo, a partir das restrições existentes e claramente identificadas nos autos, considerando, principalmente, a minimização dos ônus para as Requerentes. O CADE poderá, ainda, solicitar, para fins de supervi-**

são, o auxílio de órgão governamental com conhecimento específico sobre o assunto.²¹

A partir desse ponto, o CADE, em consulta com as Requerentes, teria condições de adotar medida apropriadamente precisa, com o máximo de segurança possível de que seu objetivo de reparar o dano à concorrência será atingido.

MEDIDAS PREVENTIVAS

Por fim, reconheço, como também o faz o nobre Conselheiro-Relator e, em certa medida, o Parecer da d. Procuradora-Geral do CADE, a necessidade de impor às Requerentes a adoção de normas que previnam a repetição de efeitos adversos à concorrência, para o que aceito, como ponto de partida, a sugestão do ilustre Conselheiro-Relator, constante do Anexo I de seu Voto.

Mais especificamente, **voto, ainda, pela abertura de conversações com as Requerentes para que, a partir da sugestão do Conselheiro-Relator, a ser considerada como texto-base, se estabeleça regulamento que, adequado à realidade cotidiana do Pólo, reflita as preocupações deste Conselho com a defesa da concorrência.**

Para encerrar, registro que a aceitação do fato de que as referidas imperfeições existem e devem ser corrigidas de imediato de forma igual ou equivalente à sugerida pelo Relator, é indissociável do reconhecimento de que a mesma falha efetivamente ocorreu, tendo dela decorrido evidente prejuízo aos interesses da Triunfo.

É o voto.

Em 11 de fevereiro de 1998.

RENAULT DE FREITAS CASTRO
Conselheiro

²¹ Condições a serem detalhadas em termo de compromisso de desempenho a ser firmado perante o CADE. Os prazos de cumprimento da decisão aqui não estipulados, bem como as multas aplicáveis são, em princípio, e onde cabíveis, os mesmos previstos no Voto do Relator.