

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR ANTONIO FONSECA

Sumário:

1. Em Torno da Instrução - 1.1 Instrução dificultosa: notificação admonitória (juízo provisório) e racionalidade dos acordos. 1.2 Admissão da Petroquímica Triunfo S/A como “interessada.” 1.3 Promoção de negociação (equivalente jurídico). 1.4 Liberação sob reserva do Relatório Preliminar. 1.5 Suma da questão - o teste do caso. 2. Regime Jurídico-Econômico do Pólo Petroquímico do Sul (PPS) - 2.1 Regime econômico do PPS. 2.1.1 Integração das facilidades e interdependência. 2.1.2 Mercado relevante para análise do impacto concorrencial. 2.2 Perfil jurídico do PPS. 2.2.1 Recortes do direito brasileiro. 2.2.2 Base negocial do PPS. 2.2.3 Discussão: integração vertical harmoniosa? 3. Tratamento Jurídico da Recusa de Fornecimento - 3.1 Doutrina bottleneck (essential facilities) e auto regulação. 3.2 Cooperação paralela Odebrecht/Ipiranga - análise das ancillary restraints. 3.3 Discussão Triunfo/Copesul: pontos e contrapontos. 4. Prevenção dos Efeitos Adversos à Ordem Econômica - 4.1 Efeitos adversos à ordem econômica. 4.2 Providências restauradoras: pressupostos e cenários. 5. Dispositivo. Anexo I (Política de suprimento de matérias-primas - medidas preventivas), Anexo II (Suprimento adicional de eteno - medida reparadora), Anexo III (Cenários sobre realocação de eteno - estudo de impacto).

O Senhor Conselheiro Antonio Fonseca: Sob o pressuposto da dependência econômica entre a empresa de segunda geração e a central de matérias-primas, no pólo petroquímico, conforme se evidenciará no curso da análise, conheço do requerimento, tanto mais pelo preenchimento do duplo requisito do faturamento e da participação de mercado, a teor do art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94.

1. Em Torno da Instrução

1.1 Instrução dificultosa: notificação admonitória e racionalidade dos acordos

2. Dois aspectos que caracterizaram a instrução merecem ser destacados: o despacho que, a partir de um juízo provisório ou de cognição incompleta, alertava as requerentes sobre eventual desaprovação ou aprovação condicio-

nada dos acordos de fornecimento e a pouca colaboração das requerentes na investigação da racionalidade dos mesmos acordos no que tange à destinação do eteno.

3. Atendendo aos fatos e às circunstâncias descritas no parecer da SEA-E/MF, o Relator, mediante despacho devidamente referendado pelo Plenário¹³⁶, resolveu prevenir a responsabilidade das requerentes sobre as consequências decorrente de eventual aprovação parcial ou condicionada dos acordos de fornecimento de matérias-primas. O mesmo despacho pode ser tomado como um equivalente juídico à notificação administrativa. Segundo o magistério de Pontes de Miranda¹³⁷, a notificação é exteriorização de um ato processual que, do ponto de vista do direito material, tem efeito semelhante a negócio jurídico e, no plano do direito processual, negócio jurídico é de fato. “A notificação - continua Pontes de Miranda - supõe nota que se leva ao conhecimento de alguém,” cujo resultado é a criação de uma “relação jurídica processual entre o notificante e o Estado.”¹³⁸ No caso, o status de notificante e Estado recai cumulativamente numa única entidade - o CADE.

4. A notificação administrativa pode ganhar efeitos admonitórios. Com significado de instrumento processual à disposição do CADE, ela tem o efeito de onerar o notificado, subordinando o seu interesse ao do Estado, à vista de condições objetivas. O efeito específico do despacho¹³⁹ foi firmar um juízo provisório sobre os fatos afirmados no mesmo parecer da SEAE/MF.¹⁴⁰ Além de jurídica, essa técnica é prática, pois imprime objetividade à instrução.¹⁴¹ Os fatos afirmados, resumidamente, foram:

- o abastecimento de eteno e propeno das empresas da segunda geração é totalmente dependente da central;
- apenas concorrem diretamente as empresas Petroquímica Triunfo e Poliolefinas, produtoras de PEBD;

¹³⁶ Relatório, item 24.

¹³⁷ Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XII, p. 318, Forense, 1976.

¹³⁸ Idem. Sobre o conceito de relações jurídicas processuais, confira-se de Antonio Fonseca, *Relações Jurídicas Processuais*, Revista Jurídica LEMI nº 196, março de 1984, pp. 27-40.

¹³⁹ Relatório, item 9.

¹⁴⁰ Esse órgão tem um papel legal indiscutível, por isso deve ser prestigiado. É de rigor que a Administração do CADE busque uma articulação útil com os órgãos instrutórios. Uma posição hostil a eles, a qual deve ser revertida, é fator de distúrbio institucional que atua em detrimento à regularidade e eficácia do serviço de defesa da concorrência.

¹⁴¹ Sem objetividade na instrução, a agência antitruste jamais realizará o seu comprometimento com o tempo econômico das decisões.

- antes da assinatura, em 23 de agosto de 1995, dos acordos de fornecimento de matérias-primas sob exame, a Petroquímica Triunfo manifestou em 8 de agosto de 1995 seu desejo de participar da expansão da central. Somente em 25 de agosto de 1995 a COPESUL respondeu que a solicitação poderia ser avaliada somente depois de definido o projeto técnico;
- a falta de acesso a eteno adicional acarretará à Petroquímica Triunfo S/A perda de competitividade em termos de escala de produção, elemento fundamental na indústria petroquímica;
- dentro de um ponto de vista estritamente econômico, ao se estabelecer um pólo integrado a central assumiu “uma inequívoca responsabilidade com o fornecimento permanente de matéria-prima para os seus clientes;”
- não há prever desde já “ações coordenadas ou paralelismo de conduta entre Petroquímica Triunfo e os produtores de polietileno de Bahia Blanca;”
- embora a expansão do Pólo Petroquímico do Sul seja geradora de benefícios, a forma como está sendo apropriada a produção futura de matérias-primas retira competitividade de uma das empresas (Triunfo) em favor de outras duas (OPP Polietilenos e Ipiranga), além de indicar uma tendência de domínio futuro de mercado por parte das empresas produtoras de polietileno que têm participação acionária na central;
- a ausência de acesso a eteno adicional “seria ainda mais grave porque faria parte de uma estratégia comercial dos grupos que participam do controle da central e das empresas Polisul e Poliolefinas de monopolização do mercado;”
- os acordos “apresentarão impactos negativos sobre a concorrência no mercado de polietileno, ao concentrar a oferta e reduzir a participação da Petroquímica Triunfo;”
- dos acordos e da expansão da capacidade produtiva da central resultarão “ganhos econômicos para a sociedade como um todo, os quais, entretanto, também poderiam ser obtidos sem a perda observada no processo concorrencial, caso a Petroquímica Triunfo participasse da expansão;”
- quanto ao projeto da Petroquímica Triunfo, o seu desenvolvimento e finalização “exige, como condição sine qua non, a garantia de fornecimento de matéria-prima;”
- ao assinar acordo de fornecimento de matéria-prima com a COPESUL, a POLISUL não tinha “todas as definições de projeto tecnológico e engenharia básica;”
- a Petroquímica Triunfo é uma empresa bem administrada, goza de condições de liquidez mais do que adequadas para o investimento que pretende (planta de PEBDL), não havendo motivos para ela não participar desse

mercado tendo em vista o seu “potencial de crescimento que precisa se realizar;”

- embora defasado, o antigo Projeto Linear da Petroquímica Triunfo indica a “imposição estratégica” de [a empresa] participar do mercado de PEBDL;
- os evidentes ganhos de eficiência da expansão “são passíveis de obtenção sem prejuízo da concorrência.”

5. Dois resultados, portanto, decorrem da notificação admonitória: afastar qualquer insinuação de fato consumado impeditivo da reparação administrativa; e, aleritando as requerentes quanto aos fatos acima especificados, organizar a produção objetiva da prova e contraprova do interesse das requerentes e da Administração.

6. Vale enfatizar que, a despeito da pertinência e clareza da análise desenvolvida no parecer da SEAE/MF, na época da sua elaboração, maio de 1996, não se tinha conhecimento de alguns documentos essenciais não trazidos aos autos, tais como, o acordo de acionistas da COPESUL, tampouco do protocolo de entendimento entre os grupos Ipiranga e Odebrecht. O conteúdo desses documentos constituem o pano de fundo dos acontecimentos relativos ao planejamento da expansão e explicam as dificuldades enfrentadas pela Petroquímica Triunfo para integrar o seu projeto aos das demais empresas.¹⁴²

7. Este fato é apenas um dos exemplos dos percalços da instrução do processo. Depois de mais de 2 anos do curso da apreciação e somente depois da expressa solicitação do Relator, na fase de instrução complementar, documentos de extrema relevância para o entendimento do caso chegavam ao CADE. Certamente os órgãos instrutores enfrentaram dificuldades para visualizar, com razoável grau de exatidão, a racionalidade dos acordos de fornecimento encaminhados para apreciação, os quais constituem a base da estratégia de expansão encetada pelos grupos controladores da COPESUL.

8. Com efeito, os acordos destinavam 200.000 ton/ano de eteno para Polietilenos e outras 200.000 ton/ano para a Ipiranga, quantidades insuficientes para operar as novas plantas, já que estas projetavam um consumo de 236.500 ton/ano (Ipiranga) e 240.000 ton/ano (Polietilenos). Este fato levantava dúvidas sobre a racionalidade dos acordos em apreciação.

¹⁴² Os referidos documentos somente foram juntados aos autos em 29/9/97 (fls. 1839-1863).

9. Somente em 19/nov/97, em resposta à diligência do Relator,¹⁴³ foram encaminhados os aditamentos aos contratos antigos que destinam 60.000 ton/ano para a Ipiranga e outras 60.000 ton/ano para Polietilenos.¹⁴⁴ A origem desse eteno era o excedente existente em 1995 (cerca de 35.000 ton/ano), após atendidas as necessidades das plantas antigas, além das 85.000 ton/ano resultantes do desgargalamento realizado em maio de 1996. Após o acesso a tais informações foi possível inferir que os aditamentos integravam o montante da matéria-prima destinada à expansão, juntamente com as quantidades constantes dos acordos.

10. Interessante ressaltar que os acordos foram substituídos uma semana após terem sido assinados. Em 19/nov/97, o CADE tomou conhecimento que os contratos definitivos, cuja celebração era prevista nos acordos para realização no prazo de 1 (um) ano, tinham sido assinados em 29/ago/95 (Ipiranga) e 30/ago/95 (Polietilenos). Da mesma forma, tomou-se conhecimento na mesma data de que já havia sido assinado, em 27/jun/97, contrato de fornecimento com INNOVA destinando 51.000 ton/ano de eteno para reativação da planta de etilbenzeno adquirida da Petroflex. Como a Petroflex operava a sua planta com 19.000 ton/ano de eteno, quantidade já anteriormente contratada à COPESUL, deduz-se que 32.000 ton/ano teriam que vir do eteno a ser produzido pelo novo projeto de ampliação da central.

11. Isso mostra que as requerentes pouco colaboraram no esclarecimento sobre a alocação de eteno, elemento crucial para a apreciação da estrutura de suprimento. De consequência, a investigação das possibilidades de atendimento à Petroquímica Triunfo S/A viu-se extremamente dificultada pela maneira incompleta e tortuosa como as informações pertinentes foram remetidas aos órgãos instrutores e ao CADE. Esse quadro não somente ampliou o custo da apreciação dos atos contratuais, como também permitiu alimentar suspeita de enganiosidade¹⁴⁵ no fornecimento de informação.

¹⁴³ No respectivo despacho, de 11/nov/97, o Relator solicitou, entre outros quesitos, a apresentação de eventuais contratos e/ou aditamentos para fornecimento de eteno, assinados pela COPESUL a partir de agosto de 1995 com qualquer empresa do Pólo, excluídos os instrumentos já juntados aos autos.

¹⁴⁴ Os aditamentos teriam sido assinados em 09/ago/95, i.é., duas semanas após a assinatura em 23/ago/95 dos acordos

¹⁴⁵ Observe-se que a apresentação dos aditamentos e contratos após dois anos das respectivas datas de assinaturas é um fato que nunca foi explicado. Sendo os referidos atos a própria operação submetida a exame, às requerentes cabia apresentá-los independentemente de diligência ou solicitação. Observe-se que as Requerentes também tiveram oportunidade para apresentar qualquer fato relevante, logo no primeiro conjunto de despacho do Relator, indicado no item 24 do Relatório.

1.2 Admissão da Petroquímica Triunfo S/A como “interessada”

12. A admissão da Petroquímica Triunfo S/A como interessada causou espécie, embora devidamente aprovada pelo Plenário do CADE, por unanimidade. As críticas respeitadas não convenceram ao Relator. Entendo que o abono do Plenário foi acertado, pela contribuição que a Interessada ofereceu à instrução. A Lei 8.884/94¹⁴⁶ aponta o Código de Processo Civil como aplicável subsidiariamente ao processo antitruste. Por isso me inspirei no art. 1107 do CPC, segundo o qual “os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações” e ao juiz “é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.” Mais incisivo ainda é o art. 1105, que inquina de nulo o processo pela falta de chamamento dos interessados.

13. Não vou discutir aqui o conceito de interessado. Apenas devo registrar que ao considerar a Petroquímica Triunfo S/A, levei em conta o fato de que qualquer que fosse o seu sentido a decisão afetaria diretamente o direito material da empresa de uma forma tão particular que a colocava numa situação ímpar e excepcional. Daí também a excepcionalidade da admissão do interessado, explicitando-se que, em sede de jurisdição voluntária, a lesão de direito material não é pressuposto, como no processo de ato de concentração.

14. Ainda nos termos do CPC,¹⁴⁷ o juiz, na jurisdição voluntária, não está “obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.” Esse dispositivo pode ser invocado até para o Relator, no CADE, ao admitir um interessado, usar da sua liberalidade. Daí não se pode defender a priori um direito individual dessa ou daquela empresa de exercitar alguma atuação no processo. Pontes de Miranda reconhece ao interessado não um dever, mas um ônus de apresentar provas, que o juiz pode receber se convier ao julgamento.¹⁴⁸

15. Duas razões me levaram a atribuir o status de interessada à Petroquímica Triunfo S/A: uma, foi permitir o controle da qualidade da informação apresentada pelas requerentes e a outra foi receber input necessário ao desenvolvimento de um processo de negociação realista. A preocupação com a qualidade da informação é fundamental pelo fato de que o CADE ainda não dispõe de uma estrutura administrativa capaz de desenvolver pesquisa sistemática e avaliar, com rapidez, a qualidade da informação de mercado fornecida pelas fontes interessadas.

¹⁴⁶ Art. 83. O Código de Defesa do Consumidor também tem aplicação subsidiária.

¹⁴⁷ Art. 1.109.

¹⁴⁸ Comentários ao Código de Processo Civil, tomo XVI, pp. 23/24, Forense, 1977.

16. Quanto à negociação, o Relator entende que esse é um assunto delicado, sobre o qual a Agência não tem experiência e está pouco preparada. Ainda que frustrado qualquer acordo, o processo certamente representará para as requerentes uma via de bom aviso, dando-lhes condições a organizar uma defesa consistente. A iniciativa, todavia, certamente despertará a reflexão dos que estão preocupados com um sistema de defesa da concorrência expedito, competente e eficiente. O assunto será revisitado a seguir. Ponto a destacar, porém, é que a questão sobre admissão de interessado no processo de ato de concentração não pode desviar-se do contexto do caso COPESUL.

1.3 Promoção de negociação (equivalente jurídico do acordo judicial)

17. Ficou claro ao longo da instrução no CADE uma atitude confessável do Relator de provocar a generosidade das empresas envolvidas em busca de uma composição de interesses a qual fosse aceitável abonável à luz dos princípios da concorrência. Uma questão que neste aspecto o caso suscita é saber se na aplicação da política da concorrência há espaço para um papel conciliatório da agência.

18. A conciliação se desponta como um traço marcante do direito moderno, sendo um instituto de larga aceitação no direito brasileiro.¹⁴⁹ Embora restrita, a sua aplicação estende-se ao trato das relações de direitos indisponíveis. A transação, como elemento da conciliação, é plena nas relações de direitos disponíveis e parcial nas de direitos indisponíveis, naquilo que não contrariar a lei.¹⁵⁰

19. Outras leis esparsas adotam a conciliação sob outros títulos jurídicos. O “compromisso de ajustamento de conduta” é previsto na Lei de Ação Civil Pública¹⁵¹, sendo largamente aplicado em matéria do consumidor.¹⁵² O termo de compromisso de cessação de prática e o compromisso de desempenho são instrumentos previstos na Lei de Concorrência,¹⁵³ que dá à Procuradoria do CADE a atribuição de “promover acordos judiciais nos processos relativos a

¹⁴⁹ A base jurídica é formada a partir da Constituição Federal, que prevê para órgãos públicos atribuições conciliatórias ou de transação, nos termos da lei (art. 98). O CPC é um instrumento legal ordinário que contempla o assunto com amplitude: artigos 121-IV, 277, 331, 447 parágrafo único, 448, 449, 585-II e 1122.

¹⁵⁰ Algumas leis especiais: Lei de Alimentos (artigos 6º, 9º e 11 parágrafo único), Lei de Divórcio (artigo 3º §§ 2º e 3º), Lei dos Juizados Especiais, artigos 2º, 8º § 2º, 22 e 24), Lei de Gerenciamento Costeiro (L. 7.661/88 - matéria de lesões ambientais, art. 7º).

¹⁵¹ Lei 7.347/85, art. 5º § 6º acrescentado pelo art. 113 do CDC (Código de Defesa do Consumidor).

¹⁵² Hugo Nigro Mazzilli, A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, pp. 240-248.

¹⁵³ Lei 8.884/94, artigos 53 e 58.

infrações contra a ordem econômica."¹⁵⁴ Na área criminal, a transação penal é de alguma forma admitida nas penas alternativas, na extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo antes da denúncia por crimes fiscais,¹⁵⁵ bem assim no *sursis* processual a respeito de pequenas infrações penais.¹⁵⁶ Tudo isso representa formas modernas de composição no direito público.

20. O sentido de transação ou *bargain* admitida pela ordem jurídica acima desenhada põe a agência, em situações peculiares, na posição de sugerir condições que permitam a empresa ou empresas, exercitando sua generosidade, contribuir para abreviar a investigação. Esse envolvimento da agência é parte da advocacia da concorrência, mas não deve prejudicar o múnus a ela atribuído de proteger a concorrência ou o mercado.¹⁵⁷ Não se deve, todavia, perder a consciência dos riscos inerentes à atividade conciliatória.

21. Certamente, o desempenho de uma função promocional como a aqui definida expõe a agência às influências de grandes agentes, que pode usar a mídia como um veículo de pressão, prestígio e poder. Na prática, essa influência poderá ocorrer via destaques na imprensa e, dessa forma, canalizar forças políticas para reduzir o peso da agência ou neutralizar suas ações com base em critérios não jurídicos, ou comissionar a cobertura da imprensa de modo a angariar a opinião pública. Tudo isso sugere que a agência deve adotar uma atuação discreta, mas não renunciar a sua vocação conciliatória. A agência deve, sim, mostrar-se refratária às pressões, já que não há como eliminá-las, e não se submeter aos seus encantos.¹⁵⁸ Daí a ação promocional é

¹⁵⁴ Lei 8.884/94, art. 10, IV.

¹⁵⁵ Lei 8.137/90, art. 14 hoje revigorado.

¹⁵⁶ Lei 9.099/95, artigos 89 e 90.

¹⁵⁷ A defesa do mercado não se confunde necessariamente com protecionismo. O conceito de mercado pode ser estabelecido como um feixe de relações jurídicas entre fornecedores e consumidores, bem como produtos ou distribuidores de bens e serviços entre si. Essas relações revelam, freqüentemente, interesses conflitantes subordinados a leis econômicas que fazem parte de um processo dinâmico. Esse processo pode ser incentivado, no sentido de que, observando-se regras éticas e de eficiência, se possa maximizar a satisfação dos agentes envolvidos nas suas posições ativas e passivas. Daí, proteger o mercado significa zelar pelos interesses dos agentes envolvidos e pela manutenção do equilíbrio desses interesses. Enquanto um bem jurídico em si, esse processo de troca e de produção de bens e serviços pode ser considerado parte integrante do patrimônio nacional. Em síntese, proteger o mercado significa assegurar respeito pelo consumidor e pugnar por uma concorrência livre e sustentável.

¹⁵⁸ O perfil dos membros da agência exige notável saber e reputação ilibada testados pelo Senado. Isso é adequado às adversidades do cargo.

desenvolvida no contexto de uma relação jurídica de subordinação (entre autoridade e administrado) e não de coordenação.

22. A negociação poderá, pois, ser admitida, sobretudo naqueles casos em que a autoridade, no exercício das suas funções, perceber que eventual efeito adverso é passível de reversão por mais de um meio sem acarretar ônus indevido a um ou mais agentes envolvidos. As condições impostas devem corresponder ao dano ou potencial de dano objetivamente identificado, guardando um senso de proporcionalidade. Das mesmas condições não devem resultar prejuízo para terceiros ou para coletividade tampouco ofensa à concorrência. Respeitados tais requisitos, a negociação tende a reduzir os custos do processo, antecipando soluções ou respostas rápidas e transparentes.¹⁵⁹ A exploração de possibilidades tecnicamente orientada parece recomendável, sobretudo naquelas jurisdições em que a cultura da concorrência ainda não superou o estágio de insipiência¹⁶⁰, não dispondo o serviço de estrutura adequada. A experiência de outras jurisdições revela que admitir uma margem de negociação é adequada à boa aplicação do direito antitruste.

23. O assunto é tratado por Damien Neven, Robin Nuttall e Paul Seabright¹⁶¹ que dissertam com intimidade sobre o procedimento de apreciação dos atos de concentração na Comunidade Européia. Segundo os autores, o resultado do processo de concentração (merger investigation) varia segundo a negociação (bargain) estabelecida pela Comissão e as firmas. O processo de apreciação permite substancial exercício de discricção à Comissão, que assume uma atitude mais pragmática do que teórica. Como fruto dessa discricção, a Comissão “usually prefer not to create difficulties for merger proposals, and will therefore tend to exercise its discretion in a direction favourable to the approval of a transaction where possible.”¹⁶² As discussões entre as firmas e o grupo de trabalho geralmente abrem “the opportunity to adapt its negotiating

¹⁵⁹ Confirmam-se as “remarks” de Gabriel Castañeda, especificamente a do tipo “fix-it-first possibilities”, sob o título “Elements for Competition Law Enforcement”, Seminário sobre Política da Concorrência e Reformas Econômicas,” OCDE, Banco Mundial, CADE e IBRAC, Rio, 10-13/7/97.

¹⁶⁰ A experiência tem demonstrado que muitas firmas se envolvem em condutas ilegais não necessariamente porque desejam, mas porque desconhecem o direito e princípios da concorrência. Diante dessa realidade, o órgão atua como um agente catalisador, capaz de encorajar atitudes proconcorrenciais.

¹⁶¹ *Merger in Daylight*, CEPR, 1993

¹⁶² Ob. Cit., p. 151.

position to that of the other,”¹⁶³ produzindo um efeito sobre o resultado do processo de controle da concentração.

24. A justificativa para instituição de um processo de negociação reside na relação custos/benefícios que dele resulta. Segundo os mesmos autores, “one of the first problems in understanding discretionary bargaining in merger control is that the breakdown of negotiations has a cost for both parties. For the firm, a merger that is forbidden imposes evident costs in terms of organizational disruption, time, legal fees and so forth. But for the agency, refusing a merger may be costly too: not only will the firm and its sources of political support be angry, but the agency faces the threat of possible judicial challenge with the attendant direct and indirect costs of time, trouble and loss of credibility if the challenge is successful.”¹⁶⁴

25. Isso permite criar a expectativa de que, a menos que o processo de negociação falhe, todos os atos de concentração sejam aprovados. “Firms would not persist with proposals that were likely to be refused, and the authorities would not insist on refusing mergers to which alternative negotiated remedies were available.”¹⁶⁵ Comparada com as autoridades antitrustes britânica, alemã e americana, a Comunidade Européia é quem menos rejeita atos de concentração. Isso, sugerem os autores, não significa que a União Européia tem um controle mais leniente: “it could just as well indicate that the EC has been more successful in dissuading firms from putting forward anti-competitive proposals.”¹⁶⁶ O monopolista tende a resistir à negociação, confiante no seu poder político ou de lobby, hipótese em que ele assume o risco da execução ou cumprimento de condição específica com falha de Estado.¹⁶⁷ Isso tende a aumentar a ineficiência do processo antitruste.¹⁶⁸

¹⁶³ Idem, p. 151

¹⁶⁴ Idem, p. 152

¹⁶⁵ Idem, p. 152.

¹⁶⁶ Idem, p. 252.

¹⁶⁷ Em circunstâncias especiais, é possível que a autoridade antitruste admita condições substitutas/equivalentes - impostas ou, excepcional e facultativamente, sugeridas pelas partes.

¹⁶⁸ A resistência do monopolista também poderá provocar falhas de Estado na formatação dos remédios adequados. O Relator não está particularmente preocupado com essa possibilidade. A preocupação tem sido sinalizada em votos do Presidente do CADE, a exemplo do voto vencido no caso *Antarctica/Budwiser* - AC 83/96. Levada ao exagero, a preocupação poderá inviabilizar o trabalho da agência, que deverá dispor de mecanismos capazes de reduzir ou contornar eventuais falhas. O processo de negociação é um desses mecanismos que funciona antes da decisão.

26. Uma compreensão realista do processo de negociação é fundamental para decisão dos casos em tempo econômico e reduzir as fricções políticas ou evitar confrontações, sem prejudicar os objetivos do serviço de defesa da concorrência.¹⁶⁹ Desenvolvido com critério, transparência e expertise para evitar manipulação, o processo de negociação somente contribui para a reputação da agência e torna as firmas muito mais comprometidas com o controle antitruste da concentração. No presente caso, as requerentes não demonstraram toda a sua generosidade em direção a uma solução negociada em bases técnicas e guiada pelo bom senso. Em termos de custos e benefícios, elas terão a oportunidade de avaliar se o resultado da deliberação que o Plenário haverá de tomar valeu a pena, comparado com um acordo que, se havido, atendesse ao interesse público.

1.4 Liberação sob reserva do Relatório Preliminar

27. Inspirado nos postulados do devido processo legal, tenho entendido que, em ato de concentração, às requerentes deve ser assegurado espaço de tempo superior a 15 minutos da tribuna para defesa de uma operação sob exame. O Relatório Preliminar (RP) que instituí, com a chancela do Plenário, não é automaticamente adotado, em todos os seus termos, pelo Relator. Não tem feitio de decisão, embora possa sinalizar em alguma direção. O material tem permitido às requerentes conhecer antecipadamente e sob reserva as bases da análise econômica que será considerada no julgamento. O comentário opcional poderá permitir ao Relator corrigir ou emendar a análise, por ocasião do julgamento. Acima de tudo, a liberação do RP orientará melhor a defesa das requerentes, reduzindo o elemento surpresa da decisão.

28. No caso, o ilustre patrono das requerentes usou uma coleção de adjetivos para criticar o RP. No curso do julgamento, espero responder adequada e serenamente as preocupações da crítica. Se não conseguir, terei no mínimo a satisfação de haver ensejado ao patrono elevar a qualidade da defesa. Mas devo esclarecer que o Relatório Preliminar, mais do que uma descrição exploratória dos aspectos econômicos da operação, tem um papel pericial e auxiliar, expressando a livre manifestação do técnico¹⁷⁰ como convém a um processo

¹⁶⁹ O procedimento não é diferente na Alemanha ou na Suíça. Quanto a esta, a Comissão de Cartéis “in fact plays the role of mediator in many cases of minor importance. Most cases are settled amicably.” Competition Policy in OECD Countries 1989-1990, pp. 252.

¹⁷⁰ O conceito de agência exige um serviço de investigação e análise técnica independente, sobretudo quando o corpo técnico tem função acusatória. A falta de liberdade de manifestação, subordinando-se os técnicos à orientação não escrita desse ou daquele juiz administrativo, tende a viciar o devido processo antitruste.

antitruste escoreito. Por isso não prejudica nem vincula os membros do Plenário.

1.5 Suma da questão - o teste do caso

29. Em obséquio ao requerimento e às principais ocorrências no curso da instrução, vale estabelecer os fundamentos para análise das questões de fato e de direito. Cumpre destacar que o objeto da apreciação e deliberação pelo CADE não é o projeto de expansão da capacidade de produção de matérias-primas (basicamente eteno e propeno) da COPESUL, enquanto empresa fornecedora de primeira geração, mas a participação das empresas de segunda geração no resultado dessa expansão, mediante acordos de fornecimento de eteno e propeno firmados pela mesma COPESUL e as demais requerentes. Nesse contexto, desponta-se como crucial a não participação da Petroquímica Triunfo S/A, empresa que integra o Pólo. Duas questões básicas emergem: as requerentes excluíram a Petroquímica Triunfo S/A recusando-se a fornecer o eteno necessário à alimentar a sua nova fábrica de PEBDL a ser implantada? A Petroquímica Triunfo S/A deixou de cumprir condições razoáveis estabelecidas pela central, não fornecendo em tempo informações que deveria prestar? Essas questões básicas exigem detalhada investigação dos comportamentos das empresas requerentes e “interessada” no contexto do Pólo. A qualificação jurídico-econômica desses comportamentos deve ter em conta a solução de um problema atual de falha de mercado, não um resgate de “privilégio” que projetaria um passado de planejamento estatal.

30. Para compreensão da realidade jurídica e econômica do Pólo Petroquímico do Sul (PPS) é necessária uma cuidadosa análise das regras jurídicas e práticas contratuais que governam as relações industriais. O emprego subsidiário e discreto da teoria econômica parece adequado. Um sumário executivo avança os pontos longamente discutidos no desenvolvimento do voto. Antes, porém, parece adequado adiantar um comentário sobre a utilização da teoria e uma abordagem inicial dos fatos que estão por trás daquele questionamento.

31. O presente caso parece despertar a engenhosa capacidade de certos contadores de estórias¹⁷¹ que, arvorando-se em especialistas, provoquem afinal uma tensão entre a teoria econômica e as reais práticas aqui identificadas.

¹⁷¹ Vale lembrar a passagem com que Thomas Kauper, professor da Escola de Direito da Universidade de Michigan, começa o seu artigo sob o título *Antitrust in 1992: The Year of the Storyteller*: “The history of antitrust has long reflected a tension between the search for simple rules - rules which are easily understood by the business community and readily administrable by courts - and the need for the careful examination of all of the factual variations and nuances each case presents, the story of the case.” 1993 *Antitrust Law Journal* 61(2), p. 347.

Vale a advertência inicial de que a confiança desmesurada em modelos econômicos traz o risco de se encobrir a realidade factual do processo.

32. As teorias econômicas têm um caráter auxiliar ou instrumental ao direito, que não é pura ética nem pura técnica. A validade da aplicação da teoria dos jogos, por exemplo, está condicionada à veracidade dos elementos ou premissas utilizadas, sob pena de transformar a aplicação do direito da concorrência num processo espúrio. A esse respeito, Ernest Gellhorn¹⁷² adverte para as limitações das teorias econômicas que, fundada em evidência empírica incerta, não raramente se revelam incompletas e não explicam satisfatoriamente todos os comportamentos de mercado. No seu magistério, o autor sugere que a literatura sobre a teoria do jogo será absorvida pelas cortes muito lentamente e que “a greater consensus still needs to develop on the analytical basis, accuracy (in prediction), and utility of game theory for most antitrust applications.”¹⁷³

33. Ainda na esteira dessa preocupação, vale lembrar que a aplicação conceitual de poder de monopólio também exige uma reflexão quanto ao resultado exclusivista de uma conduta, independentemente da dimensão - se ampla ou leve - dos benefícios ou prejuízos potenciais para os consumidores. A esse propósito, é interessante a observação de Gellhorn: “the existência of monopoly power cannot, and should not, be attributed automatically (or even ordinarily) to trade practices whose benefits for consumers are slight and whose adoption is pointless except to exclude rivals from the market.”¹⁷⁴ O potencial para exclusão, não importa a dimensão desse resultado, basta para justificar a ação reparadora da autoridade antitruste. O exame cuidadoso do presente caso revela o acerto da conclusão.

34. Não deve escapar da atenção do Plenário do CADE, dentre outros, os seguintes tópicos: a concepção do Pólo em contraste com a “cooperação paralela” ou superposta que se formou com a associação dos dois Grupos Odebrecht e Ipiranga, a observação da atitude cooperativa vis a vis a possibilidade de conduta oportunista ou free riding, e a competência do CADE para apreciar o presente ato de concentração.

35. O pólo como um todo é um exemplo eloqüente de interação estratégica. Afirmar que Petroquímica Triunfo S/A não se integrou oportunamente incidem num erro de premissa ou de falso pressuposto. A mesma empresa é também acusada de no passado haver descumprido um plano de expansão apro-

¹⁷² Ob. cit., pp. 85/86.

¹⁷³ Idem, p. 89.

¹⁷⁴ Ob. cit., p. 92. Ademais, Richard Whish informa que no caso AKZO a corte estabeleceu que “the undertaking’s ability to weaken or eliminate troublesome competitors was an indication of dominance.” Ob. cit., p. 267 e respectiva nota de rodapé nº 5.

vado em 1990. Não se pode convolar uma tal falácia em precedente para, forçadamente, permitir a aplicação de toda uma teoria microeconômica da interação e do risco moral (moral hazard). Parece infeliz associar esse risco à dinâmica do pólo, onde o grau de assimetria de informação é muito reduzido, tendo em vista as conseqüências decorrentes da estrutura jurídico-econômica peculiar ao pólo, sendo desprezível a possibilidade de um membro economicamente dependente trapacear.¹⁷⁵

36. O pólo é uma entidade jurídica que implica troca de ganhos decorrentes de coordenação tácita com propósitos procompetitivos e indicativa de um estado de interdependência que, por isso mesmo, tende a eliminar a incerteza da rivalidade interna e desencoraja o desvio da estratégia coordenada. Comprometidas conjuntamente com essa estratégica, as empresas integradas estabelecem entre si uma relação empresarial recíproca e duradoura. Fala-se que o setor petroquímico passa por uma transição, movendo-se de um estado de cooperação para concentração ou integração total ou ajustamento estrutural. Se esta obedece a um processo normal de reestruturação, até que se a alcance deve-se preservar as regras do jogo expressa na estrutura do pólo, na sua feição atual, não somente porque é um cartel benéfico, mas por inexistir outra forma eficiente de organização do setor petroquímico.

37. O pólo é um cartel benigno que busca otimizar a produção e competitividade. Reconhecido esse estado de benignidade, a autoridade antitruste deve encorajar a realização dos seus objetivos em benefício da sociedade consumidora. Se não se trata de uma cooperação benéfica, o cartel deve ser desfeito. Em outras palavras, ou se aceita o pólo e a sua estrutura com todo o significado jurídico e econômico objetos de proteção do Estado, ou se o rejeita. Afastada a última hipótese, as empresas integradas têm que se sujeitar às conseqüências das relações jurídicas que as envolvem e decorrentes do perfil jurídico-econômico que rege o pólo. Mais do que aceitar ou tolerar esse cartel benéfico, a agência deve encorajá-lo para viabilizar a promessa de eficiências que ele encerra. Um dos meios adequados a esse encorajamento é zelar pela transparência das relações empresariais e seus resultados futuros.

38. Argumenta-se com a incerteza quanto ao futuro controlador da Petroquímica Triunfo. Isso traria a possibilidade de alterações nas suas estratégias, aduz-se, inclusive política de compras. Tal exercício de especulação é economicamente surrealista. Com efeito, a possibilidade de um empreendimento

¹⁷⁵ A previsão do comportamento do cartel ou de uma cooperação oligárquica constitui um desafio aos especialistas pela falta de estudos específicos, sobretudo envolvendo monopsonio. A literatura econômica sobre oportunismo de um modo geral parte de observações do que ocorre nos mercados de seguros, nos quais as condições são absolutamente diversas das condições atípicas de um pólo petroquímico.

econômico enfrentar a presença de um novo player é uma expectativa saudável e desejável na dinâmica dos mercados. O temor por essa alegada incerteza é perfeitamente contornável, desde que o pólo, enquanto empreendimento complexo e integrado, possa contar com um auto regulamento consistente do ponto de vista da concorrência, rigoroso do ponto de vista de comprometimento estratégico, e suficientemente transparente do ponto de vista das relações entre as empresas integradas e da expectativa na proteção dos eventuais efeitos adversos decorrentes dessas mesmas relações. A necessidade de auto regulamento, complementar às regras contratuais individuais, se impõe ainda mais na presença de estrutura superposta.

39. A estrutura superposta refere-se à associação dos grupos Odebrecht e Ipiranga que controlam as empresas requerentes. O escopo dessa integração está definido em vários documentos, sobretudo nos acordos de acionistas da COPESUL e num protocolo de entendimento firmado pelos mesmos acionistas majoritários.¹⁷⁶ A cooperação paralela, que não é objeto de apreciação formal pelo CADE, pode ser um passo para conspiração que, no entanto, não pode ser automaticamente inferida; tudo depende da maneira benigna e/ou construtiva como “two parties reduce uncertainty, receive assurance, and indicate commitment.”¹⁷⁷ Em outras palavras, não se pode negar ou inferir conspiração da ação coordenadora dos grupos que controlam as requerentes quando, em hipótese, a cooperação entre elas pode gerar efeitos positivos do ponto de vista da eficiência econômica, ainda que com algum sacrifício à concorrência. Não se pode negligenciar, todavia, que a cooperação dos dois grupos reforçou a posição dominante das requerentes. A esse respeito parece oportuno lembrar que um grupo monopolista goza de maior incentivo para se aventurar numa prática oportunista do que uma firma em situação de dependência econômica.¹⁷⁸ Isso leva à recorrente discussão sobre a atitude cooperativa que, ontem como hoje, o pólo encoraja.

40. A aplicação convencional da teoria dos jogos no exame das possibilidades envolvidas nas decisões estratégicas da Copesul e da Triunfo enfrenta o risco de desconsiderar as condições específicas da operação econômica do PPS. Inicialmente é preciso reconhecer que as decisões relativas à expansão

¹⁷⁶ Os instrumentos de integração estão definidos no parecer da Procuradora-Geal do CADE, fls. 2508 a 2514. Essa integração, que se consolidou entre março de 1992 e abril de 1995, é aqui repetidamente referida como “cooperação paralela” em contraposição à cooperação natural do Pólo como um todo.

¹⁷⁷ Cf. John Shenefield, “Communication and Cooperation among Competitors: Introduction and Overview”, em 1993 Antitrust Law Journal 61(2), p. 524.

¹⁷⁸ Richard Posner, ob. cit., pp. 92 e 114.

de capacidade no pólo devem forçosamente, supondo o comportamento racional dos agentes, assumir a forma de cooperação entre as empresas.

41. A atitude cooperativa deveria se instaurar a partir da disposição de assumir compromissos contratuais efetivos que permitiriam assegurar às partes acesso a informações e sinalizassem o real comprometimento recíproco com o negócio objeto da transação (fornecimento e compra de eteno). Estudiosos das organizações modernas¹⁷⁹ consideram os contratos como mecanismos para se obter comprometimentos adequados.

42. As correspondências trocadas entre Copesul e Triunfo mostram que esta última empresa buscou, insistentemente, a negociação de um acordo preliminar, onde a Copesul acenasse com a possibilidade de fornecimento e que lhe permitisse prosseguir na implementação do seu projeto. Não houve por parte da Copesul, desde o início do projeto de expansão, qualquer atitude cooperativa em relação à Triunfo. Este comportamento torna pouco verídico o tom das correspondências da Copesul que pressupõem que não haveria impossibilidade de atendimento, na medida em que a Triunfo apresentasse as informações solicitadas.

43. Embora a Copesul tenha informado, numa reunião com a Triunfo realizada em 30.08.95 (seção 3.3 deste voto), que não haveria dificuldades técnicas para o redimensionamento do seu projeto de expansão, de modo a atender o pleito da Triunfo, e de que este atendimento estaria dependendo do envio das informações, somente em julho de 1997, por solicitação do relator, a Copesul solicitou à empresa Stone & Webster o exame da possibilidade de redimensionamento.

44. Em face da insistência da Copesul em obter informações detalhadas sobre o seu projeto, a Triunfo - que declarava não possuir tais informações - propôs em carta de 03.1.96 que dentro de 3 a 4 meses após a celebração do acordo se disporia a concluir “as providências para a implantação do projeto, incluindo mas não se limitando a: contratação de tecnologia, contratação de recursos financeiros, contratação de engenharia básica, etc.”

45. Esta proposta, desconsiderada pela Copesul, permitiria o monitoramento das iniciativas da Triunfo para a implantação do seu projeto, reduzindo sobremaneira o espaço para condutas oportunistas. A Copesul poderia até mesmo esperar este curto período de 3 a 4 meses antes de iniciar os investimentos necessários ao atendimento da Triunfo, evitando o risco de incorrer em gastos irre recuperáveis.

¹⁷⁹ Paul Milgrom e John Roberts ensinam no livro “Economics, Organization & Management”, 1992, Prentice-Hall, Inc, New Jersey, p. 133, que “Contracts can also be seen as a mechanism to achieve binding commitments that the parties can bank on their planning.”

46. Num exercício hipotético, no caso de assinatura de um acordo preliminar, a possibilidade de descumprimento por parte da Triunfo poderia ser considerada como praticamente inexistente. O fato de a Copesul poder observar as iniciativas da Triunfo na fase de implantação do projeto, assim como as penalidades previstas para a negativa de recebimento de matéria-prima, são mecanismos contratuais que reduziram fortemente os hipotéticos riscos da Copesul.

47. Por outro lado, provocar a frustração da sua própria expansão implicaria a auto condenação da Triunfo à uma crescente inviabilização econômica e depreciação dos seus ativos. Os únicos a se beneficiarem desta situação poderão ser os próprios grupos controladores da Copesul, que estariam em condições privilegiada para adquirir o controle da empresa (Triunfo) a um preço atrativo.¹⁸⁰ Neste caso, administradores e acionistas da Triunfo não estariam agindo racionalmente. Não haveria vantagens a se obter com a não implementação do projeto, ou, caso se construa a nova planta, com a interrupção de recebimento do eteno.

48. A falta de interação estratégica na verdade passou a existir como um problema no momento em que Petroquímica Triunfo não fora convidada a participar da discussão de investimento (expansão da central). Essa participação poderia até ser condicionada a aporte razoável de capital, desde que uma tal exigência fosse imposta a todas as empresas de segunda geração de forma transparente. A partir daí foi-lhe cerceada a oportunidade de negociar. Parece sem sentido, assim, falar em oportunismo da parte de quem, desconhecendo as condições do jogo, não havia como se comprometer convenientemente, nem gozava de capacidade de se proteger pela ausência de alternativa razoável de fonte de fornecimento de matéria-prima, de entrada no mercado upstream ou contar com outro pólo para o seu desenvolvimento competitivo. Isso abre a discussão sobre free riding.

49. O conceito de free riding foi aplicado pioneiramente em 1960 por Telsler, ao absverar que algumas empresas incorrem em gastos associados a vendas (como informações específicas sobre o uso do produto, garantias, propaganda, oferta de produtos complementares, etc.).¹⁸¹ Um cliente pode obter uma informação de um determinado comerciante e acabar comprando o produto de um outro, que consegue vender a preços mais reduzidos por não incorrer em gastos de divulgação e informação. A generalização do free riding levaria a uma perda de eficiência e redução da concorrência. A possibilidade

¹⁸⁰ Isso poderá ser um consolo para COPESUL/ODEBRECHT que perdeu para Dow Chemical o leilão público do Pólo de "Bahia Blanca" na Argentina.

¹⁸¹ Spulberg, Daniel F. - *Regulation and Markets*, p. 490, Cambridge (MA), MIT Press, 1989.

de free riding justificou nas cortes norte americanas a aceitação de algumas restrições verticais, tais como exclusividade comercial, divisões territoriais e fixação do preço de revenda, quando tais práticas contribuíam para preservar a competição nos mercados downstream.

50. A aplicação deste conceito no caso em pauta revela-se inteiramente inadequada. A Triunfo sempre foi um parceiro comercial permanente da Copesul e participante reconhecidamente eficiente do mercado de polietileno. O fato de não possuir participação acionária expressiva na central não autoriza qualificá-la como free rider. O fato de não ter participado dos entendimentos iniciais de planejamento da expansão implica apenas que a empresa não participa do grupo controlador da central e não foi convidada a rerepresentar seu projeto¹⁸² - que já era do conhecimento da Copesul - naquele momento. Por outro lado, até onde Petroquímica Triunfo S/A tinha o dever de responder a solicitação de informação sobre contratação de tecnologia e outros dados de mercado sigilosos também está sujeito a uma consideração jurídica adequada.

51. A solicitação feita pela COPEL à Petroquímica Triunfo não se tratava de meros dados do interesse unicamente do fornecedor, mas igualmente do interesse das empresas rivais do Pólo. Uma vez de posse da central, os mesmos dados estariam disponíveis às demais empresas requerentes controladas pelos dois grupos líderes que atuam no Pólo. Daí é razoável avançar que, fora do contexto da reciprocidade, o fornecimento de informação e a legalidade da solicitação da COPEL se despontava extremamente duvidosa, à luz do jogo dos interesses concorrentes juridicamente qualificados. O conhecimento e apreciação das questões decorrentes desses interesses insere-se no mandado legal ostentado pelo CADE.

52. Não há no caso problema de incompetência. Não há qualquer escolho jurídico capaz de inibir a atuação do CADE. A esse propósito, vale lembrar para orientar a discussão duas linhas de impedimentos que hipoteticamente poderiam afastar a apreciação pela autoridade antitruste da questão no seu amplo espectro: exclusão regulamentar e aplicação do direito privado.

¹⁸² Qualquer insinuação infundada de desatualização tecnológica do projeto de PEBDL da Petroquímica Triunfo não passa de uma especulação irresponsável, devendo por isso ser escoimada da decisão.

53. Experiência doutras jurisdições indica dispensa¹⁸³ de aplicação da legislação antitruste sobre atividades conduzidas de acordo com contratos coletivos (pooling agreement) previamente aprovados por uma autoridade antitruste ou reguladora competente. Esse tipo de acordo, modernamente, é lugar comum, v.g., na organização do acesso a infra-estruturas ou serviços de informação, de vertiginoso crescimento nos dias de hoje com projeção transnacional. A aprovação prévia de um acordo básico contendo regras gerais sugere que a rigor não existe imunidade, sobretudo quando uma atividade em particular realizou-se sem observância de critérios materiais ou formais pré-fixados. Nesse sentido, se desponta estranha a idéia, levantada alhures, de falta de competência do CADE para apreciar os acordos de fornecimento de matérias-primas objetos do presente ato de concentração. Na melhor das hipóteses, na presença de um auto regulamento transparente, expresso em regras gerais e na estrutura contratual respeitadas pelas empresas, o CADE no futuro poderá dispensar a apresentação para apreciação de operações, tais como, acordos de fornecimento e de associações paralelas, sem prejuízo do exame de queixas isoladas. A Lei 8.884/94 não concederia mais do que isso.

54. Noutro aspecto, os argumentos jurídicos aqui elaborados à luz do direito privado são cumulativos, isto é, atuam em conjunto com motivos de razoabilidade econômica. Advirta-se, assim, que não há dizer que o CADE não tem competência para aplicar o direito privado. Não é possível avaliar a extensão de comportamentos empresariais, exclusivos, abusivos ou oportunistas, sem estabelecer a base negocial subjacente a tais comportamentos. O Plenário do CADE tem proclamado que, em princípio, a agência não aplica o direito privado. Seria caso, agora, de complementar: a não ser subsidiariamente e casado com razões imperativas decorrentes da análise econômica, até porque, em situações como no caso, não se pode distinguir onde termina os argumentos de direito privado e os argumentos de fundo econômico - ambos confluem para aplicação do direito da concorrência, que não busca a eficiência só pela eficiência, não objetiva a realização da ética de mercado só pela lealdade dos concorrentes, tampouco privilegia a técnica só por amor à racionalidade. Não

¹⁸³ Vale conferir, quanto à experiência americana, ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments, 3ª ed., 1992, pp. 1129/1130, Informação sobre a experiência britânica poderá ser observada em Richard Whish, ob., cit., pp. 146-149. A experiência da União Européia não destoa, tendo em vista a sua política de “block exemptions” desde que a operação observe detalhadas condições previamente estipuladas pela “competition authority.” Ver Regulation 83/91/EEC, OJ 1991 L10/9, sobre acesso a Sistema Logístico Global Computadorizado contendo informações a respeito de frete aéreo. Ver também *Commission Decision* de 18/out/92, OJ 1992 L303/22, sobre acesso ao serviço nacional de promoção conectado à rede de telefonia pública.

sendo pura eficiência, pura ética nem pura técnica, o direito da concorrência é um pouco de tudo isso. Qualquer especialista familiar com a literatura internacional¹⁸⁴ não hesitará em abonar a assertiva.

55. As teses e providências aqui desenvolvidas e determinadas são em síntese estas:

- o PPS é em si uma forte integração benigna cuja estrutura como um todo contrasta com a cooperação paralela sob coordenação dos Grupos Odebrecht e Ipiranga;
- a central não pode escolher em negociar ou não negociar com uma parceira, empresa de segunda geração. Na hipótese de dificuldades de relacionamento, tudo que se tem que fazer é exigir salvaguardas ou garantias contratuais adequadas;
- a desestatização muda o estilo de planejamento da produção sem, contudo, alterar o tratamento estritamente jurídico da conduta empresarial no Pólo, à luz das regras e princípios constitucionais e legais aplicáveis à disciplina da concorrência;
- sendo trivial a possibilidade de comportamento oportunista pelo elevado grau de interdependência que qualifica a dinâmica do Pólo, oportunismo seria desprezível não fosse a “cooperação paralela” entre os dois grupos líderes que formam um bloco monopolista e cuja atuação pode aprofundar a assimetria informacional - fator de desorganização do Pólo;
- pendências judiciais sem litigância de má-fé refletem apenas o exercício normal de um direito fundamental de ação e o futuro acionário da Petroquímica Triunfo apenas poderá refletir um processo ordinário de mudança da estrutura industrial;
- a COPESUL não se mostrou cooperativa quando, sem revelar motivos plausíveis, deixou de convidar Petroquímica Triunfo para discutir o projeto de expansão de produção de matérias-primas juntamente com as demais requerentes. Esse fato antecede, por isso torna anódina, a discussão sobre a prestação de informação pela Petroquímica Triunfo;
- o comportamento das requerentes denota negativa de acesso de uma empresa de segunda geração a uma facilidade essencial;
- embora pareça impertinente se investigar a razão pela qual Petroquímica Triunfo, no passado, não tomara parte no consórcio vencedor do leilão de privatização da COPESUL, parece obvio que essa participação não se explicava por razões de governo, além do que a articulação dos grupos Ode-

¹⁸⁴ Confirmam-se, v.g., E. Gelhorn, ob. cit., p. 497 et seq., Richard Whish, *Competition Law*, p. 1 et seq.

brech e Ipiranga, antes mesmo da privatização, teria sido certamente suficiente para desestimular a participação na disputa de qualquer empresa do porte da Triunfo;

- o dever de prestar informações estratégicas somente se impõe juridicamente na base de reciprocidade. Ademais, liberando todas as informações solicitadas Triunfo corria o risco de incorrer em custos irre recuperáveis sem acordo (pré contrato), ainda que condicionado, de fornecimento de eteno. Isso seria empresarialmente temerário;
- o projeto de expansão da central reflete uma busca de eficiência, enquanto objetivo básico de qualquer empreendimento empresarial, não tendo nada a ver com a privatização da COPESUL: a privatização obedece a um processo prévio de decisão política e o investimento produtivo decidido três anos depois atende a uma demanda emergente de mercado;
- a competência do CADE que aqui se reconhece não é para apreciar o projeto de ampliação da central nem a queixa da Petroquímica Triunfo S/A, mas para, examinando o impacto concorrencial dos acordos de fornecimento futuro de matérias-primas, aprová-los ou não, total ou parcialmente, com ou sem medidas reparadoras;
- a COPESUL, na companhia das demais requerentes, faltou com o dever de cooperação: não convocou a Triunfo para discutir a expansão do Pólo; impôs condições, algumas das quais desnecessárias, que poderiam ser atendidas após a assinatura de pré contrato de fornecimento de eteno; e deu à Triunfo um tratamento discriminatório, privilegiando a Ipiranga que teve seu contrato de fornecimento de matérias-primas assinado pelo menos um ano antes de definir sua tecnologia;
- o conjunto das condutas acima descritas constitui, em efeito ou resultado, a causa eficiente das dificuldades ao desenvolvimento (oportunidade de atualização tecnológica e conquista de mercado) de um player, fazendo prova incontestada de um processo de estrangulamento não abonado pelo direito da concorrência;
- esse resultado, que poderia ter sido evitado sem prejuízo da expansão, propiciou aos grupos controladores das requerentes ganhos ou alavancagem de mercado downstream em escala superior à expectativa de cooperação conata ao Pólo como um todo;
- as empresas do Pólo devem subordinar-se a medidas preventivas mínimas capazes de garantir o equilíbrio dos interesses concorrentes; e a alocação de eteno deve ser reavaliada de modo a permitir à Petroquímica Triunfo operar sua planta de PEBDL, respeitada a viabilidade econômica do Pólo como um todo. Tais medidas são de rigor para evitar que se torne realidade o processo de estrangulamento decorrente da política de alocação de maté-

rias-primas adotada pelas requerentes e materializada com os acordos de fornecimento trazidos à apreciação.

2. Regime Jurídico-Econômico do Pólo Petroquímico do Sul (PPS)

2.1. Regime econômico do PPS

2.1.1 Integração das facilidades e interdependência

56. O complexo petroquímico representa, fisicamente, uma infra-estrutura, i.é., um conjunto de bens, equipamentos e instalações de uso privado, alguns com acesso comum, compondo um esquema de racionalização industrial orientado para economias de escala. Redução de custos fixos de produção é garantida pela integração de utilidades e organização em “condomínio” de serviços de infra-estrutura, capacidade de armazenamento e flexibilidade de operação. A organização do planejamento sincronizado permite perseguir objetivos de otimização¹⁸⁵ da produção e buscar competitividade.

57. Na fase de implantação, o governo local aportou recursos da ordem de US\$ 280 milhões para implantação da infra-estrutura, incluindo vias de acesso e tratamento de rejeitos. A COPESUL implantou uma subestação primária e um sistema de distribuição de energia elétrica, sendo ela posteriormente ressarcida dos custos incorridos, mediante acerto com as unidades do complexo petroquímico. A participação ou tomada de ações do capital da COPESUL foi o mecanismo adotado de ressarcimento. A FIBASE - Insumos Básicos S/A Financiamento e Participações, subsidiária do BNDES, intermediou essa participação. A Petroquímica Triunfo S/A também participa dos custos de operação, conservação e manutenção da subestação de energia elétrica, mediante rateio dos custos diretos apurados pela COPESUL e acrescidos de uma taxa de administração de 15%.

58. A função da central é fornecer matérias-primas (olefínicos e aromáticos) e utilidades (água¹⁸⁶, gás, vapor d'água de alta e média pressão e energia elétrica) às indústrias de segunda geração instaladas em torno dela e com ela ligadas por tubovia, estabelecendo-se uma relação cativa de produção e consumo.¹⁸⁷ As matérias-primas fornecidas são repassadas por gasoduto que liga

¹⁸⁵ A otimização é definida em termos de baixo consumo, baixo custo de manutenção, melhoramento da qualidade dos produtos, redução de riscos quanto à segurança industrial e maior controle do processo produtivo.

¹⁸⁶ Águas tratadas (clarificada, desmineralizada e potável) e água para combate a incêndio.

¹⁸⁷ Da obrigação de vender decorre o dever de diligência da central de manter um fluxo contínuo de matérias-primas e da obrigação de comprar decorre o dever de diligência da unidade industrial de segunda geração de manter a vazão ou uniformidade de consumo.

as respectivas instalações. Os contratos são de longo prazo. O preço da matéria-prima segue um sistema de rateio de margem excedente aos custos totais da cadeia produtiva COPESUL - empresas de segunda geração. As utilidades também são cobradas pela central na base de rateio de custos, mais uma taxa de administração.

59. Os contratos são executados na base dos interesses e conveniências mútuas. Isso impõe a distribuição proporcional dos ganhos e perdas de produção da central. É de rigor que a programação e planejamento da produção (inclusive expansão) da central se desenvolva em sincronização com a programação e planejamento da produção (inclusive expansão) das unidades industriais de segunda geração. Para esse efeito, um grau de simetria de informação é compulsório, sob pena de prejudicar a diversidade competitiva das unidades de segunda geração. Mais do que um objetivo de racionalização industrial ou de economias de escala, isso define uma interdependência em tal nível que se torna uma questão de sobrevivência. A central não suporta recusa de matérias-primas contratadas, como as indústrias de segunda geração não suporta recusa de suprimento.

60. A atividade industrial envolve riscos econômicos e responsabilidade contratual que exigem cuidados específicos necessários à redução ou eliminação de perdas e melhoramento do rendimento produtivo. Cada unidade tem o encargo de zelar pela segurança industrial, necessária à preservação das condições técnicas de fornecimento. As unidades de segunda geração se responsabilizam pela utilização adequada e particular da matéria-prima e armazenamento regular de produtos. A manutenção previne falhas de equipamentos e evita paradas não programadas de produção, que podem afetar a todos. O tratamento dos tubos mantém o padrão de colisão molecular de hidrocarbonetos, reduzindo ou eliminando perdas, inclusive de conversão (e.g., etileno em etano no reator de hidrogenação de acetileno).

61. O complexo petroquímico oferece em “condomínio” os seguintes serviços:

- serviço de emergência médica - terceirizado e centralizado na COPESUL. O custo do serviço é rateado pelas indústrias de acordo com o número de empregados;
- plano de auxílio mútuo (PAM) - serviço de emergência de combate a incêndio e explosões, do qual participam as unidades industriais e o Corpo de Bombeiros local. O custo do serviço (equipamentos e treinamento) é rateado entre aquelas;

Essa sincronização é própria do sistema de fornecimento direto, i.é., interligação por tubovia ou gasoduto das instalações da fornecedora com as da compradora.

- sistema de tratamento dos resíduos líquidos e sólidos - considerado como modelo, esse sistema é operado pela CORSAN S/A, empresa estadual, e o respectivo custo de administração e operação é totalmente repassado às unidades industriais, de acordo com a vazão e o nível de carga poluidora;
- conservação das estradas e do anel de acesso - a construção dessas estradas (local onde está instalado o pólo) foi feita pelo governo estadual e a conservação cabe aos órgãos estadual e municipal, com uma ajuda das empresas petroquímicas;
- serviço de transporte de funcionários - contratado em “pool,” esse serviço gera uma racionalização e substancial economia no custo do transporte de empregados administrativos e da produção. O custo global do serviço é rateado segundo o número de empregados de cada empresa.

62. O acesso integrado às facilidades essenciais e à fonte cativa de produção fazem das unidades do PPS uma associação especial e permanente. A especialidade da organização reside no fato de que as unidades lá gozam de condições de investimentos que não encontrariam com igual favorecimento noutra localidade, a não ser incorrendo-se em altos custos adicionais. O caráter permanente da organização resulta na impossibilidade de retirada ou saída de ativos, submetidos a uma disciplina que exige clareza e transparência, sob pena de desvalorização e injustificado prejuízo aos seus titulares no mercado.

2.1.2 Mercado relevante e impacto concorrencial

Mercado relevante de produto

63. Conforme indicado no RP, itens 63 a 77, embora os produtos, objeto dos acordos de fornecimento, sejam o eteno e o propeno, os mercados downstream, onde atuam as empresas instaladas no PPS, clientes da Copesul, deverão sofrer impactos decorrentes destes instrumentos.

64. Os mercados downstream afetados são aqueles ocupados por consumidores de propeno - polipropileno e álcool metiletilcetona - e consumidores de eteno - polietileno de alta e baixa densidade, EPDM e etilbenzeno.

65. Nos mercados de produtos consumidores de propeno, atuam a OPP, na produção de polipropileno, e a Oxiteno, produtora de metiletilcetona. Os acordos de fornecimento produzirão efeitos pró-competitivos nestes mercados ao intensificar a concorrência entre OPP e Ipiranga (que deve ingressar no mercado de polipropileno), além de propiciar aumentos de produção e produtividade.

66. São os mercados downstream consumidores de eteno, ocupados pelas empresas da 2ª geração petroquímica, que poderão sofrer restrições ao processo concorrencial, mais precisamente, nos mercados de produto onde atuam as

requerentes. A OPP Polietilenos produz polietileno de baixa densidade (PEBD) e planeja uma nova planta swing PEBDL/PEAD, tecnologicamente mais avançada. Enquanto a Ipiranga é produtora de polietileno de alta densidade (PEAD) e pretende igualmente construir uma planta de PEBDL/PEAD.

67. O dano ao processo concorrencial se configuraria com o fato de a Triunfo - empresa de 2ª geração consumidora de eteno e produtora de PEBD - estar impossibilitada de construir uma nova planta de PEBDL/PEAD, de modo a manter-se competitiva, em razão da não garantia de fornecimento de eteno pela Copesul.

68. Os polietilenos de alta (PEAD) e baixa densidade, convencional (PEBD) e linear (PEBDL) integram o grupo das resinas termoplásticas, que incluem outros produtos como polipropileno, poliestireno, PVC, resina ABS, etc. cujas aplicações guardam alguma similaridade entre si.

69. No entanto, (a) a grande diversidade de aplicações, (b) a existência de nichos de mercado para cada tipo de resina¹⁸⁸, e (c) as características distintas de cada produto, como maleabilidade e resistência; por exemplo, determinam padrões de consumo diferenciados para cada tipo de resina e torna pouco factível a inclusão das diferentes resinas como integrantes de um mercado relevante único.

70. A rigor somente há suficiente e efetiva substitutibilidade entre o PEBD e o PEBDL, do ponto de vista da demanda. Estes dois produtos devem, portanto, ser considerados como participantes de um mesmo mercado relevante.

71. Quanto à existência de substitutibilidade na oferta entre PEBDL e PEAD devido à novas plantas swing, resalto, conforme consta no RP item 72, que “mesmo após a implantação de todos os projetos de PEBDL/PEADL previstos no país para o ano 2000, as atuais plantas de PEBD e de PEAD, não reversíveis, ainda representarão cerca de 50% da oferta interna de cada produto”.

72. A configuração de um mercado único para os polietilenos, e mesmo de outras resinas termoplásticas, é um fenômeno cuja maturação depende de uma complexa reestruturação das estruturas de oferta e demanda destes produtos. Deve-se ressaltar que as empresas da 3ª geração petroquímica (indústria de plásticos e embalagens) é composta basicamente de pequenas e médias empresas que operam com baixa capacitação gerencial e reduzido nível tecnológico.

73. Não se constitui, portanto, em hipótese plausível que esta reestruturação se realize em curto ou médio prazo. Pode-se prever um horizonte de, pelo

¹⁸⁸ Os polietilenos têm maior aplicação em sacolas de supermercados, fraldas descartáveis, filmes tubos e plásticos, enquanto o polipropileno é utilizado na produção de cordas, canos, fios, cabos, autopeças, fibras para tapetes, etc..

menos, 10 anos para a absorção da atual renovação tecnológica, propiciada pela plantas lineares, e a disseminação da próxima geração tecnológica (metalocenos), que permitirá a real integração (ou desintegração, na hipótese da esperada diferenciação de produtos conduzir uma especialização entre as empresas de 2ª geração) do mercado das resinas termoplásticas.

74. Desse modo, adoto a perspectiva mais realista e conservadora, delimitando como mercados relevantes de produto os de eteno, PEBD/PEBDL e PEAD, conforme expresso no RP itens 71 e 77 .

Mercado relevante geográfico

Eteno

75. Em razão da impossibilidade logística (utilização intensiva das instalações da Copesul, principalmente dutos e tanques de armazenagem, que inviabilizariam outras operações da central) e dos insuportáveis custos de transporte (cerca de 30%), que impedem a realização de importações, o mercado geográfico relevante relativo ao eteno deve ser considerado como a área do próprio Pólo Petroquímico de Triunfo.

PEBDL/PEBD e PEAD

76. Adoto a delimitação do mercado geográfico relevante dos PEBD/PEBDL e também do PEAD, como o do Mercosul, considerando (a) a existência de mecanismos decorrentes do processo concorrencial interno que promovem reduções de preços numa faixa média de 10 a 25%, em benefício do sistema econômico e, particularmente, do consumidor; (b) o dinamismo das relações comerciais e a perspectiva de incremento da integração dos mercados do Mercosul.

Grau de concentração da oferta em 1996 e previsão para o ano 2000

PEBD/PEBDL

77. O principal player neste mercado atualmente é a OPP Polietilenos, pertencente ao grupo Odebrecht, que detém 37% da oferta no Mercosul (ver quadro abaixo), seguida pela Politenos, controlada pela Conepar e grupo Suzano, com 20%. A Triunfo detém uma participação de 12%.

78. No ano 2000, após a implantação dos projetos de expansão previstos do Rio Polímeros (400.000 t/a), Bahía Blanca (250.000 t/a) e PPS (450.000 t/a) o mercado de PEBD/PEBDL possivelmente se tornará mais competitivo, principalmente devido à entrada de um novo player (Rio Polímeros) que deverá ser agressivo na conquista de clientela.

79. A Ipiranga, que também ingressará neste mercado através da planta swing de PEBDL/PEAD, provavelmente concentrará seus esforços na conso-

lidação da sua posição no mercado de PEAD. A sua participação no ano 2000, de 6 a 7%, baseada no direcionamento da capacidade total da sua planta para a produção de PEBDL, certamente estará superestimando sua fatia de mercado. De qualquer forma, a Ipiranga possuiria capacidade instalada suficiente para atingir esta participação no mercado de PEBDL/PEBD.

80. A Triunfo poderia manter sua participação de 11% com a realização do seu plano de expansão. Sem a nova planta sua participação cairia para 6%. Outros ofertantes se apropriariam desta perda do mercado. O quadro abaixo presume que haveria uma distribuição do espaço deixado pela Triunfo (5%) de forma proporcional às capacidades instaladas dos demais concorrentes.

81. Em função do ingresso de novos concorrentes (Rio Polímeros e Ipiranga), as empresas que realizarem seu projeto de expansão (OPP e Dow) devem conseguir manter suas participações no mercado, enquanto as que não expandirem (Union Carbide e Politen) perderão, no mínimo, 50% dos seus mercados, o que poderá ocorrer também com a Triunfo.

Quadro I

Mercosul - Estrutura da Oferta de PEBD e PDBDL* 1996 e 2000

(em 1.000 toneladas/ano)

Empresa	Capacidade de Ano 1996	Part. (%)	Capacidade Ano 2000	Part. (%) S/Triunfo 2	Part. (%) C/Triunfo 2
OPP Polietilenos	418	37	699	31	30
Triunfo	130	11	260	6	11
Ipiranga	-	-	150	7	6
Union Carbide	144	13	144	6	6
Politen	223	20	245	11	10
Rio Polímeros	-	-	400	18	17
Dow	210	19	460	21	20
Total	1125	100	2.358	100	100

Fonte: RP quadro IV.

82. Neste mercado a Ipiranga (27%) e a OPP Polietilenos (23%) são os principais players. A Polialden, a Dow (ambas com 15%), a Solvay e a Politen (ambas com 10%) são as demais concorrentes. No quadro abaixo, a capacidade instalada das plantas de PEBDL/PEAD foi considerada para efeito das participações de mercado. São incluídas portanto as plantas convencionais de PEAD e as swing PEBDL/PEAD.

83. Conforme ressaltado anteriormente, é bastante improvável que empresas como a Dow e a Rio Polímeros concentrem suas plantas somente na pro-

dução PEAD. Esta situação é mais provável no caso da Ipiranga e da OPP Polietilenos, empresas que já possuem experiência neste mercado.

84. De qualquer forma, estes percentuais indicam uma configuração limite do mercado, expressa na capacidade de oferta potencial de cada empresa. A Triunfo, caso se realize sua expansão, teria capacidade instalada para ocupar a fatia de 6%, acirrando a competitividade neste mercado.

Quadro II

Mercosul -Estrutura da oferta de PEAD

(Em 1.000 ton/ano)

Empresa	Capacidade Ano 1996	Part. (%)	Capacidade Ano 2000	Part. (%) S/Triunfo2	Part. (%) C/Triunfo2
OPP Polie- tilenos	185	23	450	22	21
Ipiranga	220	27	480	24	22
Triunfo	-	-	130	-	6
Polialden	120	15	150	7	7
Solvay	82	10	82	4	4
Politeno	78	10	100	5	5
Rio Polí- meros		-	400	20	18
Dow	120	15	370	18	17
Total	805	100	2.152	100	100

Fonte: Quadro XV do RP.

Eteno

85. O mercado de eteno é constituído da demanda das empresas da 2ª geração instaladas no pólo petroquímico. O quadro abaixo mostra a evolução do consumo de eteno no Pólo de Triunfo, nos anos de 1996, 1997 e 1999. Os dados de 1999 correspondem às quantidades contratadas.

86. A participação conjunta da Ipiranga, Polietilenos e OPP evoluiu de 72% em 1996, para 77% em 1997. Este acréscimo decorreu da destinação para a Ipiranga de cerca de 110.000 t/a de eteno, decorrente de excedentes existentes e do desgargalamento ocorrido em 1996. No início de 1997, a Ipiranga concluiu a ampliação da planta de PEAD que permitiu este consumo adicional.

87. Para 1999, a participação estimada das requerentes no consumo de eteno é de 82%, atingindo 87% se for considerada a demanda da Innova, empresa da própria Copesul (em conjunto com a empresa argentina Perez Com-

panc). A Triunfo teria uma redução da sua participação de 25%, em 1996, para 12%, em 1999.

Quadro III

Copesul - Evolução do consumo de eteno por empresa 1995/1999

(ton/ano)

Empresas	Consumo 1996	Part. (%)	Consumo 1997	Part. (%)	Consumo 1999	Part. (%)
Polietilenos	180.200	33	191.000	28	443.000	39
Ipiranga	206.400	38	325.600	48	474.000	42
Triunfo	132.900	25	142.400	21	135.000	12
OPP	5.000	1	4.000	1	8.000	1
Petroflex	5.300	1	-	-	-	-
DSM	10.200	2	11.100	2	12.300	1
Innova	-	-	-	-	51.000	5
Total	540.000	100	674.100		1.123.300	100

Fonte: Requerentes, f. 1583, f. 1581 f. 2064.

Síntese do regime econômico

88. A integração de facilidades e estrutura industrial de baixa flexibilidade são os traços determinantes do regime econômico do PPS, cujos objetivos são a racionalização industrial e ganhos de escala. Ao mesmo tempo que define uma interdependência das empresas integradas, a maior parte com interesses no mercado downstream, essa estrutura exige uma sincronização de planejamento e grau de cooperação entre as diversas unidades produtivas, que terminam dividindo mercados e compartilhando algum nível de informação, inclusive sobre preços. Isso caracteriza um cartel benéfico que evita a duplicação dispendiosa e contraproducente de recursos.

89. O que se deve preservar nessa estrutura é a existência distinta de um núcleo de interesses comuns e de uma margem de diversidade que impõe um comprometimento com uma conquista não arbitrária de mercado ou com uma competição não predatória (concorrência não excessiva ou sustentável) entre os diversos agentes que o Pólo congrega. Isso é um valor apreciável por potenciais investidores externos, para quem a importância em barrar uma conquista arbitrária de mercado não se mede pelo simples impacto de uma operação no quadro concorrencial. Daí, salvar o modelo é de mister.

90. Os altos custos fixos (sunk costs) e intensidade em capital e tecnologia caracterizam, enfim, a especificidade dos investimentos e determinam condições de fornecimento a exigir contratos complexos. O objetivo é a neutraliza-

ção de eventuais comportamentos oportunistas,¹⁸⁹ de resto desencorajados pela troca de compromissos jurídicos de execução relativamente garantida,¹⁹⁰ pelo ambiente institucional da boa fé e reciprocidade de direitos e deveres.

2.2 Perfil jurídico do PPS

2.2.1 Recortes do direito brasileiro

91. Nas palavras de Orlando Gomes, “sempre que surge e se dissemina nova figura contratual, a sua decantação se dá habitualmente pelo processo de assemelhação a um contrato nominado - repita-se - ditado pela necessidade prática de lhe aplicar regras de Direito Positivo bem testadas.”¹⁹¹ O que se vê no polo é um grupo de consumidores de matérias-primas com acesso a facilidades essenciais à produção e dependentes de um fornecedor comum e cativo.

92. Não existe uma figura jurídica própria capaz de categorizar o negócio complexo de um polo petroquímico que, no entanto, guarda similitude com duas outras figuras: shopping-center e condomínio especial.¹⁹² Os traços comuns aos três são: existência de um núcleo de interesse comum que coexiste com um grau de diversidade ou individualidade e margem de liberdade para disciplinar os assuntos da economia interna mediante regulamento próprio. A identificação desses traços essenciais não autoriza afirmar a perfeita equivalência das três figuras. O que marca a base convencional ou regulamentar, indispensável à normalidade da vida do shopping-center e do condomínio, é a submissão dos interesses individuais aos interesses da coletividade, sobretudo nas decisões envolvendo fatos relevantes que afetam a todos os membros dessa mesma coletividade.

93. Segundo uma definição leiga, o shopping-center é “um centro comercial planejado, sob a administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio, e que permaneçam,

¹⁸⁹ Ver RP, itens 118 a 121.

¹⁹⁰ A maior garantia da execução dos compromissos contratuais é a interdependência entre fornecedor e empresas de segunda geração, o que torna a estrutura de contratos coligados quase perfeita. A maior evidência é que as partes de ordinário não se preocupam em atualizar os contratos de utilidades, até mesmo os de fornecimento de matérias-primas os quais, de resto, nem sempre são definitivamente específicos quanto a um elemento essencial - o preço que é ajustado por meios não escritos.

¹⁹¹ “Traços do Perfil Jurídico de um Shopping-Center” em “SHOPPING CENTER ASPECTOS JURÍDICOS”, vários autores, p. 104, RT, 1984.

¹⁹² A comparação é um exercício de analogia perfeitamente autorizada (LICC, artigos 4º e 5º; CDC, artigos 7º e 51-IV). A interpretação funcional do pólo petroquímico busca atender aos seus fins sociais e à razoabilidade econômica.

na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada e que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários - centro que ofereça aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastante.”¹⁹³

94. As peculiaridades do shopping-center são o aluguel percentual, a associação dos lojistas e o regimento interno (normas complementares). Por se tratar de uma figura nova, o shopping-center não recebeu do legislador um tratamento legal completo. A Lei deixou os comerciantes livres para criar as regras mais adequadas à vida do centro de compras. Essa política está inscrita nesses termos: “nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping-centers, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos.”¹⁹⁴ A prática tem revelado que os shopping-centers são um “sucesso de auto regulamentação.”¹⁹⁵ As restrições inscritas nas “normas complementares” poderão certamente merecer o desafio do Código do Consumidor e da Lei de Concorrência. O fundamental é que tais normas assegure uma generalização de ganhos e redução de custos.¹⁹⁶ Uma tal previsão seria de rigor numa organização do tipo “condomínio industrial.”

95. A Lei de Condomínios¹⁹⁷ inclui no seu regime a forma de propriedade não residencial.¹⁹⁸ Uma característica básica desse regime é que os direitos dos condôminos estão sujeitos a uma dupla disciplina: legal e convencional. A convenção disciplina as relações de propriedade,¹⁹⁹ o que corresponderia no pólo à disciplina das relações de coordenação concorrencial ou o respeito à

¹⁹³ “*Shopping-Center e Desenvolvimento Econômico e Social*,” p. 34, publicação da ABRASCE.

¹⁹⁴ Art. 54 da Lei 8.245, de 18/10/91.

¹⁹⁵ Carlos Geraldo Langoni, “Shopping Centers no Brasil” em “Shopping Centers Aspectos Jurídicos”, p. 68.

¹⁹⁶ Ainda segundo Langoni, “o arcabouço institucional estimula a transferência espontânea de benefícios associados a propaganda, treinamento e gerência das grandes empresas para as unidades menores, assegurando a generalização de ganhos de produtividade.” Loc. Cit.

¹⁹⁷ Lei 4.591/64, art. 1º.

¹⁹⁸ O que em tese se poderia cogitar de aplicar a Lei a uma - permita-me a falta de criatividade - “*joint venture* petroquímica” ou “condomínio industrial.”

¹⁹⁹ Lei 4.591, art. 9º § 4º.

diversidade ou individualidade das unidades industriais.²⁰⁰ As obras que interessam à estrutura integral do condomínio é assunto de assembléia.²⁰¹

96. No complexo petroquímico, a expansão da capacidade produtiva da central interessa à estrutura integral do pólo (infra-estrutura essencial). Participar da expansão é o único meio para a empresa de segunda geração continuar competindo. Disso resulta, de direito e equidade econômica, a necessidade de a central ouvir as empresas de segunda geração antes de tornar definitiva sua decisão de investir na expansão da sua capacidade produtiva. Isso é uma regra implícita que logicamente se impõe.

97. No PPS, as requerentes detêm uma liderança ou influência dominante, atribuindo a elas um poder de fato sobre outras unidades sem influência ou de pouca influência, como a Petroquímica Triunfo S/A. Por essa razão, ouvir as unidades industriais de segunda geração antes de tornar definitiva uma decisão de investimento ou expansão da capacidade de produção significa reconhecer o direito dessas mesmas unidades de investimento sincronizado e facilitar a defesa desse direito. Na dúvida sobre o respeito ou não a esse direito ou defesa, a ordem das coisas que ornaram a natureza do pólo tende a uma solução desfavorável ao monopolista.²⁰² A conclusão ainda se impõe pela relevância do fato na vida do pólo.

98. Aumento significativo de produção, ou da capacidade produtiva da central, é um evento econômico relevante, i.é., capaz de quebrar o justo equilíbrio contratual, ou de afetar a relação concorrencial entre as empresas, se não houver decisões sincronizadas subsequentes. Isto é intuitivo, lógico e fora de qualquer dúvida razoável. A decisão da central de investir, consistente na expansão da produção, é um evento econômico relevante. Daí, essa decisão não pode ser tomada sem antes ouvirem-se todas as empresas de segunda geração.

99. Essa regra implícita se funda em eficiência econômica. A expansão exige estudos demorados de alto custo e o correspondente investimento é marcado pela indivisibilidade. Por isso, a tomada de decisão sem a participação de alguma unidade industrial acarreta para esta uma situação perturbado-

²⁰⁰ O regulamento pode, em princípio, ser estabelecido unilateralmente pela central de matérias-primas. Essa natureza de adesão do regulamento não afasta a possibilidade de a agência antitruste determinar a retirada ou reformulação de alguma cláusula contrária ao princípio da razoabilidade econômica ou à ordem econômica.

²⁰¹ Lei 4.591/64, art. 12, §. 4º e art. 17.

²⁰² Invocação analógica do CDC (L. 8078, art. 6º VIII).

ra, pelos custos adicionais necessários a um eventual redimensionamento, quando possível, do investimento já programado.

100. Enfim, a combinação estrutural dos interesses das empresas reunidas num mesmo espaço físico, permitindo a exploração adequada de economias de escala e assegurando uma margem de lucro compartilhado, determina a necessidade de se coordenar, em dose adequada, o planejamento estratégico dentro de uma visão global do mercado, além de encorajar uma competição não predatória. Deflui-se mais e mais ardentemente da análise que o planejamento estratégico é uma exigência à exploração eficiente do mercado petroquímico em potencial. A avaliação desse mercado, suas preferências e tendências constitui um elemento básico para definir o mix de produtos oferecidos pela segunda geração. Os múltiplos interesses aí envolvidos exigem uma regulamentação do comportamento empresarial, sobretudo no que concerne à alocação de suprimento.

101. A regulamentação (de preferência elaborada pelas próprias empresas) da distribuição eqüitativa de matérias-primas implica considerar de rigor alguma restrição sobre a central e as empresas de segunda geração, nas suas relações de interdependência. Isso suscita a questão da liberdade negocial, de auto regulação dos interesses, como expressão da autonomia privada. O direito moderno testemunha uma decadência dessa autonomia, não sua eliminação. A discussão abaixo dá uma idéia dessa tendência.

2.2.2 Base negocial do PPS

102. A definição do negócio pode partir da sua gênese (conjunto de vontades visando produzir efeitos específicos) ou da sua função (preceito que decorre da norma concreta). Para que o Polo Petroquímico do Sul fosse criado, foi necessária uma convergência de vontades. A concepção do PPS não seria objetivamente considerada senão a partir de um conjunto de regras ou preceitos com uma determinada função. Tanto a definição genética como a definição funcional terminam revelando uma estrutura. Enquanto um negócio complexo, o PPS pode, assim, ser vislumbrado como ele surgiu, como ele atua e o que ele é.

103. Obviamente que o conjunto de vontades (elementos da sua formação ou causa genética) é importante no determinar a forma e o objeto ou conteúdo do negócio que o polo caracteriza. Por amor à brevidade, vou dispensar esse estudo que teria pouca valia à solução do caso. O que mais importa, todavia, é identificar as normas contratuais, essenciais, que regem a vida das unidades e dão o formato estrutural do Pólo.

104. Como se viu, cada unidade industrial de segunda geração integrante do pólo está ligada à central, física, econômica e juridicamente. O relacionamento jurídico e permanente, ou seja, o liame duradouro que vincula cada uma das

empresas, decorrem de uma pluralidade de contratos ou acordos. Há contratos de fornecimento de matérias-primas, acordo de fornecimento de energia elétrica e investimento conjunto, contrato de compra e venda de nitrogênio, compra e venda de vapor d'água e águas. O arranjo jurídico-institucional do pólo depende essencialmente dessas tratativas, formando verdadeiros negócios patrimoniais baseados na harmonia e boa fé.

105. Entre os escopos dos negócios patrimoniais, estão o disciplinamento da distribuição ou utilização de bens ou serviços, bem assim a garantia de formas de cooperação entre associados visando à realização de interesses recíprocos,²⁰³ segundo a natureza ou destinação do negócio. “O conteúdo de tais negócios, - escreve Emílio Betti - é, portanto, na consciência das partes, uma atribuição patrimonial em sentido lato: ou seja, nas relações entre os interessados, uma mudança patrimonial, social e juridicamente relevante.”²⁰⁴

106. Os arranjos negociais podem resultar “de uma pluralidade de actos, que se vão integrando, sucessivamente, no seu conteúdo, e que são unificados no [próprio] negócio,”²⁰⁵ dando vida, no caso, aos usos industriais, ou ainda, às declarações e práticas reconhecidas pelas partes. Os vínculos que daí resultam encontram sua fonte numa série de cláusulas, umas centrais e outras de importância lateral, que se coordenam num único complexo, interpretado segundo os fins do empreendimento e a boa fé, sendo esta entendida seja “como lealdade no negociar” ou “como o espírito de colaboração, que deve animar cada uma das partes.”²⁰⁶

107. Descendo da elaboração teórica à situação do presente caso, vale lembrar que a redução de eteno, decorrente de problemas no suprimento motivados por caso fortuito ou força maior, “será distribuída eqüitativamente entre todos os compradores,” proporcionalmente aos respectivos consumos mínimos anuais.²⁰⁷ Os princípios básicos na execução do contrato de suprimento são estabelecidos pelas contratantes assim: “consecução dos interesses e conveniências mútuas, de uma forma economicamente razoável, de modo a man-

²⁰³ Emílio Betti, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, tomo II, vol. 23, pp. 169/170.

²⁰⁴ Ob. Cit., p. 169.

²⁰⁵ Idem, p. 181

²⁰⁶ Idem, pp. 169/270. A boa fé é um elemento importante de interpretação dos negócios jurídicos, de acordo com o art. 131 do Código Comercial de 1850. A boa fé era um preceito necessário ao comércio segundo os Alvarás de 16.11.1771, de 20.7.1758 e de 30.5.1759, sobretudo no parágrafo 6º da Lei de 16.12.1771. Cf. Couto e Silva, *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, p. 60.

²⁰⁷ Cf. cláusula 10.2 do contrato RS - 747/85.

ter-se “a equivalência entre as prestações das partes,” e admitida a adaptação do contrato para restabelecer-se “a comutatividade contratual.”²⁰⁸

Tais cláusulas gerais expressam uma espécie de “racionalidade vinculante”²⁰⁹ e servem para minimizar a imperfeição dos contratos.

108. As bases jurídicas, no essencial, continuam as mesmas, tomado como pressuposto a igualdade de tratamento dos usuários da central.²¹⁰ Com efeito, os acordos de fornecimento de eteno submetidos à apreciação do CADE anunciam que visam definir “os princípios fundamentais do relacionamento fornecedor-cliente;”²¹¹ reconhecem o compromisso de se estabelecer entre as partes contratantes “uma relação eqüitativa e justa nos diversos cenários futuros” com respeito às condições de compra e venda de matérias-primas;²¹² e mantêm “a política comercial atualmente praticada.”²¹³

109. Ainda que de pouco interesse para caracterização do regime do PPS, vale lembrar o Edital de Privatização da COPESUL. O edital, lei entre as partes, tem força regulamentar. A ele estão subordinados os vencedores do leilão, acionistas da COPESUL com participação superior a 5% do capital da central. Cumpre insistir que nenhuma regra do referido edital é crucial para este julgamento. A lembrança é apenas para mostrar que se é adequado projetar no presente julgamento algum efeito da privatização da COPESUL, essa projeção deve ser cabal, ampla, não somente naquilo que se prestar a alimentar certos argumentos equivocados. Feita essa observação, vale destacar das obrigações especiais a seguinte regra inscrita no Edital:²¹⁴

“VII - não reduzir ou interromper de maneira injustificada o suprimento de matérias-primas às empresas de segunda geração do Pólo Petroquímico de Triunfo.”

²⁰⁸ Cf. cláusula 12.2 do contrato RS - 747/85.

²⁰⁹ A expressão, em inglês *Bounded rationality*, é usado por Milgrom e Roberts, na sua obra “Economics, Organization & Management”, p. 131. Além de ser impossível, a elaboração de um contrato perfeito geraria um alto custo. Em face disso, - escrevem os mesmos autores - “the parties do not agree on detailed plans of action but on goals and objectives, on general provisions that are broadly applicable, on the criteria to be used in deciding what to do when unforeseen contingencies arise, on who has what power to act and the bounds limiting the range of actions that can be taken, and on dispute resolution mechanisms to be used if disagreements do occur.” Loc. cit.

²¹⁰ Manutenção das cláusulas e condições anteriormente vigentes - Aditivo Contrato RS-480/82 V, cláusula terceira.

²¹¹ Cláusula primeira.

²¹² Cláusula terceira.

²¹³ Cláusula segunda.

²¹⁴ O texto está reproduzido no parecer da Procuradora-Geral do CADE, f.

110. Desse quadro negocial complexo somente pode resultar uma integração vertical contratual, permanente, a qualificar uma harmonia de interesses, não dos dois grupos líderes em particular, mas de todas as unidades industriais de segunda geração. A quebra dessa harmonia põe em risco os objetivos do Pólo .

2.2.3 Discussão: integração vertical harmoniosa?

Síntese do regime jurídico-econômico do pólo petroquímico

111. Na sua concepção, portanto, o Pólo reflete uma realidade econômica que é condicionada pelos princípios essenciais que ornaram a base negocial e rege a vida diária das unidades produtivas. O exame sereno dessa realidade permite, pois, identificar na estrutura do Pólo um duplo aspecto: legal ou formal e material ou econômico. A importância conceptual dessa estrutura bifacetada está na determinação do comportamento empresarial da central de matérias-primas e das empresas de segunda geração sob a coordenação dos dois Grupos líderes. A compreensão do significado jurídico-econômico dos efeitos das relações entre as diversas unidades integradas permite criar, previamente, uma expectativa de atuação de uma empresa em relação às demais e estabelecer o que juridicamente é exigível ou executável (*enforceable*), em obséquio aos objetivos empresariais do Pólo restritivos da liberdade contratual.

112. Enquanto coletividade determinável de pessoas jurídicas integradas com fins cooperativos, o Pólo é uma organização empresarial atípica, de consumidores e produtores, unidades autônomas e interdependentes, sujeitas de direitos, deveres e responsabilidades recíprocas resultantes de contratos ligados, fundados na confiança mútua e boa fé.²¹⁵ Essas tratativas revelam que o agrupamento é dotado de um poder limitado de auto regulação de interesses comuns e de estímulo a competição não predatória e conquista não arbitrária de mercado mediante o respeito à diversidade ou individualidade das firmas e a razoabilidade econômica das decisões que afetam o equilíbrio do grupo, enquanto cartel permanente e benéfico.

²¹⁵ Note-se que os contratos escritos, assinados pelas empresas do Pólo, não podem ser considerados completos, no sentido de esgotar todas as consequências dos comportamentos dos contratantes. É fundamental observar, contudo, que os mesmos instrumentos contêm cláusulas, tais como, “prestações equivalentes,” razoabilidade econômica,” “conveniências mútuas” e “distribuição equitativa” (ver item 2.2.2 acima). Todas essas expressões de boa fé, fontes de regras objetivas implícitas, são incorporadas às práticas industriais. Daí que a referência a “base negocial” (item 2.2.2) tem um sentido amplo para além dos contratos formais, traduzindo uma rica expectativa de lealdade e colaboração na conduta empresarial.

113. O objetivo básico da organização é a racionalização industrial associada à alocação ótima de fatores de produção e ganhos de escala, sem o que a sociedade consumidora não poderá usufruir dos benefícios do cartel, no interior do qual existe uma restrição à liberdade contratual, justificada pelo princípio da razoabilidade econômica ou prestação equivalente. Fora desse contexto não é possível falar-se em uma tal “integração vertical harmoniosa,”²¹⁶ adiante referida, somente conceitual como um estado ou uma característica permanente da dinâmica do pólo, não um evento episódico.

114. Conforme se estabeleceu, um conjunto de contratos²¹⁷ executados na base dos interesses e conveniências mútuas caracteriza a estrutura do PPS. Na sua essência, as relações contratuais projetam efeitos duradouros e de atribuição patrimonial, tais como, distribuição eqüitativa ou proporcional de matérias-primas em caso de redução contingencial; distribuição eqüitativa ou proporcional de matérias-primas em caso de excedente ou suprimento alternativo; preços de matérias-primas com base em rateio de margem excedente aos custos totais da cadeia produtiva (1ª/2ª geração); preços-base de utilidades sob o regime de rateio de custos/investimentos necessários da central; e liberação, reciprocamente, de um certo grau de informação.

115. Afora a base negocial, o direito brasileiro dispõe de algumas regras que por analogia podem ser aplicáveis para estruturar um regime jurídico do pólo. Da prática empresarial ditada pela reciprocidade de prestações resulta uma interdependência,²¹⁸ que qualifica uma relativa liberdade contratual e de concorrência.

116. Admita-se que a desestatização da central e demais empresas do Pólo ampliou o espaço da liberdade contratual ou de escolha que, não sendo absoluta, subordina-se ao ditame do interesse público da concorrência, justificando a vigilância estatal necessária à manutenção do equilíbrio entre as partes contratantes, sobretudo quando presente posição dominante. A relativa liberdade de opções, no interior do Pólo, define, em suma, uma questão associada à repartição de mercado e de maximização dos lucros das unidades integradas. Esse contexto de “integração vertical harmoniosa” exige uma confiança mútua e uma continuidade da base negocial, com repartição dos riscos futuros quanto a investimentos ou expansão da capacidade produtiva e mercado.

²¹⁶ A redundante expressão é do ilustre patrono das requerentes.

²¹⁷ Entre as funções dos contratos escritos destacam-se a instrumental ou probatória, facilitação do movimento de recursos mediante trocas voluntárias e interpolação de cláusulas conforme a intenção dos contratantes e eficiência dos contratos.

²¹⁸ O que tipifica essa integração empresarial é a baixa flexibilidade da estrutura do pólo. Cf. Veiga & Machado, *A Indústria Brasileira de Resinas Termoplásticas: desempenho recente, condicionantes da competitividade e Perspectivas*, Funcex, 1997.

117. Observe-se que a desestatização muda o estilo de planejamento da produção, o qual passa a ser comandado pela iniciativa privada, gerando uma expectativa de eficiência gerencial. Os princípios e regras da concorrência, contudo, inspiradas na Constituição de 1988 e na Lei 8.884/94, que não mudaram, se aplicam, como é elementar, ao planejamento privado após a privatização da COPESUL. A decisão de investir na ampliação da central e a formalização dos acordos de fornecimento de matérias-primas sob apreciação ocorreram três anos após a desestatização e sob a vigência da Constituição e Lei citadas. Esse recorte na linha de argumentação aqui se faz para desautorizar qualquer argumento no sentido de que a expansão e os acordos referidos são reflexos dos objetivos da privatização, insinuando-se assim a aplicação de uma esdrúxula imunidade das regras antitrustes sobre a operação submetida ao CADE.

118. Retornando-se ao elemento confiabilidade, esta, que não chega a constituir *affectio societatis*, revela a confiança mútua entre os parceiros, que compartilham facilidades e alguma informação. A base é sobretudo contratual, dela gerando um feixe de direitos, deveres e responsabilidade recíproca e permanente, e dela depende o sucesso dos investimentos conjuntamente planejados.

119. Referindo-se ao caráter da continuidade da relação contratual, Atiyah diz que, modernamente, “the tendency is for the risks of future change to be adjusted by some kind of quasi-administrative process, rather than by standing by the letter of some original contract.”²¹⁹ Equivale a dizer que a distribuição dos riscos, na oportunidade da discussão de expansão, na dinâmica do Pólo, exige alguma formalidade determinada pelo devido processo de regulação. O autor continua: “A man is bound by a contract because he is bound to some future performance. Contract was thus an instrument of planning for private parties, and by which future risks could be allocated, and an instrument by which penalties and rewards were the natural result of calculation or miscalculation over such future risks.”²²⁰ A passagem sugere que, na hipótese do pólo, a devida observação de uma dupla base negocial e legal não permite que qualquer ônus (leia-se penalties ou eventual exclusão de fornecimento de matéria-prima), como qualquer bônus ou rewards, depende de um cálculo econômico, como projeção de uma estrutura contratual considerada como um instrumento de planejamento privado da produção.

120. A proteção dessa relação de confiança e da continuidade da base negocial, além de expressar um predicado de segurança jurídica, do ponto de vista dos interesses da coletividade se justifica em face da proteção mesma do con-

²¹⁹ Ob. cit., p. 713.

²²⁰ Idem.

sumidor e da concorrência. Do ponto de vista privado, a mesma proteção expressa, enfim, a preservação da propriedade, enquanto elemento proconcorrencial. Aqui, esse interesse privado termina se confundindo com o próprio interesse geral da sociedade, pois este não sobreviveria sem aquele. A esse respeito, vale mais uma vez trazer à colação o pressuposto do papel do contrato na sociedade, na obra do professor Atiyah.

121. O autor resgata a percepção de que os homens, nas relações entre si e com o Estado, “choose to create a society in which free choice was one of their principal goals; they voluntarily created a society in which the voluntary creation of relationships would be permitted and respected; they freely instituted a society for the protection of their property in order they could be free to acquire, exploit, or dispose of property to their best advantage.”²²¹

122. Entre as empresas do Pólo, a liberdade de contratar termina sendo restringida pela própria repartição de ônus e bônus entre elas, traduzida pela distribuição equilibrada de riscos e de mercado. É de rigor, aqui, referir-se a uma passagem do patrono das requerentes, segundo a qual a redistribuição ou redivisão de eteno adicional romperia “o princípio inafastável da integração harmoniosa que preside a relação entre a primeira e segunda geração de produtos petroquímicos (...)”²²² A reiterada invocação dessa integração vertical harmoniosa é adequada até onde leva a reconhecer que o PPS é em si uma forte integração e a Petroquímica Triunfo como membro do Pólo é uma empresa integrada.

Imputações à Petroquímica Triunfo S/A

123. A mesma invocação se desdobra paradoxal quando é utilizada para imputar à Petroquímica Triunfo três pseudo faltas: descumprimento de compromisso de investimento decorrente da autorização constante de certificado CDI com conseqüente prejuízo à COPESUL; recusa na participação da privatização da COPESUL (aumento de participação no capital da central); não apresentação em tempo das informações sobre contrato de tecnologia e estudo de mercado.

124. A inequívoca evidência²²³ registra categoricamente que Petroquímica Triunfo não tem nenhum traço de culpa na revogação do certificado de investimento. A autorização foi suspensa, trinta dias após a sua concessão, por liminar judicial e tornada sem efeito pelo titular do Ministério da Indústria e Comércio. Petroquímica Triunfo lutou com as melhores armas, judicialmente, contra ambas medidas. Se é verdade que COPESUL se prejudicou com as

²²¹ Ob. cit., p. 36.

²²² Ver f. 1754 e itens 27, 28 e 39 do Relatório.

²²³ Anexo I, fls. 19 a 95 e 228 a 232.

medidas, porque teria deixado de vender eteno disponível, esse prejuízo jamais poderia ser debitado à Petroquímica Triunfo pela absoluta falta de nexo de causalidade.

125. Noutro ponto, parece impertinente, aqui e agora, se investigar a razão pela qual Petroquímica Triunfo, no passado, não tomou parte do consórcio vencedor do leilão de privatização da COPESUL, o que lhe permitiria aumentar sua participação acionária no capital da central. É óbvio, *ad argumentandum tantum*, que uma razão de estado, se não justifica, explica a ausência de participação da Petroquímica Triunfo no consórcio que, em venda pública, adquiriu o controle da COPESUL.

126. Com efeito, a privatização da COPESUL representava uma deliberação política do Estado brasileiro de passar para a iniciativa privada a exploração e coordenação do setor petroquímico. O Estado era, como ainda é, o maior acionista da Petroquímica Triunfo, via Petrobrás/Petroquisa. Assim, a desejada participação teria sido um paradoxo político ou contradição em termos. É certo que o Estado poderia ter o desejo de participar do capital da COPESUL a fim de exercer uma intervenção adequada, via legislação societária. Esta participação já existia.²²⁴ Mesmo assim a experiência tem demonstrado que o Estado tem se conduzido de forma pusilânime no que toca à utilização do seu poder interventivo.²²⁵

127. Ademais, a aquisição de ações da central, de interesse secundário à concorrência, poderia até indicar alguma atitude anti-investimento, dentro de um contexto bem específico. Por exemplo, para se livrar do, ou reduzir o, alto custo financeiro do investimento necessário à expansão da sua capacidade de produção, COPESUL poderia estipular para as empresas de segunda geração o aporte de capital como condição para acesso à matéria-prima adicional. Esse aporte poderia se dar de várias formas, inclusive mediante aquisição de ações da central. Embora considerável, essa não é uma hipótese em questão. Adquirir ações, de resto, pode ser subsumido ou equiparado a uma situação de se associar. A esse respeito, vale lembrar o postulado constitucional de que ninguém deve ser obrigado a se associar ou permanecer associado.²²⁶ De qualquer sorte, a Triunfo sempre quis aumentar o controle acionário sobre a COPESUL apenas com o único propósito de poder assegurar suprimento de ma-

²²⁴ A empresa estatal, Petrobrás, através da sua subsidiária, Petroquisa, detém 15% do capital da Copesul.

²²⁵ A Petrobrás dispõe de suficiente músculo econômico para, se quisesse, compelir as requerentes a compor com a Petroquímica Triunfo. A participação do Estado no capital desta e da Copesul tem se revelado inócua.

²²⁶ CF, art. 5º inciso XX.

térias-primas em igualdade de condições com as outras empresas de segunda geração.

128. Quanto ao contrato de tecnologia e dados de mercado, cumpre observar que, embora em parte a solicitação se justificasse, não está totalmente clara a necessidade que a central visava preencher quando, além da tecnologia, ampliou sua solicitação para incluir dados de mercado e financiamento. Não está claro também o motivo pelo qual COPESUL não admitiu o acesso da Petroquímica Triunfo, previamente, à discussão do projeto de expansão de produção de matérias-primas²²⁷ juntamente com as demais requerentes. Esse questionamento é largamente considerado no item 3.3 abaixo. Vale adiantar que pela sua natureza interativa, o pólo encerra uma divisão de riscos e de mercado. Por motivos de competitividade, a integração é de rigor, premissa que tem adquirido foro de universalidade.²²⁸

129. Como já se disse, corolário dessa premissa é que nenhuma expansão da capacidade produtiva da central pode ser discutida e decidida sem a convocação de todas as empresas de segunda geração, concorrentes entre si. Isso é lógico, intuitivo, fora de qualquer dúvida razoável. Com efeito, a central não pode pensar em expandir sua capacidade produtiva somente para atender a uma empresa. Isso não acontece em nenhum pólo petroquímico, que tem como princípio básico a sincronização de investimento e produção entre a central (empresa de primeira geração) e as empresas de segunda geração. Isso determina a obscuridade da lógica da solicitação das informações sobre tecnologia, financiamento e mercado, como condição para discutir uma antiga pretensão da Petroquímica Triunfo.

130. A Petroquímica Triunfo tinha boas razões para desconfiar da intenção da central, visto que, por razões de escala e de mercado, não se podia pensar num redimensionamento da capacidade produtiva, quando a expansão já era um fato decidido, a não ser incorrendo a interessada, individualmente, em graves ônus. Assim, negar a assinatura de um pré-contrato de fornecimento de eteno adicional tinha o significado de, pelo menos indiretamente, excluir a solicitante da expansão; esta necessariamente vem acompanhada de divisão de mercado downstream entre as concorrentes.²²⁹

²²⁷ De rigor, a convocação de todas as empresas de segunda geração para discutir a expansão da central teria sido a conduta correta por parte das requerentes, do ponto de vista da prática jurídica e do condicionamento estratégico do pólo.

²²⁸ Esse credo, projetado nos autos pelas requerentes, se faz presente nos pareceres técnicos e tem sido defendido pelo BNDES.

²²⁹ A regra geral, nos pólos, é a matéria-prima resultante de qualquer expansão ser eqüitativa ou proporcionalmente atribuída às diversas empresas de segunda geração, sobretudo quando estas são concorrentes entre si. A eventual decisão de não expandir, de uma de-

131. Seria estrategicamente incorreto, da parte da Petroquímica Triunfo, incorrer em custos sobre contratação de tecnologia sem a contrapartida do compromisso de fornecimento do eteno a ser disponibilizado com a implementação da expansão da central já decidida. Registre-se que o custo da contratação de tecnologia corresponde a cerca de 25% dos custos totais de construção de uma planta. Neste quadro, parece razoável concluir que a exigência feita pela COPE SUL, objetivamente avaliada, equipara-se a uma recusa indireta de fornecimento ou de negócio.

3. Tratamento Jurídico da Recusa de Fornecimento

3.1 Doutrina bottleneck (essential facilities) e auto regulação

132. A liberdade de contratar ou negociar, como todas as liberdades, não é absoluta.²³⁰ Daí a recusa de fornecimento, não sendo uma ilegalidade per se, está sujeita a uma avaliação racional, do ponto de vista legal e econômica. Um monopolista poderá ter vários motivos para não negociar. Em cada situação concreta, a razoabilidade da motivação é uma questão de justificação idônea segundo o senso comum da maioria de um colegiado.

133. Nas economias de mercado, os sistemas jurídicos adotam a liberdade de contratar como princípio geral, o que significa que os indivíduos devem gozar da liberdade de negociar com quem eles desejarem. Essa liberdade é tanto mais clara, quanto maior for o grau de igualdade das partes contratantes. O inverso é verdadeiro, isto é, essa liberdade é restringida nas circunstâncias em que uma parte se vê em situação economicamente inferior.

134. Corolário da liberdade relativa, a literatura judicial tem estabelecido que não existe um direito absoluto de recusa de negócio com um concorrente, a não ser que a recusa se imponha como necessária, assim legítima, ao desenvolvimento da atividade econômica do monopolista.²³¹ Alguns exemplos mais frisantes envolvem relações, tais como, locador e locatário, fornecedor e consumidor, empreendedor e locatário de lojas de shopping-centers, incorporador e condômino, empregador e empregado. O que se vê no mundo moderno é um

terminada empresa de segunda geração, é uma exceção que, por estar fora da expectativa de maximização de lucro, não pode ser presumida.

²³⁰ Sobre a liberdade de contratar e suas restrições no direito brasileiro, ver CC, artigos 81 a 84; CDC, artigos 46 a 54; Lei 8.884, artigos 20, 21 e 54; Lei 8.245/91, artigos 46 a 57; Lei 4.591/64, artigos 9. e 10.

²³¹ Cf. Stephen Calins, em “Supreme Court Antitrust 1991-1992: The Revenge of the Amici”, que comenta os casos *Kodak* (112 S. Ct. 2072, 1992) e o caso *Aspen* (472 US 585, 1985). 1993 Antitrust Law Journal 61(2), pp. 269 a 311, especialmente pp. 295 e 303.

declínio da livre escolha como elemento fundamental nas relações contratuais.²³²

135. Particularmente no domínio dos contratos patrimoniais, a livre escolha continua sendo essencial. O consentimento, porém, tem sofrido uma degradação, sobretudo quando contrastado com a legislação antitruste e de defesa do consumidor, bem como a disciplina legal da propriedade intelectual, desapropriação e sociedade comercial. Em todos esses assuntos, o legislador impõe alguma restrição à liberdade do titular da propriedade ou recursos produtivos, com poder econômico ou jurídico, sempre em defesa de um interesse maior.

136. Como se disse, a recusa de negócio, ou mais particularmente a recusa de fornecimento de um bem ou serviço, não é automaticamente uma restrição ilegal. A ilegalidade ocorre quando a restrição produz efeitos adversos à concorrência. Um fornecedor pode se recusar a negociar com um cliente mau pagador ou de má reputação. Esta somente pode ser considerada quando objetivamente estabelecida e se revelar elemento relevante para o negócio. A recusa pode se dar também por escassez de estoque ou perturbação na produção. Esses motivos de ordinário são neutros, enquanto outros motivos geram preocupação à concorrência.

137. Com efeito, a recusa pode ser uma forma de persuadir um distribuidor a manter preços de revenda ou operar um sistema seletivo de distribuição. A recusa, ainda, pode representar um expediente para eliminar ou limitar a competição inter-marca. A recusa ou ameaça de recusa pode ter o efeito de forçar um cliente a comprar outro produto do fornecedor e não de concorrente. O fornecedor pode estar planejando entrar no mercado do cliente (competidor) e alavancar ou fortalecer o seu poder de mercado.²³³ Em todas essas hipóteses há preocupação do ponto de vista concorrencial que merece ser considerada adequadamente, atendendo o mérito de cada caso em particular.

²³² P. S. Atiyah, “The Rise and Fall of Freedom of Contract”, p. 742 et seq.,

²³³ A doutrina da alavancagem de monopólio (monopoly leveraging doctrine) é descrita por Ernest Gellhorn nestes termos: “a firm violates Section 2 by using its monopoly power in one market to gain a competitive advantage in another, albeit without an attempt to monopolize the second market.” Ob. cit., pp. 152/3. Discute-se se a alavancagem é ou não uma ofensa independente. Daí a mera busca de vantagem competitiva num segundo mercado pode não ser ilegal. O problema se agrava quando o resultado da “leveraging” é a monopolização ou tentativa de monopolização do mercado downstream. Se tais efeitos, uma vez presentes, são anticompetitivos a ofensa estará caracterizada independentemente da intenção do agente, conforme entendimento da Suprema Corte americana [1995] Ann. Rev. 1994 Antitrust L. Dev., pp. 64-67 e [1993] Ann. Rev. 1992 Antitrust L. Dev., pp. 95-97.

138. A discussão do tratamento da recusa de fornecimento, aplicada ao caso concreto, não pode se afastar do perfil jurídico e econômico do Pólo já discutido e que qualifica a situação típica a que estão submetidas as empresas de segunda geração em qualquer pólo petroquímico. No contexto daquele perfil, a expansão da capacidade de produção de uma central de matérias-primas é por definição uma operação conjunta, num pólo petroquímico ou agrupamento de agentes interdependentes o qual tem por essência a busca de escala econômica.

139. Mais do que uma hipótese com significado jurídico, a assertiva decorre necessariamente do fato de que a virtual exclusão discriminatória de uma empresa da mesa de negociação sobre a expansão tem, até prova em contrário, todas as características de uma conduta discricionária de um monopolista. Ambiente propício a essa discricionariedade ocorre na auto regulação, que se tolera no interior de um cartel cooperativo benigno e em face da qual se exige um mínimo de salvaguarda procedimental, assunto este que será mais adiante retomado. Cumpre agora discutir a doutrina bottleneck ou da “essential facility” como esquema racional para se avaliar a razoabilidade da recusa.

Significado objetivo e jurisprudência

140. Um monopolista não pode recusar aos competidores o acesso a uma “facilidade essencial” ou infra-estrutura necessária à efetiva competição. A recusa constitui ofensa ao direito da concorrência, mesmo que o monopolista não esteja engajado em qualquer conduta ilegal tendente a adquirir ou manter monopólio. Este é o significado da doutrina que repousa em cinco elementos:

- controle da facilidade essencial por um monopolista;
- inabilidade de um competidor de efetiva e razoavelmente duplicar a facilidade essencial;
- negativa de uso da facilidade a um competidor;
- viabilidade de acesso à facilidade;
- razoabilidade da justificativa para negar ou condicionar o acesso.

141. Em princípio, a noção de facilidade, infra-estrutura ou utilidade não exclui mas é pouco receptiva a bens tangíveis.²³⁴ A doutrina tem sido aplicada em circunstâncias em que estão envolvidos:

- dois ou mais mercados separados mas relacionados entre si;

²³⁴ Cf. Daniel Glasl, *Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law: A Contribution to the Current Debate*, em [1994] 6 ECLR 306-314, especialmente p. 308, nota de rodapé 32.

- um serviço ou utilidade cujo acesso é crucial ao desenvolvimento de uma atividade econômica ou para que um competidor possa continuar competindo;
- uma constrição da produção ou prestação caracterizando um “beco sem saída” ou gargalamento (bottleneck) pela impossibilidade de duplicação da “facilidade.”

Aplicação da Doutrina Bottleneck ou da Essential Facility

FACILIDADE ESSENCIAL	SETOR/MERCADO
Sistema logístico de informação computadorizada	transporte aéreo
Infra-estrutura aeroportuária	transporte aéreo
Infra-estrutura portuária	transporte aquático
teledifusão (television broadcasting)	serviço de telemarketing
Gasodutos/rede de transmissão de eletricidade (pipelines and transmission grids)	energia
Transporte comum de gás (Common carrier)	gás e energia
Programa de facilitação de pagamento transfronteiriça	bancário ou crédito
Linha ferroviária e respectivo serviço	transporte ferroviário
Reportagem e geração de notícias em pool	informação jornalística
Rede de distribuição de eletricidade	eletricidade
Uso de estádio de futebol	esporte
Esquema de comercialização conjunta de tíquetes - estação de esqui	lazer
Rede nacional de telefonia	telecomunicações
Dados s/diagnósticos médicos armazenados em software protegido por copyright	serviço médico
Dados sobre pacientes indicados a outros médicos	serviço médico

Fontes: [1994] 6 ECLR 306-314; [1995] Ann. Rev. 1994 Antitrust L. Dev. Elaboração: Relator

142. As atividades acima, às quais tem sido aplicada a doutrina das essential facilities, estão associadas a uma longa história de regulamentação ou de estreito controle estatal. A doutrina, porém, não se aplica somente aos setores regulamentados. Nenhum exemplo envolvendo especificamente fornecimento de matéria-prima foi indicado. Mas no caso *Comercial Solvents*²³⁵ foi considerada ilegal a recusa de fornecimento de amino-butanol, matéria-prima ne-

²³⁵ [1974] ECR 223, [1974] 1 CMLR 309. Citação de Richard Whish, ob. cit., p. 615.

cessária à fabricação de uma droga aplicada ao tratamento de tuberculoses. A escusa apresentada para não continuar fornecendo foi a entrada do supridor monopolista no mercado downstream, motivo rejeitado pela autoridade anti-truste. Não há qualquer dúvida: a doutrina se aplica ao presente caso.

143. Fundamental é a caracterização de uma infra-estrutura da qual dependem os competidores ou consumidores cativos. O que caracteriza a infra-estrutura ou facilidades essenciais no pólo é o conjunto de capital físico e serviços aplicados à produção e manutenção incluindo o cracker e as tubovias que sustentam o fluxo de produtos e utilidades e fazem a ligação física da central às unidades produtivas de segunda geração.

144. Importa considerar que neste caso existem três mercados²³⁶ separados mas relacionados entre si; o fornecimento de eteno necessariamente envolve um conjunto de equipamentos ou instalações, i.é., capital físico e serviços afins²³⁷ cuja operação é responsável por uma permanente interface entre a central e as empresas de segunda geração; está presente também a impraticabilidade econômica de a Petroquímica Triunfo S/A construir o seu próprio cracker (equivalente à duplicação antieconômica de uma facilidade), contrariamente ao insinuado por um dos diretores das requerentes; e não há chance de a Petroquímica Triunfo S/A continuar competindo no mercado downstream sem participar da ampliação da central, fazendo com que sua produção de polietileno sofra uma constrição. Daí é absolutamente adequado considerar a aplicação dos princípios que ornaram a doutrina bottleneck ou essential facilities nas atividades²³⁸ integradas do setor petroquímico.

145. Segundo Ernest Gellhorn,²³⁹ aplicada sensatamente, a doutrina deve satisfazer três condições básicas: o acesso à facilidade deve ser realmente essencial e não meramente conveniente ou menos dispendioso; a justificação do monopolista para negar ou restringir o acesso deve ser levada na devida conta; e se o acesso é de rigor, o concorrente tem que arcar com os custos necessários ao acesso, em condições não menos favoráveis.²⁴⁰ Não há negar, como argumenta a crítica,²⁴¹ que razões empresariais legítimas podem justifi-

²³⁶ Ver item 2.1.2 acima.

²³⁷ Ver item 2.1.1 acima.

²³⁸ Vale acrescentar que essas atividades refletem as vicissitudes da transferência de um monopólio que o Estado transferiu para a iniciativa privada sem a devida preocupação com a concorrência.

²³⁹ Antitrust Law and Economics, p. 152, WPC, 1994

²⁴⁰ Ou em termos não discriminatórios, conforme ressaltado na jurisprudência a exemplo do caso MCI citado por Daniel Glasl, [1994] 6 ECLR, p. 308, nota de rodapé 29.

²⁴¹ Cf. Daniel Glasl, loc. cit., p. 308, nota de rodapé 31 (com expressa referência à crítica de Philip Areeda) e p. 314.

car a negativa de acesso a uma “facilidade” e que, por isso, não existe um dever geral de se compartilhar uma facilidade essencial. A negativa de acesso, no entanto, tem que ser justificada por critérios qualificados. O certo é, todavia, que o teste da “essential facility” já incorpora a preocupação da crítica. A esse respeito, vale conferir a jurisprudência alienígena.

146. Produto da jurisprudência americana,²⁴² a doutrina teve origem no caso *Terminal Railroad*.²⁴³ Um grupo de empresas ferroviárias adquiriu um terminal ferroviário em St. Louis, o único que permitia passagem pela cidade, seja entrando ou saindo. A posição de controle da junção e serviços afins, considerados uma infra-estrutura essencial, permitia ao grupo excluir ou dificultar o trânsito das concorrentes que precisavam atravessar a cidade. A Suprema Corte entendeu que a negativa de acesso em termos razoáveis retirava dos concorrentes a capacidade para competir e, assim, violava a Seção 1 da Lei Sherman. O remédio que para a Corte pareceu eficiente foi admitir compulsoriamente as concorrentes ao grupo.

147. Noutro caso, *Otter Trail* (proprietária de uma rede de distribuição) adquiria eletricidade de uma fonte e abastecia as residências de uma certa região. Nesse caso,²⁴⁴ os municípios resolveram adquirir a eletricidade de uma outra fonte e suprir as residências através dos cabos e instalações técnicas que compunham a rede da empresa. A Corte entendeu que ao negar utilização da sua infra-estrutura, *Otter Trail* violou a seção 2 da Lei Sherman. Por isso a empresa foi obrigada a conceder o acesso pretendido pelos municípios, em condições de igualdade e observada a regulamentação federal.

148. No caso *Alaska Airlines*,²⁴⁵ *United Airlines* e *American Airlines* foram acusadas de negar acesso ao seu sistema computadorizado de reservas, mediante cobrança de taxas excessivas. A Corte estabeleceu que uma facilidade controlada por uma única firma somente será considerada essencial se o controle gera para o titular um potencial para eliminar competição no mercado downstream. Esse poder deve ser permanente e não momentâneo. A acusação foi rejeitada sob os seguintes argumentos: o acesso nunca foi negado, o sistema de reserva continha informação correspondente a apenas 12 ou 14% dos vôos disponíveis sem o acesso das concorrentes e, assim, o sistema de reservas, embora sendo uma facilidade, não foi considerada essencial.

149. A doutrina da “essential facility” deixou também de ser aplicada em dois casos envolvendo recusa de transporte ou bombeamento de gás, através

²⁴² Afora os aqui selecionados, outros casos podem ser encontrados na literatura citada nas notas de rodapé desta seção.

²⁴³ *US v Terminal Railway Association* (224 US 383, 1912)

²⁴⁴ *Otter Trail Power & Co. v. United States*, 326 US 1, 1945.

²⁴⁵ *Alaska Airlines Inc. v. Edison Co.* 955 F.2d 1361, 9th Cir., 1991.

de uma infra-estrutura (gasoduto), adquirido de terceiros por clientes da firma controladora do gasoduto. No primeiro caso,²⁴⁶ contra uma distribuidora de gás natural na região central de Illinois, a corte considerou legítima a recusa de negócio que, se realizado, levaria a firma fornecedora a um contrato take-or-pay, no mercado upstream, com encargos potencialmente pesados. Fazia parte do rationale da recusa a adoção de medida para evitar custos escorchantes.

150. A empresa era acusada de monopolizar a venda do produto mediante recusa do transporte de gás comprado diretamente de produtores independentes por companhias distribuidoras locais. Segundo a fornecedora/transportadora, o transporte de gás de outra fonte reduziria dramaticamente a demanda para o gás já transportado a um alto preço de acordo com um contrato de compra que envolvia alta responsabilidade de take-or-pay. O fato mais importante foi que as empresas adquirentes do produto podiam economicamente duplicar o sistema de suprimento. Estabeleceu-se, ainda, que fundamentar uma responsabilidade do fornecedor com base na teoria da “essential facility” exigia que o fornecimento se mostrasse praticável.

151. No outro caso²⁴⁷ em que a aplicação da teoria foi negada, várias cidades queriam que uma firma vendedora de gás transportasse o produto a preço mais baixo de outras fontes produtoras. A firma que controlava o gasoduto chegou interinamente a abrir acesso aos seus clientes para buscar gás de outras fontes. Chegou-se a um ponto em que isso se tornou impraticável, quando a firma Williams Co. não conseguiu negociar condições favoráveis com os seus fornecedores, com quem mantinha um contrato take-or-pay de retirada de gás. Daí Williams Co. suspendeu o acesso para aquisição de gás de terceiros fornecedores. Apreciando o caso, uma corte federal distrital de Kansas sustentou que um controlador de um gasoduto de gás natural “had a legitimate business reason for reversing its policy of interim open access ‘given the uncertainty and chaotic conditions in the natural gaz industry at the time and the potential take-or-pay liability it was facing.’”²⁴⁸

152. Importante pelos princípios que lá se estabeleceu, foi o caso MCI.²⁴⁹ A pretensão sustentada por MCI era conectar suas linhas de telefone à rede nacional de telefonia pertencente à AT&T, como forma de competir no mercado de serviço de longa distância. A Suprema Corte estabeleceu que a pretensão

²⁴⁶ Illinois ex rel. Hartigan v. Panhandle Eastern Pipe Line Co., ABA Antitrust L. Dev. 3ª ed., 1992, p. 1064/1065.

²⁴⁷ City of Chanute v. Williams Natural Gas Co., comentado na obra citada, p. 1065.

²⁴⁸ Idem.

²⁴⁹ MCI Communications Corp. v. American Telephone and Telegraph Co [708 F.2d 1081, e 464 US 891, 1983] Ann. Rev. 1992 Antitrust L. Dev., 1993, p. 94)

era técnica e economicamente praticável e que ao recusar a pretendida interconecção AT&T incorreu em ato de monopolização. A Corte aduziu que:

“A monopolist’s refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist’s control of an essential facility (sometimes called a ‘bottleneck’) can extend monopoly power from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on non-discriminatory terms.”²⁵⁰

153. Tendo impedido MCI de fazer a adequada interconecção, AT&T foi acusada de violar a Seção 2 da Lei Sherman. A decisão, em suma, fundou-se em quatro elementos:

- controle da facilidade essencial por um monopolista;
- inabilidade do competidor de efetiva e razoavelmente duplicar a facilidade;
- a negativa de uso da facilidade por um competidor;
- a capacidade de o fornecedor disponibilizar a facilidade.

154. Mais um elemento foi adicionado ao teste da essential facility no caso Aspen:²⁵¹ razoabilidade da justificativa para negar ou condicionar o acesso. Sob certas circunstâncias, um agente com poder de monopólio tem o dever de continuar um plano conjunto de marketing com um concorrente menor, afirmou a Suprema Corte. Na cidade de Aspen, no Colorado, havia quatro montanhas de esqui: três eram exploradas pela empresa maior e uma pela empresa menor. Por longos anos, elas avençaram oferecer um único bilhete que permitia ao visitante acesso aos quatro pontos de esqui. Sem nenhuma razão plausível, um belo dia o agente monopolista resolveu terminar com o esquema.

155. Ao considerar ilegal a decisão de um monopolista em fazer uma importante mudança no caráter do mercado, na ausência de uma justificação comercial razoável, a Corte condenou o comportamento consistente em aumentar os custos potenciais de um rival por um monopolista que se recusa cooperar com um competidor em circunstâncias nas quais alguma cooperação é indispensável para efetiva competição.²⁵² Pela interpretação judicial da sua conduta, o réu (apelante) tencionava reforçar seu poder de monopólio.²⁵³

²⁵⁰ Transcrição reproduzida de [1994] 6 ECLR p. 308, nota de rodapé nº 29.

²⁵¹ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp, 472 US 585 (1985)

²⁵² E. Gelhorn, ob. cit, pp. 147/148.

²⁵³ Segundo esclarece Daniel Glasl, “whereas the Court of Appeals had upheld the defendants’ liability under both the intent and the essential facilities test, the Supreme Court found it not necessary to address the essential facility test, after it had confirmed the de-

156. O caso Aspen, várias vezes invocadas nos tribunais americanos, tem um aspecto peculiar relacionado com o propósito de monopolização avaliado segundo o intent test (teste da intenção).²⁵⁴ A corte de apelação concluiu que a monopolização era um resultado da aplicação do teste da essential facility e da intenção (intent test). A Suprema Corte, satisfeita com o teste da intenção, dispensou o teste da facilidade essencial. Referindo-se ao caso, uma corte federal explicou:²⁵⁵ “the Aspen skiing market had been competitive at one point; when the monopolist ceased cooperating with its competitor, that competition was lost.” Noutro caso em que se rejeitou a aplicação do precedente Aspen, o juiz explicou um princípio daquele precedente:²⁵⁶ “if competitors combine to create a new product, and one of them backs out without legitimate business reasons for doing so, it may violate Sherman Act 2.”

157. A lição que se impõe dessas passagens é que o teste da intenção é aplicado na situação em que existia um vínculo contratual regular entre a firma que controla a facilidade essencial e o concorrente desejoso de acesso. No caso Colgate,²⁵⁷ o teste não foi realizado, i.é., não alcançou resultado positivo, porque a corte não reconheceu que havia um “agreement” prévio.

158. A regra jurídica é que havendo um dever de negociar decorrente de acordo de cooperação ou equivalente, e o monopolista se comporta de modo não compatível com esse dever a intenção de monopolizar fica caracterizada. A falta de vínculo contratual regular foi fundamental para justificar a recusa de fornecimento e, assim, afastar a obrigação de a British Petroleum suprir gasolina a uma cooperativa holandesa na crise de petróleo de 1973, matéria do caso ABG²⁵⁸ que ilustra a experiência europeia.

159. Um crescente número de precedentes relacionados com acesso a serviços, infra-estrutura ou facilidades ilustram a recepção da doutrina sob comento pela política da concorrência da Comissão Europeia que, nos últimos tempos, tem dirigido sua atenção para o assunto, seja comissionando a elaboração de estudos ou expedindo regulamentos que tendem a assegurar a competição e

fendant’s liability under the intent test (a business is free to deal with whomever it pleases, so long as it has ‘no purpose to create or maintain a monopoly’). Loc. cit., p. 308, nota de rodapé nº 24.

²⁵⁴ Ver nota supra.

²⁵⁵ Data General Corp. v. Grumman Systems Support Corp., 36 F. 3d. 1147 (1st Cir. 1994), comentado em Ann. Rev. 1994 Antitrust L. Dev. (1995), pp. 60/61.

²⁵⁶ Smilecare Dental Group v. Delta Dental Plan, loc. cit., pp. 61/62

²⁵⁷ United States v. Colgate & Co. 250 US 300 (1919), comentário de E. Gelhorn, ob. cit., pp. 146 e 323.

²⁵⁸ O caso é comentado por Valentine Korah, *An Introductio Guide to EC Competition Law and Practice*, 5ª ed., 1994, itens 4.3.3.4 e 4.2.4.

evitar possíveis questões subsequentes. O significado da doutrina é o mesmo aplicado pelas cortes americanas. As questões sempre presentes são o “direito de acesso” e a “obrigação de promover acesso” em condições razoáveis e à luz do princípio de não discriminação.²⁵⁹

160. A Comissão pode exigir que um monopolista promova acesso a uma facilidade essencial a outras empresas, em particular a outros concorrentes desejosos de competir em um mercado downstream. Uma facilidade essencial pode ser definida como “uma facilidade ou infra-estrutura, sem cujo acesso os concorrentes não poderão oferecer serviços aos seus clientes.”²⁶⁰

161. De ordinário, uma firma que possui e usa uma facilidade essencial não pode recusar aos seus concorrentes acesso àquela facilidade ou permitir acesso em condições ou termos menos favoráveis reservados aos seus próprios serviços, independentemente de estes serem ou não regulamentados pelo governo. De fato, o monopolista tem que se comportar como se fosse uma autoridade independente capaz de controlar o acesso a uma infra-estrutura. Assim, ‘if an undertaking controlling the access to an essential facility does not make use of that facility and thus prevents the development and marketing of new products and/or services which there is a demand (and for which the access to the facility is necessary), it will normally also be under an obligation to give access to such a facility.’²⁶¹

162. É certo que todo empreendedor, seja ele monopolista ou não, tem o direito de proteger seus interesses comerciais. Esse direito não pode ser exercido arbitrariamente, isto é, tendo como propósito ou resultado excluir (cutt off) um concorrente. Assim, no caso BBI/Boosey & Hawkes a Corte Européia de Justiça (ECJ) estabeleceu que:

“a dominant undertaking, like any other undertaking, was entitled to take measures to protect its legitimate commercial interests but those measures had to be proportionate to the threat it faced.”²⁶²

²⁵⁹ A matéria é longamente tratada por Dirk Van Liedekerke, advogado em Bruxelas, em trabalho apresentado no **Symposium of the European Lawyer’s Union** e publicado na internet sob o título “The Law of information super-highways and multimedia: a new challenge”, Mônaco, 3 May 1996. Ver também Daniel Glasl, *Essential Facilities Doctrine in EC Anti-trust Law: A Contribution to the Current Debate*, [1994] 6 ECLR 306-314; Reihard Whish, *Competitin Law* (1993)

²⁶⁰ Glasl, loc. cit., p. 306.

²⁶¹ Dirk Liedekerde, loc. cit.

²⁶² Whish, ob. cit., p. 616.

163. No caso Sealink a Corte Européia estabeleceu: “the owner of an essential facility which uses its power in one market to strengthen its position on another related market, in particular, by granting its competitors access to that related market on less favourable terms than those of its own services, infringes Articles 86 where a competitive disadvantage is imposed upon its competitor without objective justification.”²⁶³

164. Em setores onde as questões sobre acesso surgem com mais frequência a política da Comissão é emitir regulamentos que disciplinam o assunto de uma maneira geral. Instrumentos de política da concorrência mais ou menos vinculantes²⁶⁴ têm, entre outros, o objetivo de aumentar a segurança jurídica. Conhecendo melhor as regras do jogo, os operadores são encorajados a planejar as suas decisões sobre investimentos e operação de negócios. As regras podem ser impostas, mediante regulamento de iniciativa da autoridade antitruste, ou estabelecidas na forma de auto regulamentação aprovada pela mesma autoridade. Esta prática, sendo um controle em parceria com a iniciativa privada, é mais amigável aos ideais liberais.

165. Duas cautelas com respeito à regulamentação são a obsolescência do regulamento e a possibilidade de pôr uma camisa de força nos comportamentos empresariais - o que pode representar uma restrição indevida à liberdade comercial. Um dos benefícios da regulamentação é, talvez, a formação das chamadas “alianças estratégicas” (strategic alliances), associação de empresas para exploração conjunta de infra-estruturas cuja implantação ordinariamente exigem altos investimentos. Portanto, a regulamentação, com menor ou maior participação da autoridade antitruste, tem um indiscutível papel na redução de custos de transação, induzindo acesso a facilidades essenciais sob condições seguras e transparentes.

Importância da auto regulamentação no pólo

166. Nenhum agrupamento de empresas vive sem regras de comportamentos. O comportamento empresarial é orientado por regras impostas pelo Estado, de preferência minimamente estruturadas, ou geradas pelos próprios agentes reunidos em cooperação. A auto regulação pode tomar a forma de instrumentos contratuais ou regulamentos gerais, que se submetem ao controle preventivo, caso a caso, da autoridade antitruste. Quando não escritas, as regras de comportamentos não têm menor valor, mas perdem de transparência, geram um custo de certificação e dificultam o controle. É fundamental estabele-

²⁶³ Sealink/B&I - Holyhead [1992] 5 CMLR 255, comentário de Whish, ob. cit. p. 618.

²⁶⁴ Certos documentos oficiais de política sem força vinculatória têm de alguma forma um papel orientador.

cer aqui a necessidade da regulamentação escrita e o risco da sua inadequada restrição à liberdade empresarial.

167. Em linhas gerais, a auto regulamentação tem a função de organizar as influências internas à coordenação concorrencial e evitar ou inibir escolhas estratégicas não desejadas, envolvendo sobretudo alocação de matérias-primas e mercado. Quando incompatíveis com os objetivos do pólo como um todo, tais escolhas podem aumentar ineficientemente os custos de transação das unidades integradas de produção. Inerente a esse processo regulador, uma relativa constrição à liberdade empresarial é inevitável em obséquio a uma maior eficiência da cooperação dominante no pólo. Isso pode gerar alegações de recusa concertada de negócio.

168. Restringir para equacionar os interesses concorrentes de associações ou grupos de empresas é um resultado natural da auto regulação que consiste de regras, critérios e procedimentos disciplinares. Saber até onde o regulamento é adequado exige um exame de cada situação. O teste que a jurisprudência americana procura estabelecer focaliza dois aspectos: a adequação da ação coletiva excludente com os objetivos do regulamento; e a existência de relação de competição entre o grupo e a empresa excluída.

169. Ao determinar se as regras, critérios ou ações disciplinares podem resultar ou são responsáveis por recusa concertada de negócio, “courts typically have examined whether the collective action is intended to accomplish a goal justifying self-regulation and, if so, whether the action is reasonably related to the goal. It also has been considered significant that the members actually making the decision to exclude were not economic competitors of the excluded party.”²⁶⁵

170. Sobre o aspecto da adequação da ação coletiva, tem-se emprestado um papel procedimental ao regulamento. A falta de salvaguardas procedimentais (procedural safeguards) não gera uma ilegalidade per se. Um procedimento para exclusão pode variar, de acordo com cada situação. Mas a observância de certo procedimento, antes de se estabelecer a exclusão de uma firma, é um elemento considerado importante pelas cortes inferiores. “In applying the rule of reason, however, lower courts have continued to view the availability of procedural safeguards as important in determining the intent or motive of the defendant or the reasonableness of the restraint.”²⁶⁶

171. Voltando à situação particular do pólo petroquímico, não se pode esperar que a central produza matéria-prima em quantidade superior ao volume que em dado período o mercado demanda. Dessa feita, as empresas integradas têm o interesse de controlar adequadamente a produção da central a fim de

²⁶⁵ ABA Antitrust Law Dev., 3ª ed., (1992) pp. 86/87 e respectiva nota de rodapé nº 481.

²⁶⁶ Ob. cit., pp. 88/89.

proteger os interesses do próprio pólo como um todo. Isto revela um fenômeno econômico que faz do pólo um cartel *sui generis*: combinação para controlar a produção e atender a demanda adequadamente, não com o objetivo de fixar preços, mas como método economicamente racional de conservar os interesses concorrentes de todas as empresas integradas, de modo a desencorajar ou evitar a compra ou conquista arbitrária de mercado downstream que atuaria como fator de desorganização do pólo. Tudo lembra, *mutatis mutandi*, a cooperação entre competidores na indústria de petróleo.

172. No caso *United States v. Standard Oil Co. of California*,²⁶⁷ envolvendo sete companhias de petróleo, discutiu-se a legalidade de um acordo para limitação de produção de petróleo cru, com repercussão nos preços do produto ou de seus derivados. A despeito da aparente ilegalidade, a corte autorizou o acordo sob as seguintes condições que respeitavam os interesses das empresas reunidas em pool:

“providing ... for the control or limitation of production for economic or other reasons from a pool or connected pools in which all of the parties to the agreements are producers or have a proprietary or other financial interest, including, but not limited to unit plans, ratable taking plans, operating agreements, pool MER agreements, well spacing agreements, secondary recovery programs and pressure maintenance programs.”²⁶⁸

173. As condições inscritas nos acordos chancelados pela corte revelavam uma sofisticada estrutura contratual do pólo, que não nos permite uma cabal compreensão. A sigla “MER” significava “maximum efficient rate” de produção diária que seria observada para evitar perdas, conforme as práticas comuns da indústria seguidas por um operador prudente. A orientação judicial foi adiante convertida em lei. Com autorização do Congresso, o presidente passou a limitar a produção de óleo e gás nas concessões federais, conforme “taxa de eficiência máxima” estabelecida pelo Secretário de Energia de acordo com princípios idôneos de engenharia e economia.²⁶⁹

174. A situação não pode ser tomada como um paradigma perfeito. O que há de comum na cooperação do setor petroquímico e na do setor petrolífero é a rigorosa preservação dos interesses de todas as empresas integradas, as quais são induzidas a um regime de auto regulação o que torna imperativa a participação de todas as unidades produtoras na discussão das decisões nos diversos

²⁶⁷ 1959 Trade Cas. (CCH) 69,399 (S.D. Cal. 1959) conforme citação de Charles Renfrew em “Intercompetitor Cooperation in the Petroleum Industry”, pp. 559-557, especialmente p. 567.

²⁶⁸ Cf. Charles Renfrew, loc. cit. p. 567.

²⁶⁹ Idem. Fonte legal citada pelo autor: 42 USC § 6214, mesma página.

níveis de atividades,²⁷⁰ de modo a evitar duplicação dispendiosa e contraproducente de recursos e, assim, assegurar a promoção equilibrada dos vários interesses concorrentes.

175. Como cartel benigno, o pólo somente merece a tolerância e proteção do Estado se as empresas integradas se sujeitarem às conseqüências jurídicas que decorrem da estrutura do pacto de cooperação, sem o qual não haverá segurança de realização das eficiências. Nesta linha de idéia, se desponha extremamente negativo o fato de que as requerentes, ao se juntarem para discutir e decidir sobre a expansão da central, não convidou a Petroquímica Triunfo, como seria de rigor ex vi do pacto de cooperação decorrente da estrutura do Pólo. Convidar a Petroquímica Triunfo S/A para discutir a expansão da COPESUL era crucial para aquela empresa, aproveitando a melhor oportunidade, iniciar o planejamento do seu investimento (antigo projeto da nova fábrica de PEBDL) indispensável à competição. Fechando acesso à mesa de negociação, as requerentes assumiram um comportamento de não cooperação.

176. Vale mais uma vez recorrer à doutrina do caso *Aspen*, em que a Suprema Corte americana pontificou:

“If Aspen stands for any principle that goes beyond its unusual facts, it is that a monopolist may be guilty of monopolisation if it refuses to co-operate with a competitor in circumstances where some co-operation is indispensable to effective competition.”²⁷¹

177. A falta de convite à Petroquímica Triunfo S/A para, cedo, participar, querendo, da discussão da expansão, foi um fato jurídico ou conduta coletiva inequivocamente incomum porque transgrediu o princípio e dever de cooperação²⁷² que governa a vida do Pólo. Inclui-se no escopo desse dever a facilitação do acesso. Não há como separar a participação da discussão sobre a expansão da central da noção de acesso harmonioso às facilidades essenciais internas do pólo.

²⁷⁰ No setor petrolífero, essas atividades podem envolver aquisição de terras, prospeção, produção de petróleo e gás, pesquisa, refino e distribuição dos subprodutos.

²⁷¹ A transcrição é de Daniel Glasl, in [1994] 6 ECLR, p. 308. Não importa discutir agora o contexto do caso *Aspen*. O essencial é resgatar o princípio que se revela ou expressa de várias formas, segundo as circunstâncias.

²⁷² A não observância desse dever é um fato que antecede, por isso mesmo esvazia, a discussão sobre a aparente falta da Triunfo de apresentação das informações solicitadas pela Copesul.

178. A capacidade para excluir por parte do titular da facilidade essencial está associada ao seu poder individual ou coletivo de mercado.²⁷³ Por isso o exame da exclusão, retomado adiante na abordagem da troca de cartas entre a COPESUL e Petroquímica Triunfo S/A, não pode ser concluído sem uma reflexão sobre o sentido da cooperação paralela ou superposta que se formou sob a coordenação dos dois Grupos líderes atuando no Pólo: Odebrecht e Ipiranga.

3.2 Cooperação paralela Odebrecht/Ipiranga - análise das ancillary restraints

179. A modo de parecer, sugeriu-se nos autos a eficiência do acordo entre os grupos líderes Odebrecht e Ipiranga, a qual motivaria um tratamento discriminatório na alocação de matérias-primas, em favor das empresas de segunda geração controladas pelos mesmos Grupos. A associação teria tornado factível a expansão da central de matérias-primas. À Petroquímica Triunfo S/A imputou-se, em termos gerais, a responsabilidade pela falta de integração, daí decorrendo - sugeriu-se - a presumida decisão dela de não investir. Todas essas questões suscitam, na base, um problema de comportamento empresarial.

180. Um estudo do problema escapa do escopo do voto, mas cabe aqui explicitá-lo para tentar responder as questões assinaladas. Para isso, é preciso distinguir a estrutura de cooperação mais ampla do Pólo como um todo da cooperação superposta ou paralela que nele se formou. Parece de rigor mais uma vez esclarecer, como se fez no início, que os acordos de associação dos dois Grupos não são objetos do presente ato de concentração. A referência a essa cooperação paralela é justificada pela necessidade de se responder, adequadamente, as questões discutidas nos autos. Mas se é possível sugerir que a discussão da associação dos Grupos Odebrecht e Ipiranga não é um fato lateral e sim parte do objeto do ato de concentração sob exame, urge trazer à atenção as restrições secundárias ou ancilares (ancillary restraints), decorrentes da mesma associação, as quais podem afetar a vida do Pólo.

O Pólo e a cooperação paralela: duas estruturas e um estrangulamento

181. Não é demais repetir que o Pólo ostenta uma estrutura que define previamente comportamentos econômicos ou empresariais baseados no dever recí-

²⁷³ Vale lembrar a contribuição de E. Gelhorn à definição de poder de mercado: “In economic terms, market power is the ability profitably to raise prices above the competitive level for a sustained period of time. This sweeping definition is too broad to be useful in antitrust, however.” (Ob. cit., p. 94). Na verdade o autor prevê três abordagens de mercado: desempenho, rivalidade e estrutura. Ele sugere que a capacidade de excluir por si já revela poder de mercado, o que dispensaria qualquer esforço para demonstrar esse poder de fato.

proco de cooperação, os quais buscam realizar ganhos de eficiência, conforme afirmam Possas, Fagundes e Pondé:

“a teoria dos custos de transação permite demonstrar que movimentos de integração vertical e práticas contratuais que organizam as interações dos agentes nos mercados não constituem necessariamente tentativas de limitar a concorrência. [...] a presença da especificidade de ativos e do oportunismo faz com que a coordenação da interação entre os agentes por relações mercantis puramente competitivas apresente ineficiências. Daí que o estabelecimento de vínculos de reciprocidade, restrições contratuais a condutas das partes e as iniciativas de integração ou quase-integração ao longo das cadeias produtivas constituam, freqüentemente, inovações institucionais que buscam gerar ganhos de eficiência.”²⁷⁴

182. Refletindo esse recorte teórico, o pólo é formado por um conjunto de indústrias instaladas fisicamente próximas uma das outras. As de segunda geração somente podem ser abastecidas de matérias-primas por uma central que representa a primeira fase do ciclo petroquímico. Vale dizer que a central não foi concebida e implantada senão para abastecer as empresas integrantes do pólo e as empresas de segunda geração não foram instaladas visando ser abastecidas senão pela central do respectivo pólo.

183. Essa realidade quase imutável define o pólo como um cartel eficiente e, portanto, benéfico. Os seus membros podem ter custos e market shares divergentes e diferentes preferências quanto a adequado nível de preços, mas nutrem algum interesse comum que leva a definir algum nível de preços e quantidade produzida. Mais do que isso, o cartel do pólo torna improvável a deflexão. Não se sai do pólo sem grandes perdas, nem o concorrente tem opção de crescimento fora dele. Essa realidade induz naturalmente um comportamento cooperativo das empresas de segunda geração em relação à central e vice-versa.

184. Há uma relativa facilidade de acesso à informação sobre o comportamento do outro, na medida necessária à eficiente utilização dos recursos produtivos. O compartilhamento de informação, que no entanto não chega a caracterizar uma perfeita simetria, envolve os setores de produção, investimento, tecnologia e distribuição. O regime de exclusividade recíproca entre a central e as empresas de segunda geração faz criar um sentimento de que os parceiros “estão todos no mesmo barco.” Isso reduz quase a zero o chamado “risco moral” (moral hazard) dentro do conjunto de empresas, sendo razoável supor

²⁷⁴ “Política antitruste: um enfoque schumpeteriano” [1996] 22 Rev. Dir. Econ. - CADE, pp. 52.

que nenhum membro do Pólo, especialmente a Petroquímica Triunfo S/A, não teria incentivo para trapacear ou agir maliciosamente para realização do seu interesse de lucro. Esta assertiva se impõe pela própria lógica da interdependência ou reciprocidade das prestações, de resto confirmada pelos estudos econômicos.

185. Williamson lembra a observação de Maquiavel de que “os seres humanos têm a propensão a se comportar oportunisticamente.” E adiante ele acrescenta: “the wise prince is one who seeks both to give and receive credible commitments.”²⁷⁵ Isso é próprio da dinâmica do pólo enquanto cartel, onde e em princípio “no single integrated firm enjoys a strategic advantage”, e portanto, “collusion [...] is difficult to effectuate.”²⁷⁶ Ainda Oliver Williamson, “reciprocity can serve to equalize the exposure of the parties”, reduzindo o incentivo à defecção,²⁷⁷ no sentido de que “reciprocal trading supported by separate but concurrent investments in specific assets provides a mutual safeguard.”²⁷⁸

186. Em síntese, a interdependência identificada na estrutura jurídico-econômica do pólo permite uma defesa da neutralidade do risco (risk neutrality defense), seja como premissa ou como abordagem prática, assunto de que se ocupa Williamson no final da sua obra.²⁷⁹

187. Outro autor que estuda o comportamento empresarial é Kreps.²⁸⁰ Na sua discussão sobre oportunismo, Kreps inspirou-se fundamentalmente no mercado de seguros²⁸¹ cujas condições apresentam uma diferença não trivial se comparada com o mercado petroquímico. Contudo, cumpre destacar a sugestão feita pelo autor, no sentido de que, em situações de monopsônio e monopólio bilateral, existe uma certa “bilateral bargaining.”²⁸² Ademais, nas mesmas situações a literatura não oferece “sharp predictions as to what will happen,”²⁸³ observando, como no pólo - dadas as consequências jurídicas das relações empresariais, que os players relativamente sabem sobre cada um, criando-se a expectativa entre eles de que na frustração de acordos todos per-

²⁷⁵ Oliver E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism, Firms, Market, Relational Contracting*, p. 48, The Free Press, 1985

²⁷⁶ Idem, p. 100.

²⁷⁷ Idem, p. 191.

²⁷⁸ Idem, p. 195.

²⁷⁹ Ob. cit., pp. 388 a 390.

²⁸⁰ Kreps, D. A course in Microeconomic Theory, 1990

²⁸¹ Ob. cit., p. 577 et seq.

²⁸² Ob. cit., capítulo 5º.

²⁸³ Ob. cit., p. 551.

dem.²⁸⁴ Isso induz as partes a um comportamento cooperativo. Isso explica, portanto, a estrutura do comportamento empresarial dentro do pólo petroquímico. A questão que se coloca é saber o impacto sobre essa mesma estrutura decorrente de uma segunda estrutura superposta ou paralela.

188. Argumentou-se que os Grupos Odebrecht e Ipiranga que controlam COPESUL (central de matérias-primas) formam uma forte associação contratual e dinâmica,²⁸⁵ que persegue a repartição de lucros e perdas como um dos objetivos da expressão da sua própria função financeira (sic). O que caracteriza a cooperação empresarial é a realização conjunta de algumas atividades em relação às quais se verifica uma uniformidade de comportamentos a caracterizar uma integração vertical parcial e a preservação da autonomia de cada uma das empresas envolvidas, quanto aos aspectos não abrangidos pelo acordo, as quais são consideradas como agentes econômicos distintos. Respeita-se, pois, a diversidade quanto às atividades individuais de produção e comercialização.

189. Observe-se que a formação da cooperação paralela, dentro do Pólo, se deu em período de crise ou de recessão. Essa formação pode sinalizar um movimento de forças econômicas em direção à concentração, ou integração total defensiva. Esse processo de concentração, todavia, deve respeitar a estrutura vigente visto que a estrutura industrial não se transforma abruptamente.²⁸⁶ Pode ser que a evolução da estrutura empresarial do pólo o torne no futuro um bloco totalmente integrado, formando um complexo produtivo com unidade de comando, assim potencialmente mais apto a gerar eficiência produtiva; esta não é a questão, contudo.

²⁸⁴ Vale explicitar que essas conclusões derivadas dos estudos de Williamson e Kreps referem-se a uma estrutura oligopolizada, não cartel. A esse respeito, não se pode esquecer que “the theory of oligopoly - escreve Posner - becomes a special case of the theory of cartels.” Ob. cit., p. 299.

²⁸⁵ Ver os diversos atos associativos sem a participação da Triunfo, referidos no parecer da procuradora-geral do CADE, os quais visavam, entre outras coisas, à aquisição do controle ou participação acionária da central de matérias-primas e à distribuição de matérias-primas segundo o poder de voto na COPESUL.

²⁸⁶ Segundo Daniel Glasl, os setores de telecomunicações, transporte e energia, ainda sob reserva ou controle estatal, não alcançaram avançada liberalização em toda União Europeia. O processo de liberalização em curso obedece a três fases: abolição de direitos exclusivos de produção, estabelecimento de estruturas verticais e limitação adequadamente do acesso de terceiros às redes de transmissão, suprimento ou distribuição. Quanto à fase dois, a orientação da U.E. é promover “greater integration while respecting existing structures.” Loc. cit., pp. 311/312. A mudança estrutural, por envolver a substituição de padrões empresariais, deve ocorrer gradualmente. Esta lição que inspira a política europeia deve ser válida também para o setor petroquímico brasileiro.

Ancillary restraints vs. teoria da interação empresarial

190. Dos argumentos pouco analíticos trazidos aos autos inferem-se três resultados decorrentes da cooperação paralela: eficiência, tratamento discriminatório e viabilidade da expansão da central. Uma rápida discussão desses argumentos sugere que a eficiência transacional seria a única imaginável no contexto; seria essa eficiência que legitimaria o tratamento discriminatório? Essa discriminação teria um duplo resultado: quanto à dispensa da convocação da Triunfo para discutir o projeto de expansão e quanto às condições impostas para assinar pré-contrato de fornecimento de matérias-primas; Ipiranga Petroquímica S/A não teve que apresentar previamente contrato de tecnologia para obter um acordo prévio de fornecimento de matérias-primas. Levando um pouco além essa discussão, é mister considerar as restrições secundárias (ancillary restraints)²⁸⁷ para melhor refletir o impacto da cooperação paralela.

191. A doutrina da restrição acessória ou coadjuvante legitima cláusulas contratuais que restringem a liberdade econômica e consequentemente limitam ou excluem competição. Tais restrições somente são admitidas onde o contrato como um todo serve a uma melhoria da eficiência; as restrições, ademais, não vão além do necessário para atingir o mesmo escopo. Um teste útil para definir acessoriedade da restrição é investigar sobre como seria o “state of competition” se a restrição não existisse.²⁸⁸ Para desenvolver esse teste, são necessários estabelecer os fins e as restrições que se projetam no contexto da cooperação paralela.

192. Embora os seus objetivos não estejam tão claros, a cooperação paralela pode favorecer a simetria de informação sobre produção e comércio, com o objetivo de evitar escassez e superprodução quanto às matérias-primas eteno e propeno e seus derivados no mercado downstream. Esses objetivos já fazem parte da concepção do pólo. Outro objetivo pode ser aumento do poder financeiro dos grupos participantes da cooperação paralela e, consequentemente, do próprio Pólo enquanto organização. Esse poder poderá ser usado positivamente, i.é., para fins de estratégia de investimento. Mais especificamente, ao investir no aumento da capacidade produtiva da central, os dois grupos poderão aportar maior volume de recursos próprios, reduzindo o custo financeiro do investimento.

²⁸⁷ As restrições toleradas, assim válidas, à concorrência são aquelas consideradas indispensáveis ao próprio funcionamento do negócio (da cooperação) ou aptas a garantir os seus resultados positivos; a restrição é secundária em face dos objetivos - melhoria da eficiência.

²⁸⁸ Sobre a gênese e o significado da doutrina da restrição acessória (ancillary restraint), confirmam-se *Antitrust Analysis Under Article 85(1) and (3)*, de Helmuth Schröter (capítulo 27) e sob o mesmo título, por Michel Waelbroeck (capítulo 28) em “1987 Fordham Corp. L. Inst. (B. Hawk ed. 1988).”

193. Os mesmos Grupos, juntos, terão mais facilidade de captação de recursos, via lançamento de ações, necessários à realização de investimentos no Pólo. Na hipótese de contrato de mútuo junto a instituições financeiras para os mesmos fins (investimentos no Pólo), os Grupos poderão gozar de maior facilidade de realização da transação, visto que o poder financeiro expressa também uma capacidade de endividamento. Observe-se que a organização do pólo, em princípio, está apta a gerar todos esses benefícios. Isto é, as empresas de segunda geração poderiam financiar ou garantir o financiamento da expansão da central se para tanto fossem convocadas ou na presença de dificuldades financeiras da COPEL. A hipótese torna mais obscura a necessidade ou justificativa da cooperação paralela, não sendo razoável sugerir ou presumir que a associação dos dois Grupos foi uma condição sine qua non para viabilização da expansão da central.

194. Os motivos empresariais suficientes para excluir ou justificar a recusa de fornecimento ou de negócio têm que ser poderosos, concretos e inequívocos. Parece ilusório ou equivocado presumir que hipotéticos ou potenciais benefícios permitam superar o prejuízo concreto ao Pólo enquanto organização, e particularmente à Petroquímica Triunfo se esta a final não receber, em tempo, eteno adicional para operar sua nova planta.

195. O acordo de acionistas é fonte de uma influência suficientemente forte e capaz de ditar um comportamento ou coordenação concorrencial. A decisão tomada pelos grupos líderes (Ipiranga e Odebrecht) de expandir a capacidade produtiva da central, apropriando-se eles da produção adicional (através das suas empresas OPP Polietilenos, OPP Petroquímica e Ipiranga Petroquímica), mostra que os dois grupos têm efetivamente o poder de limitar a produção de uma quarta empresa integrada, a Petroquímica Triunfo S/A.

196. Os grupos Ipiranga/Odebrecht de fato atuaram de tal modo que o resultado da sua atuação foi a alocação de mercado (downstream) em desfavor da Petroquímica Triunfo S/A que, se não remediado, ficará excluída da produção adicional de eteno. Nesse contexto, a cooperação à parte de Odebrecht/Ipiranga pode aumentar a assimetria informacional - fator de desorganização do Pólo, trazendo, assim, a possibilidade real de criação de dificuldades ao funcionamento dos demais concorrentes não controladas pelos mesmos grupos. Essa possibilidade pode tornar a mesma cooperação paralela incompatível com a concepção do pólo, a menos que os Dois grupos líderes observem alguma salvaguarda fundamental em defesa do Pólo como um todo.

197. Afirmou-se, ainda, que a cooperação paralela é eficiente e sugere que para buscar os seus objetivos se justifica um tratamento discriminatório, no acesso, economicamente, à única fonte disponível de matérias-primas no Pólo. Observe-se que a discriminação referida pode ser considerada, no caso, como elemento suficiente para impedir o acesso de uma empresa de segunda gera-

ção à matéria-prima adicional, dificultando-se-lhe o desenvolvimento no mercado downstream. Com efeito, o tratamento desigual impediu que Petroquímica Triunfo assinasse pré contrato de fornecimento de eteno em tempo hábil, isto é, na mesma época que as empresas dos dois Grupos assinaram idênticos acordos de fornecimento de matérias-primas com COPESUL, em quantidades que teriam comprometido toda expansão.

198. Por ilação, pode-se dizer que esse resultado, na lógica dos argumentos trazidos aos autos, teria sido determinante do sucesso da cooperação paralela. Isso permite extrapolar e estabelecer outra conclusão: o fim da cooperação paralela era criar dificuldade ao funcionamento ou impedir a manutenção no mercado, competitivamente, da Petroquímica Triunfo. O Relator não participa dessa conclusão. Se tal fosse o seu entendimento, ele daria à cooperação paralela o tratamento de infração à ordem concorrencial.

199. Pelo menos é aceitável que na dúvida sobre sua vocação para o abuso, uma estrutura cooperativa deve ser tolerada pelo CADE, que no entanto deve prevenir comportamentos negativos, compelindo os grupos a serem mais transparentes nas relações entre si e com as demais empresas do Pólo. Em outras palavras, suposto que à luz da regra da razão a cooperação paralela se revela amigável ou neutra à concorrência como um valor jurídico na defesa dos mercados, não se pode esperar qualquer comportamento dos dois grupos tendente a empurrar para fora uma unidade de segunda geração.

200. A cooperação paralela poderia até se justificar por eventual sentimento de insegurança gerada em face de um comportamento litigante de algum acionista e ou pouca definição da empresa acionista majoritária da Petroquímica Triunfo - aquela representativa da longa manus do Estado.

201. Querelas acionárias que se arrastam por vários anos podem também ser fontes de disseminação de insegurança e enfraquecimento da confiança entre os membros. Isso tende a aumentar o custo da organização do pólo, dificultando ou desencorajando o investimento produtivo. A cooperação paralela pode até se revelar defensiva em face dessa situação de dificuldade criada por um membro relevante. Tudo isso, todavia, está superestimado, mesmo porque a hipótese de conduta oportunista, mediante manipulação de informação ou ocultação de intenção, é mais provável por parte dos líderes da cooperação paralela, dentro do mesmo Pólo.

202. A esse respeito, há insinuações e até queixas exageradas não suportadas pelas provas dos autos de que a Petroquímica Triunfo S/A, sobretudo na sua administração durante o biênio subsequente à privatização, se tornou uma espécie de troublesome member. Tal alegação não está adequadamente esclarecida; se, por uma lado, não pode ser negligenciada pela análise, essa situação, por outro lado, está exigir uma abordagem mais objetiva.

203. Ainda na avaliação dos objetivos ou pretendidos ganhos da cooperação paralela, tendo como eventuais conseqüências a sugerida legitimação da exclusão da Petroquímica Triunfo S/A, vale destacar as repetidas increpações das requerentes em defesa dos acordos de fornecimento de matérias-primas sob exame: que Petroquímica Triunfo descumpriu compromisso de investimento decorrente da autorização constante do certificado CDI com conseqüente prejuízo para COPESUL; que Petroquímica Triunfo ou um seu acionista em particular contestou ou tentou embaraçar a privatização da COPESUL; e que Petroquímica Triunfo S/A se recusou a se integrar harmoniosamente na oportunidade própria, se recusando a aumentar sua participação no capital da central ou não apresentando informações sobre contratação de tecnologia e outros dados. Mencionou-se, enfim, dificuldades não especificadas ao desenvolvimento da Petroquímica Triunfo S/A que seria resultantes de desinteligência interna.

204. Em parte, essas questões já foram respondidas no item 2.2.3. Quanto à alegação de atitude litigante da Petroquímica Triunfo e de um de acionista seu, que teria tentado atrapalhar o processo de privatização da COPESUL, duas considerações merecem ser feitas. Em princípio, ninguém deve ser penalizado pelo simples fato de fazer uso do direito fundamental de ação,²⁸⁹ ressalvada a litigância de má-fé. Mesmo de boa fé, o litigante pode em hipótese sofrer alguma restrição pela inconveniência da sua atitude pouco colaboradora. Aqui se pode razoavelmente estabelecer que uma tal atitude poderá produzir uma situação de mal-estar capaz de dificultar investimentos ou aumentar os custos destes. De qualquer sorte, há nos autos mera notícia de um único processo judicial²⁹⁰ com pouca idéia do seu escopo, não sendo possível avaliar objetivamente as suas conseqüências em termos de comprometimento dos custos de transação ou atropelia ao investimento produtivo.

205. Observe-se ainda que nos autos o elemento litigância não se desponha de forma transparente como condição de transação ou base de troca. Isso poderia ter sido estabelecido mediante utilização de mecanismo legal adequado. Dentre os instrumentos de salvaguardas, o Pólo poderia ter se valido de um regulamento geral ou de notificação adequada (judicial ou extrajudicial) para prevenir responsabilidade. Isto é, embora o comportamento sistematicamente litigante pode definir uma conduta anti-investimento, uma alegação nesse sentido sem as devidas cautelas pode, inversamente, servir de pretexto para encobrir uma atuação exclusivista. Portanto, ainda que se possa contemplar, por hipótese, o efeito negativo ao investimento gerado por litigância impertinente, custa à autoridade antitruste, agora, levar essa defesa às últimas conse-

²⁸⁹ Expresso sobretudo nos incisos XXXV e LXXIII do art. 5º da CF.

²⁹⁰ F. 2646.

qüências por falta de evidências idôneas de uso abusivo ou inconveniente do direito de ação.

206. A hipótese de dificuldades causadas pela Petroquímica Triunfo é na base improvável, pela sua dependência ao Pólo ou posição economicamente inferior em face do poder dos dois Grupos líderes. Conceda-se que essa dependência poderia ser desprezada pela posição do acionista majoritário que poderia intervir decisivamente para, senão eliminar ou neutralizar, reduzir os efeitos de um hipotético conflito de interesses. Vale, agora, referir-se à posição da Petroquisa, subsidiária da Petrobrás.

207. Como se sabe, Petroquisa detém em torno de 45% do capital da Petroquímica Triunfo, o que faz a primeira acionista majoritária. Petrobrás é monopolista da nafta, matéria-prima básica para produção de olefinicos e aromáticos. Isso significa que Petroquisa, por meio da Petrobrás, possuía e possui o poder econômico suficiente para contornar o problema que agora o CADE tem nas mãos. A propósito, cumpre observar que uma regra de edital, inserta no regulamento da privatização, estabelecia que os acionistas da central, no Pólo, ficavam obrigados a não interromper ou suspender injustamente o suprimento de matérias-primas às empresas de segunda geração.

208. A existência desse preceito era uma boa razão, senão a única, para que o Estado brasileiro mantivesse alguma participação nas empresas integrantes do Pólo que vieram a ser privatizadas. Da discussão que exsurge dos autos é razoável supor que o Estado tem negligenciado²⁹¹ o seu poder de fiscalização, através das suas empresas, apesar de todos os instrumentos de fato e de direito a seu alcance. Isso responde a alegação de dificuldades criadas pela Petroquímica Triunfo e seus acionistas à tomada de decisões no interesse do Pólo. Em outras palavras, a Petroquímica Triunfo S/A poderia usar o poder econômico e jurídico da Petrobrás/Petroquisa para adquirir eteno adicional, ainda que, paradoxalmente, a movimentação legitimamente desse recurso pudesse ser interpretado no sentido de dificultar o funcionamento do Pólo.

209. Chegou-se a insinuar a existência de desinteligência interna, isto é, entre os acionistas da Petroquímica Triunfo S/A. Mas não ficou provado que as questões interna corporis, sobre gestão ou posição acionária dos acionistas, têm se tornado um elemento de dificuldade em negociar com a empresa. Não existe nos autos o menor traço de evidência nesse sentido. O Sr. Rogério, um diretor da COPESUL, afirmou que tanto no plano institucional quanto no plano comercial do dia-a-dia as relações COPESUL/TRIUNFO são nor-

²⁹¹ Expediente nos autos revela uma atitude tímida da Petroquisa. Ver item 47 do Relatório.

mais.²⁹² Isto é o que importa. Uma acusação desabonadora teria que vir acompanhada de fatos e datas, de modo a se avaliar, adequadamente, a dimensão e significado no tempo da pretensa desinteligência, sem o que a alegação se revela espúria.

210. O que importa considerar, do ponto de vista da concorrência, é que Petroquímica Triunfo é uma empresa financeiramente sadia; que sua Diretoria tem envidado todos os esforços a seu alcance para permitir a expansão da produção da empresa; e que esta foi contemplada com o certificado ISO 1997.

211. Também é fato que o Conselho de Administração e Assembléia de Acionistas, à unanimidade, resolveram investir na expansão da empresa, prosseguindo na implementação do respectivo plano de investimento, mas que este ficava dependendo da assinatura de pré contrato de fornecimento de eteno com COPESUL. Preparando-se para esse investimento, a empresa manteve entre 1995 a 1997 o saldo em caixa no volume entre 80 a 100 milhões de reais. Isso evidencia uma determinação consistente, discreta e sensata. Esse fato, ademais, faz prova solene de que a Petroquímica Triunfo jamais fez opção de não investir.

212. Sobre a possibilidade de a Petroquímica Triunfo haver decidido não investir, sequer se pode cogitar de uma decisão política intramuros a respeito. Na concepção do pólo, investir na expansão em sincronização com a central se desdobra como a decisão mais lógica do ponto de vista de uma empresa de segunda geração. Para ela, participar da expansão mediante investimento produtivo é o único meio para manter a competitividade. Ninguém pode esperar o contrário de uma entidade privada que tem o lucro como fim último.

213. Nem mesmo a presença indireta do Estado, como acionista majoritário, pode negar essa assertiva. Como acionista, o Estado é um agente qualquer, que necessária e juridicamente persegue ou deve perseguir objetivos de lucros. Daí, eventual decisão de não investir²⁹³ não pode ser objeto de presunção, mas teria de ser registrada de forma transparente e adequada, i.é, em ata do Conselho Administrativo, para prevenir responsabilidade. Pelo contrário, a

²⁹² O texto gravado da exposição oral do Sr. Rogério, evento processual imprevisto certificado à f.2249, reza: "No relacionamento Copesul/Petroquímica Triunfo tem esta questão institucional e tem a questão comercial do dia-a-dia que é normal." Em outra exposição, o Sr. Cirne Lima disse: "A Copesul não tem nenhuma queixa do comportamento da Triunfo como cliente, sob o ponto de vista de compra de matéria-prima combinada e de seu pagamento."

²⁹³ Embora contra as expectativas, a decisão de não investir poderia ser uma opção, mas isso não pode ser presumido a não ser a partir de inequívocos signos indicadores de conduta nesse sentido. Os indicadores, na prática, apontam em direção oposta. Os dirigentes, obviamente as pessoas com poder decisório, querem o investimento.

intenção de investir está objetivamente mais do que clara: construir sua planta de PEBDL é um pleito antigo da Petroquímica Triunfo, afirmado inequivocamente pela sua Diretoria e perseguida nestes autos e fora dele. Essa assertiva é reforçada pela troca epistolar, a partir do meado de 1995, entre COPE-SUL e TRIUNFO - tópico adiante explorado.

214. No mundo dos negócios, nenhuma promessa é gratuita. Toda promessa vinculativa deve envolver uma escolha racional, um senso de equilíbrio e eficiência.²⁹⁴ Um contrato de longo prazo gera sempre uma alocação de risco e responsabilidade que se submetem às contingências do mercado na sua dinâmica. A troca de informação entre os contratantes é fundamental ao aperfeiçoamento e execução satisfatória dos contratos, os quais, num ambiente de concorrência imperfeita, não dispõem de informação completa sobre a natureza e conseqüências da escolha feita.²⁹⁵

215. Embora submetida a um regime de empresas organizadas num cartel cooperativo, sendo ela própria membro do Pólo, a Petroquímica Triunfo sabia que estava diante de dois Grupos líderes, que formam uma cooperação paralela dotada de músculo econômico suficiente a alijá-la. Isso explica a sua posição cautelosa ou de desconfiança diante da resposta da COPESUL que, discriminando, condicionou a assinatura de acordo de fornecimento adicional de eteno à apresentação de projeto tecnológico e dados de mercado - este já em seu poder. Este é um pormenor da maior importância, envolvendo o tratamento jurídico da liberação de informação no interior do Pólo, isto é, entre as empresas que o integram. Embora essa questão já se ache esvaziada em face da quebra pela COPESUL do dever de cooperação, com a falta de convite à Petroquímica Triunfo para participar da discussão do projeto de ampliação da central, a atenção do Plenário é indispensável para a explicação lógica abaixo oferecida porque Petroquímica Triunfo não cedeu à exigência da COPESUL.

²⁹⁴ Ao definir esses elementos, Robert Cooter escreve: “The economic conception of rational choice is a descriptive tool for understanding purposive behavior; the concept of equilibrium is useful for analyzing social interaction; and the concept of efficiency is useful for evaluating how effectively a law achieves its purpose.” Em *An Economic Theory of Contract*, in “Law and Economics”, p. 212 et seq.

²⁹⁵ Nesse ponto, há uma posição economicamente inferior da Triunfo em relação aos dois Grupos líderes. Se acesso à informação chega a ser uma dificuldade de investimento, os dois Grupos, que obviamente têm um grande volume de informação sobre produção, tecnologia e mercado, são largamente superiores. O desequilíbrio somente desfavorece à Triunfo que somente estaria obrigada a fornecer os dados solicitados num esquema de reciprocidade.

216. Como se sabe, pela literatura antitruste os acordos para troca de informação em mercados oligopolizados sofrem a presunção juris tantum de ilegalidade.²⁹⁶ Isso por si colocaria sob suspeita o acesso unilateral de informação comercial relevante do domínio de um concorrente, como no caso. Admita-se, contudo, que em se tratando de um cartel benigno, o Pólo como um todo se beneficiaria com a disponibilidade de informações tais como condições de mercado, volume de demanda, nível de capacidade industrial e planos de investimentos das empresas integradas.

217. Supondo que tais informações, sem prejuízo de outras, facilitariam a tomada de decisões racionais sobre produção e estratégia de mercado, a liberação, no volume, forma e tempo adequados, somente atenderia ao requisito de legalidade se contemplasse todas as empresas, reciprocamente. Em outras palavras, pode-se afirmar, sem temor de errar, que a literatura antitruste não contempla nenhuma situação de efeitos benéficos no acesso à informação senão na base da troca.²⁹⁷ Equivale dizer que num pólo petroquímico a liberação de informações relevantes à tomada de decisões racionais relacionadas com a expansão da central somente é viável do ponto de vista legal, ou somente cumpre o escopo de neutralidade, se for determinante para todas as empresas como benefício comum, isto é, cada uma tenha acesso às informações da outra, em qualidade, volume, tempo e forma de liberação.

218. Do contrário, a falta de reciprocidade de acesso tende a criar um desequilíbrio entre as empresas concorrentes, abrindo-se espaço - aí sim - a comportamentos oportunistas em favor dos concorrentes controladores da central, via expedientes travessos como do tipo revelado na troca de correspondências entre COPESUL e Petroquímica Triunfo S/A.

3.3 Discussão Triunfo/Copesul: pontos e contrapontos

219. Os principais trechos das correspondências trocadas entre Copesul e Triunfo são apresentados abaixo, desde a primeira solicitação da Triunfo, em

²⁹⁶ A afirmação é de Richard Whish, *Competition Law*, 3ª edição, p. 414 e nota de rodapé nº 20, que se apóia em Sherer e Ross (*Industrial Market Structure and Economic Performance*) e Neale e Goyder (*The Antitrust Law of the USA*). Ainda na obra no primeiro autor, pp. 415 a 420.

²⁹⁷ A troca de informação entre concorrentes equipara-se à movimentação de recursos e integra o conceito de cooperação. A informação detalhada ou específica (não agregada), adquirida diretamente (não através de uma terceira fonte independente) pode ser excepcionalmente trocada quando a cooperação é admitida ou tolerada. Cf. Richard Whish, ob. cit., pp. 412-414; Valentine Korah, *EEC Competition Law and Practice*, 5th. Ed., Sweet & Maxwell, 1994, item 7.2.2, pp. 155/156; *ABA Antitrust Section, Antitrust Law Developments*, 3ª ed., 1992, pp. 933-940.

06/07/95²⁹⁸, até o início da instrução complementar realizada pelo CADE, em 07/04/97.²⁹⁹ Estas cartas são contextualizadas tendo em vista o desenvolvimento das tratativas entre as requerentes e as definições quanto à expansão da central, da Triunfo e das demais requerentes.

1ª Carta da Triunfo (06/07/97)

220. A Triunfo informa à Copesul que o Conselho de Administração da Companhia deliberou sobre a formação de uma comissão “com o objetivo de contatar o representante das acionistas dessa empresa visando gestionar no sentido do fornecimento da matéria-prima necessária ao seu projeto de expansão”. Solicita, ainda, “o mais rápido possível” uma reunião entre as empresas para tratar do assunto.

Resposta da Copesul (14/07/95)

221. A resposta da Copesul³⁰⁰ limita-se ao seguinte texto: “Em atenção a sua correspondência de 6 de julho de 1995, encaminhamos documento em anexo”. O documento anexado é uma lista com o endereço de 15 empresas acionistas da Central.

Contexto

222. A Copesul, juntamente com as demais requerentes, já havia iniciado “estudos conjuntos” relativos à ampliação de suas capacidades deste março/95, conforme consta nos acordos de fornecimento (RP item 49).

223. Estas reuniões conjuntas dificilmente poderiam ter contado com a participação da Triunfo, pois decorriam dos compromissos assumidos pelos grupos controladores da Copesul (Odebrecht e Ipiranga), no acordo de acionistas de 25/08/92 e protocolo de entendimento de 12/04/95.

224. O acordo de acionistas³⁰¹ disciplina que os grupos devem votar conjuntamente a “política de alocação de excedentes de matérias-primas, inclusive no caso de uma eventual expansão da Copesul”. O protocolo de entendimento³⁰² estabelece que “as matérias-primas adicionais da Copesul, garantido do consumo anual e atual das partes... e as eventuais disponibilidades de matérias-primas da REPAP (Refinaria da Petrobrás que fornece a nafta) deverão ser prioritariamente destinadas, em partes iguais, às partes”.

²⁹⁸ Anexo II, f. 44

²⁹⁹ F. 1476

³⁰⁰ Anexo II, f. 41

³⁰¹ F. 1843

³⁰² F. 1859

225. No protocolo de entendimento há uma cláusula de sigilo em que “as partes se comprometem a manter sob o mais absoluto sigilo todas as estipulações constantes do presente Protocolo de Entendimento...”. Esta cláusula de sigilo impõe às empresas não controladoras da central uma situação de forte assimetria informacional e explica porque a própria Petroquisa, acionista da Copesul e da Triunfo, mas não participante do grupo controlador da central, não tenha atuado no sentido de integrar a Triunfo nestas tratativas preliminares.

226. Neste mesmo mês (julho/95) a Copesul recebeu, em 14/07/95, o pedido de 200.000 t/a de eteno da Polietilenos (f. 638), e, em 21/07/95, a solicitação de 200.000 t/a de eteno da Ipiranga. No mês anterior, em 09/06/95, a central já havia recebido³⁰³) os pedidos de 60.000 t/a de eteno de cada uma das empresas (Ipiranga e Polietilenos).

227. Todos estes pedidos destinavam-se ao atendimento das novas plantas projetadas conjuntamente com a expansão da central. As quantidades solicitadas foram integralmente contratadas posteriormente (em agosto/95), e poderiam ser atendidas com base no excedente de eteno existente em 1995 (cerca de 30.000 t/a), quantidade não prevista nos contratos antigos em vigor, mais o adicional propiciado pelas obras de desgargamento (85.000 t/a) e a capacidade da nova planta da Copesul (450.000 t/a).

228. Importante notar que os acordos de fornecimento de eteno encaminhados para a apreciação do Cade tratavam somente de 200.000 t/a da Ipiranga (acordo tardiamente apresentado) e 200.000 t/a da Polietilenos. Estas quantidades não seriam suficientes para atendimento do consumo das plantas projetadas. Conclui-se, portanto, que eventual realocação de suprimento de eteno deve necessariamente levar em conta as quantidades aditadas (60.000 t/a para cada empresa) na medida em que são partes integrantes da estratégia de expansão destas empresas a partir de novas plantas.

229. Outro fato significativo ocorrido neste período foi a assinatura, em 31/07/95, pela Copesul de um protocolo de intenções com a Petrobrás, visando o fornecimento de nafta, sem que a solicitação de uma reunião da Triunfo tivesse sido atendida.

2ª carta da Triunfo (08/08/95)

230. Em nova correspondência³⁰⁴ a Triunfo apresenta congratulações à Copesul pela “recente aprovação de seu projeto de expansão”³⁰⁵. Informa que

³⁰³ Fls. 641 e 644

³⁰⁴ Anexo II, f.36

está retomando o seu projeto de expansão de implantação de uma unidade de PEBDL com capacidade de 130.000 t/a, sendo que os acionistas estariam aguardando “a definição das condições de fornecimento de eteno pela Copesul para sua aprovação”. Encaminha em anexo um resumo informativo do projeto, com previsão de um prazo de implantação de 30 a 36 meses, investimentos totais de US\$ 132 milhões e consumo de 120.000 t/a de eteno. Propõe ainda a realização de uma reunião em nível de diretoria entre as duas empresas para o dia 11/08/95.

Resposta da Copesul (10/08/95)

231. A Copesul informa à Triunfo³⁰⁶ que, por motivo de viagem, não poderá realizar a reunião no dia proposto e sugere a data de 22/08/95. Em 18/08/95, a Copesul comunica novamente à Triunfo³⁰⁷ que igualmente por motivo de viagem de seus diretores, a reunião não poderá ser realizada no dia 22/08/95. Propõe que seja realizada no dia 31/08/95.

Contexto

232. O projeto de expansão da Copesul foi submetido e aprovado pela diretoria e pelo Conselho de Administração da empresa em reuniões realizadas em 04/08/95³⁰⁸ e 08/08/95³⁰⁹, respectivamente. Nestas reuniões foram aprovadas as condições propostas para os protocolos de intenção (acordos de fornecimento de matérias-primas) a serem assinados com as empresas da 2ª geração, ora requerentes. Sabendo do pleito da Petroquímica Triunfo, o Conselho de Administração da Copesul nessa ocasião nada deliberou, limitando-se a tomar conhecimento da correspondência.³¹⁰

233. Em 09/08/95, a Copesul teria assinado os aditamentos aos contratos antigos da Ipiranga e da Polietilenos destinando 60.000 t/a de eteno para cada uma destas empresas.³¹¹ Em 14/08/95 a Copesul informa, através de correspondência à OPP³¹², Polietilenos³¹³ e Ipiranga,³¹⁴ o desejo de firmar um pro-

³⁰⁵ Refere-se provavelmente à aprovação do projeto de expansão pela diretoria da Copesul em 04/08/95 (f. 1833) ou à aprovação do projeto pelo Conselho de Administração da Copesul em reunião realizada no próprio dia 08/08/95 (f. 1834)..

³⁰⁶ Anexo II, f. 35

³⁰⁷ Anexo II, f. 34

³⁰⁸ F. 1833

³⁰⁹ F. 1834

³¹⁰ Ata nº 216 do CA da COPESUL de 8/8/95, f. 041, item 08.

³¹¹ Fls. 2211/2219

³¹² F. 633

³¹³ F. 634

toloco de intenções (acordos de fornecimento de matérias-primas) atendendo as suas solicitações anteriores.

234. Logo a seguir, em 23/08/95, foram assinados os acordos de fornecimentos com a OPP, Polietilenos e Ipiranga. Estes acordos previam assinatura dos contratos definitivos dentro de 1 ano. No entanto, em 29/08/95 e 30/08/95 foram assinados os contratos definitivos com estas mesmas empresas, os quais somente vieram aos autos 2 anos depois por força de diligência do Relator.

235. Portanto, enquanto adiaava sucessivamente reuniões marcadas com a Triunfo, a Copesul assinava acordos, aditamentos e contratos com as demais requerentes, distribuindo integralmente o eteno resultante do desgargalamento (PAT) e da nova planta.

236. A reunião entre diretores da Triunfo e da Copesul foi realizada no dia 31/08/95³¹⁵. Nesta reunião a Copesul confirmou os projetos de ampliação da sua capacidade produtiva de 600.000 t/a para 1.135.000 t/a representados pelo desgargalamento projetado para maio/96 (85.000 t/a) e do projeto de expansão (450.000 t/a) projetado para final de 1999.

237. Informou-se também que toda esta produção adicional já estava comprometida e que o projeto linear da Triunfo não seria contemplado com este aumento de capacidade. Os representantes da Copesul comprometeram-se informalmente a analisar o pleito da Triunfo à nível de Conselheiros e acionistas “visando um pronunciamento com a máxima brevidade”. Aludiram também à possibilidade de uma revisão da capacidade prevista para a expansão, que segundo a Copesul, não teria qualquer impedimento do ponto de vista técnico.

3ª carta da Triunfo (28/09/95)

238. A Triunfo envia carta à Copesul³¹⁶ reportando-se à reunião de 31/08/95, em que foi abordado o pedido de fornecimento de 120.000 t/a de eteno. Demonstrando uma atitude amigável oposta a qualquer traço de litigância,³¹⁷ a Triunfo solicita uma manifestação quanto ao referido pleito. Informa que, transcorrido quase um mês após a reunião, os acionistas “aguardam ansiosa-

³¹⁴ F. 632

³¹⁵ As informações relativas à esta reunião constam na carta de 01/09/95 do Diretor Superintendente da Triunfo dirigido ao Presidente do Conselho de Administração da empresa, juntada aos autos à f. 32 do anexo II.

³¹⁶ Anexo II, f. 31

³¹⁷ Neste momento a administração da Triunfo tinha bons motivos para levar a COPE-SUL à Justiça a fim de garantir o fornecimento de eteno ou ao menos prevenir responsabilidade por eventual embaraço à construção da sua nova planta de PEBDL.

mente a confirmação do fornecimento... para concluírem a avaliação do estudo de viabilidade do projeto.”

Resposta da Copesul (25/10/95)

239. A Copesul³¹⁸ informa que “em seqüência à reunião de 31/08/95” procedeu a uma avaliação do pedido da Triunfo, concluindo ser indispensável que sejam informadas as especificações técnicas e econômicas do projeto de PEDBL. Pondera-se: “assim que nos sejam informadas quais as especificações relativas à tecnologia a ser adotada, e se disponível, as características técnicas do projeto dessa empresa, os meios financeiros para sua viabilização, bem como o cronograma de implantação contemplado, a Copesul ultimarà o exame da consulta formulada por essa empresa”.

240. A Copesul discorre ainda que “em razão das características das matérias-primas que produz e, em especial, dos pesados investimentos que a produção delas requer, a decisão de vir a Copesul fornecer os produtos em volume superior a sua capacidade instalada a seus consumidores está condicionada a um firme e duradouro comprometimento, assumido pela parte do consumidor interessado em tempo hábil e de forma devida...” Nada se exigiu quanto a garantia de fornecimento nem se esclareceu quanto aos termos desse tal comprometimento ou da forma para assumi-lo. A essa altura um empresário atento teria motivos para desconfiar das intenções da central.

5ª carta da Triunfo (01/11/95)

241. Respondendo à carta da Copesul de 25/10/95, a Triunfo³¹⁹ “manifesta inteiro acordo sobre a essencialidade do comprometimento firme e duradouro do fornecimento de 120.000 t/a de eteno entre nossas empresas para viabilizar tanto a expansão da Copesul como a execução de nosso projeto linear”.

242. A carta da Triunfo foi acompanhada de uma minuta de acordo de fornecimento de matéria-prima, “como forma de dirimir por completo quaisquer dúvidas e de progredir na materialização do comprometimento mútuo, a longo prazo”. A Triunfo compromete-se a no prazo máximo de 60 dias após a conclusão das negociações, obter dos acionistas, que aguardam uma posição definitiva sobre fornecimento de eteno, “a competente decisão final sobre o projeto”.

243. Outra reunião para o dia 13/11/95 foi proposta pela Triunfo, visando iniciar as tratativas a respeito do acordo. Manifestou-se ainda o entendimento de que a “celebração do acordo de fornecimento é condição necessária e suficiente para obtenção de garantia mútua indispensável. Outros aspectos, tais

³¹⁸ Anexo II f. 29

³¹⁹ Anexo II, f. 25

como seleção de tecnologia, meios financeiros para a viabilização... etc., não são necessários para a negociação do suprimento de matéria-prima. São assuntos que a nossa empresa definirá, na medida em que o empreendimento venha a ser aprovado”.

Resposta da Copesul (06/11/95)

244. A Copesul³²⁰ reitera a solicitação da carta de 25/10/95 ressaltando que “somente após examinarmos as informações cuja solicitações aqui reiteramos, poderemos decidir, fundados em critérios técnicos inafastáveis, sobre a eventual expansão de nossa produção para atendermos a essa demanda ora formulada”

6ª carta da Triunfo (14/11/95)

245. A Triunfo apresenta³²¹ esclarecimentos preliminares quanto aos pontos solicitados pela Copesul. Quanto à seleção de tecnologia informa que tem à disposição várias alternativas. Isto porque as empresas fornecedoras de tecnologia avançada de polietilenos buscam licenciar as mesmas a terceiros “como forma de propiciar o retorno econômico mínimo indispensável”.

246. A Triunfo acrescentou haver sido procurada “com insistência por essas empresas, tendo mesmo algumas delas chegado a formalizar sua ofertas, em condições bastante atrativas”. Os entendimentos não teriam prosseguido em virtude da demora na definição sobre o fornecimento de eteno. Quanto aos recursos financeiros, informa que os recursos próprios acumulados nos últimos 10 anos e as disponibilidades de órgãos de fomento nacionais e internacionais superam as necessidades da empresa.

247. Quanto ao cronograma de implantação, conclui que se aproxima muito do cronograma da própria Copesul, sendo que da proposta de acordo de fornecimento feita em 01/11/95 consta que o início do fornecimento coincidirá com o início de operação da ampliação da produção de ambas as empresas.

248. Em relação à viabilidade econômica do projeto, a Triunfo informou que estudos realizados “com assessoria de firma especializada de renome internacional concluíram pela atratividade econômica e empresarial, mesmo considerando a implantação de projetos concorrentes. Destacou-se, entretanto, que a garantia de fornecimento é premissa essencial dos estudos e insistiu-se numa manifestação definitiva e urgente para evitar a criação de “fatos consumados”. Propôs-se ainda nova reunião entre as empresas para o dia 27/11/95.

Resposta da Copesul (01/12/95)

³²⁰ Anexo II, f. 23

³²¹ Anexo II, f.21

249. A empresa reitera as solicitações anteriores e esclarece que o novo contexto da indústria petroquímica - em que o planejamento estatal deu lugar à iniciativa privada - “determina à Copesul conhecer, de todos os seus consumidores sem exceção, previamente à formalização de compras futuras, rigorosa demonstração dos planos dessas empresas de segunda geração, onde a demanda por elas esperada tenha sido efetivamente estudada, a tecnologia a ser empregada claramente definida e, de forma inquestionável, demonstrada a disposição dos recursos financeiros indispensáveis.”³²²

7ª carta da Triunfo (03/01/96)

250. A Triunfo³²³ insiste que as informações já prestadas são as disponíveis no momento, e que o que se pretende “é tão-somente a celebração de acordo de fornecimento de matéria-prima que ofereça as condições necessárias para o início de sua efetiva implantação”. Indaga-se ainda “como é possível estabelecer pré-requisitos de definições finais sobre tecnologia, estruturação de recursos financeiros e outros tantos tópicos indicados, para um projeto que depende da disponibilidade de eteno pela Copesul?” Propõe-se uma seqüência de eventos na seguinte ordem:

- etapa 1 - Celebração do acordo de fornecimento de matéria-prima entre as duas empresas;
- etapa 2 - Conclusão, pela Triunfo, das providências para a implantação do projeto, incluindo mas não se limitando a: contratação da tecnologia, contratação dos recursos financeiros, contratação da engenharia básica, etc. A Triunfo estima que esta fase poderá estar concluída em 3 a 4 meses, após a conclusão da etapa 1.
- etapa 3 - Negociação e celebração do contrato de fornecimento definitivo com a Copesul.

Resposta da Copesul (18/01/96)

251. A Copesul³²⁴ insiste nas solicitações anteriores de informações relativas a “prazos, investimentos e tecnologia”. Reproduz os argumentos da carta anterior, que justifica o procedimento adotado pela Copesul com base na reestruturação da indústria petroquímica imposta pela substituição do “planejamento e pela intervenção estatais, por um regime baseado na livre iniciativa e na livre concorrência”.

³²² Anexo II, f. 19

³²³ Anexo II, f. 17

³²⁴ Anexo II, f.15

8ª carta da Triunfo (11/04/96)

252. A Triunfo informa³²⁵ à Copesul as evoluções havidas nas negociações para a contratação de tecnologia. Revela que o grupo de trabalho de tecnologia, liderado pelo gerente de desenvolvimento tecnológico da empresa, realizou visitas a empresas cedentes de tecnologia na América do Norte e na Europa, como a Montell, Union Carbide, Exxon, British Petroleum e Philips, com resultados positivos.

253. Algumas destas empresas ofereceram à Triunfo “a alternativa de opção de compra da tecnologia por prazos de até 18 meses. Esta opção seria transformada em contrato de compra de tecnologia nas condições estabelecidas, após a confirmação da disponibilidade de eteno pela Copesul e aprovação final do projeto”. A Triunfo Insiste que continua aguardando a resposta da Copesul quanto à proposta de realização de uma reunião entre diretores das empresas para dar início à negociações do acordo de fornecimento de matéria-prima.

Resposta da Copesul (10/05/96)

254. A Copesul³²⁶ apenas reafirma “a necessidade inafastável de a Petroquímica Triunfo apresentar todos os dados relativos ao seu projeto de expansão, para que então possa a Copesul vir a se manifestar sobre o fornecimento de eteno”.

Contexto

255. Em 18/04/96 a Ipiranga assina um acordo de licenciamento de tecnologia com a Montell, que permite obter informações preliminares sobre a performance da tecnologia Sherilene para a produção de polietileno.³²⁷

256. A parada para o desgargalamento da Copesul foi realizada durante 35 dias nos meses de maio e junho de 1996, exigindo contingenciamento da oferta de eteno. A Triunfo consumiu apenas 132.900 t, em 1996, uma redução de 6,5% em relação a 1995 (142.100 t). A Ipiranga e a Polietilenos não sofreram qualquer redução na sua cota de eteno em 1996.

257. Em 01/07/96, a diretoria da Triunfo informa ao Conselho de Administração da empresa que “em relação ao fornecimento do eteno para o projeto linear não houve, até o momento, nenhum resultado prático”. Informa ainda que “visando precaver-se de uma possível acusação de abuso de poder econômico a Copesul e as empresas a quem destinou os produtos de sua amplia-

³²⁵ Anexo II, f 13

³²⁶ Anexo II, f.12

³²⁷ F. 1948

ção, ingressaram no Cade com ato de concentração, pedido esse que já mereceu parecer negativo da SEAE do Ministério da Fazenda”

258. Em reunião de 02/07/96, o Conselho de Administração da Triunfo toma as seguintes deliberações: (a) autoriza a contratação de um negociador que atuará, em nome da empresa junto ao governo³²⁸ e aos controladores da Copesul; (b) autoriza a diretoria a realizar gastos necessários à obtenção de maiores informações sobre a tecnologia Exxon e British Petroleum (BP), bem como assinar contrato de reserva com a PB para a manutenção das condições negociadas.; (c) autoriza a Comissão Especial de Acionistas a adotar medidas na esfera administrativa ou judicial, visando resguardar os interesses da empresa, quanto ao suprimento de eteno. Apesar dessa autorização, nenhuma medida judicial foi aviada, o que mais uma vez desautoriza a alegada atitude litigante imputada à Triunfo.

259. Em reunião extraordinária da Assembléia Geral de Acionistas, realizada em 22/08/96, foi aprovado programa de investimento para projeto linear³²⁹, sendo o seu início condicionado à celebração do contrato de fornecimento com a Copesul.

9ª carta da Triunfo (01/10/96)

260. A Triunfo³³⁰ comunica a aprovação do projeto linear pelos acionistas e também informa que as negociações em torno da tecnologia a ser adotada prossegue sem dificuldades. Reitera a necessidade de assinar um acordo de fornecimento de eteno, segundo o cronograma proposto na carta de 03/01/96.

Resposta da Copesul (24/10/96)

261. Copesul insiste que a Triunfo apresente, “primeiramente, todos os dados relativos ao referido projeto linear - aqueles que sucessivamente solicitamos a essa empresa em nossas cartas anteriores - sem os quais não nos é possível manifestar”.

10ª carta da Triunfo (26/03/97)

262. A Triunfo³³¹ informa a constatação de um deficit de 4.000 toneladas de PEBD provocado pelo contingenciamento da oferta de eteno realizado pela Copesul. Solicita então a realização de importações para minimizar as perdas

³²⁸ Observe-se que a Petroquisa, maior acionista da Triunfo, é subsidiária da Petrobrás que tem o monopólio de nafta, matéria básica para produzir eteno. Esta última, se quisesse, tinha como tem poder econômico e de barganha suficiente para resolver o impasse.

³²⁹ Anexo II, f.03

³³⁰ F. 1627

³³¹ F. 1625

resultantes do descompasso entre a previsão de vendas e a estimativa da produção.

11ª carta da Triunfo (04/04/97)

263. A Triunfo comunica³³² a assinatura, em 24/02/97, da carta de intenção com a BP Chemicals relativa ao licenciamento da tecnologia de polietileno linear Innovene. Reitera a informação referente à aprovação do projeto linear pelos órgãos diretores da empresa e solicita uma reunião para o dia 14/04/97 para iniciar negociação do acordo de fornecimento.

Resposta da Copesul (08/01/97)

264. Copesul informa³³³ que, em razão de problemas médicos, a reunião solicitada não poderá ser realizada na data solicitada, e sugere a marcação de uma data posterior a 22/04/97.

Contexto

265. Em 20/01/97 a Triunfo assina acordo de licenciamento de tecnologia com a BP, que ao custo de US\$ 250.000 permite o acesso a informações específicas sobre a tecnologia Innovene para a produção de polietileno linear. Em 07/04/97 tem início a instrução do processo no CADE³³⁴, onde o conselheiro-relator previne as requerentes das responsabilidades decorrentes de eventual rejeição total ou parcial dos contratos pelo CADE.

266. Em suma, COPEL demorou a responder as correspondências da Triunfo, somente o fazendo depois de assinar contratos de matérias-primas com as unidades de produção (2ª geração) ora requerentes. A Triunfo manteve efetivamente o seu interesse pelo seu projeto de expansão. Na evolução das tratativas, houve da sua parte comprometimento, expresso nas negociações de tecnologia, mantendo a COPEL de tudo informada.

266. Vale ponderar que o investimento petroquímico exige demorado processo de negociação. A própria Ipiranga teria começado a discutir seu projeto em 1994 mas somente conseguiu assinar seu contrato de tecnologia dois anos depois. Esse fato, além de revelar um tratamento discriminatório, leva à conclusão de que a COPEL, canalizando a vontade dos Grupos líderes, criou dificuldades para Triunfo, se negando a firmar com esta pré-contrato de fornecimento. Nada sugere que a contratação da tecnologia era condição necessária à assinatura desse pré-contrato. A negativa criou um impasse concreto, gerando para Triunfo incertezas quanto a seu investimento.

³³² F. 1623

³³³ F. 1620

³³⁴ F. 1475

267. A Petroquímica Triunfo S/A tinha diante de si uma situação de insegurança e imprevisibilidade, pois, a julgar pelo paradigma da Ipiranga, ela teria de correr atrás de uma contratação de tecnologia, a um alto custo, quando sabia que o eteno, decorrente do projeto de expansão da central, já havia sido alocado. Um redimensionado da capacidade de expansão da central seria mais impensável.

268. Afirmou-se a modo de parecer que o direito da Petroquímica Triunfo a eteno adicional estaria limitado pela necessidade de análise da viabilidade econômica do seu projeto de expansão, tendo Petroquímica Triunfo deixado de exercitar esse direito quando reiteradamente se negou a fornecer informações solicitadas. Essa afirmação não pode ser considerada fora da dinâmica do pólo.

269. Como é de comezinha sabença, o pólo é uma integração de empresas, que dividem os riscos da produção, investimentos e de mercado. Essa integração é de rigor por motivos de competitividade. Isso é uma premissa universalmente aceita. Ora, ficou claro que as requerentes decidiram e planejaram uma expansão da produção sem a participação da Triunfo, comprometendo todo eteno adicional a ser produzido, o que equivale a repartição de mercado - atividade própria de cartel. Tendo em vista a realidade ou concepção de um pólo petroquímico, é impensável que a central, uma vez decidida uma expansão, pudesse ou possa logo em seguida tratar com outra empresa, individualmente, uma nova expansão. De sorte que, pedir informações sobre tecnologia e mercado, para depois discutir o pleito da Triunfo, era uma atitude aparentemente suspeita por parte da Copesul.

270. No mundo empresarial, as empresas fazem promessas umas às outras, com intenção de se vincularem contratualmente. São sérias somente as promessas dotadas de um significado empresarial, assim aptas à composição de uma barganha ou troca, com seus elementos essenciais (oferta, aceitação e vínculo). A Petroquímica Triunfo sabia que tendo a central acabado de decidir sobre a expansão da sua produção, redimensionar o projeto de ampliação, além de ser um processo demorado, acarretaria altos custos que a empresa teria que arcar sozinha. Ademais, não se pode separar essas duas perspectivas: dimensão do mercado downstream e viabilidade econômica da expansão. Somente dentro dessa lógica se pode atribuir sentido ao pleito da Petroquímica Triunfo.

271. Pela leitura das cartas trocadas entre as empresas, a proposta de negociação da Petroquímica Triunfo, que resultaria em um pré contrato, era esta: COPESUL promete fornecer eteno adicional no futuro; TRIUNFO promete fornecer informações específicas. Assim, seria possível a ambos prosseguirem na busca dos respectivos interesses. A promessa da COPESUL em princípio

não traria nenhum custo. A realização da promessa da Triunfo representaria razoável custo. A promessa da COPESUL oferecia à Triunfo uma expectativa de compensação desse custo. Esse esquema que se adapta à estrutura de cooperação presente no Pólo, se revelava razoável do ponto de vista da equivalência de prestação ou de troca também inerente ao Pólo e geraria confiança mútua, objetivamente apreendido pelo encontro de vontades.

272. Na sua resposta, a COPESUL não dispunha de nenhuma proposta de troca, pois o então recente comprometimento com as outras empresas de segunda geração a impedia de assumir outros compromissos com a Petroquímica Triunfo. Para COPESUL atender ao pleito da TRIUNFO suscitava na base um problema de escala e de mercado. Por isso sua resposta seguia o seguinte esquema: não sento à mesa para negociar antes de Triunfo apresentar informações específicas.

273. Do ponto de vista do comportamento empresarial, a Petroquímica Triunfo teria que ser mesmo cautelosa. Além de não inspirar confiança, o esquema de negócio da COPESUL era totalmente desequilibrado, pois levava Triunfo a incorrer em custos para apresentar informações específicas sem nenhuma troca e garantia de ver esses custos compensados. O que era pior, Triunfo que dependia da Copesul não via seu projeto progredir; condição sine qua non para isso era participar da própria expansão já decidida e em vias de se implantar.

274. O esquema COPESUL provoca um desequilíbrio na prestação, nega a relação de cooperação presente no Pólo e cria um ambiente de insegurança. Na apresentação das informações específicas por parte da Triunfo haveria um custo material agravado por um custo ou risco moral, o que afastaria a perspectiva de equilíbrio ou compensação dos interesses revelado no jogo ou “troca-troca” das cartas.

275. Em suma, não há dúvida que, no caso, as requerentes, sob a coordenação dos Grupos Odebrecht e Ipiranga e gozando da posição de monopolista, controlam a infra-estrutura essencial à produção de matérias-primas, particularmente de eteno. Essa infra-estrutura ou facilidade é composta pelo cracker e tubovias que ligam a central e as empresas de segunda geração, sendo esses recursos físicos responsáveis pelo fluxo de produtos e utilidades necessárias à sobrevivência das últimas. É inconteste que Petroquímica Triunfo S/A não possui capacidade para duplicar economicamente a mesma infra-estrutura. O acesso à tal infra-estrutura, no Pólo, não somente é crucial como viável.

276. Ademais, o resultado do comportamento das requerentes foi o estrangulamento de uma concorrente, Petroquímica Triunfo S/A, que é uma unidade produtiva totalmente dependente do Pólo. Esse estrangulamento consiste na imposição de dificuldades ao desenvolvimento de um player, que precisa manter-se tecnologicamente atualizado para conquistar mercado

competitivamente e atender a sua clientela, sobretudo de pequenos transformadores. Isso decorreu também de um tratamento discriminatório. A discriminação injustificada tomou corpo a partir da falta de convocação da Triunfo para tomar parte na discussão sobre o projeto de expansão da central, bem assim pela conduta da COPESUL de condicionar a assinatura de acordo de fornecimento de eteno à apresentação, pela Triunfo, contrato de tecnologia e dados estratégicos de mercado. A apresentação prévia de contrato de tecnologia, por exemplo, não fora feita à Petroquímica Ipiranga S/A.

277. Não há responsabilidade jurídica imputável à Petroquímica Triunfo S/A pela não apresentação daquelas informações. A lógica desse comportamento está de resto explicado pela teoria microeconômica da interação empresarial. De conseqüência, não resulta plausível, jurídica ou economicamente, o estabelecimento de condições facilitadas às OPP Polietilenos, OPP Petroquímica e Ipiranga, em detrimento da Petroquímica Triunfo S/A. Mais do que questionável, o pretendido *discrímen* é afrontoso a base negocial que, justificada por razões de escala e eficiência econômica, governa as relações empresariais no Pólo.

278. Por fim, impedir o desenvolvimento ou a competição da Petroquímica Triunfo S/A, como condição *sine qua non* para justificar a cooperação paralela e superposta dos Grupos Odebrecht e Ipiranga ou justificar o resultado da atuação desses grupos líderes, não é compatível com o direito da concorrência na medida que destrói a lógica e dinâmica do Pólo.

279. O resultado dessa atuação está expresso pela alocação de matérias-primas e reforço de posição no mercado downstream em favor das requerentes e gerando adversidades a uma concorrente (Petroquímica Triunfo S/A) - parte de um vínculo jurídico que, sendo prévio, duradouro e revelador de razoabilidade econômico, deve ser respeitado.

280. A conclusão razoável que se impõe é que o mercado downstream poderá ser atendido sem prejudicar a competição de um concorrente economicamente dependente da central. Para planejar adequada e sincronizadamente, aproveitando-se a melhor oportunidade para reduzir custos e buscar escala, todas as empresas de segunda geração interessadas têm que participar da discussão de ampliação da capacidade de produção da central. Numa atitude contrária ao seu dever de cooperação, a COPESUL deixou de firmar pré contrato de fornecimento de eteno previamente à apresentação de contrato de tecnologia, como fizera com a Ipiranga, sem nenhum custo.

281. Presa à sua fornecedora cativa, Petroquímica Triunfo S/A foi submetida a um processo kafkiano, tentando obter eteno para poder operar uma planta de polietileno linear. Numa disputa administrativa sem perspectiva de repouso,

ela foi interceptada por um mecanismo ruinoso ao seu desenvolvimento. A sua única falta foi querer participar do controle da central³³⁵ para, no futuro, ter assegurado matéria-prima. Ao cabo da exposição, o sentimento é que a razão pode muito pouco contra o domínio dos grupos controladores.³³⁶

4. Prevenção dos Efeitos Adversos à Ordem Econômica

4.1 Efeitos adversos à ordem econômica

282. Os acordos trazidos à apreciação do CADE representam uma estratégia de alocação de matérias-primas. Essa estratégia, no que concerne ao fornecimento de eteno, é potencialmente anticoncorrencial.³³⁷ As consequências adversas à concorrência e à eficiência econômica resultantes do plano de distribuição de eteno adotado pelas requerentes podem ser percebidas em três níveis:

- mercados relevantes de PEBDL e PEAD
- mercado de eteno;
- ambiente externo (mercado petroquímico brasileiro e no Mercosul)

Redução da competição nos mercados PEBDL/PEAD

283. Nos mercados de PEDBL e PEAD, a estratégia de expansão adotada resultará no enfraquecimento da posição relativa da Triunfo, redundando na negação do sentido de integração do PPS ao não distribuir equitativamente os benefícios da operação entre todas as empresas participantes do Pólo enquanto empreendimento comum. O resultado é inverso ao previsto no art. 54 § 1º inciso III da Lei 8.884/94.

284. A conseqüente ampliação das fatias de mercado ocupadas pelas empresas que implementarão projetos de expansão - inclusive Polietilenos e Ipiranga - deverá afetar negativamente o comportamento dos preços dos produtos, determinando a imposição de perdas ao consumidor na medida em que se reduz o vigor concorrencial nos mercados relevantes.

285. As perdas ao consumidor deverão se manifestar de imediato de duas formas: de um lado, através da impossibilidade da clientela da Triunfo - em grande parte composta de pequenas empresas transformadoras - de se benefi-

³³⁵ Ver ação judicial ajuizada em 1992 e ainda pendente de instrução contra COPESUL.

³³⁶ Um mês depois da entrada do requerimento das requerentes, para apreciação pelo CADE dos acordos de fornecimento, Petroquímica Triunfo ingressou com uma queixa junto à SDE/MJ contra a sua exclusão da expansão do Pólo. Ao titular da SDE/MJ cabia tomar as providências de ofício, investigando adequadamente a situação. Isso jamais foi feito. É caso até de apuração de responsabilidade.

³³⁷ Ver RP, itens 148 a 155 - fls. 2309/2310.

ciarem da relação já existente com a empresa (que possui rede própria de distribuição e de assistência técnica) no mercado emergente de polietileno linear, e de outro lado, através do efeito altista sobre preços provocado pelo deslocamento da oferta de um player potencial neste mercado. A esse respeito, vale considerar que o setor tende responder a uma crescente integração vertical e escala. A leitura dessa tendência é uma ampliação das barreiras à entrada. Isso reforça o diagnóstico de que o estrangulamento da Triunfo certamente possibilitará movimentos de elevação de preços devido à redução do vigor concorrencial no mercado de polietileno.

Perda de eficiência no mercado de eteno

286. No mercado de eteno, cuja extensão geográfica circunscreve-se ao próprio PPS, a opção de realizar uma expansão de apenas 450.000 ton/ano implicou, a princípio, uma perda de eficiência traduzida nos ganhos de escala que seriam frutos de um maior dimensionamento da planta da central. O efeito é inverso ao previsto no art. 54 § 1º inciso II da Lei 8.884/94.

287. A demanda adicional da Triunfo já era fato conhecido antes mesmo da privatização. A perspectiva de atender à essa demanda justificaria um projeto de ampliação da central de 520.000 ton/ano. Não existe nos autos nenhuma indicação comparativa que permita concluir que o processo de negociação entre COPEsul e Triunfo geraria custos superiores à transação entre COPEsul e as demais empresas do Pólo.

288. Embora as requerentes tenham assegurado à Triunfo, em reunião realizada em 31/08/97 que o redimensionamento da capacidade produtiva do projeto seria tecnicamente viável,³³⁸ a sua realização teria exigido um complexo processo de renegociação de contratos (com empresa cedente de tecnologia, com órgãos financiadores, com a Petrobrás, etc.).

289. Pode-se, ainda, argüir sobre a lógica que envolveu a escolha da capacidade produtiva de eteno, na medida em que estimativas elaboradas com base na capacidade nominal de consumo de eteno das plantas indicam que a Cope-sul poderá incorrer em excedentes da ordem de 50.000 ton/ano³³⁹. A ocorrên-

³³⁸ Ver itens 40 e 49 do Relatório e item 112 do RP. A admissão pelas requerentes do redimensionamento do projeto da COPEsul para contemplar a Triunfo é a prova mais do que suficiente de que a dificuldade de desenvolvimento ou estrangulamento desta empresa não era crucial à viabilidade da expansão da central. Os custos inconvenientes do redimensionamento teriam sido evitados se na oportunidade adequada Triunfo tivesse sido admitida na discussão sobre o projeto de ampliação do Pólo.

³³⁹ Ver abaixo quadro demonstrativo da divergência entre as quantidades contratadas e a soma da capacidade de consumo de eteno para o ano 2000 das novas plantas.

cia deste nível de produção de eteno sem a previsão de uma demanda firme³⁴⁰ significará um forte desincentivo a incrementos de produtividade. Evidentemente serão menores os esforços gerenciais visando à otimização das plantas e será mais remota a implantação do primeiro desgargalamento da nova unidade, em face da inexistência de uma adequada pressão de demanda. Isso na medida em que se desconsidera a demanda da Triunfo e se inviabiliza o seu projeto de expansão.

Efeitos externos - agravamento da limitação da concorrência

290. Num plano mais abrangente, sem o devido corretivo o procedimento oneroso poderá agravar a limitação da concorrência (efeito anti-investimento) sobre todo o mercado petroquímico brasileiro e do MERCOSUL. Isto também se aplica em outros mercados com características produtivas similares ao petroquímico, nos quais o fornecimento de matérias-primas seja controlado por um grupo monopolista e o acesso à fonte de suprimento seja essencial à competição

291. A análise indica sem sofismas, ainda, que a estratégia de expansão adotada no PPS:

- não promove a efetiva concorrência entre todas as empresas do pólo na medida que aloca de maneira discriminatória matérias-primas e tende a estabelecer como princípio a circulação de informação sobre investimento e mercado sem reciprocidade;
- não facilita a entrada de novos concorrentes, posto que nenhum grupo empresarial externo, seja nacional ou estrangeiro, poderá aproveitar qualquer oportunidade de investimento no Pólo, sobretudo a que se desponha com a esperada venda da participação acionária da Petroquisa na Triunfo, na presença de uma estratégia de destinação de matérias-primas obscura;
- não facilita o desenvolvimento industrial de um player importante do Pólo (Triunfo), mas tende a provocar, ao contrário, o estrangulamento da sua capacidade de crescimento.

292. A ampliação das fatias de mercado das empresas Polietilenos e Ipiranga às custas do estrangulamento da Petroquímica Triunfo, se não corrigida a política de distribuição de eteno da central, determinará uma agressão ao di-

³⁴⁰ Considerando que (a) os contratos de fornecimento prevêm uma flexibilidade de consumo de até 60% da quantidade máxima contratada; (b) dificilmente as plantas da 2ª geração deverão operar a 100% da capacidade nos primeiros 5 anos após a partida, principalmente em face da entrada de novos ofertantes no mercado de polietileno a partir do ano 2000; (c) as quantidades máximas contratadas estão acima da capacidade de consumo; é bastante provável que ocorram excedentes superiores a 50.000 ton/ano.

reito da concorrência que não tolera a conquista de mercado de modo arbitrário e não resultante de maior eficiência dos agentes.

293. A disseminação de uma “cultura da concorrência” que garanta a investidores, inclusive estrangeiros, regras concorrenciais amplamente aceitas e praticadas pelos agentes econômicos depende da criação de um ambiente institucional propício e do estabelecimento de uma jurisprudência adequada e compreensível.

294. Ao apreciar a estratégia expansionista das requerentes e respectivos grupos controladores, o CADE terá a oportunidade de consolidar sua linha de firme defesa da concorrência e de produzir no seio da comunidade empresarial orientação e incentivo necessários à implementação de estratégias de investimentos no setor petroquímico e afins.

295. Não há debaixo do Sol nenhum motivo superior capaz de compensar os efeitos potencialmente adversos à ordem econômica aqui identificados. O estrangulamento da Petroquímica Triunfo não pode ser considerado uma restrição secundária ou ancilar, visto que a não participação da expansão do Pólo não era condição sine qua non à viabilidade do projeto.

4.2 Providências restauradoras: pressupostos e cenários

296. O tema sobre o papel do Estado no domínio econômico tem suscitado conotações de cunho ideológico pouco claras, discutidas pelas chamadas teoria tradicionalista, teoria liberal e teoria administrativista.³⁴¹ O assunto é sempre lembrado no momento em que a autoridade antitruste tem que aviar uma decisão para, nos limites do poder de controle ou regulamentar, se desincumbir de um mandato legal. Se a autoridade goza desse poder, a discussão do colorido ideológico que o inspira é contraproducente.

297. O fundamental é a consciência do limite da atuação do Estado, diante da relatividade da liberdade da iniciativa privada, para prevenir ou reprimir um comportamento empresarial abusivo. No caso, as medidas impostas abaixo não devem ser interpretadas como dirigismo estatal. Visando impedir a consumação de condutas abusivas, elas permitirão assegurar as eficiências que, na prática e conceitualmente, o Pólo visa realizar.

298. No Pólo, a eficiência pode ser afetada pelo menos por dois elementos: custos transacionais e alocação de matérias-primas. A previsibilidade dos

³⁴¹ As três teorias atribuem diferenças ênfases à atuação do Estado: teoria tradicionalista se concentra no binômio concorrência vs. Concentração; a teoria liberal se concentra na dicotomia eficiência vs. Conduta; e a teoria administrativista privilegia o binômio intervenção vs. desempenho. Um resumo útil encontra-se no artigo de J. Franceschini e Edgar Pereira, As eficiências econômicas sob o prisma jurídico, Rev. Dir. Econ/CADE nº 23, pp. 25-37.

comportamentos empresariais pode ser alcançada mediante a imposição de medidas preventivas, claras e transparentes, fundadas em critérios economicamente racionais e na boa fé. O resultado é a redução dos custos de transação. Quanto a matérias-primas, poder-se-ia argumentar que eventual alocação de uma para outras empresas resultaria na apropriação pelas últimas de eventual perda de eficiência sofrida pela primeira, desencorajando uma medida tendente a realocação de eteno. Isto não procede por dois motivos.

299. O equilíbrio na alocação de matérias-primas é necessário para inibir algum comportamento oportunista futuro com reflexo negativo dentro do Pólo, enquanto cartel benigno. A transferência não consentida de ganhos de uma para outras empresas, dentro do Pólo, se não a curto, mas a médio ou longo prazo, termina criando um problema de competitividade. Tudo sugere, também, que a competitividade possível das empresas do Pólo pode ser mantida sem a necessidade de desequilibrar a política de alocação de matérias-primas. Como motivação adicional, a transferência não consentida de ganhos ou conquista arbitrária de mercado termina gerando um ciclo viciado pela desconfiança que, alimentando oportunismo, tende a agravar os custos de transação.

300. Resta saber até onde as providências são excessivas. Elas são adequadas pela pertinência com a natureza do potencial abusivo que pretendem prevenir. Elas são no tamanho apropriado, no sentido de que não geram excessivo ônus às requerentes, refletem igualmente no desempenho de todas as empresas do Pólo e não embarçam a operação do capital produtivo lá investido. As medidas restauradoras, enfim, não restringem desnecessariamente a liberdade empresarial ou os interesses legítimos das requerentes. Em obséquio a esses interesses, a autoridade antitruste tem o dever de oferecer o melhor do seu esforço que não exclui a falibilidade do Estado.

301. Num contexto de relações negociais duradouras e de interdependência, as empresas do Pólo, gozando de uma liberdade privada para organizar a produção, tendem a criar regras de comportamentos para elas próprias. Bem ao gosto da ordem liberal, os agentes econômicos, melhor do que ninguém, conhecem as suas necessidades e podem estabelecer a equação ótima dos seus interesses. Isso não significa necessariamente a garantia da realização do interesse público.³⁴² Mas onde as empresas se mostram incapazes de equilibrar os seus interesses legitimamente e igualmente de realizar o interesse público, o Estado tem um bom motivo para intervir. Não há como ser diferente.

302. Se a intervenção do Estado é passível de falha, pela assimetria de informação ou pelo simples motivo de que a autoridade não pode reivindicar

³⁴² O mercado não se alinha automaticamente. Essa verdade elementar determinou historicamente a falência do Estado *laissez-faire*.

para si o monopólio da virtude da razão, todos hão de conviver com esse espectro que, pelo menos em parte, pode ser uma projeção das conseqüências das falhas dos comportamentos privados, em cima das quais o Estado é chamado a operar.³⁴³

303. A possibilidade de falha de Estado não deve inibir a intervenção possível ou adequada, necessária para coibir os abusos do monopolista ou prevenir as infrações à ordem econômica. Exatamente por se reconhecer essa possibilidade é que se institucionalizam as salvaguardas.³⁴⁴ A idéia de falha coloca a Administração no dever de corrigir.³⁴⁵

304. Os compromissos tomados pelo CADE nos atos de concentração são passíveis de alteração, atendendo à promoção das requerentes. A modificação é ditada por circunstâncias específicas, devidamente comprovadas, das quais decorra excessiva onerosidade ou inviabilidade da prestação por razões técnicas ou econômicas,³⁴⁶ sem prejuízo da responsabilidade civil pelos danos causados a terceiros. Portanto, a obrigação poderá ser modificada por motivos razoáveis, não incluído aí o fato consumado. Se eventualmente a viabilidade do cumprimento de uma obrigação de fazer encorpada na decisão do CADE como título extrajudicial desaparece no tempo pelo fato consumado, a decisão não perde sua força de documento idôneo à reivindicação de dano privado. Isso responde ao argumento de falha de Estado por omissão ou excesso.

³⁴³ A situação faz lembrar a discussão da Lei do Divórcio. Prestes a ser convertido em lei, o projeto era objeto de críticas. Reproduzindo os argumentos da Igreja, alguns juristas comentavam que o Congresso estava contribuindo para a fragmentação das famílias. Ao que outros intelectuais respondiam: a Lei do Divórcio seria uma resposta do Estado aos problemas sociais que afetavam as famílias. Ao Estado apenas tocava a disciplina das conseqüências desses problemas que eram anteriores à Lei. Esta, portanto, não era uma falha do Estado, mas uma disciplina da projeção da falha do próprio tecido social. As mazelas do sistema penal tem também suscitado argumentos de falha de Estado. Diz-se que o sistema carcerário não reeduca o criminoso. Se a política penitenciária é ou não um mal necessário, certo é que o temor da falha de Estado, na privação da liberdade de um cidadão, jamais encorajou os políticos ou cientistas sociais a defenderem o fechamento das penitenciárias.

³⁴⁴ O processo de negociação ou barganha que tem lugar antes da decisão da agência e a revisão do termo de compromisso incluem-se entre os mecanismos de salvaguardas.

³⁴⁵ O CADE é Administração, não um tribunal judicial. É elementar em direito que a administração pode rever os seus atos. Mais do que uma assertiva, a tese virou súmula do Supremo Tribunal Federal. É certo que o poder de revisão dos próprios atos não é amplo, mas isso não torna a tese menos importante.

³⁴⁶ Artigos 53 § 3º e 58 § 3º da Lei 8.884/94, c.c. artigos 116 e 1.091 do Código Civil.

305. Diante de tais fundamentos, considero os dois conjuntos de medidas cumulativas abaixo especificadas, necessárias para prevenir e reverter os efeitos adversos à ordem econômica:

- medidas preventivas de correção da atual política de suprimento de matérias-primas, de modo a induzir um comportamento cooperativo, transparente e duradouro no Pólo Petroquímico do Sul; e
- suprimento adicional de eteno (medida reparadora), nas bases a serem apresentadas pela COPE SUL, necessário à operação, a partir do 25º mês a contar do mês subsequente à assinatura do respectivo contrato ou promessa, de uma planta de PEBDL com capacidade nominal de produção de 130.000 t/a, a ser construída pela Petroquímica Triunfo S/A.

Política de suprimento de matérias primas - medidas preventivas

306. A impressão dos observadores, técnicos com experiência no planejamento do setor petroquímico, é de que nunca houve no mesmo setor tantas incertezas. A insegurança não é causada por motivos tecnológicos, mas por motivos transacionais. As dificuldades de transação podem refletir uma política privada de má organização do poder de mercado, responsável por uma disfunção setorial marcada pela imprevisibilidade e desarticulação. O presente caso pode ser uma prova disso.

307. Sem a adequada interação empresarial entre a primeira e segunda geração o Pólo corre o risco de perder sua capacidade competitiva. A inconveniência e perturbação pela incerteza, insegurança e imprevisibilidade, no pólo petroquímico, assumem um ar tão dramático aos olhos do investidor e do interesse público a ponto de que um conjunto de medidas preventivas deva levar segurança aos investidores.

308. A transparência das regras do jogo entre os agentes envolvidos é uma espécie de *priceless coin*: buscá-la é uma virtude que deve ser animada e aplaudida para melhor performance do pólo e do investimento produtivo. Assim, na falta de um auto regulamento adequado,³⁴⁷ parece de rigor que o CADE estabeleça condições que impeçam a geração de resultados anticoncorrenciais decorrentes da política de suprimento vigente no Pólo.

309. O princípio básico é a racionalização e harmonia industrial, de modo a reduzir os custos de transação e encorajar a eficiência e competitividade do

³⁴⁷ Um auto regulamento é por si restritivo e por isso deve ser submetido ao CADE desde que preenchidos os requisitos do art. 54 § 3º da Lei 8884/94. Do lado da agência antitruste, um auto regulamento permitirá à autoridade atuar seletivamente quanto àquelas atividades ou operações cuja formatação estaria orientada por regras gerais já aprovadas. Daí tais operações, no futuro, suscitariam menor preocupação e, por conseguinte, poderiam ter sua apreciação dispensada, reduzindo o custo da intervenção.

Pólo como um todo, sem prejuízo das estratégias de mercado individualmente estabelecida por cada indústria. As condições restritivas devem contribuir para estruturar uma relação empresarial duradoura ou de longo prazo, como convém a um pólo petroquímico, estabelecer expectativas comuns e alocar custos e benefícios nas situações que exigem decisão sobre investimentos. Os objetivos, portanto, são facilitar a assunção de “credible commitments.”

310. Para a agência, o custo para monitorar o cumprimento das condições restritivas é zero. Cada unidade industrial integrada é parte interessada na fiscalização. Isto é, cada empresa de segunda geração é um fiscal em potencial da observância pela central das medidas corretivas como parte da decisão do CADE.

311. Integrando o presente voto para todos os efeitos, o Anexo I define as medidas corretivas mínimas necessárias à prevenção de comportamentos anti-concorrenciais. Essas medidas estão divididas em quatro seções: política de alocação de matérias-primas, acesso às facilidades ou utilidades, compartilhamento de informações e resolução de disputas.

Política de alocação de matérias-primas

312. Nos setores que exigem alta inversão de capital, há uma tendência de integração a fim de diluir os riscos do empreendimento. As empresas mais interessadas em participar desses riscos são aquelas que atuam no mercado downstream. Pode parecer natural, que elas queiram dividir entre si a matéria-prima produzida pela central no mercado upstream. O critério mais imediato da divisão é a participação no capital da companhia produtora da matéria-prima, seguindo a lógica de que os primeiros a assumir os riscos ou os ônus devem ser os primeiros a usufruir dos bônus. Essa lógica pode até ser mais ou menos aceitável, dependendo das condições de mercado, da natureza da integração e da fase (pioneira) da organização da indústria.

313. Se receber matérias-primas segundo a participação acionária era uma expectativa por parte daqueles que cedo assumiram os riscos do investimento, parece razoável sugerir que o critério é pró-investimento. Mais isso não é tudo. Levado às suas últimas consequências, o critério da participação acionária pode levar a uma cartelização ruinosa, excluindo outras empresas que, embora não tendo participado dos investimentos iniciais, têm um papel de estimular a concorrência. E se receber matérias-primas daquela fonte integrada é a única maneira economicamente viável para as mesmas empresas minoritárias ou seu nenhum poder de voto competir, seria contra as regras da concorrência excluí-las.

314. No caso do Pólo Petroquímico do Sul, as condições são bem peculiares, como se viu ao longo do voto. A Petroquímica Triunfo S/A integra o Pólo,

detendo menos de 1% do capital da COPESUL. Nessa circunstância, o critério da participação acionária literalmente determina a sua exclusão. Esta situação presente é o que importa. Aqui, nem o passado nem o futuro são relevantes, a não ser para compreensão do presente.

315. Ainda que o critério da participação acionária encorajasse o fortalecimento de uma integração ou mesmo concentração pró-concorrencial, pela maximização de escala e eficiência baseada num comando único, isto não justificaria a exclusão de um agente, *praeter expectationem*, que está sujeito a um modelo de organização industrial que não pode ser substituído senão gradualmente.

316. Para evitar fraude, qualquer empresa de 2ª geração com volume de retirada de matéria-prima inferior ao volume alocado a uma outra empresa, que possui igual capacidade nominal de produção, terá legítimo interesse para reivindicar ajustamento de contrato.

317. O acesso justo à matéria-prima passa também pela discussão conjunta³⁴⁸ e prévia sobre a distribuição do resultado de ampliação da capacidade de produção da central, por projeto novo de expansão, desgargalamento ou qualquer otimização de planta velha. Mais do que um pressuposto jurídico, a discussão prévia com todas as unidades integradas interessadas é um desdobramento dos vínculos da reciprocidade decorrente da integração das cadeias produtivas.

318. A hipótese de projeto novo de expansão da central - que está no core do presente caso - é a que mais chama a atenção por envolver a alocação de grande volume de matérias-primas, refletindo, em efeito, uma nova configuração do mercado downstream. A discussão prévia, na medida em que põe todas as unidades interessadas à mesma mesa, propicia a cada uma avaliar a motivação da outra para investir. Se isso não servir para criar um ambiente de confiança mútua, certamente reduzirá a assimetria de informação e poderá dissipar, se não neutralizar, oportunismo pré contratual.

319. A esse propósito, vale lembrar que a cooperação paralela dos grupos Odebrecht e Ipiranga pode aumentar um desalinhamento de interesses no Pólo. O resultado pode ser o aumento da incidência de moral hazard.³⁴⁹ Não que isso seja uma preocupação grave no Pólo. Mas é essencial cercar-se de mecanismos que garantam a manutenção dos interesses concorrentes.

³⁴⁸ De fato, o direito de todas as unidades integradas participar da discussão também se impõe como norma implícita, decorrente da base negocial que governa as relações empresariais no Pólo. Ver item 2.2.2 acima. Neste aspecto, o regulamento dará maior certeza sobre a existência da norma.

³⁴⁹ Cf. Milgrom, P. & Roberts J. (1992) *Economics, Organization & Management*, pp. 168/169 e 195.

320. Em suma, sendo a central a única fonte economicamente viável com que as empresas de segunda geração podem contar, qualquer destinação arbitrária de matérias-primas passa a ser um problema dentro do Pólo. Daí, a central deve envidar os seus melhores esforços para que as empresas consumidoras sejam adequadamente atendidas. Por extensão, essa diretriz termina restringindo a exportação de excedentes, na hipótese de demanda do Pólo não atendida pela central. A esta é reconhecido o direito de interromper o fornecimento por razões de ordem técnica ou financeira.

321. À COPESUL, enfim, é imposto o dever de liberar um balanço anual de matérias-primas para conhecimento das unidades industriais integradas. O balanço conterá informações que permitirão às empresas de segunda geração observar os seus próprios direitos e monitorar o cumprimento das diretrizes regulamentares.

Acesso às facilidades e utilidades

322. Quanto às facilidades e utilidades, o acesso segue dois princípios básicos: não-discriminação e transparência e razoabilidade na fixação da taxa pelo uso das utilidades. As empresas de segunda geração têm obviamente que demonstrar que está qualificada ao acesso, segundo critérios razoavelmente estabelecidos pela fornecedora.

Compartilhamento de informações

323. É inegável que a natureza interativa do pólo exige um relativo grau de liberação de informação. Em princípio essa liberação deve ser recíproca para assegurar a simetria da informação. Que a central exija certos dados de todas as empresas que desejam expandir sua produção é tão natural quanto a necessidade de compartilhamento dos mesmos dados e pelas mesmas empresas de segunda geração, no início de discussão da expansão da central. A reciprocidade de acesso a informações relevantes faz parte da própria concepção do pólo petroquímico.

324. Qualquer subtração ou tentativa de subtração de informação necessária ao planejamento, de qualquer parte, quebrando aquela natureza interativa, revela um comportamento incomum que em princípio pode ser interpretado como uma tentativa oportunista. Assim, é razoável estabelecer que pela lógica empresarial reinante no pólo e observada a liberação reciprocamente de informação, o oportunismo jamais representará uma preocupação, pelo menos enquanto o equilíbrio das relações entre as várias unidades for preservado, dentro de um ambiente de segurança e certeza no que respeita às regras do jogo. É preciso dizer mais sobre o acesso à informação na base da reciprocidade.

325. O fornecedor de matérias-primas tem razões legítimas para trocar informações com seus clientes. É natural que eles se comuniquem constantemente na busca de táticas eficientes de maximização de lucros. No VII Report on Competition Policy da Comissão Européia destaca-se:

“In times of economic difficulty firms are increasingly tempted to evade the tougher competition with which they are confronted. Information agreements are particularly important here. Under information agreements firms work together to exchange information, through a central agency, on quantities, prices, discounts and other terms of business, and on their suppliers and customers. A distinction can be drawn between agreements which are for purely statistical purposes and those which identify individual firms - depending on how the central reporting agency collates and passes on information.”³⁵⁰

326. A Comissão em princípio não se preocupa com a troca dessas informações, seja indiretamente (através de uma agência) ou diretamente, dentro de uma associação de empresas com interesses comuns. No entanto, se um acordo de troca de informação permite que um concorrente identifique o comportamento dos outros, aí a autoridade antitruste reserva o direito de investigar.

327. As medidas corretivas reunidas na letra (c) do Anexo I significam que as empresas do Pólo somente têm o dever de liberar as informações necessárias à racionalização da produção e ao planejamento do investimento produtivo. A reciprocidade significa que tendo liberado uma informação demandada pela central, uma empresa deve receber a mesma informação das outras empresas. Isto não impede que por força contratual as empresas guardem sigilo sobre certas informações do seu alto interesse. O que seria incompatível com a concepção do Pólo é a central, por exemplo, manter sigilo sobre alguma informação do interesse dela e de algumas empresas do Pólo e exigir de uma terceira empresa do Pólo a mesma informação.

328. Em outras palavras, a central não pode exigir nenhuma informação que ela e algumas das empresas do Pólo não estejam preparadas para liberar por dever de sigilo entre si. Essas informações são cruciais quando envolvem investimentos e preços. Ora, como se deflui dos contratos de fornecimento de matérias-primas, os preços de matérias-primas dependem a final dos custos que são compartilhados. Disso resulta que cada unidade, como parte integrante do cartel benéfico, necessariamente tem que ter acesso às informações das outras, sob pena de disseminação de suspeita de oportunismo.

³⁵⁰ Trecho reproduzido por Valentine Korah, em “*Cases and Material on E.C. Competition Policy*,” pp. 230/231, Sweet & Maxwell, 1996

Resolução de disputas

329. Mas se alguma divergência surgir, o que será natural, as empresas devem ter o benefício das vias administrativas ou arbitrais, antes de recorrerem ao Poder Judiciário. A preocupação com essa diretriz é, por um lado, desencorajar atitudes litigantes e, por outro lado, reduzir os custos morais e financeiros do processo judicial, sobretudo envolvendo questões relativas à alocação de matérias-primas.

Suprimento adicional de eteno (medida reparadora)

330. Toda discussão que se desenvolveu nas seções 2 e 3 do presente voto conduzem à inequívoca conclusão de que Petroquímica Triunfo S/A poderá ser vítima de um comportamento abusivo prestes a se confirmar. Por outro lado, se estabeleceu que essa empresa tem direito a participar da alocação de eteno resultante da expansão da capacidade de produção da COPESUL.

331. A única contingência a que esse direito se sujeita é a construção pela empresa de sua nova planta de PEBDL, com capacidade de produção de 130.000 toneladas de eteno por ano. A partir desse pressuposto, o Anexo II prevê a obrigação de fornecimento a Petroquímica Triunfo S/A, e bem assim estipula as condições a serem cumpridas pela COPESUL, com a solidariedade das demais requerentes, para atendimento à Triunfo.

332. O atendimento é uma via única. Não há possibilidade de desfazimento do projeto de expansão da COPESUL, nem do não fornecimento de eteno às demais requerentes. Os acordos de fornecimento podem ser aprovados com os reparos obrigatórios quanto às quantidades de eteno. Do eventual descumprimento de uma decisão administrativa nesse sentido, além de gerar multas, resta ao CADE uma única saída: buscar na justiça o decreto judicial para fazer valer sua decisão.

333. Isso posto, cumpre esclarecer sobre a disponibilidade de eteno e os cenários possíveis que viabilizam a construção da planta da Petroquímica Triunfo S/A, evitando o seu estrangulamento ilegal sem acarretar perdas insustentáveis para os demais players (OPP Polietilenos e Ipiranga).

Oferta de eteno

334. O quadro IV mostra a evolução da capacidade produtiva da Copesul. O primeiro desgargamento da atual planta foi realizado no final de 1988, resultando, a partir de 1989, um aumento de produção da ordem de 180.000 ton/ano. O mais recente desgargamento, ocorrido em maio de 1996, propiciou a efetiva elevação da capacidade produtiva anual de 600.000 para 685.000 toneladas, no decorrer de 1997. Para o ano 2000, concluída a nova

planta com capacidade nominal de 450.000 ton/ano, a capacidade produtiva total da Copesul atingirá 1.135.000 ton/ano.

335. Quanto à capacidade produtiva da nova planta, cumpre frisar que tecnicamente é sempre possível se obter aumentos marginais de produção. A este respeito vale citar a carta da empresa Stone & Webster³⁵¹, empresa de engenharia contratada pela Copesul para realizar os cálculos da nova planta, que “a planta conforme projetada terá a capacidade para produzir entre 5-10 por cento acima da capacidade nominal quando as margens do projeto de processo e uma parte das margens do projeto de equipamentos forem utilizadas”. Isto significa dizer que, independente de desgargalamento, poderá ser obtido um aumento de produção de 25.000-45.000 ton/ano, acima da capacidade nominal, realizando pequenas adaptações a um custo mínimo.

336. Cabe ainda enfatizar o caráter conservador dos cálculos da capacidade nominal da planta, em razão dos riscos da empresa que vende o projeto em incorrer em dispendiosa quebra contratual. As firmas de engenharia devem garantir a performance final das plantas, cuja produção não deve ser inferior à capacidade nominal, o que lhes permite adquirir os Performance Bond, apólices de seguro que repassam para as seguradoras os custos de uma possível falha.

Quadro IV

Pólo Petroquímico do Sul

Evolução da Capacidade Produtiva de Eteno da Copesul

Ano	Capacidade Instalada (ton/ano)
1982	420.000
1989	600.000
1997	685.000
2000	1.135.000

Demanda de eteno - plantas antigas

337. O quadro V mostra as quantidades contratadas até julho de 1995, as quais garantem a operação das plantas já instaladas a 100% de capacidade.³⁵² O total de 571.300 ton/ano corresponde às quantidades máximas previstas nos

³⁵¹ Ver f.1876.

³⁵² Eventuais otimizações das plantas antigas poderão implicar aumento de consumo de eteno, no entanto, os valores contratados situam-se abaixo (exceto para a Triunfo) do consumo médio dos últimos anos.

contratos antigos,³⁵³ valores que devem ser preservados, não sendo portanto objeto de consideração pelo CADE.

Quadro V

Pólo Petroquímico do Sul

Consumo de eteno das plantas antigas

(em toneladas anuais)

Empresa	Consumo
Polietilenos	187.000
Ipiranga	214.000
Triunfo	135.000
OPP	4.000
Petroflex/Innova	19.000
DSM	12.300
Total	571.300

Fonte: Requerentes, fls. 1583 e 2064

Disponibilidade de eteno

338. Considerando que a capacidade produtiva da Copesul deverá atingir 1.135.000 ton/ano no ano 2000, e que 571.300 ton/ano estão comprometidos com as plantas atuais, a quantidade de eteno que poderá ser utilizada para o consumo das novas plantas projetadas será de 563.700 ton/ano, conforme mostra o quadro VI.

Quadro VI

Pólo Petroquímico do Sul

Eteno disponível para os projetos novos - ano 2000

(em toneladas anuais)

Capacidade Produtiva da Copesul (a)	Consumo das Plantas Antigas (b)	Eteno Dispo- nível (a-b)
1.135.000	571.300	563.700

³⁵³ Embora o contrato da DSM tenha sido assinado em 1996, será considerado como contrato antigo, pois as quantidades contratadas não se destinam a um novo projeto, representam apenas uma atualização do consumo da planta de EPDM.

Demanda de eteno - Plantas novas

339. Uma estimativa do consumo de eteno das plantas novas - adotando a suposição conservadora de que estas operariam a 100% da capacidade já nos primeiros anos após a partida - é apresentada a seguir tendo como base as capacidades nominais das plantas e os coeficientes técnicos de consumo de eteno definidos nos projetos tecnológicos. Importante alertar que a disponibilidade e o consumo de eteno são variáveis estratégicas fundamentais nos mercados de polietileno, onde as empresas competem basicamente em quantidades ofertadas. Sendo assim, deve-se ter em conta que as informações relativas às necessidades de eteno e coeficientes de consumo das plantas são elementos estratégicos dos grupos competidores.

340. Decorre daí a opção de consultar fontes de informação neutras quanto aos interesses empresariais envolvidos e adequadas quanto às tecnologias adotadas, para efeito da mensuração, ainda que meramente referencial, da capacidade de consumo das novas plantas. O quadro VII abaixo mostra os coeficientes de consumo de eteno informados ao Cade no curso da instrução complementar.

Quadro VII

Coeficientes de consumo de eteno, segundo diferentes fontes de informação

Produto/ Fonte	PEBDL	PEAD (convencional)	PP	Etilbenzeno
BNDES	0,92	1,013	-	-
COPENE	0,942	1,020	0,08171	-
ABIQUIM	0,93	1,04	-	-
Requerentes	1,015	1,015	*	0,270
Triunfo	0,934	1,020	0,100	-

* Os dados fornecidos pelas requerentes (1,018) refere-se provavelmente ao consumo de propeno.

Fonte: BNDES (f. 2664), COPENE (f. 2811), ABIQUIM (f. 2826), Requerentes (f. 2823), Triunfo (f. 2665).

341. Os coeficientes informados pelo BNDES (f. 2664) relativos às plantas de PEBDL (0,92) e PEAD (1,013) da Ipiranga e de PEBDL (0,92) da Polietilenos foram considerados os mais adequados para serem utilizados em razão de terem sido “obtidos a partir de literatura técnica, com base nas tecnologias adotadas”, ou seja, tecnologia Spherilene (PEBDL) e Hoechst (PEAD).

342. O coeficiente informado pela Copene (f. 2811) para as plantas de PEBDL refere-se à tecnologia Union Carbide (UCC) e de PEAD à tecnologia

Phillips, ambas não adotadas por nenhuma das requerentes. Quanto ao coeficiente das plantas de PEBDL informado pelas requerentes (1,015) este apresenta diferença não trivial em relação às demais fontes. Por essa circunstância a sua utilização não é recomendada.

343. Os coeficientes das plantas de polipropileno informados pela Copene e Triunfo foram tomados somente como referencial, uma vez que os coeficientes efetivamente aplicados no quadro VIII correspondem, no caso da Ipiranga, à quantidade demandada pela empresa e, no caso da OPP, à estimativa da produção de copolímeros da OPP mantendo a tendência de crescimento observada nos últimos anos³⁵⁴

344. O coeficiente informado pelo BNDES foi aplicado também para a planta da Triunfo, embora a empresa tenha informado à f. 2665 o coeficiente de 0,934 com base na tecnologia Innova. No entanto, estes parâmetros expressam valores médios de consumo que definem uma mesma faixa de flexibilidade para as três plantas lineares³⁵⁵.

345. O quadro VIII mostra a demanda total de eteno decorrente da implantação dos novos projetos, incluindo o da Triunfo. Os dados da coluna “Capacidade dos Novos Projetos” correspondem à capacidade produtiva nominal das novas plantas de PEDBL (polietileno de baixa densidade linear), PEAD (polietilenos de alta densidade), PP (polipropileno) e também da planta de Etilbenzeno.³⁵⁶ O consumo de eteno de cada novo projeto foi obtido pela multiplica-

³⁵⁴ As plantas de polipropileno produzem basicamente homopolímeros (cerca de 90% da produção) que não consomem eteno. A produção de copolímeros, que utiliza cerca de 0,08171 de eteno por 1,0 tonelada de produto (tecnologia Spheripol, segundo dados da Copene à f. 2811), representa, em média, 10% da produção, percentual que apresenta grande variação conforme a empresa e as condições de mercado. A OPP Petroquímica consumiu nos anos 1993 a 1995, 2.000, 3.000 e 4.000 ton/ano de eteno, respectivamente, quantidade que corresponde a cerca de 1,5 a 2,0% da quantidade produzida de polipropileno (f. 381 e 383). A aplicação do percentual de 2,5% sobre a capacidade de produção de polipropileno da planta nova da OPP - supondo que a tendência de aumento relativo da produção de copolímeros será mantida - resultaria num consumo de 3.250 ton/ano de eteno. A quantidade prevista para planta de PP da Ipiranga, no quadro IV (2.500 ton/ano), corresponde à quantidade contratada pela empresa.

³⁵⁵ Além disso, as solicitações de quantitativos de eteno para nova planta feitas pela Triunfo à Copesul referem-se a 120.000 ton/ano, que corresponde aproximadamente ao coeficiente de 0,92.

³⁵⁶ A capacidade nominal da planta da Polietilenos e OPP corresponde àquela informada pelas requerentes. As capacidades das plantas de PEBDL da Ipiranga e da Triunfo foram obtidas através das informações constantes às fls. 1956/1961 (contratos para construção e de engenharia, assinados com a Tecnimont) e f. 1722/1736 (pré-contrato de licenciamento de tecnologia

ção da capacidade produtiva nominal pelo coeficiente de consumo. O quadro VIII abaixo mostra ainda as tecnologias adotadas pelas requerentes e pela Triunfo.

Quadro VIII

Pólo Petroquímico do Sul

Novas Plantas

Capacidade Produtiva e Consumo de Eteno (em toneladas anuais)

Empresa	Capacidade dos Novos Projetos	Tecnologia	Coeficiente de Consumo de Eteno	Consumo de Eteno
Polietilenos PEBDL	260.000	Spherilene	0,92	240.000
Ipiranga PEAD	115.000	Hoechst	1,013	116.500
PEBDL	130.000	Spherilene	0,92	120.000
PP	130.000	Spheripol	0,0192	2.500
subtotal				239.000
Triunfo PEBDL	130.000	Innova	0,92	120.000
OPP PP	130.000	Technipol	0,025	3.250
Innova Etilbenzeno	190.000	-	0,270	32.000
Total	-		-	634.250

346. Os coeficientes das plantas lineares da Ipiranga, Poletilenos e Triunfo, indicados nos quadro VIII, correspondem à produção exclusiva de PEBDL, embora estas plantas possam produzir também o PEAD. Embora as três empresas pretendam aproveitar as oportunidades de negócio propiciadas pelo potencial de produção de PEAD nas plantas lineares, não há previsão segura quanto ao quantitativo de PEAD a ser produzido. A rigor, a estimativa da capacidade nominal de consumo das plantas com base na produção de PEBDL é a mais adequada, na medida em que este é o produto com maior potencial de crescimento e cujo mercado deverá orientar as estratégias comerciais e competitivas das empresas. Além disso, o coeficiente de consumo de eteno para a produção de PEAD nas plantas lineares é bastante próximo do coeficiente aplicado para a produção de PEBDL³⁵⁷

com a BP). A capacidade produtiva efetiva poderá elevar-se de 10 a 15% acima da capacidade nominal, entretanto este acréscimo não é garantido pelas empresas cedentes de tecnologia.

³⁵⁷ Segundo o BNDES, o coeficiente de consumo de eteno nas plantas lineares da Ipiranga e da OPP, para a produção de PEAD é de 0.99 tonelada de eteno para 1 tonelada de

347. A coluna “consumo de eteno” mostra as quantidades de eteno necessárias para operação das novas plantas à plena capacidade. A demanda total para os novos projetos seria de 634.250 ton/ano.

Balanco de oferta e demanda de eteno no PPS

348. O quadro IX indica a diferença entre a capacidade produtiva de eteno (Oferta) e o consumo total das plantas antigas e novas (Demanda).

Quadro IX

Pólo Petroquímico do Sul

Balanco de Oferta e Demanda de Eteno - ano 2000(em toneladas anuais)

Empresa	Consumo Plantas Anti-gas	Consumo Plantas Novas	Consumo Total
Polietilenos	187.000	240.000	427.000
Ipiranga	214.000	239.000	453.000
Triunfo	135.000	120.000	255.000
OPP	4.000	3.250	7.250
Petroflex/Innova	19.000	32.000	51.000
DSM	12.300	-	12.300
Total	571.300	634.250	1.205.550
Oferta de Eteno	-	-	1.135.000
Diferença c/ Triunfo	-	-	(70.550)
Diferença s/ Triunfo	-	-	49.450

349. Caso se inclua a demanda da planta nova da Triunfo, haverá um deficit de 70.550 ton/ano. Com a exclusão da planta nova da Triunfo, haveria uma sobra de 49.450 ton/ano de eteno. A coluna “consumo plantas novas” indica efetivamente os quantitativos de eteno exigidos pelas novas plantas, somando 634.250 ton/ano. Este volume total é de fato inferior ao contratado depois de julho de 1995 por Ipiranga, OPP e Polietilenos.

Divergência em relação aos dados apresentados pelas requerentes

produto, enquanto para a produção de PEBDL este coeficiente é 0,92. Note-se que a Ipiranga informou ao BNDES, para obter o financiamento da planta de PEAD, que a planta linerar (PEBDL) seria dedicada basicamente à produção de polietileno de baixa densidade, já que possui outras 3 plantas exclusivas de PEAD no pólo de Triunfo. No entanto, será mais prudente considerar que a estratégia produtiva da Ipiranga dependerá das condições efetivas de competitividade que a empresa encontrará nos dois mercados.

350. As requerentes apresentaram, à f. 1581, o balanço de oferta e demanda de eteno para os anos 1999 e 2001, ou seja, após a implementação dos novos projetos. Segundo estes dados, haveria, a partir de 1999, um excedente de apenas 11.700³⁵⁸ ton/ano, e não de 49.450 ton/ano (na hipótese de exclusão da Triunfo), como consta no quadro VIII acima.

351. A explicação para esta divergência é o fato de as requerentes utilizarem para efeito das informações da demanda de eteno, não as capacidades de consumo das novas plantas, mas as quantidades contratadas pela Ipiranga, Polietilenos e OPP.

Quadro X

Pólo Petroquímico do Sul

Novas plantas - Quantidades contratadas e capacidade de consumo - ano 2000
(em toneladas anuais)

Empresa	Quantidade- contratada (a)	Consumo das plantas (b)	Diferença (a-b)
Polietilenos	260.000	240.000	20.000
Ipiranga	260.000	239.000	21.000
Triunfo	-	-	-
OPP	4.000	3.250	750
Innova	32.000	32.000	-
DSM	-	-	-
Total	556.000	512.395	41.750

352. O quadro X mostra que Ipiranga, Polietilenos e OPP têm contratos que garantem fornecimento de eteno em quantidades superiores - num total de 41.750 ton/ano - às capacidades nominais de consumo das suas plantas. As quantidades contratadas da Ipiranga e Polietilenos referem-se às quantidades aditadas (60.000 ton/ano) mais as quantidades consignadas nos acordos (200.000 ton/ano). A capacidade nominal de consumo das suas plantas é de 240.000 ton/ano (Polietilenos) e 239.000 ton/ano (Ipiranga).

353. Deve-se atentar para o fato de que as plantas antigas operam a 100% de capacidade com as quantidades asseguradas pelos contratos antigos. O consumo da Polietilenos e Ipiranga, nos anos de 1994, 1995 e 1996, situou-se

³⁵⁸ Ver seção 2.1.2, parágrafos 85/87 deste voto (quadro III- Evolução do consumo de eteno), onde consta como demanda contratada total 1.123.300 ton/ano. Considerando a capacidade de produção de 1.135.000 ton/ano, o excedente seria de 11.700 ton/ano.

abaixo da quantidade contratada³⁵⁹ (excluindo os aditivos), revelando que as plantas atuais não têm capacidade para consumir as quantidades aditadas.

354. Somando o total encontrado acima (41.750 ton/ano) com o excedente indicado (11.700 ton/ano), chega-se a 53.450 ton/ano. Este total deve sofrer um decréscimo de 4.000 ton/ano devido a uma alteração nos dados informados pelas requerentes relativos ao contrato antigo da Polietilenos³⁶⁰. O total resultante, 7.700 ton/ano somado à diferença entre a quantidade contratada e a capacidade nominal de consumo das plantas (41.750 ton/ano), resulta no excedente de 49.450 ton/ano.

355. As requerentes consideram que os aditamentos aos contratos antigos não deveriam ser objetos de consideração pelo CADE. Entretanto, seria impossível a avaliação do impacto concorrencial dos acordos formalmente submetidos à apreciação sem contar com os aditamentos assinados em 09/08/95 (mesmo mês em que foram firmados os acordos de fornecimento). Isto porque as quantidades constantes dos acordos submetidos à apreciação do CADE são insuficientes para a viabilizar as plantas novas. Assim, as quantidades aditadas (60.000 ton/ano para cada empresa), somadas às dos acordos (200.000 ton/ano para cada empresa), são parte integrante da mesma estratégia de expansão das empresas de 2ª geração³⁶¹.

356. Os contratos antigos, que garantem as quantidades de eteno para a operação das plantas antigas a 100% da capacidade, efetivamente não constituem objetos da apreciação pelo CADE. No entanto, cabe ao CADE verificar se os aditivos e contratos, que destinam à Ipiranga e Polietilenos o eteno adicional resultante das ampliações da capacidade da COPESUL (desgargalamento e nova planta), guardam coerência com a capacidade nominal de consumo de eteno das novas plantas da 2ª geração. Este procedimento permite ao CADE evitar o risco de sancionar a garantia de reservas estratégicas de matérias-

³⁵⁹ Conforme consta no balanço de oferta e demanda informado pelas requerentes à f.1583.

³⁶⁰ No balanço de oferta e demanda informado inicialmente (julho/97) pelas requerentes (f. 1581), o contrato antigo da Polietilenos seria de 183.000 mais 60.000 ton/ano do aditivo, totalizando 243.000 ton/ano, no entanto, no balanço informado à f. 2064 (novembro/97) consta 187.000 (contrato antigo) mais 60.000 ton/ano do aditivo, ou seja, 247.000 ton/ano. Este último dado foi considerado no quadro VIII por ser mais conservador, indicando um excedente menor (7.700 ton/ano) do que estimado pelas requerentes (11.700 ton/ano).

³⁶¹ Pelos aditamentos, a Ipiranga e a Polietilenos deveriam consumir as quantidades contratadas a partir do desgargalamento. Entretanto, somente a Ipiranga está consumindo esta quantidade adicional, uma vez que concluiu a ampliação da planta de PEAD desde o início de 1997.

primas para as requerentes, enquanto se estrangula arbitrariamente um concorrente efetivo no mercado de polietileno (Triunfo).

357. Devido à entrada em operação das plantas de PEBDL da Rio Polímeros (400.000 ton/ano), Baía Blanca (250.000 ton/ano), além das projetadas para a PPS (520.000 ton/ano), pode-se prever nos primeiros anos do próximo século um substancial excedente de capacidade produtiva frente à demanda de polietileno no Mercosul. A Chem Systems, em estudo de janeiro de 1998³⁶², estima que entre 1999 a 2005 a indústria de polietileno (PEBD, PEBDL e PEAD) no Brasil deverá operar a uma taxa média de utilização de capacidade de 87%³⁶³.

358. Entretanto, os cenários apresentados no Anexo III partem do pressuposto de que as empresas da 2ª geração possuem demanda e condições técnicas para operarem a 100% de capacidade nominal desde a partida das novas plantas no ano 2000. Embora as plantas possam produzir de 10 a 15% acima das suas capacidades nominais, esta possibilidade não está contemplada nos cenários, pois apenas os níveis de produção correspondentes às capacidades nominais (licensed capacity) têm garantia de serem alcançadas pelas empresas cedentes da tecnologia³⁶⁴. Note-se ainda que não apenas as empresas de 2ª geração poderão otimizar a utilização das suas unidades. A central (Copesul) também poderá fazê-lo aumentando a oferta de eteno, mantendo de certa forma a coerência das estimativas de ocupação indicadas. Os cenários elaborados no Anexo III são meros exercícios para instrução do CADE e das empresas requerentes e interessada, os quais servem para orientar uma tomada de decisão.

Conclusões decorrentes dos cenários

359. Os cenários têm uma função meramente auxiliar, procurando divisar limites e conseqüências resultantes do fornecimento à Triunfo de diferentes quantidades de eteno, sem afetar de maneira substancial o nível de ocupação das demais empresas da 2ª geração. O suprimento do eteno segundo as capacidades das plantas (cenário I) imporia às empresas um teto da utilização da capacidade de 94%. Esta opção permitiria às três empresas (Ipiranga, Polietilenos e Triunfo) - que procuram ingressar na produção de polietileno linear - competirem em igualdade de condições neste mercado.

360. A destinação de 85.000 ton/ano à Triunfo (cenário II) mostra uma configuração limite, onde esta empresa teria que operar com suas duas plantas

³⁶² Ver fls. 2679/2689.

³⁶³ As requerentes à f. 1592 estimam que, entre os anos 1999 e 2001, as exportações brasileiras de polietileno poderão representar percentuais superiores a 20% em relação à produção.

³⁶⁴ Patamares de produção superiores à capacidade nominal somente deverão ser alcançados após os primeiros anos de operação das plantas, quando as condições da oferta de eteno já poderão ter sido modificadas.

(PEBD e PEBDL) no patamar de lucratividade mínima (85% de ocupação de capacidade). Esta hipótese indica que uma quantidade de eteno inferior a 85.000 ton/ano não permitiria a realização do investimento de cerca de US\$ 130 milhões numa planta de 130.000 ton/ano de PEBDL, por não possibilitar o retorno adequado. O fornecimento à Triunfo do eteno excedente (cenário III), após garantida a plena operação das demais plantas, cerca de 50.000 ton/ano, não pode assim constituir-se numa alternativa minimamente aceitável.

361. Os cenários indicam que o intervalo significativo - no sentido de evitar um estrangulamento ilegal - expressa-se na garantia de fornecimento à Triunfo de 85.000 a 106 650 ton/ano de eteno. A veracidade dos dados utilizados para a confecção dos cenários, isto é, sua adequação às reais condições de operação no mercado de polietileno, poderá ser aferida com o efetivo compromisso da Triunfo de implantar seu projeto a partir de um acordo de fornecimento de eteno em quantidade situada naquele intervalo. Em caso da adoção de qualquer ponto no interior deste intervalo a Ipiranga e a Polietilenos estarão em melhores condições para realizar seus projetos do que a Triunfo.

Atendimento à Petroquímica Triunfo S/A

362. O atendimento à Petroquímica Triunfo S/A se desdobra como uma condição para aprovação dos acordos ora em exame. Caberá à COPESUL dizer como vai responder a essa condição, sob cominação. Para esse efeito, deverá ser apresentado ao CADE acordo entre COPESUL e TRIUNFO, assinado ou minutado, assegurando o eteno necessário e na quantidade livremente pactuada, disponível com a expansão da central.

363. No devido prazo, as Requerentes devem apresentar ao CADE aditamentos aos contratos de fornecimento de eteno, assinados com OPP Polietilenos e Ipiranga, no que se refere às quantidades da matéria-prima. Os aditamentos consignarão a redução das quantidades adequadamente especificada, por força da decisão do CADE.

364. Até a entrada em funcionamento das novas plantas, as requerentes deverão informar qualquer alteração no plano de expansão do Pólo que afete os interesses concorrentes das empresas. Elas também poderão submeter ao CADE a adjudicação sobre eventuais divergências do interesse da competição, inclusive sobre condições relativas à alocação de matérias-primas. As demais requerentes, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga, devem assinar, como intervenientes e solidariamente responsáveis, o Termo de Compromisso cujo descumprimento acarretará a sanção adequadamente especificada para a situação.

365. A sanção administrativa deverá atender à gravidade dos fatos e ao interesse público em geral, expressos na consideração de que não deverá haver vantagem econômica no descumprimento da decisão. Na definição da sanção administrativa, aplicável em caso de não cumprimento da decisão, será observado o seguinte:

- a aplicação da penalidade não depende de culpa ou dolo, embora esses elementos, quando apurados adequadamente, possam agravar ou atenuar o nível da sanção;
- na estipulação da multa, a base de cálculo será o faturamento bruto (menos impostos) da COPESUL verificado no ano de 1994 (f. 141, vol. 1);
- o valor da multa (excluída a multa diária que terá base específica), deverá variar entre um a trinta por cento da base de cálculo e não deverá ser inferior às vantagens auferidas pelas requerentes em conjunto (equivalente à transferência de ganhos da Triunfo para as requerentes concorrentes a longo prazo contratual);
- na estimativa das perdas da Triunfo apropriáveis como ganhos das requerentes, deverá ser levada em conta que a não operação da nova planta de PEBDL da primeira impedirá a realização de resultado futuro equivalente ao auferido hoje, num período contratual de 15 anos, frisando-se que a capacidade de produção da planta nova não será inferior à da atual fábrica;
- ainda quanto à estimativa de ganhos, vale considerar que a Triunfo auferiu em 1996 lucro líquido operacional da ordem de 27,5 milhões de reais e, em 1995, o seu faturamento bruto menos impostos foi superior a 120 milhões de reais (publicação oficial da empresa anexa aos autos).

Entre conduta e concentração

366. A apreciação pelo CADE de um contrato de fornecimento de matérias-primas é feito à luz do art. 54 da Lei 8.884/94. A esse respeito, cabe um esclarecimento final. A hipótese, que é a do caso presente, trata de ato de concentração atípico. O procedimento poderá reunir duplo caráter: jurisdição preventiva e repressiva.

367. O exame prévio do contrato de fornecimento muito provavelmente não gera dificuldade de aplicação do art. 54. O exame ex post, i.é., com os efeitos do contrato já em curso, pode atrair a aplicação dos artigos 20 e 21. Tal é o caso em que se desponha um misto de conduta e concentração. A esse respeito, duas considerações são de mister: uma sobre a cláusula legal de não eliminação de parte substancial da concorrência e outra sobre a conquista de mercado por processo natural.

368. A não eliminação de parte substancial da concorrência, cláusula prevista no art. 54, § 1º, inciso III da Lei 8.884/94, aplica-se aos atos de concentra-

ção propriamente dito. Essa cláusula tem dois sentidos. Primeiro, orienta a atuação preventiva. O significado da cláusula é que, não havendo eliminação de parte substancial da concorrência, não haverá riscos a prevenir. A presunção é que o agente, individual ou coletivamente, terá poucas chances de ofender a concorrência. Segundo, não se trata de neutralidade da operação, mas sim de falta de interesse do Estado em restringir a operação por uma questão de custos e benefícios. Tampouco se trata de imunidade ao agente; o seu crescimento sem eliminar parte substancial da concorrência não garante que de fato ele jamais venha a assumir uma conduta ofensiva à concorrência.

369. Daí, na iminência de uma prática anticoncorrencial, não se aplica a cláusula de não eliminação substancial da concorrência. Se um concorrente potencial entra no mercado comprando um pequeno concorrente, a eliminação não será substancial. Mas esse argumento é válido apenas em sede de atuação preventiva. Diferentemente, se a atuação de um player constitui uma conduta tratada no âmbito de uma atuação repressiva, a cláusula de não eliminação não se aplica. Na atuação repressiva, não importa o tamanho do agente prejudicado ou em vias de ser estrangulado. Isso é verdadeiro tanto mais pelo fato de que a empresa de pequeno porte está sob o favorecimento constitucional.³⁶⁵

370. Na jurisdição repressiva, importa o controle, individual ou coletivamente, de pelo menos 20% do mercado (art. 20, § 3º). Esse patamar, que poderá ser menor, é apenas um índice de jurisdição. A presunção é que um market share inferior a 20% provavelmente não criaria um estado de domínio econômico; de conseqüência, a autoridade não teria interesse para agir. Isso definitivamente não é o caso dos autos. Mesmo que não houvesse market share individual ou coletivo igual ou superior a 20%, a dependência³⁶⁶ do cliente ao fornecedor, como no caso, dispensa prova adicional de domínio econômico.³⁶⁷

371. Preenchido o índice de jurisdição, a autoridade tem um interesse para agir repressivamente contra o agente que abusar do seu poder econômico, qualquer que tenha sido o processo para conquista desse poder. O direito não proíbe a conquista de mercado, mas sim a conquista por meio de exclusão ou

³⁶⁵ CF, art. 170, IX.

³⁶⁶ O modelo original do Pólo era de interdependência. Com a “cooperação paralela”, os grupos Odebretch e Ipiranga passaram a ter o controle da oferta de matérias-primas, além de atuarem no mercado *downstream*, possibilitando maior integração vertical dos dois ciclos produtivos. Assim, a interdependência cessou na medida que o bloco formado pelos dois grupos passou a consumir a maior parte da sua produção. De sua vez, as empresas não pertencentes aos dois grupos submetem-se a uma relação de dependência.

³⁶⁷ Cf. Korah, ob. cit., seção 4.2.4.

sufocação dos competidores.³⁶⁸ Daí, uma conduta ofensiva à ordem econômica, avaliada à luz da regra da razão, sujeita-se indiferentemente à censura e repressão da autoridade, não importa a qualificação do monopolista.

372. Os resultados práticos possíveis decorrentes da interpretação razoável da regra inscrita no art. 20 § 2º da Lei 8.884/94 são dois. Primeiro, é que o agente que haja conquistado mercado por processo fundado na sua maior eficiência em relação aos competidores não poderá sofrer desfazimento (e.g., distrato, cisão, venda de ativos)³⁶⁹ a modo de sanção por uma conduta ruinosa ao mercado verificada a posteriori, podendo, porém, subordinar-se a outras medidas constritivas capazes de estimular a concorrência.

373. Segundo, a expressão “maior eficiência em relação ao seu competidor” pode significar que a restrição infligida ao mesmo competidor é secundária (ancillary restraint), justificada por razões superiores de eficiência, por isso a dominação de mercado alcançada com a operação não seria um ilícito. Na hipótese, a restrição secundária é contemporânea ao processo de conquista de mercado. Qualquer opção interpretativa revela a impropriedade do argumento de que a expansão das requerentes teria sido consequência da maior eficiência por elas perseguidas, em relação à Triunfo por exemplo, antes do ou durante o processo de expansão.

374. A infração, iminente, tentada ou consumada, proscria pelo direito não exige prova da intenção, mas do resultado ou efeito. A prova indireta da molestia à livre iniciativa e livre concorrência é um padrão universalmente aceito e compatível com a lógica de que o titular da infração nunca confessa que o objeto da sua conduta era inibir, restringir ou distorcer a competição. O exame ex post permite, com vantagem, avaliar o efeito da prática ou ato. O resultado da conduta é avaliado tendo em vista o seu impacto sobre outros agentes e sobre a conquista de mercado, i.é., se o ato tem por efeito conquistar mercado à custa de outros agentes, independentemente da importância destes últimos.³⁷⁰ O contrato não poderá ser aprovado se o sacrifício alheio não puder ser contornado ou justificado razoavelmente.

³⁶⁸ A monopolização (construção ou formação de monopólio ou domínio de mercado) não é uma infração autônoma, pelo menos no direito brasileiro.

³⁶⁹ Neste particular o direito brasileiro se revela leniente.

³⁷⁰ Ver a posição da empresa Zoja no caso *Commercial Solvents v. Commission*, comentado por Korah, ob. cit., seção 4.3.3.4, p. 102. Zoja não tinha como obter matéria-prima de outra fonte. A Comissão ordenou o suprimento de quantidades mínimas. O caso suscitou a distinção não apreciada entre livre concorrência e justa concorrência. “The precedent has been extended to cases where dominance was less marked, even transitory, and the customer far less important.”

5. Dispositivo

375. Considero que a análise desenvolvida nas seções precedentes abordaram adequadamente as questões de fato e de direito, incluindo expressa consideração aos pontos da defesa das requerentes.

376. Considero que a estratégia de expansão das requerentes, representada pela forma como a expansão foi projetada e apropriados os seus efeitos, pelos acordos de fornecimento de eteno e reforçada pela cooperação paralela formada pelos Grupos Odebrecht e Ipiranga, é potencialmente passível de produzir os efeitos adversos à ordem econômica, identificados nas seções acima (4.1 e 4.2). Caso não se adotem os corretivos adequados, o estrangulamento da Petroquímica Triunfo S/A se consumará, por se impedir, reduzir ou prejudicar a habilidade dessa empresa de se modernizar tecnologicamente e conquistar mercado (downstream).

377. Considero que as medidas, devidamente avaliadas acima (seção 4.2), devem acompanhar a aprovação dos acordos de fornecimento de eteno e propeno ora sob apreciação, firmados separadamente pela Companhia Petroquímica do Sul - COPE SUL, como fornecedora, e as respectivas contrapartes OPP Petroquímica S/A, OPP Polietilenos S/A e Ipiranga Petroquímica S/A, como consumidoras.

378. As referidas medidas são adequadas no sentido de que são suficientes e necessárias à restauração do, ou prevenção dos potenciais efeitos capazes de afetar o, estado da concorrência com respeito ao Pólo Petroquímico do Sul, sem onerar desnecessária ou injustamente as requerentes.

379. Posto isto, APROVO os acordos de fornecimento de matérias-primas com as condições previstas no Anexo I quanto a suprimento de propeno e sob as condições cumulativas previstas nos Anexos I e II com respeito ao fornecimento de eteno, devendo ser assinado Termo de Compromisso pela COPE-SUL e, solidariamente, demais requerentes e respectivos administradores (Lei 8.884/94, artigos 16 e 17). Determino às requerentes prover os meios adequados para atender à necessidade da Petroquímica Triunfo S/A, assegurando a esta eteno adicional em quantidade livremente pactuada, observada a factibilidade dos cenários constantes do Anexo III, a partir do 25º (vigésimo quinto) mês a contar do mês subsequente à assinatura do acordo ou contrato de fornecimento.

380. A presente decisão deverá ser cumprida em três fases:

Fase 1: no prazo máximo de 5 dias contados da publicação do acórdão, as requerentes manifestarão sua concordância com as condições previstas nos

Anexos I e II, apresentando um plano de atendimento à Petroquímica Triunfo S/A.

Fase 2: no prazo máximo de 15 dias contados da publicação do acórdão, as requerentes apresentarão acordo ou contrato definitivo de fornecimento de eteno adicional assinado com a Petroquímica Triunfo S/A (Anexo II). Se esgotados os esforços das duas empresas (fornecedora e consumidora de eteno) sem a assinatura, as requerentes apresentarão ao CADE, no mesmo prazo, minuta do respectivo instrumento e os motivos que impediram sua assinatura, caso em que o Plenário do CADE adotará as imediatas providências que julgar conveniente;

Fase 3: no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias contados da publicação do acórdão, as requerentes assinarão Termo de Compromisso quanto às medidas previstas no Anexo I, incluídas obrigações acessórias, e no mesmo prazo apresentarão ao CADE os aditamentos aos contratos já firmados para fornecimento de eteno adicional (letra “a”, nº 4 do Anexo II).

382. Caso não sejam aceitas as condições aqui determinadas, expressa ou tacitamente (nesta última hipótese pelo silêncio das requerentes):

- a) incide imediatamente a multa de R\$ 22.427.840,00 (vinte e dois milhões, quatrocentos e vinte e sete mil e oitocentos e quarenta reais), correspondente a 4% do faturamento da COPESUL;
- b) fica liberado à Petroquímica Triunfo S/A certidão do inteiro teor do acórdão para os fins de direito;
- c) fica a Procuradoria do CADE autorizada a tomar as providências administrativas (Res. CADE nº 9/97) e judiciais adequadas para o pronto cumprimento da decisão.

383. A multa acima igualmente incidirá se o plano de atendimento (Fase 1) ou minuta de acordo ou contrato não for aceito pelo CADE (Fase 2), que estabelecerá a base adequada de atendimento, inclusive quanto à quantidade mínima de eteno, caso em que poderá recorrer à consultoria externa independente sob às expensas das requerentes.

384. Se as requerentes manifestarem concordância apenas com a condição especificada no Anexo II, cumprindo-a adequadamente, a multa acima estipulada fica reduzida a metade e mantida a providência da letra “c” (item 377).

385. A multa acima estipulada será acrescida de 50.000 UFIR por cada dia de atraso no cumprimento da obrigação, inclusive pela não apresentação dos aditamentos (parte final da Fase 3), sem prejuízo das providências judiciais cabíveis.

386. O Termo de Compromisso estipulará ainda as penalidades adequadas, definidas proporcionalmente à gravidade do descumprimento de providências ou exigências assessórias topicamente especificadas.

387. Qualquer das requerentes poderá submeter ao Relator para deliberação do Plenário requerimento de exclusão da sua responsabilidade solidária, desde que se comprometa a cumprir, e de fato cumpra, as providências a seu cargo passíveis de divisão.

388. São solidariamente responsáveis os administradores das requerentes que, agindo com excesso ou desvio de poder, não cumprir ou cumprir inadequadamente a presente decisão e, desse modo, deixar de atender a determinação de órgão deliberativo da empresa ao qual estão sujeitos, ou que prestar ou haja prestado informação incompleta, falsa ou enganosa.

389. O Relator manterá o Plenário devidamente informado sobre qualquer manifestação das requerentes acerca do cumprimento da decisão e tomará as providências urgentes que julgar convenientes, inclusive submeterá, sem demora, qualquer questão incidental à apreciação do Plenário quando necessário.

390. Cópia completa do acórdão deverá ser encaminhada ao Chefe do Ministério Público que atua perante a Justiça Federal de Primeira Instância, em Porto Alegre e Brasília, bem assim à presidência do Banco Nacional de Desenvolvimento Social - BNDES e à Comissão de Assuntos Econômicos - CAE do Congresso Nacional, tendo em vista o interesse institucional dessas entidades sobre o assunto.

É o voto.

ANEXO I

POLÍTICA DE SUPRIMENTO DE MATÉRIAS-PRIMAS - MEDIDAS
PREVENTIVAS
PROVIDÊNCIAS PARA PREVENIR EFEITOS ADVERSOS À ORDEM
ECONÔMICA
(L. 8.884/94, Art. 54, § 9º in fine)

As medidas abaixo especificadas têm o objetivo de prevenir que distorções futuras decorrentes da política de suprimento de matérias-primas ora em vigor no Pólo resultem em ofensa à ordem econômica. As condições envolvem a utilização das facilidades ou utilidades controladas pela central, a política de alocação de matérias-primas e o compartilhamento de informações relevantes, de interesse comum da central e das empresas de segunda geração.

(a) Política de alocação de matérias-primas

1. Quanto aos critérios razoáveis para alocação de matérias-primas, é considerada referência inidônea o poder de controle ou de voto via participação acionária na central (COPEL) que a empresa de segunda geração ou seu acionista/controlador eventualmente detenha;
2. Antes de uma decisão de expandir a capacidade de produção da COPEL, do interesse de todas as empresas de segunda geração, a discussão do assunto entre elas e a primeira deverá ser promovida, de modo a orientar adequadamente a alocação de matérias-primas e o planejamento sincronizado da produção de cada uma das unidades industriais integradas.
3. Sempre que uma empresa de segunda geração desejando expandir sua capacidade de produção demandar matérias-primas em volumes superiores aos contratados, as demais empresas serão convocadas, mediante procedimento adequado, para se manifestar, querendo, em prazo razoável previamente fixado, de modo a ensejar a discussão conjunta e útil do assunto antes da decisão de ampliação;
4. A COPEL poderá se comprometer a envidar os melhores esforços para responder às demandas das empresas de segunda geração, equitativa ou proporcionalmente, recorrendo a fornecedores externos quando isto for econômica e tecnicamente viável;

5. Os acréscimos de matérias-primas decorrentes de desgargalamento ou qualquer otimização da produção da central serão alocados de comum acordo com as unidades de segunda geração ou, na falta de acordo, proporcionalmente à capacidade nominal de cada uma delas. Não haverá preferência de acesso, a não ser para reparar eventual desequilíbrio (discriminação positiva) ou atender a decisão judicial.
 6. Sem prejuízo de disposição contratual, a interrupção do fluxo de matérias-primas decorrentes de paradas não programadas da produção da central não poderá gerar tratamento privilegiado ou discriminatório no atendimento das empresas de segunda geração.
 7. O acesso a matérias-primas pressupõe que a empresa receptora possui a capacidade profissional e técnica para operar a respectiva planta com segurança e a central não fica impedida de técnica e economicamente manter o seu desempenho industrial previamente programado;
 8. O acesso a matérias-primas poderá ser negado se a empresa de segunda geração não satisfizer, em tempo e modo, exigências contratuais ou protocolos razoáveis, bem assim não possuir a capacidade nominal, atual, de produção compatível com o volume da matéria-prima solicitada ou, na falta daquela, não tomar em tempo as providências adequadas para o desenvolvimento do respectivo projeto de ampliação. Havendo dúvida, a comprovação da capacidade de produção será feita com base no contrato de tecnologia e anexa documentação técnica relativa aos dados operacionais do projeto;
 9. A central fica impedida de exportar qualquer excedente de eteno ou prope no em caso de demanda não atendida e devidamente formalizada pelas empresas do Pólo;
 10. Fica reconhecido o dever de a central informar a todas as unidades integradas o balanço anual de matérias-primas, especificando pelo menos o volume das matérias-primas produzidas e/ou ofertadas, demandadas, contratadas, excedentes e exportadas, bem como a evolução da capacidade nominal de produção da central nos últimos três anos e a mesma capacidade planejada para os três anos seguintes. A data de liberação do informativo será escolhida pela COPESUL, a qual ocorrerá até o último dia do primeiro trimestre do ano civil;
 11. Todo contrato de fornecimento de matérias-primas será por escrito e atualizado pela central mediante novos instrumentos ou aditamentos aos antigos.
- (b) Acesso às facilidades ou utilidades
1. Não é compatível com a dinâmica do Pólo qualquer condição discriminatória de acesso que, no entanto, poderá ser condicionado a exigências especí-

ficas quanto à capacidade técnica e profissional, inclusive obrigação financeira, de manutenção e desempenho da empresa de segunda geração;

2. A fixação de taxas pelo uso comum de serviços e utilidades atenderão às exigências de transparência quanto à forma de cálculos, razoabilidade quanto ao montante cobrado, e equidade quanto à repartição dos custos.

(c) Compartilhamento de informações

1. A reciprocidade é a base para liberação de informações por uma empresa a outra, não havendo fora desse padrão obrigação de informar;
2. A COPESUL não poderá exigir de uma empresa informações que qualquer outra empresa do Pólo não puder liberar por força de acordo sigiloso do qual a própria central seja parte;

(d) Resolução de disputas

1. Em caso de divergência sobre fornecimento de matérias-primas e outros assuntos, as empresas do Pólo poderão se comprometer a esgotar a via arbitral antes de ajuizar qualquer ação judicial;
2. Poderá ser estipulado que o não esgotamento da via arbitral ou administrativa poderá ser interpretado como comportamento não cooperativo, passível de restrição adequadamente estipulada em contrato individual.

ANEXO II

=====

==

**SUPRIMENTO ADICIONAL DE ETENO - MEDIDA REPARADORA
PROVIDÊNCIAS PARA ELIMINAÇÃO DOS EFEITOS IMEDIATOS
ADVERSOS À ORDEM ECONÔMICA
(L. 8.884/94, Art. 54, § 9º in fine)**

=====

==

(a) Providência:

Apresentar plano provendo os meios com base nos quais a COPESUL e as demais requerentes vão atender a Petroquímica Triunfo S/A. Como resultado desse plano, será assinado contrato assegurando fornecimento de eteno à Triunfo sob condições razoáveis, em ordem a permitir à empresa começar imediatamente os trabalhos de ampliação da produção (construção de nova planta de PEBDL). Poderá ser assinado pré contrato, hipótese em que o contrato definitivo deverá ser assinado e apresentado ao CADE em prazo não superior a 60 (sessenta) da data da publicação do acórdão.

1. O instrumento contratual garantirá à Petroquímica Triunfo S/A, a partir do 25º mês a contar do mês subsequente ao da assinatura do contrato ou pré-contrato, a retirada de eteno em quantidade livremente pactuada, necessária à operação da sua nova planta de PEBDL, observados os cenários constantes do Anexo III;
2. Nenhum critério de distribuição de eteno com base no poder de voto na central, não formalmente apresentado para apreciação pelo Plenário do CADE e por este aprovado, prejudicará o fornecimento de eteno à Petroquímica Triunfo S/A ou qualquer outra empresa de 2ª geração;
3. Salvo estipulação contratual não resistida, nenhuma empresa de segunda geração terá direito de retirar matérias-primas em volume superior à sua capacidade nominal, atual, de produção;
4. As requerentes apresentarão ao CADE aditamentos aos contratos para fornecimento de eteno assinados com OPP Polietilenos, OPP Petroquímica e Petroquímica Ipiranga, relativos aos novos projetos cujo início de operação está previsto para o segundo semestre de 1999, consignando que as quantidades contratadas da matéria-prima sofrerão redução, em montante adequadamente especificado, para o cabal cumprimento da decisão do Plenário do CADE proferida no Ato de Concentração nº 54/95;

(b) Prazo para assinatura do pré contrato ou contrato:

Conforme adotado na decisão.

(c) Prazo para apresentação ao CADE dos aditamentos (letra a.3):

Conforme determinado na decisão.

(d) Relatórios:

Conforme decisão e estipulado, adequadamente, em Termo de Compromisso

(e) Sanções:

Conforme decisão e estipulado em Termo de Compromisso.

(f) Alternativa

Na oportunidade do cumprimento das condições previstas em ambos os Anexo I e II, as Requerentes poderão sugerir variações (equivalentes jurídicos), desde que mantida a essência da decisão e não embarquem os trabalhos de construção da nova planta de PEBDL da Petroquímica Triunfo S/A. Eventual alternativa poderá ser aceita, no todo ou em parte, ou rejeitada pelo CADE que, se considerar adequado, poderá consultar a Petroquímica Triunfo S/A.

ANEXO III

CENÁRIOS DE REALOCAÇÃO DE ETENO ESTUDO DE IMPACTO

Cenário I

1. O cenário I apresentado abaixo realiza a distribuição do eteno disponível para as plantas novas, segundo a capacidade de consumo de eteno. A capacidade ociosa indicada na coluna (a) considera que as plantas antigas deverão operar a 100% de capacidade, ocorrendo ociosidade, apenas nas plantas novas, da ordem de 11,12% da capacidade instalada, ou seja, um nível de utilização de 88,88%.
2. Na coluna (b) é considerada a plausibilidade da hipótese de que as empresas poderão distribuir o eteno recebido entre as plantas antigas e novas, gerando uma ociosidade média menor, em torno de 5 a 6%, ou seja, um nível de utilização de capacidade de 93 a 94%.
3. Para viabilizar este cenário poderia ser assinado um novo contrato com a Triunfo garantindo-lhe o fornecimento de 106.650 ton/ano.

CENÁRIO I

Distribuição do eteno disponível proporcional à capacidade nominal de consumo dos novos projetos

(em toneladas anuais)

Empresa	Consumo de eteno/novos projetos	Distribuição proporcional (88,88% da cap.)	Grau de utilização (%) a	Grau de utilização (%) b
Polietilenos PEBDL	240.000	213.310	88,88	93,75
Ipiranga PEAD	116.500	103.540	88,88	94,13
PEBDL	120.000	106.650	88,88	94,13
PP	2.500	2.220	88,88	94,13
Triunfo PEBDL	120.000	106.650	88,88	94,76
OPP PP	3.250	2.890	88,88	95,03

Innova Etilbenzeno	32.000	28.440	93,02	93,02
Total	634.250	563.700	-	

Coluna “a”: indica o grau de ocupação da capacidade das plantas novas, garantida a plena utilização das plantas antigas. Coluna “b”: indica o grau de ocupação das plantas novas e antigas, supondo que as empresas redistribuirão o eteno recebido.

Cenário II

4. Neste cenário, a Triunfo poderia ser contemplada com o fornecimento de 85.000 ton/ano de eteno. Com as plantas antigas operando a 100% de capacidade (coluna “a”) haveria uma ociosidade das plantas novas de 6,91%, ou seja, 93,09% da capacidade instalada. A nova planta da Triunfo teria uma ociosidade de 29,17%, ou seja, utilizaria somente 70,83% da capacidade.

5. Na hipótese de realocação do eteno entre plantas novas e antigas (coluna “b”) a ociosidade média seria de cerca de 3% para Ipiranga e Polietilenos. A Triunfo incorreria numa ociosidade de 13,73%, utilizando 86,27% da capacidade das suas duas plantas.

CENÁRIO II

Garantia de fornecimento de 85.000 ton/ano para a Triunfo, com distribuição proporcional às capacidades nominais do eteno restante

(em toneladas anuais)

Empresa	Demanda eteno/novos projetos	Garantia de 85.000 ton/ano para a Triunfo	Grau de ocupação (%) a	Grau de ocupação (%) b
Polietilenos PEBDL	240.000	223.420	93,09	96,12
Ipiranga PEAD	116.500	108.450	93,09	96,35
PEBDL	120.000	111.700	93,09	96,35
PP	2.500	2.330	93,09	96,35
Triunfo PEBDL	120.000	85.000	70,83	86,27
OPP PP	3.250	3.020	93,09	97,41
Innova Etilbenzeno	32.000	29.780	95,65	95,65
Total	634.250	563.700	-	

Coluna “a”: indica o grau de ocupação da capacidade das plantas novas, garantida a plena utilização das plantas antigas. Coluna “b”: indica o grau de

ocupação das plantas novas e antigas, supondo que as empresas redistribuirão o eteno recebido.

6. A escolha da quantidade de 85.000 ton/ano é justificada pelos dados fornecidos pela Triunfo de que o patamar mínimo para a operação de plantas petroquímicas, sem provocar reduções insuportáveis na lucratividade, seria uma ocupação de capacidade da ordem de 84-86%³⁷¹.

7. Com base nesta informação, e supondo que a Triunfo realizaria uma utilização eficiente do eteno recebido entre as duas plantas, deduz-se que as condições propiciadas pelo cenário II permitem à Triunfo tomar a decisão de investir na implementação da nova planta, sem ocasionar perdas significativas de lucratividade de nenhum dos demais projetos.

Cenário III

8. A situação configurada no Cenário III implica destinar à Triunfo apenas o eteno excedente, após garantida a operação das demais plantas com 100% de utilização de capacidade. A Triunfo teria garantido eteno (49.450 ton/ano) para apenas 41,21 da capacidade instalada, ou seja, uma ociosidade de 58,79%, com a planta antiga operando a 100% de capacidade (coluna “a”). Mesmo supondo a divisão do eteno entre as duas plantas (coluna “b”), esta hipótese não permitiria à Triunfo tomar a decisão de investir na construção da sua nova planta, já que a quantidade de eteno disponível somente permitiria atingir a capacidade de 72,73%, inferior ao patamar mínimo suportável de utilização de capacidade de 84-86%.

CENÁRIO III

Destinação à Triunfo do eteno disponível, atendida a capacidade nominal de consumo das demais plantas

(em toneladas anuais)				
Empresa	Demanda eteno/novos projetos	Distribuição do excedente à Triunfo	Grau de utilização (%) a	Grau de utilização (%) b
Polietilenos	240.000	240.000	100,00	100,00

³⁷¹ A Triunfo apresentou este dado à f. 2676 (nota 1), com base num estudo da empresa norte-americana *Chem System Inc.*, trazido aos autos às fls. 2676/2689. Um dado menos conservador é apresentado pelas requerentes para quem “o ponto de equilíbrio” da planta da central seria de 80%” de utilização de capacidade (exposição perante o plenário do Cade, conforme anexo V).

PEBDL				
Ipiranga				
PEAD	116.500	116.500	100,00	100,00
PEBDL	120.000	120.000	100,00	100,00
PP	2.500	2.500	100,00	100,00
Triunfo				
PEBDL	120.000	49.450	41,21	72,33
OPP				
PP	3.250	3.250	100,00	100,00
Innova				
Etilben- zeno	32.000	32.000	100,00	100,0
Total	634.250	563.700		

Coluna “a”: indica o grau de ocupação da capacidade das plantas novas, garantida a plena utilização das plantas antigas. Coluna “b”: indica o grau de ocupação das plantas novas e antigas, supondo que as empresas redistribuirão o eteno recebido.