

VOTO ORAL DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS XAUSA

Sr Presidente, Srs Conselheiros:

1. Não trouxe, como de hábito, voto escrito. Não cometerei qualquer redundância diante de argumentos, especialmente de natureza econômica, já expendidos aqui. Farei observações meramente pontuais de natureza ou residual ou já tocadas em votos anteriores e que servem ao duplo propósito de, primeiro, marcar posição diante dos pontos considerados mais polêmicos no processo e ademais, explicitar questões metodológicas tanto de relevância intrínseca como também aquelas com influência na condução do processo e seu desenlace.
2. Início então quase que exclusivamente me atendo à parte jurídica do debate, isto é, das três teses que foram suscitadas preliminarmente pelo ilustre Conselheiro Relator e que teve a gentileza de me citar nominalmente. Sem interesse em estabelecer qualquer polêmica, como tenho orientação doutrinária oposta a de sua Ex.a. nos três pontos, é de meu dever profissional fazer constar essa divergência no voto.
3. Primeiro: problema da chamada “notificação admonitória”. Desde logo devo confessar a minha completa ignorância quanto ao significado, técnico ou não, da expressão: não sei o que é “notificação admonitória”. Deduzo, obviamente, pela explicitação, e pelos efeitos atribuídos pelo nobre relator. Mas como expressão técnica-jurídica, - notificação admonitória- ignoro o que seja. Sei o que é notificação. O sentido jurídico específico, de alguma forma, está contido no voto de S. Ex.a. Notificação, independentemente de qualquer referência de Pontes de Miranda como figura processual, é o instrumento hábil, por excelência, no Direito brasileiro, para fazer conhecida manifestação de vontade e, a partir da comunicação formal dessa vontade, fazer com que essa vontade produza efeitos jurídicos especialmente contra terceiros. Assim, nós temos as figuras clássicas dos protestos e das notificações judiciais ou não. São manifestações unilaterais, em juízo ou fora dele, com eficácia jurídica. Isso eu já conheço desde os bancos escolares. Agora, “notificação admonitória”, criação inventiva do nobre relator, confesso total ignorância. Quanto às implicações do termo confesso que realmente quando li, antes de ler o voto do Relator, nota distribuído pelo Sr. Presidente, eu cometi a injustiça intelectual a S. Ex.a, de entender que havia uma certa confusão na cabeça de um economista porque as conseqüências da tese do Relator me pareciam tão absurdas, que, atribuindo tudo a engano do Presidente, não acreditei no que eu estava lendo. Por quê? Porque a exótica figura criada, da “notificação admonitória”, no processo em geral e aqui neste processo pelo nobre Conselheiro Relator tem a

seguinte virtude: recebido o processo com o parecer da SEAE, que obviamente não é vinculativo, como não é o da SDE; - o parecer da SEAE valeria como presunção, invertendo o ônus da prova contra o requerente!

S. Ex.a, diz, verbis, sobre a “notificação admonitória”, que o efeito específico do Despacho foi o de criar um ônus para as requerentes, da contraprova dos fatos afirmados no mesmo Parecer da SEAE. Só que os fatos afirmados no Parecer da SEAE são de duas naturezas: fatos propriamente ditos e “fatos” que não são fatos, que constituem juízos de valor emitidos pela SEAE, a título de Parecer. À guisa de ilustração eu apenas anotei aqui alguns exemplos, quando S. Exa. diz que os fatos afirmados, na seqüência do raciocínio, já estariam ao abrigo de uma presunção, por exigir o ônus da contraprova por parte dos requerentes. Resumidamente seriam “fatos”, destaco: a) - dentro de um ponto de vista estritamente econômico, ao estabelecer um pólo integrado a central teria assumido “uma inequívoca responsabilidade com o fornecimento permanente de matéria prima para seus concorrentes - um dos fatos”. b) Segunda ilustração: não há prever, desde já, “ações coordenadas ou paralelismo de conduta entre Petroquímica Triunfo e os produtores de polietileno de Bahia Blanca”. Isto é, a SEAE já estaria a adivinhar um argumento que eventualmente pudesse ser usado pelos requerentes. c) Terceiro: “embora a expansão do Polo Petroquímico do Sul seja geradora de benefícios, a forma com que está apropriada a produção futura de matérias primas retira competitividade (sic) de uma das empresas (Triunfo) em favor das outras duas”. d) quarto: “a ausência de acesso a eteno adicional (para a Triunfo), faria parte de uma estratégia comercial dos grupos que participam do controle da Central e das empresas Polisul e Poliolefinas de monopolização do mercado” (sic). Ainda, os acordos apresentariam aspectos negativos sobre a concorrência do mercado de polietileno ao concentrar a oferta e reduzir a participação da Petroquímica Triunfo. Resultarão ganhos econômicos para a sociedade como um todo que, entretanto, poderiam ser obtidos sem a perda observada no processo concorrencial”. Também ainda, f) quanto ao projeto da Petroquímica Triunfo, a SEAE, “exige como condição sine qua non a garantia do fornecimento de matérias primas”. g) Finalmente “embora defasado, o antigo projeto linear da Triunfo implicaria posição estratégica no mercado de polietileno”.

O que eu, nem ninguém, pode aceitar do ponto de vista estritamente jurídico- doutrinário é que juízos de valor que têm a ver diretamente com o mérito a ser julgado por esse Plenário e que na estrita competência da SEAE foram objeto de parecer, preambularmente aqui no CADE sejam transformados pela Relator em “fatos” no que ele denomina de “notificação admonitória” com o exótico efeito de inverter o ônus da prova! Tudo o que está contido nessas informações, das quais citei alguns exemplos, é presumido verdadeiro pelo Relator cabendo as requerentes provar o contrário! Eu me estarreço, Sr

Presidente, porque a construção engenhosa fere os princípios mais rudimentares de Teoria Geral do Direito e do próprio senso comum, como o das presunções, e o do ônus da prova. Constranjo-me em lembrar ao Plenário o princípio universal de que o ônus da prova cabe a quem afirma. Por exemplo, no plano penal, em que o princípio da presunção da inocência, se estivesse ausente expressamente na Constituição de 88, como está no artigo 5º, estaria ao abrigo do parágrafo primeiro do mesmo artigo 5º, que internaliza e incorpora ao direito interno os Tratados Internacionais, entre os quais, nomeadamente, o Tratado de São José da Costa Rica, que trata dos Direitos Humanos como patrimônio irreversível da humanidade (hoje conhecido de qualquer criança assídua à televisão). Como o princípio da presunção da constitucionalidade. Quer dizer, cabe ao intérprete provar que determinada norma é inconstitucional, da mesma forma como em nível hierárquico inferior, existe presunção de legalidade da norma de direito ordinário. Assim, sempre quem tem o ônus da prova, é quem tem que provar o crime, quem tem que provar a inconstitucionalidade, quem tem que provar a ilegalidade, como, aqui no CADE, quem tem que provar os fatos econômicos e financeiros de relevância para aplicação da Lei, como são todos os apreciados por esse Plenário. Então, não posso omitir-me em registrar a minha surpresa diante da bizarra construção do ilustre Relator, tão bem apanhada pelo Sr. Presidente.

4. Em segundo lugar - a questão da chamada “parte interessada” - é aqui retomada por S. Ex.a, e a incorporo ao voto e à discussão porque no momento da decisão final do mérito, hoje, foi expressamente referida pelo nobre Relator. Como é sabido envolveu despacho proferido por S. Ex.a, na minha ausência por motivo justificado, e, a respeito do qual, na sessão ulterior, por ocasião da leitura da Ata eu manifestei meu ponto de vista de que o considerava pouco ortodoxo, aprovado em fim de sessão juntamente com um conjunto de outras providências, - e admitindo no processo a Petroquímica Triunfo formalmente como “parte interessada”. Disse eu então textualmente que S. Ex.a induzira a erro os colegas economistas, que, de boa fé não podiam prever o alcance da expressão e suas conseqüências. E profetizei que o despacho seria o primeiro de uma série que, em escalada, estabeleceria algo estranho ao direito de concorrência que é o contraditório e a idéia de “partes”.

Não é minha intenção discutir com S. Ex.a aqui o intrigante conceito de “parte interessada”, principalmente na forma muito antipática, conhecida como argumento de autoridade que eu desaconselho sempre aos meus alunos, principalmente em causa própria.

Mas é curioso como a vida é cheia de coincidências. O conceito de “parte interessada”, juridicamente, é a quadratura do círculo. Como eu já dizia há algum tempo ao nobre Conselheiro Paulo Dyrceu, “parte” e “interessada”

são conceitos que “hurlent de se trouver ensemble”. “Parte” é uma coisa, “terceiro” é outra. A coincidência é que os lidadores do Direito sempre tiveram perplexidade diante o conceito de “terceiro” porque o nosso Código de Processo prevê uma multiplicidade de figuras jurídicas denominadas interveniente, opoente, terceiro interessado, litisconsórtie voluntário, denunciado à lida, chamado ao processo, enfim - que têm o mesmo nome - terceiro - mas que têm funções diferentes no processo e cuja participação produz efeitos diferentes e para os quais os atos judiciais têm também efeitos diferentes. Ora, não existia em toda a literatura brasileira estudo que aprofundasse o conceito de terceiro, juntamente ao tradicional conceito de parte, que remonta a Chioven-da. Pois há dois anos atrás publicou-se tal estudo, difícilíssimo porque se tratava de verificar, de um lado, o que havia de comum e, de outro, as peculiaridades da presença, e dos efeitos de todas as figuras descritas e tidos como terceiros, a fim de que se pudesse construir uma teoria geral do instituto conciliando ao mesmo tempo a unidade e a diversidade. Esse livro foi escrito como resultado de uma dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul, da autoria da ilustre Desembargadora Berenice Dias, minha ex-aluna, e veja a coincidência, Sr. Presidente, eu fui orientador da dissertação e presidente da banca. E toda a tese é destinada exatamente a distinguir os conceitos de parte e terceiro. Portanto, por que eu discuti o conceito jurídico de parte interessada? Não é certamente para fazer aquilo que dizia o ilustre Ministro Jobim: “biografia não se faz em voto, biografia se faz em revista acadêmica”.

É que o conceito de “parte interessada” no processo utilizado pelo nobre Conselheiro Relator, teve conseqüências, conseqüências que eu previ, dizendo na semana subsequente que eu já esperava uma escalada de Despachos que teriam inevitavelmente como resultado um contraditório dentro do processo, que é tudo contrário à Teoria do processo, à letra e ao espírito da lei de defesa da concorrência. Como diz muito bem S. Ex.a no seu voto, trata-se do exercício de jurisdição voluntária: não há lide, não há partes, não há contraditório, há um requerente e a autoridade estatal que aplica a lei da concorrência, no caso, o CADE. E como eu previra, na verdade, a partir daí, o processo se transformou em contencioso com partes e num contraditório. E mais, a simpatia já antecipada naquela ocasião pelo nobre Relator desenvolvida ao longo do processo em favor do pleito da interessada, impugnante, Petroquímica Triunfo, levou a um ponto em que não só a Triunfo foi elevada no contraditório em igualdade de condições com as requerentes, mas em um momento em que a Triunfo passou a ser o personagem mais importante do processo. O que evidentemente gerou uma subversão. E eu faço questão, em nome de um diploma conquistado há 42 anos de registrá-la.

5. Finalmente, Sr. Presidente, o problema da Conciliação. Um dos talentos, dos muitos, do nobre Conselheiro Fonseca é de partir de premissas verdadeiras e alcançar conclusões duvidosas. No caso, S. Ex.a. faz uma digressão pertinente sobre a tendência moderna à conciliação. Perfeito. Já dizia o velho mestre Calamandrei que o conflito é contra a natureza humana. Ele, um processualista, se insurgia contra o conflito judicial. O convívio humano deveria ser harmônico, o litígio não deveria existir e a experiência crescente dos processualistas é de que a conciliação ainda é o melhor remédio para os inevitáveis confrontos sociais. Os exemplos de S. Ex.a são abundantes, completos e exaustivos de todas as hipóteses na nossa legislação onde existe a figura da conciliação ou acordo -obrigatório. Hoje, com a nova reforma do C.P.C., ampliaram-se os casos de conciliação. Mas os históricos e clássicos casos de conciliação, como separação, alimentos, justiça do trabalho e demais exemplos que S. Ex.a dá com relação aos interesses difusos, e a ação civil pública enfim, são corretíssimos. Sem falar na revolução do C.P.P. que estabelece formas de conciliação ou de “negociação”, embora eu também, como S. Ex.a, hesite um pouco em usar a expressão “plea bargain”, porque barganha sugere outra coisa, em português, mas há em todas essas leis uma forma de conciliação peculiar, só que na nossa também.

Ocorre que todas as leis citadas prevêm formas de diálogo específico entre os interessados e partes no caso, e o juiz. E a nossa tem, explicitamente, por excelência, duas modalidades de diálogo, que são a “cessação de prática e o compromisso de desempenho”. São especialmente previstos, como os demais nas demais leis. Agora, à partir desta modernidade, eficácia e desejabilidade da conciliação, para - e eu divirjo da em tese de S. Ex.a, radicalmente, inventar modalidades não previstas e transformar o Colegiado como tal e seus membros individualmente em promotores de negociação ou acordos não é, data venia, da natureza da nossa função. Não cabe a nenhum juiz desse Colegiado propor soluções práticas concretas para compor interesses individuais. O CADE julga. Efetuado no caso concreto o compromisso de desempenho, há uma longa, sim, negociação, para adequar à realidade empresarial e às possibilidades dos interessados às determinações do Plenário. Ninguém mais do que a Conselheira Lúcia Helena sabe, e só fico por enquanto com o exemplo do caso Colgate, quão penosa e trabalhosa é uma negociação para implementar as decisões. Mas oferecer-se o Relator como intermediário e propor soluções - nince!

6. São estes três pontos de natureza jurídica - que, bem ou mal,- tratam do ramo do conhecimento humano onde a minha ignorância é menos maciça, que me permite desenvolvê-lo com uma certa desenvoltura.

7. Com relação à parte econômica, V. Ex.as não estão ameaçados de qualquer argumento meu. Eu adiro em ordem regimental ao voto da nobre Conselheira Lúcia Helena especialmente no item 9, quando S. Ex.a refere a doutrina e a jurisprudência do princípio de que mesmo com detenção de poder de monopólio, uma firma não tem o dever de cooperar com suas rivais. Também mais adiante estou tomando os itens mais relevantes (concordo com todo o seu parecer, adiro a todo seu parecer), quando diz “XXIV - se estivéssemos diante de uma prática evidenciada de recusa de venda, ou negociação por parte de empresa monopolista com claro efeito de eliminação de concorrentes do mercado, com a aplicação incontestada da doutrina das instalações essenciais com claro efeito de eliminação de concorrentes do mercado, estaríamos diante de uma ofensa sim à ordem econômica, nos termos dos incisos...”. E conclui, na parte doutrinária, de fundamentação, que tomo de empréstimo e faço minha, que “não se pode falar de exclusão em sentido clássico quando existem acordos de suprimento em vigor que são respeitados”. Louvo igualmente o voto do nobre Conselheiro Paulo Dyrceu que ouvi com maior atenção, como sempre, de todos, mas em especial porque S. Ex.a tem a qualidade especial de lucidamente pinçar pontos relevantes que não ocorreram aos seus colegas em votos anteriores. Então adiro também a todas as considerações, todas - sem exceção -, desde quando começa registrando que o ilustre Relator não teria dado maior importância às eficiências, quer para as requerentes, quer para o mercado, e a todas as demais referências circunstanciais feitas no voto. O mesmo vale para o voto do Conselheiro Barrionuevo, que tem toda minha concordância. Antecipo-me, finalmente, ao voto, que conheço, do nobre Presidente. Dou-me ao luxo de não me pronunciar sobre a jurisprudência do “intent test” e das “facilidades essenciais” porque a minha formação fabiana ainda não me deixa à vontade para fazer tais concessões ao não-liberalismo ... Mas vejo com muita simpatia, - sei que não é o caso da Conselheira Lúcia Helena, que faz um matiz - a fundamentação de S. Exa sobre os custos de transação.

8. Digo que felizmente não preciso me comprometer com essas teses porque parto de uma outra premissa, fundamental, - o que me leva a fazer o maior elogio que já fiz ao nobre Relator a saber: o voto do Conselheiro Antônio Carlos Fonseca é diabólico. Isso tem obviamente a intenção de ser um cumprimento. É que S. Ex.a me faz lembrar um episódio do Gênesis quando, entre a hierarquia dos anjos, arcanjos, serafins, querubins, tronos e potestades, Lucifer (“o que conduz a luz”), na sua arrogância, porque que era o mais bem dotado de todos, irressignou-se, e com quais resultados para a Humanidade? Todos os dons que o Criador havia dado a Lucifer, príncipe dos anjos, passaram a ser usados para o mal. A analogia, meramente formal evidentemente, não pretende qualificar valorativamente o trabalho de S. Ex.a., mas serve para

dizer que eu nunca vi nesta Casa tanto talento, tanta competência, tanta diligência a serviço de uma causa tão injusta e de um voto tão equivocado.

Isto porque S. Ex.a., em 180 páginas construiu na essência, um grande silogismo que, no fundo é um grande sofisma. Evidentemente, o sofisma clássico, em lógica aristotélica, lógica formal, é aquele no qual de premissas verdadeiras se chega a conclusões falsas. S. Ex.a foi mais longe e radical (e nem Górgias ou Protágoras fariam melhor). S. Ex.a já começa com premissas falsas e daí, é claro, só pode chegar a resultados falsos. Este é o ponto. Porque o grande silogismo que resume todo o voto de S. Ex.a é: a). A Premissa Maior: houve recusa de fornecimento e exclusão da Petroquímica Triunfo; b) Premissa Menor: essa recusa e essa exclusão são ilegais; c) ergo, diriam os Escolásticos, deve ser reparado o dano e através de um severíssimo compromisso de cessação que faça do CADE o instrumento para reparar os prejuízos alegados pela Petroquímica Triunfo.

9. Ora, todo o processo, despido das muitas pistas falsas, prova em abundância que não se pode falar em recusa de fornecimento de matérias-primas. A tese de auto-exclusão é a que mais obviamente, gritantemente, perpassa por estes autos. Todas as vantagens relativas, alegadas em favor da Copesul, todos os privilégios, todas as discriminações, todas as restrições colaterais e desvantagens - não decorrem de um ato de vontade de quem quer que seja a não ser da própria Petroquímica Triunfo! E como mostra muito bem o Presidente no seu voto, por livre escolha de uma estratégia que não cabe a nós discutir aqui, optou por não participar dessa natureza dual, como disse a Conselheira Lúcia Helena, sendo as requerentes ao mesmo tempo controladora da Central e também concorrentes em 2ª geração. A Ipiranga e a Odebrecht fizeram essa opção. Repito: e por uma decisão empresarial que não cabe a nós julgar, a Triunfo não fez o mesmo. E mais. Não só recusou-se a participar da privatização, como sócia da COPEL, como foi mais longe: ingressou em juízo contra a privatização. Portanto creio que cabe - o velho brocardo latino “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” (literalmente “ninguém pode se beneficiar da própria torpeza”). Claro que não é “torpeza” a ausência da Triunfo da privatização. Mas a idéia do brocardo é a de que ninguém pode impugnar os efeitos de um ato ou omissão praticado por si próprio.

10. Então, se danos decorreram, se prejuízos graves decorreram da ausência da Petroquímica Triunfo na participação do processo decisório da Central, como sócia da COPEL foi fruto de uma opção livre que a empresa fez. Portanto, falar em “alijamento”, em “recusa” (a expressão textual em inglês é refusal to deal), é absolutamente falso. Não houve nem recusa de suprimento, e muito menos antes, recusa de negociação. A tal ponto que fiz um trato com o colega, o nobre Relator, quando da nossa visita a Triunfo, de examinarmos

toda a correspondência trocada entre as empresas para determinarmos o momento, o “fato gerador” do dano, do alijamento. Essa análise, em detalhe, já foi feita e em detalhe contestada no voto do Sr. Presidente. Mas como totalmente inútil, eu a dispenso por uma razão lógica. Se eu parto da premissa óbvia, clara no processo de que houve uma auto-exclusão não há porque discutir em que momento, através de que carta, o Ata se teria desencadeado o prejuízo à Triunfo.

11. Ainda quanto ao mérito, repito, dispenso às referências doutrinárias e jurisprudenciais da conhecida nota 171 do manual ABA, que foi igualmente utilizada tanto por S. Ex.a, o Relator, como pela Conselheira Lúcia Helena, como pelo Conselheiro Paulo Dyrceu, como pelo Presidente (e que tenho aqui à mão), vendo a jurisprudência americana com óculos distintos.

12. Eu me dispenso porque evidentemente ato indutivo, provado no processo e que a primeira premissa, chamada a Premissa maior, do grande silogismo de S. Ex.a é falsa, também como a segunda premissa. E assim, também como decorrência a conclusão do voto é falsa.

13. E me dispenso (porque já conclusivo) de ler as contestações, que eu tinha preparado, item a item, no número 55 do voto, que é onde S. Exa enumera sinteticamente os 12 argumentos que representariam o nó do problema, a seu juízo.

14. Pelo que, adoto, por remissão, quanto à parte econômica do mérito a integridade do voto da Conselheira Lúcia Helena, do Conselheiro Barrionuevo, do Conselheiro Paulo Dyrceu, e antecipo também total adesão ao voto do Sr. Presidente. Vejo com muita simpatia os critérios práticos, do voto da Conselheira Lúcia Helena que sugere termo de compromisso, e aguardo o voto do Sr. Presidente, e suas sugestões para cotejar as posições e tentar harmonizá-las. Muito obrigado Sr. Presidente.

ADENDO AO VOTO

Sr. Presidente,

Lembrou bem o Conselheiro Fonseca, que há um tema sobre o qual alguns colegas se manifestaram e eu não posso omitir-me, que é o tema que tem a ver com referências a “oportunismo” e “reputação”, que são realmente rótulos convencionais. Eu prefiro falar de perfil de empresa. E quero ser muito expresso. A minha dificuldade é com o perfil atual e passado da Petroquímica Triunfo, fazendo a seguinte ressalva que faço questão que conste do voto: é que claramente separo a empresa dos seus controladores e de todos seus servidores, e aproveito para referi-los na figura dos Diretores aqui presentes, o

ilustre engenheiro Lampert (meu vizinho de 10 quadras em Porto Alegre), representante da Petroquisa e do engenheiro Briones que constituem executivos exemplares com longo a serviço prestado à petroquímica brasileira e que zelosamente cumprem os seus deveres funcionais. Obviamente o mesmo vale para os meus colegas Doutor Del Chiaro e Doutora Beatriz, que honraram a profissão de advogados com diligência e a fidelidade aos seus constituintes.

Agora, tudo isso não vale para a empresa Petroquímica Triunfo e principalmente para seus três acionistas. Eu concluo o meu voto dizendo o seguinte: eu não sei do que eu tenho mais receio, de continuar a Petroquímica Triunfo com seus atuais controladores ou de mudar. Por quê? Eu quero que a comunidade riograndense e a sociedade brasileira tenham empresas e empresários comprometidos com o futuro genuíno da petroquímica do país, - o que não ocorre com qualquer um dos três acionistas. Um: o Sr. Bóris, que é um notório litigante profissional e só cuida dos seus interesses pessoais. Dois: a Petrobrás, na sua errática política que nunca sabe se vai ou não participar da petroquímica, e em que grau, e só tem em vista seus interesses corporativos. Três: a Dow Chemical que, obviamente, serve a seus interesses internacionais que, como regra colidem com os brasileiros.

Portanto, esta empresa, com o perfil destes acionistas não inspira a menor confiança, o que me dá a dúvida de que que tipo de Triunfo nós teremos no futuro. Neste ínterim, eu não quero me prestar, nem o CADE, ingenuamente, a ser instrumento de interesses particulares em nome da defesa da concorrência.

É o voto final.