

VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA

PROFERIDO NA 8ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA REALIZADA
EM 18 DE JUNHO DE 1997

“Senhor Presidente, Senhora Conselheira Relatora. Os órgãos colegiados têm algumas leis não escritas, de convívio cordial entre os quais da cortesia no caso da vista. Todavia, o meu caríssimo Conselheiro Barrionuevo vai entender no conteúdo do meu Voto, que será sintético, que não é por impaciência com seu ponto de vista que eu o profiro por antecipação.

Senhor Presidente, o meu cinquenta por cento italiano de DNA me impele a prolixidade mas me agrada mais uma expressão britânica que nos ensina o seguinte: “never explain, never complain, never apologise”. Eu, como juiz, não me considero obrigado a explicações à ninguém, a não ser à minha consciência a meus colegas e à opinião pública que merece, mas me obrigo a algumas considerações laterais a respeito da votação no caso Muller onde eu acompanhei o nobre Conselheiro Relator.

Em primeiro lugar o meu louvor à imprensa; e quando me refiro à imprensa quero deixar muito específico as setoristas e os setoristas que com tanto sacrifício pessoal vêm cobrindo essa matéria desde a semana passada e realizando façanhas, pois sabemos que os jornais de grande circulação têm horários de fechamento muito estritos. Semana passada realmente deram eles uma lição de profissionalismo que merece louvor.

Que não tem nada a ver com alguns comentários de pessoas desavisadas, até professores de economia que, não tendo participado, não conhecendo a decisão, certamente treslando as matérias (porque os setoristas foram absolutamente impecáveis) - que se animaram a críticas que normalmente agente, já em certo momento da vida, tende a não se preocupar. Porque não são críticas, são adjetivos e adjetivos não se discute.

Este Plenário foi acusado de (vou usar uma expressão que eu ouvi em uma das sustentações orais) xenofobia e de não ter simpatia por “joint ventures”. Quanto as joint ventures, e podíamos multiplicar aquelas que este Plenário já aprovou, o fato notório, para quem acompanha as Sessões, para quem se interessa pelas decisões do CADE, é de que a nossa clientela, basicamente, é feita de multinacionais. E não se tem notícia de que o CADE seja um algoz, ao menos com essa sua atual composição, um algoz das multinacionais.

Meu voto, como os Votos do Relator Renault e da Relatora Lucia Helena, foi exatamente no sentido oposto - todos querendo mais investimento externo, mais empregos, mais tributos, mais concorrência. Quem vir xenofobia

bia ao capital estrangeiro aqui, realmente para ser eufêmico, é um ser humano desavisado.

Sou obrigado a comentar um tema ferido pelo ilustre patrono, creio que da Budweiser que me deixou, no início, muito esperançoso em aprender, porque Sua Senhoria ameaçou dar-nos uma lição sobre a competência do CADE e os limites de atuação do CADE. Infelizmente eu me frustei, porque não aprendi mais do que já sabia, desde que fui sabatinado pelo Senado a respeito do funcionamento desse órgão.

O que foi ferido aqui, foi o tema do capital estrangeiro, em sede constitucional. Ora Senhor Presidente, - veja como a vida tem coincidências pois, parafraseando meu saudoso mestre, o ex-senador e ex-ministro Mem de Sá, eu diria que precisamente a matéria de direito constitucional, é aquela em que a minha ignorância é menos maciça, já que acontece ser eu, professor licenciado da cadeira de direito constitucional da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que é a mais antiga do Brasil e certamente não é caracterizada pela ignorância ou incompetência de seus ex-alunos. Também, a presença no CADE não me impediu de continuar lecionando no mestrado da PUC/RS onde, por coincidência, eu sou orientador de uma tese de uma dissertação precisamente sobre a eficácia das normas programáticas da Constituição. Constituição é algo sério demais para se pinçar um artigo, ler a metade e tentar aplicá-la. As normas que tratam da ordem econômica são esquizofrênicas todos nós sabemos disso. Ler em conjunto os artigos 170, 172, 173, 219 e artigo 1º, desafia hermenêutica complicada pois temos em jogo normas de eficácia diferentes a seguir a lição italiana adotada aqui pelo meu caríssimo amigo e colega professor José Afonso da Silva. Temos misturadas normas programáticas, normas de eficácia absoluta, normas de eficácia limitada, normas de eficácia plena, normas de eficácia contida. Ao mesmo tempo estabelece a Carta uma hierarquia de valores no artigo 172, onde temos, em três níveis, os fundamentos da ordem econômica, depois os fins da ordem econômica, depois os princípios que instrumentam tais fins. Não é, assim, uma tarefa ligeira o exame constitucional - e como eu não desejo polemizar com o ilustre patrono, eu me reservo esse assunto para tratar com os meus alunos e minhas alunas recém formados na Escola Superior do Ministério Público. Finalmente acho que também já aprendi qual o papel da SEAE. Antes do início da Sessão. A SEAE é um órgão da maior respeitabilidade, da maior seriedade técnica que tem muito contribuído para as nossas decisões. Agora, data vênica, compará-la com o juge d instruction francês, como quer o Ilustre patrono da Budweiser, ultrapassa os limites da imaginação jurídica. No direito do Congo, sob Mobuto ou não, quiçá, ignoramos. Mas, no direito francês não. Portanto, não me comove essa analogia muito embora tenha estudado

o parecer da SEAE com todo o respeito que ela sempre mereça. Passo a comentar, agora sim, dois pontos absolutamente fundamentais que foram tocados pelo ilustre patrono da Antártica: o problema das semelhanças e diferenças desta transação, com a da Brahma; e o problema do conceito de teoria e prática da concorrência potencial.

Pelo respeito profissional que tenho por Sua Senhoria, é que comento aqui o último memorial que recebi ontem a tarde, do qual, me permito citar a mais importante passagem quando na primeira página (eu não vou tentar traduzir), dizia, citando Enzo Moavero Milanesi: “...é opportuno non attribuirgli (a tese) una portata eccessiva: com il rischio di echivocare la potenzialità com la mera hipotecicità della instaurazione di una relazione competitiva tra le aziende. Se si dà al concetto di concorrenza potenziale un'interpretazione di una portata troppo ampia, si corre il rischio di concludere -per eccesso- che ogni imprenditore che disponga di una sufficiente liquidità, possa rappresentare un concorrente potenziale di qualsiasi altro. Egli in effetti potrebbe entrare su qualunque mercato esistente, anche se affatto estraneo alle proprie attività.” Eu não conheço o contexto da obra como gostaria, mas marquei dois pontos: a- o risco de “uma portata tropo ampla”, certamente está fora do Voto de Sua Excelência, no caso concreto, na forma em que construiu e aplicou o conceito de concorrente potencial; b- muito menos “se corre o risco de qualquer empreendedor”, com grande liquidez, possa apresentar ameaça, como se, no caso concreto, bastasse a liquidez abundante de um Trump, de um Turner, ou do Sultão de Brunei, para sobressalto do mercado respectivo. Em suma, não se trata aqui, de “qualunque mercato”, ou de “ogni imprenditore”. Quanto as citações de Bain e Sullivan, igualmente não me comoveram.

Amadureci muito esse tema, Senhor Presidente, desde antes na votação do caso da Brahma e creio, realmente, muito feliz a expressão da Relatora quando fala da domesticação da concorrência.

Finalmente, como não sou economista, edifiquei-me com o ensaio da TIME Magazine de há duas semanas com o título “Why I am not an economist” e o subtítulo, “They are doomed to explain the unexplainable”. Vale uma frase que inicia dizendo “que a coisa reveladora a respeito de estar fechado num quarto com seis economistas, por um dia inteiro, não é só descobrir que você pode continuar acordado, mas descobrir quão pouco eles realmente sabem.” Eu sempre tive muito respeito pelo jargão econômico e o sentimento de que poucas profissões são tão autocríticas das suas limitações como a dos economistas. Há um debate celebre que ocorrido há mais ou menos 3 ou 4, anos na Folha, entre Mário Henrique Simonsen e Luiz Gonzaga Belluzzo, sobre os aspectos epistemológicos da economia, em que até o Dr. Delfim entrou depois, do lado mais cético. E o debate mostrou o quê ? Que a economia,

como qualquer ciência social, não é uma ciência exata, o que é o óbvio (eu durante décadas tenho sido acusado dessa coisa horrorosa chamada de cientista político, invenção dos Beauvoristas americanos da década de 20, que não existe. O sujeito que se diz cientista político é o que não sabe o que é ciência política.).

Os economistas com todas as suas leis, postulados, axiomas, curvas, efeitos, cujos modelos aspiram captar a realidade, fazem algo simples, desde que se estabeleceu um método científico na base da indução. Da observação a experimentação, da experimentação à generalização, culminando com a lei científica. No caso da economia, o conjunto de condutas do Estado ou dos agentes econômicos, repetidas ao longo do tempo, estariam a apontar para certas direções estabelecendo “as leis econômicas”. A maior ou menor previsibilidade, baseada em expectativas racionais, suporia a interação entre os diversos agentes e as consequências correspondentes. Está implícito, que depois da física quântica, só com generosidade se pode falar em “lei científica”.

Isto posto, comparece a sensibilidade do juiz, que utiliza uma forma superior de conhecimento, embora menos ambiciosa, que é a intuição, isto é, no dizer de Bergson, “a apreensão direta e imediata do ser”. Daí, a atenção com o que acompanhei todos os argumentos econômicos do processo, buscando o amadurecimento para, ao abrigo do Código de Processo Civil, decidir por livre convicção motivada. Ou, ainda, quando no artigo 335, comanda ao juiz a aplicação das “regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente ocorre e, ainda, as regras da experiência técnica”...

Por todo o exposto, e pelo o que demais consta no processo, firmei minha convicção de que a operação, como no caso Brahma/Muller, é lesiva à concorrência.

Aplaudo o capital estrangeiro quando ele vem investir, criar empregos, proporcionar tributos, aportar tecnologia e distribuir renda. Mas não quando realiza um casamento de conveniência, com outra empresa que embora brasileira, tem como sub produto, a concentração e a diminuição da concorrência.

Pelo que, acompanho a Conselheira Relatora nos termos precisos e totais do seu voto.

É o voto.”