

GRUPOS DE TRABALHO

Mestre-de-cerimônias

Prezados colegas, bom dia! Peço que tomem assento para iniciarmos a fase de conclusão desse modelo de grupos de trabalho, que imagino tenha sido bastante interessante e proveitoso. Nesse momento, o relator/expositor de cada grupo, num prazo de três minutos, que observaremos com bastante rigor – pois precisamos encerrar o seminário e vários participantes estão com vóo marcado –, fará um resumo das discussões e dos tópicos abordados, para que possamos evoluir na discussão dos temas, nas reflexões e até mesmo no trato judicial da matéria, a partir dessas sínteses em que estão presentes todos os segmentos envolvidos na discussão jurídica do direito da concorrência, quais sejam, os advogados, professores, economistas, juízes, Ministério Público e os órgãos de governo, além do próprio CADE.

CONCLUSÕES

Grupo 1. CARTEL E SUA PROVA

Presidente: Osmane dos Santos – AJUFE

Provocador: Luis Fernando Schuartz – Conselheiro do CADE

Relator/expositor: Marcelo Moscoliato – ANPR

Cumprimento a mesa e agradeço à AJUFE e ao IBRAC por estar aqui hoje. Vou passar diretamente para as conclusões do grupo. As conclusões são conceituais, mas muitas vezes o óbvio precisa ser reafirmado para que as pessoas acreditem que é óbvio.

Primeira conclusão: o cartel é um acordo entre concorrentes que tem por objeto a produção de um efeito anticompetitivo.

Segunda conclusão: a prova da existência desse acordo, juntamente com a prova de que o efeito anticompetitivo é possível, é suficiente para a caracterização da infração, não sendo necessário provar a efetiva produção do efeito anticompetitivo.

Terceira conclusão: No processo administrativo, a prova da formação de cartel pode ser obtida por inferência, mediante análise do comportamento

dos agentes econômicos e de outros fatores que permitam a conclusão do comportamento observado como resultante de um acordo.

Quarta conclusão: a identificação de uma face do mercado relevante e do poder de mercado dos agentes envolvidos é essencial para a prova de que o efeito anticompetitivo é possível.

Quinta conclusão: é admissível a prova emprestada em processo judicial e em procedimento administrativo, desde que garantidos o direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Sexta e última conclusão: extrapolados os limites lícitos da produção da prova, é inviável a sua utilização para instrução de outro processo judicial ou procedimento administrativo.

Grupo 2. TEMPESTIVIDADE E INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 54, § 4.º, DA LEI Nº 8.884/94

Presidente: Carlos Francisco de Magalhães – IBRAC

Provocador: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo – Procurador do CADE

Relator/expositor: Lauro Celidônio – IBRAC

Nosso grupo não chegou a conclusões tão categóricas, mas a conclusões preliminares bastante importantes.

A primeira conclusão relaciona-se especificamente à tempestividade: nas operações consideradas clássicas, como as fusões, as incorporações, previstas no § 3º do artigo 54, o grupo entendeu que a documentação que marca o início do prazo para apresentação, isto é, o primeiro ato vinculativo, seria a documentação formal. O contrato, figura que resume esse momento, é que deve marcar o dia de início dos quinze dias úteis para apresentação. Isso foi corroborado tanto por uma apresentação histórica de como surgiu o artigo 54 e o § 4º e, por outro lado, por conta de um detalhe de que este dispositivo trata da respectiva documentação em três vias à SDE. Tal documentação, quando surgiu esse artigo 54, § 4º, historicamente, não havia, nem tampouco havia a resolução que delimitava todas as informações que hoje constam no Anexo I. Então, quando surgiu o artigo 54, a referência era especificamente esse contrato, esse ato vinculativo, tomado como algo bastante jurídico, fugindo um pouco da interpretação econômica de quando as partes deverão se juntar à luz do mercado, quando os centros decisórios

são vistos como unificados. Portanto, o contrato é o marco decisório para a questão da tempestividade.

A segunda questão que surgiu no grupo, também bastante importante, foi com relação a quais operações devem ser apresentadas à luz do *caput* do artigo 54. Muitos entenderam que o artigo 54 acaba obrigando o administrado e, por outro lado, o CADE a analisar todos os atos que possam limitar ou prejudicar de qualquer forma a livre concorrência. Como quem decide quais são esses atos é o CADE, surgiria então uma obrigatoriedade, pelo menos pelo *caput* do artigo, de que o CADE receberia vários atos para serem analisados. Estabeleceu-se a partir daí que a discussão sobre o § 3º do artigo 54, que traz a presunção relativa de quais atos devem ser efetivamente apresentados e, por outro lado, a existência, através do artigo 20, do controle de condutas para aqueles acordos que, embora não tenham um ato formal, podem também ser punidos.

Foi feita referência, por fim, à questão das autoridades de direito e instituto internacional, tendo sido citada até autoridade alemã. Ao invés de um artigo com um *caput* tão genérico, que dá margem a toda essa discussão que pode vir a surgir no Judiciário, deveriam ser apresentadas operações que preenchessem determinados critérios, pois então viria o § 3º do artigo 54 em primeiro lugar e a presunção relativa se tornaria presunção absoluta. Operações que envolvam empresas com mais de quatrocentos milhões de reais por ano e participação de mercado maior que vinte devem ser apresentadas; as outras não devem. Essa foi uma crítica que surgiu no grupo, tendo em vista que também poderia se discutir no Judiciário por que uma determinada operação não foi apresentada ao CADE.

Grupo 3. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE NA LEI Nº 8.137/90

Presidente: Mauro César Santiago Chaves – CADE

Provocador: José Adércio Leite Sampaio – ANPR

Relator/expositor: Marcos Vinicius de Campos – IBRAC

Nosso grupo, por unanimidade, deliberou que a aplicação e implementação da Lei nº 8.137/90 impõem a necessidade de intensa cooperação e colaboração dos órgãos brasileiros do sistema em defesa da concorrência, dos advogados, economistas e estudiosos da área, com os juízes e membros

do Ministério Público. Tanto a definição dos objetos juridicamente tutelados, quanto os tipos penais existentes na Lei nº 8.137/90 requerem uma discussão doutrinária de todos os atores envolvidos, para que construamos cautelosamente uma jurisprudência. São necessárias a definição e mensuração do mercado relevante, visando a possibilitar a aplicação da lei. Todavia, o grupo reconhece que as dificuldades teóricas e práticas para a definição do mercado relevante não podem ensejar a sua inviabilização e aplicação. Temos que construir metodologicamente este caminho.

Recomenda-se o compartilhamento de *guidelines* entre juízes, membros do Ministério Público e órgãos de defesa da concorrência, para garantir a construção de jurisprudência sólida e principalmente para dar segurança jurídica aos agentes econômicos. É consenso que precisamos ter tempo e cautela nessa construção.

A conclusão, portanto, é que se torna impossível a identificação de qualquer lesividade de uma conduta sem a definição e mensuração do mercado relevante.

Grupo 4. POSIÇÃO DOMINANTE E DELITO *PER SE*

Presidente: Luciano de Souza Godoy – AJUFE

Provocador: Antonio Fonseca – ANPR

Relator/expositor: Túlio Egito Coelho – IBRAC

O tema é extremamente interessante! Tivemos a oportunidade de ouvir a excelente palestra do Procurador Antonio Fonseca em que ele destacou a questão da necessidade de se determinar domínio de mercado, centrando essa discussão mais no aspecto criminal da Lei nº 8.137/90. Há a necessidade de entre os tipos penais dessa lei haver uma determinação de domínio de mercado como ilícito *per se*. Nessa abordagem observou-se que no artigo 4º dessa lei, especificamente no inciso II, há um rol de tipos penais que, na visão do Dr. Fonseca, compartilhada por alguns presentes, de fato significaria a desnecessidade de um exame maior de eficiência econômica, na medida em que esses tipos têm a ver com práticas que poderiam ser caracterizadas como cartel, um acordo entre concorrentes. Como a doutrina e a experiência recente demonstram, esses determinados tipos de delito não têm uma eficiência demonstrada. São tipos que põem em perigo o sistema capitalista e a sociedade na medida em que poderiam ser sancionados sem nenhuma busca

mais profunda de eficiência ou mesmo de determinação de posição dominante dentre os agentes que participam desse tipo de delito.

Vislumbramos a situação em que eventualmente houvesse um número pequeno de agentes participantes de um cartel, por exemplo, uma mercearia. Como ficaria isso? A solução seria dada dentro do campo do direito penal, na medida em que esse tipo de acordo teria um potencial ofensivo insignificante, que o Dr. Fonseca chamou de princípio da bagatela. Esses crimes seriam excluídos, isto é, teriam sua ilicitude excluída pelo próprio magistrado que deles estivesse cuidando. O Dr. Fonseca também apresentou questões ligadas à Lei nº 8.884/94, como interferências possíveis dessa lei com a lei penal, no que se refere basicamente à aprovação de atos de concentração e à influência disso no campo penal, para dizer que o juiz, enquanto juiz criminal, não estaria vinculado a essas determinações do CADE ao aprovar atos de concentração, por exemplo. Por fim, ponderou também a necessidade de uma cooperação grande entre o Sistema de Defesa da Concorrência do CADE e o Poder Judiciário.

Houve algumas observações bastante interessantes, principalmente do ponto de vista da constitucionalidade dos artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.137/90, na medida em que já haveria inclusive infrações administrativas previstas e também pelo aspecto da abertura exagerada desses tipos penais, que não estariam em conformidade com o sistema penal brasileiro. Também houve críticas quanto à posição apresentada de o ilícito *per se* no âmbito criminal, sob o ponto de vista de que eles não poderiam existir no âmbito criminal, mas sim deveria existir uma investigação desse ilícito *per se*, que, portanto, só poderia existir eventualmente na via administrativa, mas não na via criminal. Esses foram alguns pontos discutidos e a conclusão a que se chegou é a da necessidade de aprofundar-se mais essa discussão.

Grupo 5. O EFEITO JURÍDICO DAS EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS

Presidente: Rodrigo Janot Monteiro de Barros – ANPR

Provocador: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado – Conselheiro do CADE

Relator/expositor: Tito Andrade – IBRAC

Nós também não temos uma ementa preparada e nenhuma conclusão. Foi um grupo inconclusivo. Por isso, vou trazer de maneira muito rápida as duas polêmicas principais do nosso debate.

Embora haja o reconhecimento de que o trato das eficiências econômicas revela grandes dificuldades enfrentadas não só pelo CADE, trata-se de um paradigma no mundo inteiro para quantificar e verificar os seus resultados. Partindo desse pressuposto, o nosso polemista, Dr. Prado, fez um trabalho excepcional. Começou lançando que o Brasil não pode ter uma visão estática de eficiência econômica, apontando que a visão que se tem nos Estados Unidos e na Europa de eficiência é puramente alocativa, mostrando-se ao menos inadequada para a realidade econômica do Brasil. Continuou citando o artigo 54, § 2º, admitindo que atos poderiam ser aprovados por motivos preponderantes de economia nacional e de bem comum. Esse tema, sem dúvida, merecerá discussões muito mais profundas.

O segundo tema, bem polêmico, foi a questão das eficiências econômicas e a intervenção judicial. Como a judicialização das eficiências econômicas seria encarada pelo Poder Judiciário? Numa análise interessante, houve uma divisão em função do CADE ser *ex ante* e, de uma maneira geral, o Poder Judiciário não ter esse instrumental de trabalho, o que poderia gerar algum conflito. Lembrada a existência do artigo 55, que não é muito aplicado, afirmou-se que as operações já aprovadas pelo CADE podem ser revistas, mas indagou-se como ficaria essa situação no Judiciário, ou seja, uma operação eventualmente aprovada no Judiciário com base em argumento de eficiência econômica.

Grupo 6. A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 29 DA LEI Nº 8.884/94

Presidente: Ricardo Cueva – CADE

Provocador: José Elaeres Marques Teixeira – Procurador Federal junto ao CADE

Relator/expositor: Laércio Farina – IBRAC

A unanimidade e o consenso foram impossíveis nesse grupo.

Ressalvadas as divergências, por maioria concluímos ser pedido juridicamente impossível aquele formulado perante o Judiciário para aplicação de penalidade de cunho administrativo, isto é, aquelas previstas na Lei nº 8.884/94, cuja competência de aplicação está afeta ao CADE.

A segunda conclusão diz respeito à interpretação do artigo 29 e assim está redigida. A leitura do artigo 29 deve ser feita em consonância com as disposições da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, considerado o disposto no artigo 83 da Lei nº 8.884/94. Há de se ressaltar

que nesse parágrafo específico não houve divergência no grupo, porque o mesmo praticamente reproduz a própria letra do artigo 83, que disciplina a aplicação subsidiária desses dois diplomas legais à Lei nº 8.884/94.

A terceira conclusão, também por maioria, aponta que o ajuizamento de ação com fundamento no artigo 29, ações voltadas para a cessação da prática tida como infrativa à ordem econômica e a ação de indenização pelo mesmo motivo, independe de pronunciamento prévio dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considerando os princípios da independência das instâncias e da inafastabilidade do controle judicial.

Unânime foi apenas a conclusão que repousou na necessidade de se discutir com mais profundidade a matéria, pela sua relevância, em painel ou evento específico.

Grupo 7. A PENALIDADE ADMINISTRATIVA – SUA DOSIMETRIA E A REVISÃO JUDICIAL

Presidente: Luis Fernando Rigato Vasconcellos – Conselheiro do CADE

Provocador: Fábio Medina Osório – Prof. da UFRGS

Relator/expositor: Nino Oliveira Toldo – Juiz Federal

Foi lembrada a importância da função das penas aplicadas pelo CADE para devolver à sociedade as perdas sofridas e a importância de que essas perdas decorrentes da aplicação das penas sejam suficientemente grandes para evitar novas infrações.

O provocador foi o Professor Fábio, que pautou a discussão em três eixos: a teoria da pena administrativa, a idéia da culpabilidade e a teoria da discricionariedade. Depois da discussão, o grupo tirou quatro conclusões, todas unânimes, exceto a primeira, que foi por maioria.

Primeira: a expressão “independentemente de culpa” prevista no artigo 20 da Lei nº 8.884/94 é compatível com a Constituição.

Segunda: essa expressão, todavia, refere-se apenas a pessoas jurídicas.

Terceira: a fundamentação da pena aplicada pelo CADE é um ato vinculado, porém com liberdade limitada de conformação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Por fim, a quarta: essa pena pode ser revista judicialmente.

Mestre-de-cerimônias

Informo a todos que o Dr. Marcelo Moscoliato, que foi relator/expositor do grupo 1, teve que sair por questão de horário de vôo, e o Conselheiro Luis Fernando Schuartz, que ocupa a representação do grupo 1, quer fazer uma crítica brevíssima ao seminário. Concedo a palavra.

LUIS FERNANDO SCHUARTZ

Conselheiro do CADE

É uma crítica paradoxalmente baseada no sucesso do seminário. Primeiro, que ele deveria ter sido feito há muito tempo antes e, segundo, que ele deveria ter durado muito mais tempo. E uma sugestão: que ele seja repetido o mais breve possível!

Mestre-de-cerimônias

Para que isso seja possível – parece até que foi tudo combinado –, vamos agora celebrar o acordo interinstitucional entre a AJUFE e o IBRAC, um acordo de poucas palavras, mas que aproxima no sentido de publicações, eventos, cooperação, discussão entre as duas instituições, podendo ser estendido depois ao CADE, à ANPR e à SDE. Por enquanto, começa com as duas entidades promotoras do evento. Chamo aqui o Presidente do IBRAC, Sérgio Varella Bruna.

LUCIANO DE SOUZA GODOY

Secretário-Geral da AJUFE

Senhores, na ausência do Presidente, eu, como Secretário-Geral, fiz as vezes e acho que realmente foi um momento importante de evolução do Direito, não só do Direito concorrencial, mas do Direito como um todo, e também para estreitar o relacionamento entre as diversas esferas e atores envolvidos.

Partindo para o encerramento e conclusão desses nossos trabalhos, convido para vir à mesa e fazer a conferência de encerramento o Dr. Daniel Goldberg, que é o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

ENCERRAMENTO

DANIEL GOLDBERG

Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça

Meus amigos, muito boa tarde!

Mais uma vez é um prazer atender o convite para um seminário tão exitoso e que, ao mesmo tempo, debateu temas tão importantes e vem atendendo ao desafio de realizar todos os debates, alguns de forma mais quente, outros de forma mais pacífica, atingindo até a unanimidade como foi percebido em um dos grupos. É um desafio fazer uma palestra de encerramento. Optei por fazê-la de forma geral, delineando o que penso serem os três enganos mais comuns nesse debate, apontando para o que considero sejam as duas tendências ou os dois desafios mais prementes e, por fim, oferecendo três respostas, ainda que tentativas.

Em primeiro lugar, o Judiciário na defesa da concorrência. Essa questão se situa dentro de um panorama que chamo de ‘os desafios do consequencialismo no mundo imperfeito’, que é o mundo lá fora, mundo muito longe dos livros, textos. Nesse mundo do consequencialismo operado pelo Judiciário, que é o mundo com dificuldades, com problemas concretos, com angústias, há partes de carne e osso que comparecem à sala do juiz pedindo o bem da vida, como diz Liebman. Nesse mundo imperfeito, quais são os três enganos mais comuns que permeiam esse tipo de debate?

Primeiro engano: o falso debate entre Direito e Economia.

Muitas vezes esse debate de como lidar com essas questões afeitas a políticas públicas das mais variadas e, em especial, a política da concorrência, acaba se tornando um debate entre economistas e juristas. Nesse momento, o debate terminou antes de começar. Quando é apresentado dessa forma, o debate se torna automaticamente estéril. Gostaria de sustentar hoje, sobretudo para os magistrados aqui presentes, que esse é um falso debate, que não deveria ser apresentado e nem formatado como um debate entre economistas e juristas.

Segunda falácia: a falácia do hemertismo do processo antitruste.

O processo antitruste é muito complicado. O Judiciário não consegue revisar um processo antitruste. De fato, as discussões econômicas são de auto-indagações e são tão complicadas que é mais fácil se criar mecanismos

e atalhos, alguns deles constitucionais, para tolher ao Judiciário o desconforto e a inconveniência de se debater com tais questões que permeiam os casos antitruste. Isso é uma falácia. O Judiciário lida com algumas questões muito mais complicadas do que questões usualmente traduzidas em casos antitruste e com outras questões menos complicadas. Algumas das melhores doutrinas no Direito antitruste comparado surgiram de decisões judiciais. Alguns dos melhores *insights*, do ponto de vista de grandes revoluções na teoria antitruste que hoje é aplicada, virtualmente, em todas as jurisdições que têm um sistema de defesa do direito da concorrência surgiram de decisões da Suprema Corte americana, por exemplo. Portanto, este argumento de que o processo antitruste deve se tornar hermético à revisão do Judiciário também é algo que atrapalha o debate, obscurece os assuntos que de fato deveriam estar na mesa e acaba tornando a discussão mais emotiva do que ela deveria ser e muito menos factual do que ela mereceria ser.

O terceiro engano: a dimensão que se dá nesse debate ao que se chama de devido processo legal, ou que os interlocutores desse debate acabam batizando de devido processo legal.

Sustentarei nessa nossa conversa de encerramento que, ao tratar do devido processo legal numa dimensão que não é a que ele realmente tem no âmbito do processo administrativo, por via de consequência, no momento de sua revisão pelo Judiciário, novamente acabamos obscurecendo o que o devido processo legal tem de mais importante. Acabamos esquecendo de cumprir o devido processo legal, tal qual requerido e demandado pela Constituição Federal, porque estamos muito preocupados com o que acabou se tornando o devido processo legal no processo administrativo. Esse terceiro engano também custa caro aos processos que acabam indo à revisão dos magistrados.

Estes três enganões estão associados, a dois grandes desafios – dos quais tratarei um pouco mais a diante –, e, por fim, merecem três respostas, ainda que tentativas.

Antes de rumar para os desafios, estes três enganões merecem ser mais detalhados.

Vamos ao primeiro engano: o falso debate entre o Direito e a Economia. São duas disciplinas importantes, duas ciências fundamentais. São duas artes importantes, que fazem parte do cotidiano, da vida em sociedade e da aplicação rotineira dos órgãos reguladores. Todavia, a Economia tem muito a ensinar aos juristas e os juristas têm um bocado a ensinar aos economistas. Como deve se dar esse casamento? Onde foi que este casa-

mento deu errado? Sem nenhuma insinuação aqui à Presidente do CADE, como foi que esse processo acabou se depauperando para virar um debate entre economistas e juristas?

Primeiramente, a idéia tremendamente deletéria, prejudicial, que custa muito às pessoas de carne e osso, que viram sujeitos de lides muito concretas, que vão bater às portas do Judiciário todos os dias, que me parece a idéia mais perigosa de todas, é a idéia de que eficiência é coisa de economistas e justiça é coisa de juristas. Não há nada mais perigoso para uma e outra profissão do que esta aparente dicotomia de eficiência como turfe dos economistas e a justiça como turfe dos juristas. Não há nada mais perigoso do que a frase comumente encontrada em diversos textos, livros e doutrinas de que a eficiência é um conceito destituído de conteúdo moral e que o Direito vem então para atribuir conteúdo moral à eficiência. Por que a eficiência não é destituída de conteúdo moral? Porque eficiência em sentido último e verdadeiro traduz-se no imperativo de maximizar ou de aumentar não só a riqueza, mas o bem-estar das pessoas que são sujeitos do controle judicial no dia-a-dia.

Vale dizer, em termos simples, a eficiência ou o imperativo da eficiência econômica apenas diz que qualquer que seja a decisão judicial que se quer tomar, uma decisão que aumenta o bem-estar dos afetados é melhor do que uma decisão que diminui o bem-estar dos afetados. Indo ao limite, o conceito de eficiência econômica diz que não pode haver uma decisão justa que piore a situação de todos os envolvidos. Se, por um imperativo de justiça, adota-se uma solução que piora e que destrói o bem-estar de todos aqueles que procuraram a justiça, por definição essa solução não pode ser justa. Há alguma coisa errada em chamar essa solução de uma solução justa ou moralmente superior. Em termos simples, portanto, o que a eficiência e o princípio da eficiência dizem, traduzidos para o mundo jurídico, é que não só o Judiciário, mas todos os órgãos aplicadores da lei, quer na esfera administrativa, quer fora da esfera administrativa, devem se preocupar com as conseqüências no mundo real de suas decisões sobre o bem-estar dos indivíduos e, em se preocupando com estas, devem adotar aquelas decisões que na maior medida possível melhorem a situação dos indivíduos afetados. Quem é que ouvindo eficiência traduzida e definida nestes termos há de dizer que há algo amoral nisso? O que há de amoral em dizer que a solução judicial deve melhorar, na medida do possível, a situação de todos os afetados e que a solução ineficiente, que piora a situação de todos aqueles que buscaram a justiça, é uma solução moralmente inferior?

O segundo aspecto importante dessa discussão é que muitas vezes os efeitos distributivos da lei ou da decisão judicial, quando submetidos e confrontados à discussão da eficiência e à análise econômica, mostram-se ilusórios. Muitos não de dizer que a eficiência então é responsável por maximizar o bem-estar dos indivíduos, em termos simples, aumentar o tamanho do bolo, e a justiça se preocupa com qual o tamanho da fatia do bolo que fica com cada um. Economistas cuidam de fazer o bolo crescer e juristas cuidam de dividir as fatias e decidir qual é o tamanho da fatia que fica com cada uma das pessoas.

O problema desse debate, desse divórcio entre Economia e o Direito é que ele propicia que economistas tenham um certo nível de indulgência para com ilusões da eficiência econômica, mas também propicia que juristas tenham uma certa quantidade de indulgência para com os efeitos ilusórios desses efeitos distributivos, os quais podem rapidamente sumir quando pensamos com um pouco mais de cuidado e proximidade.

Uma lei que surgiu de um precedente jurisprudencial muito famoso nos Estados Unidos, há algum tempo, serve-nos de exemplo. No estado de Nova York usou-se uma doutrina muito parecida com a que temos no Brasil que é a da inalienabilidade de determinados direitos de moradia. Esta lei consagrou o que era, nos Estados Unidos, um precedente jurisprudencial. Ela diz em termos simples que se você for um inquilino, você não tem o direito a renunciar a determinadas condições que a lei considerou mínimas de moradia, incluindo, neste caso, ar condicionado para o verão, aquecimento para o inverno – que pode ser muito severo no estado de Nova York –, gás encanado e uma série de outros requisitos que, para qualquer pessoa de bom senso, soaria como requisitos desejáveis numa moradia. Evidentemente, uma vez que essa lei foi editada, passou a ser aplicada a todos os contratos e a todas as relações de inquilinato, mesmo àquelas que no contrato haviam expressamente excluído o ar condicionado, por exemplo. Quem é contra uma lei dessa? Afinal, queremos melhorar as condições de moradia. Se lermos os *consideranda* da lei editada, estão cheios de boas intenções. Queremos proteger os inquilinos, que é a parte mais fraca na relação de inquilinato. Queremos proteger os mais pobres, que são tipicamente os mais explorados numa relação de inquilinato nos grandes adensamentos urbanos. Queremos, de forma geral, melhorar os padrões de moradia da população. Quem aqui é contra melhorar os padrões de moradia da população? Que juiz seria contra e que órgão regulador seria contra melhorar os padrões de moradia da população? Evidentemente, uma vez que a lei entrou em vigor, ato contínuo

passou a ser obrigatória a oferta daqueles aspectos da relação de inquilinato, que não estavam em certos contratos.

O que a discussão de eficiência econômica mostraria num caso desse? A discussão de eficiência econômica lhe mostraria que quando alguém aluga o apartamento para alguém oferecendo ar condicionado – e isso entra no contrato de aluguel –, significa que o ar condicionado vale mais para quem contrata, para quem recebe, do que para quem disponibiliza o ar condicionado. Se colocar o ar condicionado no apartamento custasse mais para quem coloca do que para a pessoa que estaria disposta a pagar, que aluga aquele apartamento, o raciocínio de eficiência econômica diria que aquilo não estaria no contrato. Uma vez que a lei diz que todos os contratos têm que introduzir o ar condicionado em todas as relações de inquilinato, evidentemente os preços se ajustam, fazendo com que o preço do aluguel suba. O que é perverso nesta história é que na hora que o preço dos aluguéis sobe, para aqueles para quem já valia mais ter o ar condicionado, que em geral são os inquilinos de maior renda, aquela lei foi absolutamente neutra, mas para aqueles de menor renda, que não tinham meios para começar a conversa de custear o ar condicionado, o qual tem um custo a despeito do que a lei diz, na hora que o preço do contrato subiu eles foram expulsos daquele adensamento urbano e tiveram que ir para um outro lugar onde aquela lei não vigorasse.

Não é uma discussão muito diferente da observada no planejamento urbanístico e no Direito Urbanístico no Brasil, em várias cidades. São estabelecidas diversas condições ideais de moradia, feitas várias exigências, o que faz o custo de moradia subir brutalmente, expulsando o pobre para algum outro lugar. Qual é o efeito distributivo desta lei? Qual seria o efeito distributivo de uma decisão judicial nesse sentido?

Longe de dizer que o Judiciário, o legislador e os órgãos reguladores têm papéis diferentes, o que eu gostaria de afirmar nessa nossa conversa de encerramento hoje é que os três têm não só o papel, mas a obrigação de enfrentar esse debate e de incorporar essas consequências racionais aos efeitos das suas decisões no processo decisório. Isso vale para os três – órgãos reguladores, Judiciário e legisladores –, que pecam muitas vezes ao não incorporar as consequências das suas decisões no processo decisório. Não é especialidade de nenhum desses três atores e os órgãos reguladores – represento um desses aqui hoje –, falha mais do que gostaríamos nesse tipo de análise também.

Por outro lado, o que os juristas têm a oferecer e a ensinar aos economistas? Os economistas tendem a raciocinar como se a economia de mercado

– entendida como aquela economia em que o processo de decisão e de alocação de bens e serviços é descentralizado, não afeito a um comando central e que traduz resultados a partir de um sinal de fumaça que o agregado de consumidores manda para o agregado de produtores daquela sociedade, chamado preço, que serve para sinalizar o que de mais e de menos essa sociedade tem que produzir – fosse algo que caiu do céu. Por que? Por conveniência analítica. Mas o mercado também é uma instituição jurídica, também tem diferenças, também é moldável e também sofre impactos absolutamente brutais a depender do desenho jurídico inicial que se dê e aos incentivos que ele outorga aos diferentes agentes econômicos. Grande parte do que se convencionou chamar de análise econômica do Direito surgiu não de um grande *insight*, de uma grande epifania de um economista olhando para o Direito, mas sim de uma grande epifania de um jurista olhando para a economia. Um dos primeiros textos do que se convencionou chamar de análise econômica do Direito não é uma crítica ao Direito e sim uma crítica à Economia. Usava-se o conceito de falhas de mercado para decidir questões alocativas quando, na verdade, a discussão da barganha de direitos subjetivos e direitos de propriedade era uma moldura teórica mais útil e mais operacional para entender resultados judiciais do que as tradicionais falhas de mercado caídas do céu.

Portanto, ambos, juristas e economistas, têm muito que aprender uns com os outros. Em uma linha, o grande resultado deste possível casamento, dessa reconciliação entre juristas e economistas se traduz na necessidade imperiosa de reintroduzir no discurso jurídico as conseqüências da decisão – da decisão legislativa, da decisão regulatória e da decisão judicial.

Uma vez que eu disse que o grande resultado, que o grande fruto, que o que há de se colher de melhor nesse casamento entre economistas e juristas é a reintrodução das conseqüências no discurso jurídico, ou da criação de um conseqüencialismo jurídico, de um discurso que incorpore as conseqüências da decisão sobre pessoas de carne e osso que fazem parte da lide e das que não são parte da lide, uma questão que imediatamente se coloca é: e os valores? O que fazer então com os valores? Há um embate entre as conseqüências das decisões e os valores? Vale dizer, posso eu, em nome dos valores, desconsiderar as conseqüências da minha decisão no mundo real? Ou devo eu incorporar os valores a essas conseqüências? Evidente que todos aqui já intuíram qual é a minha inclinação pessoal, mas eu gostaria de sustentar isso com um pouco mais de detalhe e de ênfase usando argumentos simples.

O primeiro deles, e que é o mais sincero, é que há perigo nas duas abordagens. Há um perigo imenso em dizer que você pode descartar as con-

seqüências das decisões judiciais, da decisão regulatória, da decisão legislativa sobre as pessoas de carne e osso no mundo lá fora, sobre o bem-estar social, em nome de valores. Para não listar todos os perigos, mas apenas o mais premente, eu diria o seguinte: o problema de lidar com os valores é que a resposta em sociedade a esses valores é tremendamente contingente, ainda que você assuma que os valores sejam invariáveis, ainda que você assuma que os valores não mudem. A resposta a partir desses valores que não mudam para qualquer problema apresentado ao processo decisório é tremendamente contingente a que? À própria forma de apresentação do problema. Se eu apresentar o mesmo problema de quatro maneiras diferentes terei para o mesmo universo de pessoas, com os mesmos valores, quatro respostas diferentes. Sempre gosto de mencionar um experimento que considero muito útil nesse aspecto – e ao mesmo tempo fazer alguma propaganda do meu livro –, feito por dois grandes psicólogos cognitivos no final da década de 70, no qual eles pegaram uma grande população para ver como ela respondia a valores jurídicos e morais no controle das políticas adotadas pelo governo. Propuseram às pessoas os problemas que vou agora apontar.

Problema um. Imagine que os Estados Unidos estão se preparando para uma epidemia de uma incomum doença asiática que deverá matar 600 pessoas. Nesse momento, dois programas alternativos lhe são oferecidos – essas perguntas eram as que o governo e os pesquisadores faziam para esse universo de pessoas – pelo governo para combater a doença. Assuma que as estimativas científicas para os resultados de ambos os programas são as seguintes: se o programa A for adotado, 200 pessoas serão salvas; se o programa B for adotado, há uma probabilidade de um terço que as 600 pessoas sejam salvas e uma probabilidade de dois terços que ninguém seja salvo. Evidentemente, 72% das pessoas preferiram o programa A, enquanto uma minoria enorme, 28% das pessoas, optaram pelo programa B. Então colocaram exatamente os mesmos programas na ficha ao lado, da seguinte forma: se o programa C for adotado, 400 pessoas morrerão; se o programa D for adotado, há uma possibilidade de um terço de que ninguém morrerá e uma probabilidade de dois terços que 600 pessoas morrerão, que é exatamente a mesma coisa que acabei de dizer com relação aos outros dois programas. No primeiro caso, 72% dos entrevistados preferiram o programa A. No segundo caso, só 22% preferiram o mesmo programa.

Transportando isso para uma vara judicial, imagine que eu apresente o seguinte problema para o juiz resolver: há 300 pacientes que entraram com requerimento para ter um coquetel de última geração para o tratamento

de AIDS, que se for fornecido aumenta as chances de sobrevivência desses 300 pacientes em 10%. Agora imagine que eu apresente esse mesmo problema de uma outra forma, dizendo o seguinte para um tribunal de apelação: o juiz de primeira instância mandou que o SUS recolhesse o dinheiro que estava indo para uma série de antibióticos, que aumentavam a chance dos pacientes de sobreviver em 50%, e recolheu a um programa de AIDS, em que a chance de sobrevivência aumenta apenas 10%. Você revoga a decisão do tribunal de primeira instância ou não? A questão então vai para o Supremo, com base no direito à saúde assegurado pela Constituição, e apresento esse problema de uma terceira forma, afirmando o seguinte: o tribunal, ao revogar a decisão do juiz de primeira instância, condenou à morte, com uma chance de 90%, 300 indivíduos.

A forma de apresentação do problema pode influenciar – os advogados aqui reconhecem exatamente o que estou dizendo – diretamente os tais valores, mesmo assumindo que os valores sejam invariáveis. Por exemplo, o valor que se dá à vida humana, o valor que se dá à saúde, o valor que se dá à Justiça.

Isso não quer dizer que migrar para o discurso político, incorporar as consequências do processo decisório à norma jurídica e à decisão em cada caso concreto não apresente risco. Muito pelo contrário, há riscos diferentes. Quais são os riscos do discurso consequencialista? O primeiro risco para o primeiro desafio imediato que se coloca é o seguinte: qual é o limite à empiria do juiz? Os magistrados devem então incorporar as consequências das suas decisões para o bem-estar das pessoas de carne e osso no processo decisório, mas qual o limite dessa empiria? A vida é um grande laboratório para o juiz? Onde eu paro de testar? Quando eu paro de testar? O juiz não pode se dar ao luxo, ao qual o cientista pode se dar, que é dizer ‘não sei’. Toda ciência funciona com base no predicado de hipóteses que você tenta resolver e que às vezes consegue, às vezes não. Quando você não consegue resolver, diz ‘não sei’ e a ciência progride com base nessas respostas e tentativas que vão se substituindo umas às outras.

Por conta do princípio do *non liquet* o magistrado não pode dizer que não sabe. Qual é então o limite da investigação empírica do magistrado? O que o magistrado deve perguntar em cada caso concreto para dizer essa consequência é séria, essa consequência não é séria? Como ponderar diferentes consequências sobre diferentes atores e, sobretudo, como incorporar consequências para quem não é parte da lide?

Há problemas judiciais gravíssimos aqui. Muitas vezes, decisões judiciais que afetam a alocação de recursos e que afetam políticas públicas relevantes são tomadas a partir de um processo onde você tem duas partes compondo uma lide. Como o Judiciário deve levar em conta o efeito sobre sujeitos que não estão na lide na hora de tomar a sua decisão? Esses são desafios técnicos importantes e para isso é importante construir uma teoria jurídica consequencialista que enfrente todos esses desafios.

Segunda grande falácia: o suposto hermetismo do antitruste. A técnica é evidentemente importante, mas se você examinar as decisões ao longo do tempo em que foram tomadas, sobretudo no âmbito do Direito da concorrência, em nome da técnica foram cometidas as mais variadas barbaridades por órgãos reguladores, por agências antitruste, por comissões das mais diversas e pelo Judiciário. Ninguém aqui está isento. A técnica não resolve todos os problemas. O problema, por parte do Judiciário, não é a complexidade do processo antitruste, dos casos de concorrência.

A grande chave para aumentar a qualidade das decisões do CADE, da forma como a Secretaria dos Direitos Econômicos instrui os processos e também da forma de revisão do Judiciário dessas decisões tomadas pela SDE e pelo CADE parece estar onde reside o juridicamente protegido. Uma vez que o magistrado situou onde está o interesse juridicamente protegido o resto fica muito mais fácil. Não é complicado entender que um parecer diz que o saldo líquido de uma operação é positivo, ao invés de negativo, como alega um representante, por exemplo, uma vez que você entendeu que um caso que está composto perante o CADE não é um caso de reclamantes contra reclamados, mas é um caso em que se discute o interesse difuso. A eficiência econômica é a tradução técnica, no caso antitruste, de algo que o Judiciário já está habituado a lidar, inclusive do ponto de vista do direito processual, que é o interesse difuso. À medida que o Judiciário vai apontando qual é o interesse primário, juridicamente protegido, vai se tornando muito mais fácil resolver essas questões antitruste.

Por fim, o *due process*, o devido processo legal e o problema da efetividade do Direito na defesa da concorrência. Isso foi muito discutido nos painéis anteriores e não vou repassar os números e gráficos da brutal judicialização pelo qual os processos antitrustes dos mais variados passaram de 1997 a 2005 e, por outro lado, a ausência de efetividade entendida como o tempo para recolhimento das multas que foram eventualmente impostas como resultado dessa brutal judicialização.

Com relação a isso, em primeiro lugar ressaltamos a nossa culpa, a máxima culpa dos órgãos de controle da concorrência. Ao invés de consagrar o *due process of law* no processo administrativo, que diz que todos devem exercer com amplitude seu direito, suas prerrogativas de defesa, pelo qual ninguém deve ser obrigado a responder por documentos aos quais não teve acesso, nem a informações que foram geradas de uma forma tal que não se acompanhou devidamente a sua formatação e que foi ausente o contraditório – que são os três requisitos fundamentais do *due process*. Vale dizer, ao invés de assegurar ampla defesa, contraditório e um sentido de equidade processual, a opção do legislador foi trazer o Código de Processo Civil para a Lei nº 8.884/94. Na Secretaria de Direito Econômico, diariamente são feitas operações de busca e apreensão para investigar cartéis. São trazidos documentos, os quais são abertos sem a preocupação em dar a garantia de ampla defesa para todas as partes, isto é, em mostrar que foi autorizado a judicializar a decisão, entrar na sede, dar vista de todos os documentos apreendidos e em conferir o direito de que todos se defendam igualmente. São conceitos integrantes do *due process* e por isso a Constituição o trouxe para o âmbito do processo administrativo. Ficamos preocupados em saber se o despacho saneador e os quesitos de impugnação da perícia no *hard drive* que abrimos anteontem foram feitos na ordem do Código de Processo Civil ou na ordem inversa. Se foram feitos na ordem inversa, como a lei diz que o CPC se aplica subsidiariamente à Lei nº 8.884/94, alguém vai ao Judiciário tentar uma liminar para suspender o processo administrativo inteiro. Não foi o Judiciário que pediu que aplicássemos o Código de Processo Civil à lei. Foi o legislador que entendeu que era mais fácil aplicar o Código de Processo Civil em sentido subsidiário à Lei nº 8.884/94 do que dizer que devemos observar o devido processo legal e deixar o Judiciário controlar se o aplicamos, isto é, se demos vista a todas as partes dos documentos, se todos puderam exercer amplamente seu direito à defesa, se o contraditório foi observado.

Portanto, ao longo do tempo, o Sistema de Defesa da Concorrência deve focar muito mais o que é o *due process of law* substantivo e muito menos o que são os ritos e procedimentos adotados pelo Código de Processo Civil. À medida que o *due process of law* substantivo passou a ser foco nas investigações do Sistema de Defesa da Concorrência, isto é, uma preocupação cotidiana da Secretaria de Direito Econômico, cotidiana do Conselho Administrativo de Direito Econômico, poderá também o Judiciário fazer uma revisão em outros moldes.

Por fim, o que eu disse hoje nessa nossa conversa de encerramento é que temos dois grandes desafios. O primeiro é incorporar às conseqüências da decisão judicial as conseqüências racionais, tanto do processo decisório legislativo, quanto do processo decisório regulatório, quanto do processo decisório judicial.

O segundo é dar maior efetividade ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sem de forma alguma tolher a discussão judicial, porque ela é importantíssima, crucial. O importante não é tolher a discussão judicial, mas que a esta se dê em toda sua amplitude, incorporando as conseqüências da decisão num processo decisório.

A estes dois desafios, três respostas e propostas-tentativas.

Primeira: é possível criar uma teoria geral e um discurso jurídico que sejam conseqüencialistas.

Segunda: para fazê-lo é necessário entender os tribunais, não importando se estamos falando do CADE, que é um tribunal administrativo, ou do TRF, que é um tribunal judicial, ou do Supremo Tribunal Federal ou do Conselho de Contribuintes, ou mesmo de uma delegacia da Receita Federal. Qualquer tribunal deve ser entendido como arranjo institucional alocativo que compete com outros arranjos institucionais. A primeira decisão de qualquer juiz é decidir quem decide em matéria econômica. O mercado é um arranjo institucional que compete com os tribunais para decidir quem está mais vocacionado a resolver aquele problema. Há um precedente muito interessante, que já mencionei em outras oportunidades, que é o caso *Bumeran*., em que a Suprema Corte do estado de Albany se defrontou com esta questão e decidiu que mesmo num caso onde tradicionalmente não existam as chamadas falhas de mercado o Judiciário deve intervir quando o custo de negociação entre as partes for tão grande que nenhum resultado eficiente possa advir. Por outro lado, mesmo que, *a contrario sensu*, você tenha falhas de mercado e, portanto, um caso clássico de intervenção judicial, às vezes a intervenção judicial é mais custosa para a sociedade e para o bem-estar social do que a não intervenção judicial, posto que o Judiciário não consegue resolver aquele problema. Isso vale para o Judiciário, para o CADE, para qualquer agência reguladora. Incorporar o problema geral é como lidar com conseqüências e com arranjos institucionais alternativos a uma teoria jurídica e a um discurso jurídico geral com a vantagem de fugir dessa discussão de Judiciário *versus* órgãos reguladores. O raciocínio de decidir quem decide vale pra todo mundo e deve ser aplicado a todos.

Por fim, como dar efetividade ao Sistema de Defesa da Concorrência? Os ditos novos instrumentos processuais na proteção de interesses difusos evidenciam e nos mostram que para judicializar um processo e uma decisão não é necessário que ele tramite até o final perante o CADE para só depois ir para o Judiciário, a partir da primeira instância e tramite até que o Supremo Tribunal Federal decida alguns daqueles quesitos. A nova tendência de fechar acordos, usada com mais frequência pela Secretaria de Direito Econômico e pelo CADE nos casos de celebração dos Termos de Cessação de Conduta, ainda nenhuma vez usada, mas que é possível na celebração de Termos de Ajustamento de Conduta. Assim como é feito todos os dias em matéria de meio ambiente e consumidor, poderíamos fazer em infrações à ordem econômica. Esses instrumentos abrem a possibilidade de convidar o Judiciário, o Ministério Público, os órgãos responsáveis pelo controle judicial e jurisdicional da atividade da Administração Pública para dar maior efetividade à resolução de problemas e conflitos que são importantes para a economia.

São essas as três respostas-tentativas. São essas as três propostas. Essa a mensagem que eu tinha para os senhores hoje.

Muito obrigado pela atenção!

Mestre-de-cerimônias

Obrigado, Doutor Daniel Goldberg, pelas novas reflexões lançadas!

Quero agradecer a presença de todos advogados, membros do Ministério Público, magistrados, desembargadores, economistas, conselheiros do CADE, membros da SDE, das agências reguladoras e todos os demais atores envolvidos que aqui estão!

Passo a palavra ao Doutor Tito Andrade, que fará a manifestação final.

TITO ANDRADE

Vice-Presidente do IBRAC

Quero mais uma vez homenagear o Doutor Luciano e o Doutor Laércio pelo esforço na realização e pelo sucesso desse evento! Como já manifestado pelo Conselheiro Schuartz, temos uma demanda reprimida grande e essa mesa se compromete a ofertar esses eventos para vocês.

Dou por encerrado, agradecendo a presença de todos!

Muito obrigado!