

**PAINEL 3**



## ABERTURA

**Ubiratan Mattos:** Bom dia a todos! Espero que tenham feito uma boa caminhada na praia pela manhã. Iniciaremos os trabalhos deste último Painel da seguinte forma: temos cinco palestrantes e vamos começar com o Prof. François Souty, que vai nos apresentar o cenário europeu, principalmente em razão das recentes mudanças feitas na legislação européia; depois seguiremos a ordem do processo no CADE, a saber, o Dr. Helcio Tokeshi, o Dr. Daniel Goldberg, depois faremos um *break* de 15 minutos, e continuaremos com o Dr. Roberto Pfeiffer e o Dr. Pedro Dutra pelo IBRAC.

A idéia desse Painel foi discutir a interação da concorrência nos vários níveis de Estado. Temos constatado, o que é perfeitamente previsível, que a defesa da concorrência certamente será um pouco mais judicializada do que ela já está. Hoje temos inclusive processos de concorrência que até suprimem a instância administrativa - o que particularmente eu acho errado -, e já há, por exemplo, no Judiciário, vários casos de cartel instaurados diretamente pelo Ministério Público etc. Vamos então tentar fazer aqui um pouco de *competition advocacy* e verificar como é que a concorrência interage nos três níveis de Estado.

Começando a apresentação, o Prof. François Souty, além de velho amigo do IBRAC, é do Conselho da Concorrência da França, professor de Direito, autor de vários livros e tem uma particularidade que o destaca especialmente neste seminário: é que o Prof. François Souty é, de certa forma, um brasileiro; é talvez um dos melhores e maiores autores da história dos holandeses no Brasil. Os livros do François Souty sobre a influência dos holandeses no Brasil são muito apreciados, muito bons - eu tive a oportunidade de ler -, e é uma paixão a que ele se dedica nas horas vagas, quando não está trabalhando com concorrência. Então, sem mais delongas, passo a palavra ao Prof. François Souty, que cuidará de nos apresentar o cenário europeu no prazo de 20 minutos.

**Helcio Tokeshi:** Bom dia! Queria primeiramente agradecer ao convite do IBRAC para estar aqui, pois correr sábado de manhã na praia é mil vez melhor do que correr nas ruas de São Paulo. E, também obviamente, pela oportunidade de conhecer várias pessoas, porque eu sou relativamente novo nessa comunidade dos defensores da concorrência, cada um no seu papel, e fico contente de ter essa oportunidade de começar a fazer parte desse grupo de pessoas que tem um papel tão importante no Brasil.

Eu vou tomar a liberdade de fazer uma apresentação um pouco diferente. Eu imagino que ontem já tenha havido muita discussão a respeito da lei atual e dos seus problemas. Há um consenso muito grande a respeito das coisas que

precisam ser mudadas, da evolução que o sistema da concorrência tem que ter, e várias pessoas devem ter falado do futuro, assim como o próprio François já apontou algumas distinções que talvez queiramos incorporar no futuro à nossa lei.

Então, vou tratar do futuro da lei da concorrência no Brasil, mas numa perspectiva ligeiramente diferente. Oito anos atrás eu tive a sorte de visitar o Museu de Ciências de Chicago com os meus três filhos, e lá havia um *software* que basicamente fazia o seguinte: tirava uma foto da criança, isolava os elementos faciais mais importantes - arco dos olhos, maçãs do rosto, linha do nariz, linha da boca -, e aí fazia um processo de previsão, da evolução desses traços marcantes e basicamente mostrava, numa seqüência de imagens, a criança da infância até os 80 anos. Eu pude, então, ver os meus filhos envelhecerem até uma idade que eu não vou ver.

A lei da concorrência, em sua forma atual, tem dez anos, então está acabando a infância. E eu vou, então, aqui do alto da minha imensa experiência de pai de três filhos submeter as senhoras e os senhores a um pouco de psicologia barata. Eu não tenho aqui a pretensão de olhar 70 anos para frente e ver a lei da concorrência com 80 anos de idade, mas eu gostaria de fazer algumas especulações a respeito da adolescência da lei e do sistema. Como todos sabemos, as meninas são mais precoces que os meninos, então eu acho que há vários sinais claros de que a Lei 8.884 já entrou na sua pré-adolescência e vai passar por turbulências naturais que todos nós passamos, como é natural na adolescência. Quais são esses sinais? Bem, o Daniel diz que estamos discutindo a reforma da lei há dez anos, desde que foi criada. Mas eu acho que agora um dos sinais importantes de que vamos entrar nessa adolescência é que existe um grau de consenso muito grande sobre o que tem que ser mudado, o que tem que ser alterado: a eliminação dos anúncios dos balcões, a análise prévia, um filtro mais seletivo ou talvez uma definição um pouco mais clara dos casos de fusão que têm que ser submetidos ao sistema, mandatos talvez mais longos para os Conselheiros e clarificação do papel dos diferentes entes dentro do sistema. Eu acho que um segundo sinal de que estamos entrando na adolescência é que há um PL sobre as agências reguladoras em discussão no Congresso, e esse PL também clarifica um pouco melhor o papel das agências e o papel dos órgãos de concorrência. E, por fim, há também no Congresso a discussão do PLC que levaria à inclusão das fusões e das aquisições do sistema financeiro dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Sendo assim, quais são as linhas principais, os fatos marcantes da feição do sistema para os quais temos que olhar para poder tentar projetar a sua evolução? Eu acho que são três áreas chaves - eu estou aqui inclusive usando uma coisa que o Gesner também usa, pois aprendi um pouco com ele, que são três grandes áreas fundamentais: o controle de estrutura, a investigação de conduta e a promoção da

concorrente ou advocacia da concorrente. E já que estou usando esse exemplo do Museu de Ciências, vou fazer aqui uma analogia um pouco tosca mas que tem lá sua graça, que é dizer o seguinte: são os olhos do sistema o controle da estrutura, o nariz é a investigação de conduta e a boca a promoção da concorrência.

Então, vou falar rapidamente agora um pouco dessas mudanças que eu vejo em cada uma dessas estruturas fundamentais - os olhos, o nariz e a boca -, e vou falar principalmente da parte da boca, que é a parte da promoção da concorrência, que eu acho que é a parte que vai caber muito fundamentalmente à SEAE.

Do ponto de vista dos olhos (o controle da estrutura), acho é uma parte do sistema que está completamente consolidada. Há um mecanismo e todo um processo que funciona - houve agora recentemente esse caso marcante da Nestlé-Garoto. O que teremos que fazer, a turbulência pela qual teremos que passar, será o aprendizado de como fazer a análise prévia. E esse aprendizado é uma transição necessária, mas vai implicar ter, do ponto de vista do sistema e dos processos, o sistema e todo um aprendizado, e a contrapartida vai ser também, do ponto de vista das empresas e também dos escritórios de advocacia que trabalham na área, toda uma adaptação a um ritual que será um pouco diferente justamente porque teremos que fazer tudo em tempo compacto, de maneira muito mais célere e com um tipo de interação que terá uma dinâmica diferente por causa dos incentivos que são modificados a partir do momento em que você faz a análise prévia.

Investigação de conduta é uma área também em que já está havendo uma evolução fenomenal, que é trabalho e mérito da SDE e do Daniel. Eu acho que aqui o desafio será não só a sofisticação dos métodos de investigação, mas também a consolidação de uma jurisprudência brasileira de processos - há todo o trabalho de definição de multas e penalidades porque eu acho que não temos um histórico de casos largo o suficiente para ter consolidado o entendimento sobre qual é o nível adequado e a forma adequada de cálculo, e qual é a informação de que precisamos para fazer essa aplicação de penalidades nos casos de conduta.

Deixem-me falar um pouco mais demoradamente agora da parte da boca, que é a parte da advocacia da promoção da concorrência, que é a mais diretamente relacionada com a SEAE e a direção na qual eu estou procurando levar a SEAE. A SEAE - eu aprendi ao começar a trabalhar lá - é uma instituição curinga. Se você for ao Rio de Janeiro, a SEAE-Rio tem alguns funcionários que são mais antigos e vários deles são da antiga SIT, da Sunab - eles trazem histórico e história da SEAE como sendo o órgão que fazia a intervenção do Estado na economia do jeito que se fazia nos anos 1970, ou seja, o Estado definia preços, quantidades, qualidade; era uma intervenção direta nos mercados.

Com o advento da nova Lei da Concorrência, o que houve foi que aqueles mesmos microeconomistas que trabalhavam dentro da SEAE tiveram que reaprender e foram retreinados para fazer essa análise de estruturas. Ou seja, o Estado sofisticou a sua maneira de fazer a intervenção na economia, deixou de fazer o controle direto de preços, mas passou a fazer esse controle de estruturas. O objetivo, de certa forma, continua sendo o mesmo, ou seja, ter um ambiente concorrente saudável para que os preços se mantenham sob controle, mas a forma de fazer isso ganhou sofisticação. O que estamos assistindo, do ponto de vista de transformação do Estado, é que estamos passando de Estado interventor e empreendedor para um Estado que é regulador - esse é um processo que ainda está acontecendo. Em alguns setores temos um arcabouço regulatório mais ou menos bem consolidado, como a Telecom, mas em outros ainda vamos criar esse arcabouço. E esse papel novo do Estado como regulador também implica que a SEAE faça mais uma transformação, que será a transformação de se tornar um órgão que interage e coopera muito com as agências reguladoras, mas passa a fazer uma advocacia da concorrência com relação a essas normas e regulamentos que são criados, que é função dos Ministérios setoriais e das agências reguladoras definir e implementar.

Mas há vários desafios de construção dessa relação de complementaridade entre o Sistema de Defesa da Concorrência em geral, a SEAE em particular e as agências reguladoras, e o que eu vou compartilhar com vocês aqui são mais as preocupações e as dúvidas que eu ainda tenho do que respostas, porque eu acho que vamos aprender um pouco como fazer essa relação de cooperação fazendo-a.

Existe uma diferença de perspectiva importante entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras. As leis de concorrência têm, então, uma ótica relativamente estreita de defesa da concorrência e a nossa não é diferente. A ênfase na defesa vem do fato de que a lei pressupõe que já exista um mercado. Então se trata de, dado que existe o mercado, criar as condições de concorrência adequadas. Nos setores regulados, o trabalho muitas vezes é de promoção da concorrência no sentido de que não existem mercados ou muitas vezes é impossível que existam os mercados porque aquele setor tem monopólios naturais. Então, a tarefa é muito mais a de criação dos mecanismos que vão permitir ou o mercado ou a emulação dos sinais que são típicos de mercado.

Essa diferença de ótica tem uma implicação: os órgãos de defesa da concorrência tendem a se focar em aspectos de eficiência, ao passo que muitas vezes as decisões de regulação têm, além da preocupação com a eficiência, uma consequência distributiva. Você está, de fato, ao criar aquela norma, arbitrando sobre margens e taxa de retorno para diferentes agentes dentro daquele merca-

do que você está criando, e obviamente toda vez que você tem implicações distributivas há uma carga política muito maior no processo de decisão, e isso é natural e deve ser assim, mas é uma dimensão que é mais difícil, é um pouco estranha à ótica e à lógica normal da defesa da concorrência com preocupação exclusiva ou quase exclusiva em eficiência.

Outra diferença importante é que normalmente a regulação tem múltiplos objetivos. Então, além de tarifas baixas, você pode querer se preocupar com qualidade de serviços, com níveis de universalização, com subsídios para os consumidores de mais baixa renda, com desenvolvimento regional, com desenvolvimento de certas indústrias, de certas tecnologias. E isso é também um pouco diferente da visão mais focada, mais bem definida e mais clara da defesa da concorrência mais tradicional. Nos países desenvolvidos, quando se discute a questão da complementaridade entre a regulação e da defesa da concorrência, obviamente, além da investigação da conduta e do controle de estrutura, também se aponta muito para a regulação de acesso e para a regulação econômica de preços e tarifas como sendo áreas onde pode haver essa complementaridade, esse trabalho conjunto entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras. Isso é ótimo para países desenvolvidos que normalmente já tem toda uma infra-estrutura montada, implantada e uma população relativamente estável. Mas, no caso do Brasil, o que precisamos mesmo em setores regulados não é regular aquilo que já temos, mas ter sinais fortes para que tenhamos mais investimento. Esse é o grande desafio. Mesmo nessa área de criação dos incentivos para o investimento existe espaço para essa complementaridade entre a defesa da concorrência e o trabalho regulatório.

Um dos exemplos mais bem-sucedidos que eu conheço no mundo de uso da concorrência para estímulo em investimentos aconteceu no Brasil no setor de telefonia, em que, ao fixar metas de universalização que eram condição para que os agentes pudessem oferecer novos serviços ou entrar em outras regiões geográficas, criou-se uma concorrência enorme pela execução de investimentos e um sinal fortíssimo que permitiu essa expansão de uso do telefone seja fixo, seja móvel, no Brasil.

Eu acho também importante lembrar que esse trabalho de promoção da concorrência em larga medida independe do tipo de propriedade das empresas. Enfim, é uma escolha que o sistema político do Brasil fez, e nós vamos em diversos setores continuar convivendo com situações mistas em que empresas estatais estarão convivendo com empresas privadas, ou em situações como o setor de óleo e gás, em que existe uma empresa dominante que é totalmente estatal. Mas isso não implica que tenhamos que abdicar de procurar promover a concorrência nesses setores e nessas situações mistas, porque o uso dos mecanismos que promovem a

concorrência é totalmente compatível com esse tipo de situação. Então, um exemplo que acho já consolidado, na Noruega todo o setor de geração é altamente competitivo, e a maior parte das empresas são estatais municipais ou regionais. E, para não ficar num exemplo tão distante, se bem-sucedido, eu acho que o leilão de energia existente aqui no Brasil vai conseguir implementar um mecanismo de concorrência bastante forte, com uma situação em que teremos um misto de geradoras estatais, geradoras privadas com estatais dominantes nesse mercado.

O outro desafio de promoção da concorrência serão, eu acho, os mercados tradicionalmente vistos como não-reguláveis, mas neste caso existe um imenso aparato de regras que fomos acumulando ao longo de alguns séculos que estipulam condições de entrada nos mais diferentes mercados, níveis de capitalização, níveis mínimos de qualidade de serviços, processos de concessão de licenças para operação, para instalação, práticas de negócios que já estão consolidadas na rotina de negócios dos diversos setores, formas de contratação e também um problema seriíssimo do Brasil que é de concorrência predatória através da evasão fiscal, que permite a um concorrente, por não pagar impostos, ter um preço muito abaixo dos outros.

Mas talvez a principal dificuldade nesse caso de promoção da concorrência não seja a de achar exemplos - eu imagino que vou falando esses casos e todo mundo lembra de um exemplo com que já esbarrou pessoalmente ou de que já ouviu falar. A dificuldade é que esse é um trabalho de formiguinha, pois cada mercado é diferente, os detalhes importam e faz parte desse trabalho mais geral de desburocratização e simplificação e mudança de uma cultura mais cartorial. Estou vendo aqui que o tempo está acabando, então vamos ao finalmente.

Uma das coisas que me deixa mais contente de agora estar participando deste pedaço do debate nacional, ao voltar para o setor público, pois eu estava no setor privado, é a natureza das discussões que eu tenho encontrado nos diferentes fóruns. Podemos falar da evolução da Lei de Defesa da Concorrência, do sistema da lei. O SBDC é uma pequena parte do Estado e nesse sentido isso simplesmente reflete as transformações mais gerais e essa evolução da sociedade, da economia e do Estado no Brasil. Essa adolescência que eu tentei um pouco vislumbrar aqui é só um aspecto dessa evolução e está refletindo claramente uma crescente sofisticação da economia e da sociedade. Mas acho que a parte boa é que estamos discutindo a evolução apenas como um processo natural de consolidação das instituições, da democracia, de um modelo de capitalismo brasileiro, onde o Estado tem um papel fundamental como ente regulador forte para que os mercados sejam também fortes. Em particular essa sofisticação que acontece, eu creio - talvez porque eu estava fora, e agora voltei para a

esfera pública e levei um choque ao encontrar um debate diferente daquele que eu conheci 15 anos atrás quando eu passei pelo governo primeira vez -, reflete uma segmentação e uma especialização profissional e o crescimento dessa massa de advogados que, como os senhores, entendem de Economia e - pasmem - até de economistas que gostariam de entender um pouco de Direito.

Depois da correria dos primeiros anos, lá para o sétimo ano, normalmente há um período de calma quando se está criando filhos, e os pais e as mães começam sentir uma certa ansiedade com a chegada da adolescência e o que vai acontecer, ver os primeiros sinais de pré-adolescência, os primeiros surtos. Essas turbulências da adolescência são inevitáveis, - felizmente duas das minhas filhas já passaram por isso, agora só tenho meu filho para agüentar. Mas eu acho que os últimos dez anos da lei do nosso sistema criaram bases muito sólidas e, nos próximos dez anos, veremos a transformação de uma menina muito bonita numa moça muito formosa. Obrigado.

**Pedro Dutra:** Bom dia a todos! Eu vou dividir a minha palestra, cujo tema é “Executivo e a Defesa da Concorrência”, em três itens: “A Cultura Política e a Cultura da Administração”, o primeiro deles; o segundo, “O Avanço no Sentido de uma Redução no Quantum Autoritário da Administração Pública, como uma Herança da Tradição Política”; e o terceiro e último, “Os Benefícios já Palpáveis deste Avanço”.

Em 1918, o Presidente eleito Delfim Moreira, já aos primeiros meses do seu mandato, começou a dar irreversíveis sinais de pós-velhice, como disse o conselheiro Pfeiffer, de senilidade e, numa entrevista que teve com Rui Barbosa, este baiano lamentou que ele, Rui, que já havia sido fraudado na eleição de 1910, e diante da fraude que se repetiria em 1918, não pudera ter tido a oportunidade de ser Presidente da República, e deixavam que um homem senil conduzisse os destinos do país. E o Rui disse então uma frase lapidar. Ele disse o seguinte: “O poder é o poder”. Ou seja, no Brasil, só o Poder é poderoso, aí significando o Poder Executivo. O que ele queria dizer com isso, e com toda razão, é que o Poder Executivo já se apresentava no início da República, e no meio da 1ª República, ao menos, como sendo o Poder que avassalava os demais poderes, ou seja, já era nítida a hipertrofia do Poder Executivo, e essa hipertrofia se revestia de um traço autoritário marcante. É muito interessante ver agora alguns acadêmicos dizendo: “Não, isto é uma ação republicana, temos a nossa tradição republicana”. A nossa tradição é a pior possível, é antidemocrática, com vários abusos do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo - o próprio líder do governo recentemente criticou um desses traços, excesso de medidas provisórias, o avanço sobre o Poder Judiciário em algumas áreas, e isso para não falar dos recessos democráticos de 1930 a 1945, recentemente recelebrados aí mui-

to estranhamente e os da ditadura militar, que aqueles que estão no limiar da velhice puderam viver, como é o meu caso.

Pois bem, esta não é a melhor tradição que nós podemos ter, mas a partir de 1988 começou a segunda parte, eu diria, de uma reação extremamente positiva, que é essa redução dessa tradição autoritária da nossa tradição política que impregnou a administração pública. A administração pública brasileira era marcadamente autoritária, era a época da derrubada dos funcionários públicos quando mudavam os Presidentes da República, eram os cargos ocupados por agentes administrativos, aos quais não era dada garantia de estabilidade, subordinação hierárquica, enfim, todas essas características de um Poder Executivo extremamente imperial, um Poder Executivo que não conhecia limites a não ser na vontade do seu titular.

A Constituição de 1988 elegeu alguns princípios a nortear a função administrativa, e dentre esses princípios, três nos permitirão analisar como hoje se dá a relação entre o Executivo e a repressão do abuso do poder econômico, que nada mais é do que a defesa da livre concorrência. Os princípios são conhecidos, estão na Constituição, no art. 39, o princípio da legalidade, que é um princípio hoje muito pouco lembrado, porque já não se fala mais em lei, mas em marco regulatório, que é uma importação ridícula, mas é o que hoje se tem, e o outro princípio da legalidade é cumprir a lei. O que é que o Presidente da República faz? Executa a lei.

Um grande professor de São Paulo disse que fraudar não era permitido ao Presidente da República, ou seja, impor o seu programa de governo é fraudar a lei, isso é extraordinário. O Presidente da República é eleito, e o nome do poder que ele chefia vem de executar – Executivo. Executar o quê? Executar a lei. Daí o princípio da legalidade. O funcionário público é um executor da lei, e isso o distingue de maneira nobre nas democracias: ele executa a lei. Um princípio derivado da execução da lei, do princípio da legalidade, é justamente a impessoalidade, ou seja, o que se projeta na execução da lei não é a pessoa do agente administrativo, mas sim a lei que ele encarna como seu executor. O outro princípio é o princípio da publicidade, ou seja, o agente administrativo, a administração pública, age *à plein jour* (na plenitude do dia), como Bobbio, citando um autor francês, dizia. Ou seja, deve a ação do agente administrativo ser feita sob a maior luminosidade possível, uma luminosidade como essa que nós temos hoje. Como é que esses três princípios - vamos ficar nos dois princípios derivados, mais objetivos, mais palpáveis, que são o da impessoalidade e o da publicidade -, como é que podemos verificar, usando esses princípios como instrumento, o avanço que vem experimentando - e isso é muito importante, eu quero enfatizar - o avanço que a defesa da livre concorrência pelos órgãos que integram o chamado Sistema de Defesa da Concorrência vem experimentando?

No caso da impessoalidade, o primeiro ponto interessante é que os critérios político-partidários que regiam a intervenção do Estado na economia estão felizmente cedendo lugar a critérios técnicos. As decisões hoje são eminentemente técnicas. É claro que ainda há uma influência político-partidária, é natural que continue a haver, não se elimina a influência político-partidária, mas o que é importante registrar é que ela deixou de ser dominante, ela é residual, incidental e hoje o núcleo das decisões no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dos três órgãos, é eminentemente técnico, e este é o primeiro dos grandes avanços que vimos experimentando desde 1988.

O segundo ponto, ainda usando esse critério da impessoalidade, são as nomeações feitas para os cargos do Sistema de Defesa da Concorrência. Se verificarmos, veremos que as nomeações cada vez mais atendem a critérios técnicos do que a critérios político-partidários. Existe o que se costumou chamar, numa linguagem que não me agrada, porque é um tanto castrense, essa “blindagem” que se quer fazer. Pois bem, essa “blindagem” é extremamente positiva. Por quê? Porque traz ao governo funcionários, profissionais, com experiência na área de defesa da concorrência ou que, se ainda não puderam ter experiência, porque a experiência nessa área é muito recente, aqueles que têm o aparato, a formação educacional, a habilitação profissional que imediatamente lhes permite desempenhar, desde a ocupação dos seus cargos, esse papel com uma desenvoltura que não haveria se essas nomeações tivessem critério exclusivamente político-partidário. E, o mais importante, como eu já disse, é que essas decisões também não estão trazendo a marca do personalismo; são decisões impessoais, são decisões como devem ser porque apoiadas na lei. A lei se interpreta de várias maneiras, e é claro que o julgador, no caso os Conselheiros do CADE, verá a lei de acordo com o entendimento que dela faça no caso concreto. Isso é extremamente positivo, e não é por outra razão que a forma colegiada de decidir é a forma democrática por excelência. Da mesma forma, os pareceres da SDE e da SEAE, que são pareceres que atendem na verdade à necessidade de instrução dos processos que o CADE julga, são funções de natureza pericial as mais relevantes, sobretudo a da SDE, porque revelam o fato infrativo. Sem o trabalho da SDE, não há a possibilidade de repressão ao abuso do poder econômico porque não haverá a definição do fato infrativo. Isto é fundamental e esta função deve ser e vem sendo exercida dentro do critério da impessoalidade, que é o critério democrático por excelência.

Se usarmos o outro princípio a reger a administração pública, que é o da publicidade, aí nós não teremos um avanço tão nítido. Existe a meu ver uma assimetria de publicidade. Os órgãos de defesa da concorrência estão tendo uma publicidade externa muito grande, e isto é extremamente positivo. É importante

que a sociedade conheça esses órgãos e depois o trabalho que eles desenvolvem. É preciso que se fixe na cultura brasileira, em toda a sua dimensão, a importância de reprimir o abuso do poder econômico, e não só a defesa da concorrência. É preciso falar sempre no abuso do poder econômico, porque o abuso é uma perversão social e deve ser reprimido, pois como todas as perversões atinge sempre o mais fraco, e os mais fracos são os consumidores menos afortunados. Então a repressão e a prevenção ao abuso do poder econômico pela projeção, pelo conhecimento dos órgãos que as promovem devem ser feitas com grande intensidade. Todavia, a publicidade que esses órgãos estão obrigados a fazer, ou seja, a prestação de contas ordinária, corrente, de suas atividades ao público, ao contribuinte que os remunera, é ainda precária e um tanto desigual entre os órgãos. Há órgãos que têm um sistema de divulgação de suas atividades mais avançado do que outros, mas ainda há uma grande carência de informações oferecidas ao contribuinte, à população, e isto é um ponto que precisa ser imediatamente revisto.

Recentemente, lemos no jornal que o governo destinará à divulgação do projeto da Ancinav cerca de R\$ 200.000,00. Dificilmente imaginaria dinheiro mais mal gasto. Há, no entanto, uma solução muito boa: se R\$ 200.000,00 fossem entregues à Secretaria de Direito Econômico, estou certo de que o *site* dela ficaria muito agradecido, porque realmente é uma necessidade que a própria Secretaria - não só de a Direito Econômico mas a de Acompanhamento Econômico e o próprio CADE - possa levar à toda a sociedade o trabalho que vem fazendo. Isto é absolutamente indispensável. Não se pode sonegar a um órgão - evidentemente não só do Sistema de Defesa da Concorrência, mas a todos os órgãos públicos - a possibilidade de levarem ao público os trabalhos que fazem de forma ordenada.

E aí eu entro, então, no terceiro e último item da minha rápida palestra, que são os benefícios da redução dessa assimetria de publicidade. Quais seriam esses benefícios? Se nós tivermos a possibilidade, ou melhor, se for dada a esses órgãos a possibilidade de expor ao público, de forma sistemática, ordinária, o trabalho que vêm fazendo, as informações que eles prestarão, ou seja, quanto tempo demora um ato de concentração para receber um parecer na SDE, na SEAE, no CADE, quanto tempo aquele processo aguardou para ser julgado, setores, mercados que são mais investigados, menos investigados, as técnicas de investigação, os critérios de análise, enfim todas as informações possíveis de serem disponibilizadas ao público, uma vez sendo disponibilizadas, quais seriam os benefícios imediatos desta disponibilização? Nós podemos citar cinco rapidamente.

Primeiro, a famosa segurança jurídica, que estimula os negócios. Na medida em que não se precise sobrecarregar a agenda dos titulares desses órgãos com reuniões com empresários, porque os empresários poderão eles mesmos ir ao

*site* e já ter uma radiografia desse órgão, isto economizará o tempo dessas autoridades e informará melhor os empresários. É claro que as autoridades deverão continuar se reunindo com os empresários, mas já a partir de um conhecimento que esses empresários - e quando eu falo empresário me refiro também a seus advogados e consultores econômicos - tenham daquele órgão e de como ele funciona. Eles irão encontrar então os titulares, os funcionários desse órgão com muito mais conhecimento sobre o que esse órgão faz, e esse conhecimento é evidentemente indispensável para que eles orientem seus negócios.

O segundo ponto, e esta ordem aqui é um tanto arbitrária, é a extraordinária vantagem que isso trará para a literatura jurídica e econômica. A literatura jurídica recente brasileira se ressentida de dados relativos à ação das autoridades econômicas. Temos visto que há uma indústria de dissertações de Mestrado, teses de Doutorado, mas se pegarmos os livros existentes, veremos que não há nada ou quase nada de análise de atos de concentração e de processos administrativos. Há muita teoria, muito corte e cola, mas muito pouca análise de casos concretos, e a literatura estrangeira hoje é toda feita em cima de casos concretos. Ainda ontem foi citado, eu creio que pelo Conselheiro Luis Fernando Rigato, o trabalho do Werden. Há vários trabalhos extraordinários dele, só para referência, há um, de dois anos atrás, no qual ele faz a *história* da ação dos órgãos de defesa da concorrência, voltada especificamente à evolução do conceito de mercado relevante. Esse trabalho extraordinário é todo feito em cima de dados estatísticos disponíveis pelos órgãos de defesa da concorrência. É um trabalho admirável, que só pôde ser feito porque deram meios à autoridade de defesa da concorrência norte-americana para que esse trabalho fosse feito. Então a literatura jurídica e econômica, e aqui eu também faço uma observação, nós devemos - nós advogados promíscuos e promiscuas, como foi dito outro dia -, ter a humildade de reconhecer que a literatura econômica brasileira recente é mais objetiva do que a literatura jurídica, pois está apoiada em dados, em análise de casos, de uma forma muito mais intensa e significativa do que a recente literatura jurídica, muito mais preocupada em ligações teóricas, em citações teóricas, o que tem a sua importância, mas que não atende ao dia-a-dia da advocacia e da prática da defesa da concorrência como deveria.

O terceiro ponto é o da advocacia. Na medida em que a esses órgãos seja possibilitado divulgar sua ação ao público - e essa ação, eu insisto, é crescentemente positiva na medida em que atende a esses princípios constitucionais aos quais eu me referi -, o que ocorrerá imediatamente - eu creio que já há sinais disso - é uma alteração na forma de advogar. Na medida em que esses órgãos cada vez mais refinem as suas decisões técnicas, a advocacia deverá refinar o seu aparato técnico, caso contrário teremos um descompasso entre a

excelência dos órgãos de defesa da concorrência e a excelência da defesa dos interesses dos administrados, descompasso que é sempre negativo. Então este também é um ponto muito importante: a advocacia se especializa na medida em que os órgãos se especializam, mas também na medida em que se possibilita aos órgãos mostrar à comunidade - comunidade é uma palavra de que eu não gosto, mas enfim - e à sociedade como esses órgãos trabalham.

O outro ponto é um ponto hoje um pouco esquecido, mas os órgãos de defesa da concorrência, uma vez capacitados a divulgar como devido o trabalho deles, estarão dando exemplo de cumprimento da lei. Isto é importantíssimo, porque cumprimento da lei hoje é um pouco substituído por implementação de políticas públicas, e política pública é aquilo que o Presidente da República ou um Ministro acha que é. Todo mundo tem a sua política pública. Uma crítica que já se fez aos advogados de contencioso é que todo advogado de contencioso tem o seu Código de Processo Civil pronto. Política pública qualquer um pode ter também, mas o que interessa - e o Daniel falou bem aqui - é que política pública não pode ser fantasia de cumprimento de lei. A política pública é um conjunto de normas que devem ser aplicadas pelo agente administrativo. Então isto é importantíssimo: o cumprimento da lei, simplesmente cumprir a lei.

O último ponto, que foi muito bem ilustrado aqui pelo Conselheiro Pfeiffer, é o Judiciário. O Judiciário precisa conhecer o Sistema de Defesa da Concorrência além do processo, além dos autos que chegam à mão do juiz. Ele precisa saber como funciona, os recursos que esses órgãos têm ou não têm, sobretudo estes últimos, pois o que o que interessa aí são os recursos que eles não têm. Os juízes não têm essas informações e precisam delas. Da mesma forma, como um apêndice dessa questão do Judiciário, eu diria o próprio Executivo e o Legislativo também precisam conhecer esses órgãos de defesa da concorrência. vários outros órgãos do Executivo e o próprio Legislativo não têm noção do que o Sistema de Defesa da Concorrência faz, e a palestra do Secretário Helcio Tokeshi mostrou isso, que é preciso levar aos legisladores e aos demais órgãos públicos o que seja a defesa da livre concorrência, que não se dá, como vimos na palestra dele, apenas pela repressão ao abuso do poder econômico, mas também pela adaptação de outras normas legais a uma promoção da concorrência, a um melhor sistema tributário, a um melhor sistema de tarifas públicas, que são todas formas de implementar a livre concorrência. Então o que eu vejo de extraordinário é o avanço do Sistema de Defesa da Concorrência, mas ainda tendo que corrigir assimetrias que existem, como a assimetria de publicidade, porque se não houver a devida publicidade não haverá o reconhecimento do trabalho que esses órgãos têm feito.

Recentemente numa entrevista um funcionário público disse o seguinte, e

aliás foi o que me motivou a abordar esse tema: “Em Mato Grosso reuniram Varas cíveis de uma região e puseram todos os dados no computador com acesso aberto ao público, então qualquer cidadão entra no sistema e confere quantas sentenças o juiz deu, quantas audiências o juiz presidiu e quantas sentenças o juiz tem para dar”. Esse funcionário é o Ministro Márcio Thomaz Bastos. Pois bem, é um ponto extraordinário da nossa cultura política ou da nossa história política a diversidade de posições e a convivência dessa diversidade de posições. Nós temos um governo em que boa parte dos integrantes entendem que as agências reguladoras não devem ser independentes, e alguns deles, eu acredito, não veriam com os melhores olhos a independência de funcionários ou de titulares de Conselho. Curiosamente ou não, dentro dessa capacidade de convivência com contrários, que é uma característica da democracia, este mesmo governo tem ilustres representantes que defendem a posição contrária, a posição que nós defendemos, aqueles que lidam mais com a defesa da concorrência, como o Ministro Palocci e o Ministro Márcio Thomaz Bastos. O Ministro Márcio Thomaz Bastos, vindo de um governo de quem se esperaria uma intervenção direta mais efetiva, tem se revelado o Ministro que mais e melhor promoveu a defesa da livre concorrência nos limites estritos da legalidade, atendendo àqueles critérios de que aqui falamos: impessoalidade e publicidade. Então, com esse crédito que o Ministro tem, que é um crédito que cresce na medida em que ele, eu não diria enfrente, mas se distingue no pensamento do governo, é dele que deve ser cobrado o empenho para que esses órgãos todos tenham maiores recursos, quer dizer, recursos suficientes para que possam dar melhor publicidade aos seus trabalhos e às suas realizações. Não cabe aqui ficar analisando qual *site* é melhor do que aquele *site* - os *sites* estão aí disponíveis a todos -; o que cabe é discutir o que está por trás disso. E o que está por trás disso é que se deve dar a esses órgãos a possibilidade de divulgar, da forma que nós sabemos ser a mais simples, porque é a mais direta, a toda a sociedade, as suas atividades.

Eu gostaria de dizer que ficaria extremamente satisfeito se nós tivéssemos um estardalhaço de publicidade. Só tenho uma ressalva quanto à publicidade, que é a hora em que ela é feita e eventualmente a forma como é feita – e eu aqui estou me referindo à publicidade institucional, à publicidade das ações do órgão. Não tenho nada contra que o órgão divulgue as suas atividades; ao contrário, o meu ponto aqui se restringe a uma assimetria de publicidade: é preciso que essa publicidade se dê de forma ordinária, corrente e no momento devido. Então, se nós conseguirmos que esses órgãos disponham de meios para divulgar os seus trabalhos e as suas realizações, estaremos consolidando - esta é a forma, aliás, de consolidar - esse avanço da redução desse traço autoritário que vem da tradição política e contamina a administração pública brasileira. É importantíssimo, portanto, a meu ver, que essa redução da assimetria de publicidade seja feita

o mais rápido possível pelas vantagens que eu já disse, inclusive por uma última vantagem, uma vantagem pedagógica, porque não há limites para o desconhecimento na escala de postos ocupados na administração pública. Vemos, então, não só no âmbito do Executivo que há desconhecimentos uivantes sobre o que seja a ação dos órgãos de defesa da concorrência. Eu creio que se a esses órgãos forem dadas as condições de divulgar o seu trabalho, a informação atingirá a todos os níveis do funcionalismo público, do mais baixo ao mais alto, sem distinções de titulação. Muito obrigado.

**Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer:** Bem, inicialmente eu gostaria de agradecer o prazer, a honra de poder participar de mais um evento do IBRAC, que são eventos de suma importância para refletirmos e apontarmos temas de relevância que podem ser conseqüentemente pensados mais calmamente. Eu vou iniciar tranquilizando a todos, pois vou me ater ao tempo dado, já que a concorrência é muito forte: temos um sol lindo hoje, mil alternativas de lazer e sobretudo temos que respeitar nossos concorrentes fortes, então me aterei estritamente ao tempo possível. Eu gostaria apenas de solicitar as transparências, se pudessem colocar, esclarecendo que eu vou abordar exatamente a relação do CADE, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com o Poder Judiciário, tentando então suscitar - mais do que apresentar algum posicionamento extremamente consolidado - aspectos que merecem uma reflexão nessa relação que tenderá a se tornar cada mais extensa. Não há nenhuma dúvida de que há uma tendência forte de judicialização das questões da concorrência. Eu acho importante que isso ocorra efetivamente, e são várias as interfaces que eu imagino com o Poder Judiciário, que não se limitam ao controle das decisões do CADE, e todas merecem bastante reflexão.

Então, basicamente, poderíamos imaginar a presença do Poder Judiciário na execução nas decisões do CADE, aquelas decisões que não forem cumpridas pelos jurisdicionados e para as quais o CADE necessite recorrer ao Judiciário para executá-las - execuções de multa e sobretudo de obrigação de fazer. Acho que isso é algo importante, pois muitas das obrigações de fazer - que a meu ver são normalmente as imposições mais importantes porque efetivamente mudam a realidade fática - merecem ser levadas efetivamente a juízo para uma maior efetividade das decisões.

O segundo, a interface talvez mais tradicional de todas mas que merece bastante reflexão, merece um aprofundamento, uma dedicação dos profissionais da área, da própria academia no estudo do seu âmbito, das suas especificidades, que é o controle justamente das decisões do CADE pelo Poder Judiciário.

Finalmente, ainda há como interface as ações coletivas, e aí dividirei essa abordagem tanto em ações coletivas como em ações civis públicas, tentando demonstrar onde está a base inclusive legal para o ajuizamento de ações civis públicas correlatas com a concorrência e ações coletivas de direitos individuais homogêneos, assim como para ações individuais de ressarcimento de danos. Eu acho que esse é um campo muito importante não só para reflexão, como para se começar a praticar. E já que se falou tanto dos Estados Unidos, ao contrário de lá, no Brasil praticamente não há - desconheço inclusive - uma ação efetiva, seja individual, seja coletiva de ressarcimento de danos decorrentes de atos anticoncorrenciais. Eu acho que esse é um campo que dará enorme efetividade à defesa da concorrência e que é absolutamente inexplorado em todos os seus aspectos, seja de pensamento doutrinário, seja principalmente de prática. Eu acho que não há nada melhor do que esse Seminário do IBRAC para discutir esse tema específico.

Há a questão da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos contrários à livre concorrência, que é um campo que talvez tenha alguma profundidade - já temos súmula, por exemplo, do Supremo Tribunal Federal declarando inconstitucionais leis municipais que limitam a distância entre estabelecimentos; recentemente, no Distrito Federal, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade pelo Procurador Geral do Distrito Federal, em relação a uma lei do Distrito Federal que proíbe instalação de postos de gasolina em shopping centers e hipermercados; e recentemente também uma decisão judicial de primeira instância, não ao Distrito Federal, num mandado de segurança que afastou uma decisão de proibição de instalação de um posto de gasolina num hipermercado específico, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade daquela lei distrital. Este, aliás, é um caso interessante porque foi justamente o CADE que julgou aquele caso específico, a forma como os postos do Distrito Federal pressionaram, e também fez alusão - lógico, não tem nenhum poder de declaração o CADE -, mas fez alusão à inconstitucionalidade e oficiou justamente à autoridade do Procurador Geral do Distrito Federal, que tomou providências efetivas - vamos ver como o Tribunal de Justiça julga a matéria.

E há uma sexta e importantíssima interface, que é questão criminal. Não vou, por limitações de tempo, aprofundar essa questão, mas eu enxergo como absolutamente imprescindível esse trabalho que vem sendo feito em conjunto com os Ministérios Públicos pelo seu caráter criminal e dada a potencialidade dos instrumentos de investigação. É um tema polêmico, não aprofundarei isso, mas é uma interface importantíssima e que empresta não só à questão uma outra maneira de punir esses atos anticoncorrenciais como também acaba emprestando instrumentos fundamentais.

Bem, no que tange à execução das decisões do CADE, pouco há que se falar: a competência é da Justiça Federal. Há alguns instrumentos da lei, inclusive, que dão foro privilegiado ao CADE - isso já foi discutido no Supremo Tribunal Federal, em juízo cautelar que não o afastou, e entendeu a possibilidade de ser ajuizado em Brasília. Mas isso não merece muito aprofundamento.

O segundo aspecto importante é o do controle judicial das decisões do CADA, que tange alguns aspectos importantes sobre os quais refletir. Vou trazer mais matérias para refletirmos, pois não há ainda uma jurisprudência consolidada em nenhum sentido sobre essas matérias que vou abordar, e há um campo todo para construir, mas é um campo que logicamente cada vez mais tenderá a ser maior. Por quê? Porque serão aqueles nos quais partes eventualmente condenadas em processos administrativos vão querer uma revisão da decisão do CADE, partes em atos de concentração eu acredito talvez possam iniciar também um tipo de movimento e decisões do Secretário de Direito Econômico também têm já algum histórico, e creio que tenderá a se mover principalmente nos limites e especificidades do processo administrativo. Bem, a competência, nesses casos, é da Justiça Federal de primeira instância; pode haver algum debate sobre a questão territorial - se deve ser centralizada no Distrito Federal ou não -, mas eu não vou abordar isso. Mas o interesse de agir chega a partir da implementação da decisão do CADE ou de alguma medida do Secretário de Direito Econômico, e as matérias aí que suscitam grande reflexão são: Qual a extensão desse controle jurisdicional? E, em uma palavra apenas, qual seria o limite? Ele vai poder rever a totalidade da decisão ou só aspectos circunstanciais relacionados principalmente com o devido processo legal ou com ilegalidades flagrantes, a errônea aplicação de algum instituto? Ou não, ele pode revolver o mérito?

Para isso algumas matérias vêm sendo debatidas, então logicamente se reconhece estritamente que a decisão do CADE, assim como a do Secretário, tem uma natureza administrativa, mas que seria discricionário-vinculada - esse é um debate que já houve. Não sei se efetivamente esses termos aplicados a atos que tenham um conteúdo sobretudo de decisão são os mais tecnicamente apropriados, mas por trás dessa questão de discricionário-vinculada se quer dizer: mas é absolutamente livre a decisão? Então seja a do Secretário ao tomar uma medida preventiva ou outra medida, seja a própria instauração do processo administrativo pelo CADE, ao decidir pela imposição de uma sanção ou o seu arquivamento ou pela desconstituição de um ato de concentração ou a sua aprovação, ou ele guarda alguma vinculação com os parâmetros legais? É, parece que sim, parece que evidentemente ele irá guardar relação com esses parâmetros. Isso talvez não seja tanto no campo do discricionário-vinculado, pois isso se dá mais para os atos típicos

administrativos, mas não há dúvida de que ele deve seguir um certo rito, e se ater a esse rito, sendo que essa legalidade pode ser questionada sem dúvida nenhuma. O problema está mais, a meu ver, na questão de se esse controle vai envolver o mérito administrativo ou só esses outros aspectos. Entendo que obviamente, por exemplo, uma decisão que nitidamente se aparta da tipificação para uma sanção por uma conduta anticoncorrencial ou que desconsidere algum elemento evidente de prova ou que deixe de aprovar um ato de concentração quando estão efetivamente presentes os requisitos autorizadores ou, pelo contrário, aprove quando eles evidentemente não estão postos, possa ser discutida, mas isso envolveria também valoração de prova. É, portanto, um problema já de maior *valoração* mesmo, algo que não é tão nítido, não é uma ilegalidade tão nítida, mas uma *valoração* daquela prova. E poderia, então, o Judiciário revolver essa valoração? Isso na verdade é um debate aberto, não só nesse campo como no campo de quase todas as decisões administrativas, e um campo para construir. Não pretendo também esgotar essa questão, mas apenas levantar essa matéria, sobre a qual acho que devemos pensar cada vez mais e que será na prática averiguada. Mas o que parece, no mínimo, muito importante, é que esse controle, se eventualmente vier a ser pleno, seja feito de uma maneira adequada, no sentido de que aqueles aspectos que devem ser levados em conta no direito concorrencial, principalmente os aspectos de Economia desse pensar dentro dos parâmetros tradicionais do direito da concorrência, também sejam levados em consideração no Poder Judiciário. Parece-me que o pior dos mundos será se o controle for pleno porém restrito aos conceitos tradicionais, mas enfim isso é algo para se construir, algo para cada vez mais também se levar em consideração no nosso modo de ver, ou seja, nessa promoção da concorrência, aproximar-se cada vez mais do Poder Judiciário.

Quanto às ações coletivas, se vislumbra tanto a possibilidade de ação civil pública como de ações coletivas para direitos individuais homogêneos. A competência vai variar de acordo com o autor. Uma coisa interessante é que o próprio CADE vai poder até ter legitimação processual, não para ação civil pública, em que eu não vejo interesse de agir, mas para as ações coletivas - mas voltarei a falar disso. E quais são algumas questões importantes em relação à ação civil pública? Parece-me claro o amparo legal dado pelo parágrafo único do art. 1º, em que é definido um direito difuso por pertencer a coletividade. O art. 1º da Lei da Ação Civil Pública arrola a infração da ordem econômica expressamente, e no art. 83 da lei diz que temos aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública.

A ação civil pública pode ser utilizada, acho que é um instrumento importante - ela pode alcançar até a cessação da prática, ela pode alcançar

determinações necessárias para aquela cessação da práticas, uma condenação em dinheiro pelo art. 3º da Lei da ação Civil Pública -, mas não me parece que possa ser manejada como uma forma de substituir as sanções administrativas previstas na lei. Eu acho que efetivamente as sanções pecuniárias, principalmente, são exclusivas da esfera administrativa, e toda a doutrina da separação das esferas aponta para isso. Então, esta é uma questão importante.

Outra questão que eu vou também abordar é a questão da ação coletiva para reparação de direitos individuais homogêneos, e neste caso realmente acho que é algo fundamental suscitar um debate sobre a sua implementação prática, pois aqui é um foro privilegiado para discutirmos o que está faltando ou quais são os problemas, o que está travando ou por que não se fazem no Brasil com muita frequência essas ações de reparação de dano. Mas o que são essas reparações de dano? Através dessas condutas anticoncorrenciais, sem dúvida nenhuma, o que é lesado basicamente é o mercado, a estrutura de mercado. Com isso se lesa um melhor padrão de desenvolvimento, uma melhor alocação de recursos, se torna menos eficiente a prestação econômica - são estes, portanto, os valores imediatos protegidos pela aplicação da legislação da concorrência. Imediatamente se protegem também os direitos dos consumidores. Mas esse tipo de lesão, além de ter um impacto difuso na coletividade, pode eventualmente gerar lesões individuais, o que não é novidade no campo concorrencial, no campo do meio ambiente, todos os outros campos são assim. Então, o que a meu ver não há ainda uma cultura de se fazer. Assim, empresas que foram, por exemplo, lesadas por um preço predatório ou por uma exclusividade anticoncorrencial - não as exclusividades eficientes, mas uma exclusividade anticoncorrencial - ou um fechamento de mercado, enfim, por alguma medida anticoncorrencial, teriam também, conseqüentemente, um dano individual. No caso de consumidores que pagaram sobrepreço por um cartel e em que você consiga identificar eventualmente esse sobrepreço, o que não é matéria trivial mas uma matéria extremamente complexa, eles poderiam entrar tanto com ações individuais - nisso há pouco interesse talvez das empresas maiores, mas há todo um campo de ações coletivas para direitos individuais homogêneos. Há uma previsão expressa no art. 29 da lei - uma previsão importante porque a jurisprudência hoje tende, tanto no STJ como na STF, a restringir para relações de consumo o manejo das ações individuais homogêneas -, para relações de concorrência que poderiam ser utilizadas. E eu vislumbro vários exemplos: quando você consegue dimensionar um dano, obtém do juiz, através dos legitimados, uma condenação genérica e posteriormente há uma execução individual dos lesados em cima dessa condenação genérica, é o modelo tradicional das ações coletivas para individuais homogêneas; e ao mesmo tempo você pode ter ações individuais quando houver de empresas

um incentivo que as leve sozinhas a ir ao Judiciário. Nos Estados Unidos isso é muito comum.

Um outro tema que eu gostaria de debater, pois já estou próximo do encerramento, é a questão da ação judicial concomitante ao processo administrativo, algo que cada vez mais tem relevância, pois há algumas ações civis públicas com objetos semelhantes a processos administrativos que tramitam no sistema. Só gostaria de dizer, eu vou até concluir, que eu acho que essa concomitância é plenamente possível pelo ordenamento jurídico, mas talvez não seja o melhor forma de trabalhar. Eu creio que dentro dessa cooperação com os entes legitimados e dessa aproximação cada vez maior com o Ministério Público, que é o principal manejador das ações civis públicas, o ideal ainda é que se tente conversar e utilizar todas as potencialidades do processo administrativo. Não é boa essa concomitância porque ela trás problemas práticos sérios. E tanto problemas práticos aos jurisdicionados, aqueles que são representados ou réus nas ações civis públicas, como a própria concomitância: você pode ter uma miríade de combinações, de decisões que arquivam, no campo administrativo, condenações judiciais, ou vice-versa, que podem trazer problemas. Mas eu acho que a lei de qualquer forma é clara nessa possibilidade plena da concomitância, seja pela diferente natureza das condenações - desde que sejam efetivamente diferentes, então, não acredito aceitável que você possa substituir aquelas decisões administrativas previstas na Lei 8.884, as sanções pecuniárias; eventualmente também deve-se pensar em todo o controle de concentração, mas também não creio que seja esse o mecanismo adequado para os controle de concentração, essa substituição, mas há a cessação da prática claramente prevista no art. 29. São sanções diferentes, a condenação judicial e a sanção administrativa. Não há então que se falar em litispendência: a lei é muito clara nessa questão.

E, finalmente, há a questão da ação individual de pessoas lesadas. Então, com isso, eu finalizo dentro do prazo. Só queria dizer que há realmente cada vez mais uma presença significativa da questão judicial - eu acho que todos nós devemos refletir sobre esses diversos aspectos, devemos praticar esses diversos aspectos, pois essa questão da efetividade é muito importante. Eu vejo hoje nessas condenações posteriores a decisões administrativas, principalmente no caso de uma ação administrativa que condenou uma empresa, ainda que isso possa estar sujeito a algum tipo de controle, por que não entrar também com ações de reparação? Eu acho que isso é importante para a efetividade. E, finalmente, isso demanda uma postura, dentro dessa promoção da concorrência, de aproximação com o Poder Judiciário, é um ator imprescindível dessa aproximação. E também demanda reflexões sobre a especialização disso. Creio que ainda

não é o momento adequado, não temos massa crítica, não temos maturidade, mas no futuro, talvez na adolescência, na maturidade, talvez na velhice ou pós-velhice, mais para a frente poderemos pensar quem sabe numa especialização da justiça, na eventual competência originária de um tribunal. Não é o momento adequado, eu acho, pois não há massa crítica ainda, mas eu acho que é uma matéria sobre a qual daqui a alguns anos com certeza precisaremos pensar, ou seja, na pertinência de uma competência originária. Com isso eu agradeço a atenção de todos. Muito obrigado.

## **SLIDE 1**

**PALESTRA NO SEMINÁRIO INTERNACIONAL DO IBRAC**

**DEFESA DA CONCORRÊNCIA E PODER JUDICIÁRIO**

**ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**

CONSELHEIRO DO CADE

MESTRE EM DIREITO PELA USP

Professor de direito econômico e direito do consumidor

PROCURADOR DO ESTADO DE SP

## **SLIDE 2**

### **PODER JUDICIÁRIO E CONCORRÊNCIA**

- 1) Execução judicial das decisões do CADE, o que ocorrerá nas situações em que não houver o seu cumprimento voluntário pelo agente econômico.
- 2) Ação ajuizada pelo agente econômico contra a decisão do CADE, em controle de conduta ou de estrutura.
- 3) Ação coletiva para a tutela dos interesses relativos à livre concorrência, que poderá se dar: a) por meio de ação civil pública; ou b) por meio de ação coletiva para a tutela de direito individual homogêneo.
- 4) Ações individuais dos prejudicados por infrações contra a ordem econômica, que serão propostas em face do agente econômico que as cometeu.
- 5) Declaração de inconstitucionalidade de atos normativos contrários à livre concorrência.

### SLIDE 3

#### EXECUÇÃO DAS DECISÕES DO CADE

- 1) Competência: Justiça Federal.
- 2) Deve ser lembrado que dois dispositivos que estabelecem prerrogativas do CADE no âmbito da execução judicial de seus julgados foram questionados na ação direta de inconstitucionalidade n. 1094 proposta pela CNC e que impugnou diversos dispositivos da lei de defesa da concorrência. Em sede de apreciação da cautelar a medida liminar foi rejeitada *in totum*, mantendo-se todos os dispositivos impugnados. Foram eles, no aspecto processual: a) prerrogativas da execução judicial das decisões do CADE (supressão das expressões “Distrito Federal” à livre escolha do CADE” do art. 64). Relator e Marco Aurélio vencidos; b) arts. 65 e 66: caução para desconstituição do título judicial e possibilidade do juiz determinar de imediato as providências do título, dependendo da gravidade da infração e do periculum in mora.

### SLIDE 4

#### 2) CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

- Um segundo aspecto dá-se quando o agente econômico (seja ele representado em processo administrativo para apuração de infração contra a ordem econômica, seja ele requerente em processo administrativo para apreciação de ato de concentração) discordar da decisão final do CADE ou de decisão interlocutória do Conselheiro-Relator ou do Secretário de Direito Econômico.
- Competência: Justiça Federal de primeira instância.

### SLIDE 5

- Interesse de agir: implementação da decisão do CADE.
- Qual a extensão do controle jurisdicional?
- Decisão do CADE: natureza administrativa. Discricionária ou vinculada?
- Legalidade estrita ou envolve também o mérito da decisão?

## SLIDE 6

### 3) AÇÕES COLETIVAS

- A tutela coletiva dos interesses relativos à livre concorrência poderá se dar: a) por meio de ação civil pública; ou b) por meio de ação coletiva para a tutela de direito individual homogêneo.
- Competência: irá variar de acordo com o ente legitimado que propôs a ação. Como regra geral funcionará do seguinte modo: a) Justiça Federal: sempre que a ação for proposta ou houver a intervenção da União Federal ou de ente da administração Pública Federal (inclusive o CADE) ou do Ministério Público Federal; b) nos demais casos a competência será da Justiça Estadual.

## SLIDE 7

### AÇÃO CIVIL PÚBLICA

- Caráter difuso do direito à livre concorrência
- Art. 1º, Parágrafo único da Lei nº 8.884/94: A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.
- Art. 1º da Lei da Ação Civil Pública: Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:
  - VI - por infração da ordem econômica e da economia popular.
- Art. 83. Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis n. 7.347/85 e 8.078/90.

## SLIDE 8

- Não pode ser utilizada para determinação das sanções administrativas previstas para sancionar infrações contra a ordem econômica, as quais são exclusivas da autoridade administrativa. Pode haver um controle acerca da adequação da decisão, mas não a substituição do Poder Administrativo pelo Poder Judiciário.

**SLIDE 9****AÇÃO COLETIVA PARA REPARAÇÃO DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

- Art. 29 da Lei n. 8.884/94: Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.
- Trata-se de importante disposição, principalmente tendo em vista que existem acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que tal espécie de ação somente poderia ser utilizada para tutela de direitos relativos às relações de consumo.

**SLIDE 10**

- Exemplos: 1) Ação coletiva movida em face de empresas que tenham participado de um cartel e tenha sido possível estabelecer o sobre-preço estabelecido; 2) ação coletiva movida em face de empresa que tenha estabelecido exclusividade indevida; 3) ação coletiva em face de empresa que tenha indevidamente impedido que os seus concorrentes tivessem acesso à matéria prima necessária para a fabricação de um determinado produto, ocasionando a retirada destes concorrentes do mercado, o que lhe permitiu, após tal retirada, aumentar o preço do produto.
- Pedido desta ação: o ressarcimento dos prejuízos sofridos por todos aqueles que pagaram pelo produto um montante superior ao preço médio praticado antes da eliminação da concorrência, bem como a reparação dos danos ocasionados aos concorrentes que tiveram que abandonar o mercado.

## SLIDE 11

- Na hipótese da ação coletiva ser julgada procedente, o Juiz irá fixar, genericamente, a obrigação do réu em indenizar todos os compradores de seus produtos que pagaram um valor superior ao que pagariam caso não houvesse a prática da infração, bem como os danos ocasionados aos concorrentes com a prática da conduta.
- Já nas habilitações individuais cada indivíduo irá demonstrar: a) que sofreu um dano; b) que há nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta da empresa; c) quais são os prejuízos e qual o montante necessário para repará-lo. Porém, não será objeto de discussão a obrigação da empresa em reparar tais prejuízos, pagando o montante a ser apurado.

## SLIDE 12

### AÇÃO JUDICIAL CONCOMITANTE A PROCESSO ADMINISTRATIVO

- A existência de um processo administrativo em curso no CADE, impede a propositura de ação civil pública que tenha por objeto justamente a cessação da prática e a condenação na reparação dos danos por ela causados?
- A resposta deve ser negativa. Em primeiro lugar por que não há que se alegar existência de litispendência, por se tratar de apreciação por órgãos que pertencem a diferentes esferas de poder, ou seja, o órgão jurisdicional pertence ao Poder Judiciário enquanto o CADE pertence ao Poder Executivo.

## SLIDE 13

- Em segundo lugar tampouco pode se falar em *bis in idem*, uma vez que a natureza da multa imposta pelo CADE e da condenação em dinheiro que pode ser imposta pelo Poder Judiciário é fundamentalmente distinta. Tal distinção dá-se tanto no aspecto formal como no aspecto material. Formalmente, a multa apresenta-se como uma *sanção administrativa*, enquanto a decisão judicial será uma *condenação judicial*. Materialmente, a multa possui uma função dissuasória, visando a desestimular o agente econômico a praticar a conduta, enquanto a condenação judicial apresentará uma função reparatória, visando a compensar a sociedade ou os lesados dos prejuízos causados pela conduta. Finalmente, no que concerne à ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos, efetivadas, ainda há que se fazer menção ao art. 29 da Lei nº 8.884/94

**SLIDE 14****AÇÕES INDIVIDUAIS**

- 4) Há, ainda, a possibilidade de ações individuais daqueles que se sentem lesados em virtude de infrações contra a ordem econômica, que serão propostas em face do agente econômico que as cometeu. Via de regra (salvo se a União for a lesada ou o agente econômico for empresa pública federal) a competência será da Justiça Estadual. A este respeito destaque art. 29 da Lei de Defesa da Concorrência, que faz expressa menção a tais ações

**Daniel Goldberg:** Senhores, muito bom dia! Muito obrigado pelo convite! Antes de começar o que eu tenho para conversar com todos vocês hoje, deixem-me dar um aviso curto e objetivo, até para contingenciar eventuais frustrações e explicar por que, como ocorreu no ano passado, eu, Beth, Helcio, Pfeiffer, Prado, Ricardo, por que não viemos aqui, Luiz Fernando, armados de transparências com as idéias alternativas, com cópias marcadas com projeto de lei, por que nós não perdemos mais um Seminário do IBRAC debatendo exaustivamente a tal da reforma que nunca vem da Lei 8.884. Faço esse primeiro informe antes de começar a palestra, porque evidentemente é isso que vocês esperavam de novo encontrar à luz de todas as notícias que andam perambulando pelos jornais. Mas, a despeito disso, o que ocorre é o seguinte: de fato, é verdade estamos em fase final de formatação do projeto de lei; na verdade, acho que passamos já a etapa de discutir a proposta inicial do governo que vai ser debatida com os senhores exaustivamente no que diz respeito ao formato do sistema e da Lei 8.884. Mas o que estamos procurando fazer, e isso está sendo muito trabalhoso, é, junto com a reforma da lei, discutir com os senhores e negociar com outros Ministérios do Governo questões como estrutura, carreira ou não carreira, ciclo de gestão, números, quantitativo, quem vai trabalhar, como é que você contrata, em que ano, como é que começa a funcionar o sistema.

Dessa vez estamos tentando montar um pacote integrado para não correr o risco de perder muitas calorias na lei, e depois a lei não vem. E aí no final ou a lei vem sem sistema estruturado na prática, ou todo mundo fica discutindo a nova lei, mas como não se estruturou o sistema ficamos com medo de aprovar a nova lei e ela é engavetada de novo. Evidentemente, esse processo não é trivial (formatar, discutir carreira, discutir sobretudo em tempos de recursos escassos), então a nossa idéia, em princípio, ainda que não haja um largo e extenso processo de consulta pública, é discutir não só com o IBRAC, com a OAB e com a comunidade antitruste o projeto de lei, mas também alternativas, o que conseguimos e o que a não conseguimos, até para o IBRAC interagir com o governo do ponto de vista de estrutura dessa nova autoridade da concorrência.

A nossa intenção é até o final do ano, pelo menos, ter um esboço disso. O nosso formato da lei está pronto para se discutido, nós podemos discuti-lo a qualquer momento, mas até o final do ano queremos ter um esboço para discutir com os senhores também acerca da estrutura que pretendemos implementar nos próximos anos. Então, esse é o informe, e essa é a razão pela qual não vou falar da menina formosa.

Dito isto, podemos começar, então, com o nosso tema de hoje. Em 5 de junho de 2000 o *The Wall Street Journal* publicou um editorial acabando com o Departamento de Justiça, que soa muito comum para as autoridades de concorrência que já passaram por esse tipo de situação em outras jurisdições, em outros sistemas. Eu vou citar *verbis* o que o *The Wall Street Journal* disse em 5 de junho de 2000, comentando a postura do senhor Joe Klein, o chefe da divisão antitruste do Departamento de Justiça à época, na investigação do que era então a proposta de fusão da The Sprint/WordCom. O *The Wall Street Journal* basicamente disse o seguinte: “Esse Sr. Klein, em tradução livre, lendo aqui o jornal, veio à cidade (Washington) procurando por oportunidades para expandir o seu *portfolio* pessoal. A sua tentativa podia até ser digna de comenda ou digna de ser louvada em qualquer outra linha de trabalho, mas infelizmente, quando se fala de poder governamental, os americanos não querem que ele seja usado para caprichosamente mexer com os direitos de companhias e os seus acionistas. Nós duvidamos realmente que os americanos queiram que suas empresas, seus empregos e sua riqueza, e suas aposentadorias sobretudo, dependam de um franco-atirador, burocrata, ambicioso que acontece incidentalmente de estar passando por Washington”. Esse foi o editorial gentil que o *The Wall Street Journal* fez sobre Joe Klein na época da fusão da The Sprint/WordCom.

Começando com esse editorial e sentindo um pouco nos próprios calos esse tipo de abordagem, eu percebo - e é esse o nosso tema de hoje - alguns pontos extraordinariamente interessantes para discutir com o IBRAC num Seminário dessa natureza e o que subjaz nesse tipo de editorial. E o que subjaz na crítica do *The Wall Street Journal*, a despeito de toda virulência, é algo que não deveria ser descartado de pronto, que é a noção de que, assim como empresas maximizam utilidades, ou consumidores maximizam utilidades, que é o discurso comum no âmbito do antitruste, governantes, funcionários públicos, administradores também têm os seus próprios sistemas de prêmios e recompensas, e eles também tentam maximizar a utilidade de vez em quando. E a crítica do *The Wall Street Journal* é a seguinte: “Essas autoridades antitruste fazem um estardalhaço - como diz o Pedro - quando estão numa investigação, porque estão mais preocupadas com méritos e com o *portfolio* pessoal da sua investigação do que propriamente com o interesse público”. Essa não é a crítica do Pedro, mas o

*estardalhaço* é expressão do Pedro, e eu vou usá-la algumas vezes durante a minha intervenção hoje, pois acho que há mérito nesse ponto do *The Wall Street Journal*, e eu estou tentando propor uma forma diferente de enxergar isso.

Portanto o tema é: “Política Antitruste *versus* Política do Antitruste”. Qual a diferença entre falar política concorrencial e a política envolvida na concorrência? Começo, a partir desse editorial do *The Wall Street Journal* dizendo o seguinte: no final das contas o que o *The Wall Street Journal* quer dizer com essa abordagem, como eu disse, é que os administradores públicos estão atrás das suas próprias recompensas ou da expansão do seu *portfolio* pessoal. O que está subjacente a essa abordagem do *The Wall Street Journal* é o que eu estou chamando aqui de investigando o investigador. O que é que move, o que é que motiva uma autoridade da concorrência? E na literatura comparada, tanto na tradição europeia quanto na tradição anglo-saxã, e em certa medida na tradição brasileira do direito administrativo, você pode dividir como as pessoas enxergam essa questão grosso modo em duas grandes correntes: uma delas é o que eu estou chamando aqui de vertente do interesse público. Essa vertente simplesmente diz o seguinte: evidentemente o que motiva o administrador público, evidentemente o que motiva o Joe Klein ou o Daniel na SDE ou o Helcio na SEAE ou os Conselheiros no CADE é o interesse público, é a sua visão do interesse público. No caso específico do antitruste essa vertente do interesse público, sobretudo na tradição americana, mas também na tradição europeia a partir do Jacman na França, essa vertente do interesse público passou a usar largamente a análise econômica para, a partir da questão das falhas de mercado, dizer o seguinte: o governante ou o administrador, quando aplica o direito antitruste, está fazendo política pública, e uma política pública que tem um objetivo muito específico, que é de forma *ex post* resolver falhas de mercado. Eventualmente essa teoria, essa vertente do interesse público se expandiu um pouquinho e passou a abarcar a questão das falhas da regulação, ou seja, como é se trabalha a tipologia não só das falhas de mercado, mas também a tipologia das falhas de regulação.

A última grande obra no campo jurídico que usa a análise econômica para discutir jurisprudência nesse sentido é de um juiz da Suprema Corte Americana, o Justice Breyer, que em 1984 lançou um livro muito famoso nos Estados Unidos chamado *Regulation and its reform*, em que basicamente o que ele propunha era um jeito simples de analisar regulação antitruste e outros campos da regulação: através da dicotomia diagnóstico e tratamento. Como a regulação essencialmente procura resolver falhas de mercado *ex ante* e o antitruste procura resolver falhas de mercado *ex post*, sempre que você tiver uma decisão que é ineficiente, o jeito de entender isto é ir atrás do diagnóstico que a agência reguladora fez e do tratamento que ela propôs. Evidentemente você tem uma dessintonia entre o diagnóstico e o tratamento, e a partir dessas categorias você

consegue explicar todas as falhas tanto da agência antitruste quanto das agências reguladoras em geral.

Enquanto, o *Justice* Breyer lançava esse livro e na Europa essa versão do interesse público ganhava águas, forças e ventos com análise econômica, começou a ganhar força nos Estados Unidos, de forma algo tardia, um pouco baseada nos trabalhos muito preliminares do Stigler, em Chicago, começou a ganhar força nos Estados Unidos uma escola muito provocativa que está por trás do editorial do *The Wall Street Journal*, que é, não sei se os senhores já ouviram falar, certamente todos ouviram muito falar da Escola de Chicago, mas não sei se já ouviram falar da Escola de Virginia.

A Escola de Virginia hoje nos Estados Unidos é mais importante do que a Escola de Chicago, do ponto de vista de sua aplicação atual. E basicamente o que a Virginia School of Public Choice diz é que, para entender as escolhas públicas, para entender a atuação dos governantes, dos administradores, das autoridades da concorrência, é preciso partir do princípio, como fez o *The Wall Street Journal* de forma algo virulenta e injusta, de que o administrador público é um *homo economicus* como qualquer outro, portanto ele tem uma função de retorno, prêmio, punição e satisfação que acaba pautando os seus trabalhos. Na versão depauperada da Escola da *Public Choice*, que é a Escola de Virginia, nos editoriais isso virou o seguinte: “Ah! entendemos. Então, na verdade qualquer decisão pode ser entendida a partir dos interesses privados que capturaram o órgão regulador ou a agência antitruste”.

Mas essa é uma versão um pouco pobre, uma versão um pouco depauperada, e a proposta da minha conversa com vocês hoje é de uma moldura analítica que é híbrida. O que vou propor para vocês hoje é que, de fato, o melhor jeito de entender como eu, SDE, olho para o mundo é a partir da escola do interesse público, mas o melhor jeito de vocês me analisarem é a partir da Escola da *Public Choice*. Então, no final das contas, de forma algo paradoxal, o investigador, o analista, o administrador público, o órgão antitruste olha o mundo sob a ótica do *public interest* (interesse público), mas ele deveria ser julgado pela teoria da escolha pública, e eu vou tentar com exemplos concretos dizer o que significa essa abordagem híbrida.

Do ponto de vista de como vocês deveriam me julgar, de como deveriam me analisar - e eu tenho certeza que eu vou comer essas palavras algum dia, senão hoje -, quais são os fatores, do ponto de vista dessa abordagem híbrida de *public choice*, que condicionam uma decisão da autoridade antitruste? Pressão do Executivo, revisão pelo Poder Judiciário, apelo de sua clientela, reconhecimento pelos seus pares? Vou desenvolver com exemplos concretos cada um

desses quatro fatores que me parecem ser as quatro forças que movem ou motivam uma autoridade antitruste do ponto de vista da teoria da escolha pública nessa abordagem híbrida que eu estou propondo.

O primeiro fator é a pressão do Executivo. A despeito do que se possa crer, o Executivo não é um monobloco, o Executivo é feito de pessoas. Cada um dos administradores públicos tem as suas respectivas funções de retorno, punição e premiação, e cada um dos seus respectivos administradores tem suas diferentes clientelas, o que os americanos chamam de *constituency*. Cada um tem o seu público muito específico - assim como nós aqui no IBRAC temos a nossa comunidade antitruste - que lhe puxa as orelhas quando sente que saiu dos trilhos, e é isso que eu estou chamando aqui de clientela. Então *pressão do Executivo* é um termo algo elusivo, algo ambíguo. O Ministro da Indústria e Comércio está *sempre* preocupado com decisões do CADE, e nem sempre está preocupado com decisões do CADE da mesma perspectiva que o Ministro da Fazenda ou o Ministro da Justiça estão preocupados com as decisões do CADE. Se olharmos da perspectiva histórica como surgiu essa questão da independência da autoridade antitruste, que virou uma necessidade, um imperativo na história recente, veremos que nem sempre foi assim. Na exceção dos órgãos antitruste isso nem sempre foi discutido nesses termos: vamos perceber uma estranha coincidência entre a gênese da discussão da independência absoluta da autoridade antitruste com o fato de que, na maioria dos países, hoje em dia em dois terços das jurisdições que tem um sistema de concorrência operante, a autoridade da concorrência estava originalmente ligada ao Ministério da Indústria e Comércio. Isso gerava, do ponto de vista da *public choice*, do ponto de vista da teoria das escolhas públicas, evidentemente problemas: há duas clientelas muito diferentes dentro do mesmo órgão e há óticas diferentes que têm que conviver, que dialogar. Portanto, do ponto de vista dessa teoria, a pressão do Executivo não é algo bom ou mau, é um fato da vida e não existe “a” pressão do Executivo, existem “as” pressões dos Executivos, cada um com a sua ótica - o Ministério da Indústria e Comércio numa ótica, o Ministério da Justiça em outra ótica, o Ministério da Fazenda em outra ótica ainda -, e é necessário entender a inter-relação dessas clientelas e dessas óticas para entender a evolução da política, não da política antitruste mas da política *do* antitruste.

O segundo aspecto é revisão pelo Poder Judiciário. Isso é importantíssimo, porque varia enormemente em cada um dos sistemas, e também tem que ver com as respectivas clientelas e com o contexto e o pano de fundo cultural à época da edição das decisões. Deixem-me dar um exemplo muito concreto a respeito disso: os Estados Unidos, que hoje posa de paradigma e paladino da luta pela eficiência alocativa com o objetivo primário, senão único, da política antitruste, no

caso que todo mundo cita nos manuais, aqui no Brasil e lá fora também, como um dos precedentes de análise de ato de concentração, que é um caso que foi julgado em 1945 pela Suprema Corte Americana, o caso Alcoa, quando olhamos esse caso, um dos paradigmas da sessão dois do Sherman Act, que é a tentativa de monopolizar o nosso abuso de posição dominante, quando você olha essa decisão, que é citada por todos os manuais, há algumas coisas bizarras.

A primeira delas é que a Suprema Corte acabou mandando-a para um Tribunal Federal, porque achou que havia conflitos de interesses e não podia julgar o famoso caso, e isso ficou conhecido como uma maluquice processual que não vale a pena comentar aqui. A segunda coisa, que vale a pena comentar sim e discutir com profundidade, é que no caso da Alcoa a Suprema Corte fez um longo voto que ficou muito famoso, porque consolidou e concretizou aquela velha frase de “a dominação de mercado não será considerada ilícita quando for resultado de acúmen negocial” - não sei se existe essa tradução direta, “mas quando for decorrente de acúmen negocial e maior eficiência técnica ou tecnológica” e assim por diante. Essa frase foi consolidada na jurisprudência da Suprema Corte e virou lugar-comum em todas as outras leis antitruste em todo o mundo. É o famoso “a aquisição de poder de mercado não será considerada ilícita quando fundada na maior eficiência”. Essa consolidação da jurisprudência americana no caso Alcoa acabou dando uma virada espetacular porque o que juiz-relator fez, afinal, em seu voto, foi dizer: “É verdade que a Alcoa tem 90% do mercado porque é mais eficiente, etc. etc., mas há outros valores no Sherman Act que são reconhecidos na sua edição, ou seja, que se reconhecem no exame da história congressual da edição do Sherman Act, que são valores sociais, valores culturais, que na verdade exigem o combate do tamanho e do poder econômico *per se*, ainda que surja com a maior eficiência”. E neste voto Alcoa de 1945, a Suprema Corte termina dizendo, portanto, que o grande fundamento último da aplicação da sessão dois do Sherman Act (que é um acórdão muito famoso da Suprema Corte, que pouca gente lê inteiro) é a proteção - acreditem se quiser - dos pequenos negócios e das pequenas empresas.

Eu já ouvi críticas e críticas dos americanos com relação à jurisprudência européia, dizendo que a jurisprudência européia descarrilou-se usando esse tipo de análise. Mas essa redação que eu acabei de ler é a redação de um acórdão muito famoso, muito citado em Alcoa em 1945. O que é que mudou de 1945 para cá? Por que em 1945 a Suprema Corte dizia que a proteção dos pequenos negócios era o fundamento último do antitruste e pouco depois ela revisou completamente essa orientação?

De novo, há uma questão fundamental de cultura e de apelo da clientela que realçam e relevam o fato de que, ao final e ao cabo, do ponto de vista tanto da

teoria do interesse público, nessa vertente que eu descrevi, quanto da teoria da escolha pública, que eu estou discutindo com vocês agora, o direito antitruste é uma política pública fantasiada de aplicação da lei; esse é o grande dilema que se discute nesse tipo de discussão e nesse tipo de literatura. E como toda política pública fantasiada de aplicação de lei, ela está sujeita a algumas idiossincrasias que eu estou descrevendo hoje. Parte desta vertente do interesse público simplesmente recusa essa visão, dizendo: direito antitruste é direito, é a aplicação de uma lei. A aplicação de uma lei dentro de um quadro hermenêutico, a aplicação da lei dentro de um ciclo, de um parâmetro, de um procedimento, mas é a aplicação da lei. Se considerarmos direito antitruste a aplicação de política pública, temos que considerar a aplicação de qualquer regra de direito ou qualquer princípio de política pública.

Houve um grande embate em torno dessa discussão, mas inerente a toda essa escola da escolha pública está a visão de que, afinal de contas, o que estamos fazendo política pública e fingindo que estamos aplicando a lei, a um ponto tal que a Suprema Corte, no caso Alcoa em 1945, disse que o negócio era proteger a pequena empresa e na mesma sessão dois, pouco tempo depois estava falando de eficiência alocativa dos mercados. Qual é o quadro hermenêutico, qual é a teoria hermenêutica que explica isso? - é a pergunta que esses professores se fazem.

A partir dessas quatro forças, dessa correlação de forças, eu expliquei o que entendo por clientela, pressão do Judiciário, revisão do Poder Judiciário, pressão do Executivo e, sobretudo, reconhecimento pelos pares, que é uma coisa muito pouco discutida mas que vale a pena aprofundar um pouco. Pode-se entender por que as decisões podem variar dentro do mesmo órgão antitruste, por que as decisões podem variar entre órgãos antitruste diferentes e por que as decisões podem variar tanto. De novo – entendam -, o que eu estou tentando fazer é, dentro da perspectiva da teoria da *public choice*, investigar o investigador. Não estou dizendo que o CADE ou a SDE olhem assim para as suas próprias decisões, mas esse é um quadro muito útil para analisar a variação entre as decisões a partir dessas quatro forças, que variam muito em cada sistema, em cada cultura, em cada momento histórico.

Por fim, a última dessas quatro forças, que é o reconhecimento pelos pares, é uma coisa muito interessante, porque no final das contas, a partir dos trabalhos do Stiegler ainda na década de 1960, o que se achava é que como o Secretário de Direito Econômico ou o Secretário de Acompanhamento Econômico ou os Conselheiros do CADE deixarão os respectivos órgãos antitruste depois das suas respectivas quarentenas bem cumpridas, irão ou para outros do governo em sua minoria ou irão para a iniciativa privada ou para a academia, lecionando antitruste ou advogando com antitruste ou sendo pareceristas de antitruste, isso teria, ou poderia ter, um efeito extremamente deletério, na medida em que você poderia ser

capturado pelos seus pares - também conhecido como “medo de ficar sem emprego se você sair da linha que te ditam”. Essa era a primeira proposição ainda na década de 1960. Isso evoluiu e, numa versão um pouco mais sofisticada da teoria da *public choice*, o que se descobriu, que é o que eu estou propondo para a análise dos senhores hoje, é que ao final e ao cabo a pressão dos pares não tem só uma influência negativa, mas tem uma influência extremamente positiva do ponto de vista da conduta dos órgãos antitruste e reguladores.

Ainda que vocês entendam que a aplicação do direito antitruste seja política pública mascarada de aplicação da lei, do ponto de vista da teoria da *public choice* essa flexibilidade não é infinita - é o que a escola de Virgínia diz -, e ela não é infinita porque se amanhã eu lançar uma teoria revolucionária de que no fundo, no fundo, o que a lei antitruste quer mesmo é proteger o setor agrícola às expensas de todos os outros setores da economia por exemplo, na minha interpretação sistemática da Constituição e da Lei 8.884, eu não só serei revisto pelo CADE nessa minha interpretação, não só o CADE pode ser revisto pelo Judiciário, mas sobretudo sofrerei uma pressão dos meus pares avassaladora. A teoria da escolha pública também ajuda a entender como é que os paradigmas mudam de forma tão violenta e tão uniforme de um tempo para outro a partir desse conceito de revisão e pressão dos pares em torno de qualquer que seja o modismo do momento, eficiência alocativa, bem-estar do consumidor, produtividade - que me parece vai ser o modismo dos próximos dez anos -, e assim por diante.

Por que então as diferentes jurisdições têm decisões contraditórias? Do ponto de vista da teoria da escolha pública, as diferentes jurisdições têm decisões contraditórias não só porque elas têm evoluções jurisprudenciais diferentes e não só porque elas têm um entendimento do que é a lei antitruste diferente, mas porque, do ponto de vista não da política antitruste mas da política *do* antitruste, aquelas quatro forças implicam uma correlação completamente distinta. Exemplo: não é possível entender o que a Europa está fazendo - e o França fez uma explanação extraordinária das evoluções do sistema europeu -, o que a Europa faz hoje sem entender o papel de Luxemburgo. Quando a comissão dialoga com a Corte de Luxemburgo, disso resulta algo que não é nem o que a comissão necessariamente quis, nem o que a Corte de Luxemburgo quis, do ponto de vista não da política antitruste, mas da política *do* antitruste. Não dá para entender o que vem acontecendo com a jurisprudência brasileira, para o bem e o para o mal, do ponto de vista brasileiro, sem que nos demos conta que, nos Estados Unidos, os incentivos e a correlação entre essas quatro forças são completamente diferentes no que diz respeito à revisão pelo Judiciário.

Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça, a Federal Trade Commission, propõe a ação ou tenta bloquear a fusão diretamente no Judiciário; não há um CADE como filtro. Do ponto de vista da teoria da escolha pública, o que é que isso implica? Do ponto de vista da teoria da escolha pública, o que isso implica é que o sistema de retorno e prêmio para o administrador público, segundo a Escola de Virginia, é o critério de *winning the case*, pois no final das contas, por causa desse contexto institucional diferente, o Departamento de Justiça ao longo do tempo é punido pelo número de decisões que ajuíza e que não consegue ganhar no Judiciário.

No Brasil isso é completamente diferente: a teoria da escolha pública prediz que se você tiver o mesmo caso, voltando à frase do Fagundes, de certeza e predizibilidade, se você tiver exatamente o mesmo caso, o mesmo modelo econométrico, e ajustar para as diferenças entre as duas economias, ainda assim a teoria da escolha pública diz que você terá decisões provavelmente diferentes porque essas quatro forças estão correlacionadas de formas diferentes, a começar do Judiciário. O fato de que no Brasil você não passa pelo filtro do Judiciário diretamente - o Judiciário é uma figura distante mediata e mal-resolvida na sua relação com o direito antitruste - muda radicalmente quais os incentivos do ponto de vista da SDE e explica um pouco o que eu vou abordar daqui a pouco, do ponto de vista da divulgação dos casos, dos processos instaurados e dos processos concluídos. Aqui no Brasil, do ponto de vista da teoria da escolha pública, o incentivo deixa de ser *winning the case* e passa a ser *winning the base*, ou seja, o problema está dentro da administração pública, e em construir a sua clientela muito mais do que ganhar o caso no Judiciário, que é o parâmetro pelo qual você vai ser julgado pela população.

No final das contas, isso simboliza um pouco a abordagem que eu estou propondo, que é uma correlação dessas forças que fogem à decisão da autoridade antitruste e que não são uma via de mão única. Qual a implicação desse modelo, dessa correlação das forças de clientela, revisão do Executivo, revisão do Judiciário, do ponto de vista da teoria da escolha pública, para entender autoridades antitruste e quais são as recomendações que se fazem para o Brasil, para terminar a nossa discussão, do ponto de vista desse modelo que está exposto aqui? As implicações que isso tem para o Brasil são as seguintes: primeiro, é possível entender decisões conflitantes ao longo do tempo a partir da mudança da correlação dessas quatro forças que eu descrevi. Mesmo no Brasil, essas quatro forças mudaram muito, e talvez a revisão do Judiciário seja a que sofreu uma menor evolução ao longo do tempo. Portanto, o que a teoria da escolha pública diria é que, se a correlação entre o Judiciário e o sistema antitruste mudar para um lado ou para o outro, deverá haver uma nova alteração na jurisprudência. Se eu tivesse mais tempo, eu discutiria exemplos concretos de como espero que isso venha a acontecer.

A segunda implicação é evidente: é que, diferentes arranjos institucionais enfatizam essas forças de forma distinta. Já dei o exemplo dos Estados Unidos em relação ao Brasil. O maior exemplo disso tudo é que a grande diferença e a grande explicação de por que as decisões são diferentes diz respeito à terceira força, que eu descrevi lá atrás, que é a tal da clientela.

Estados Unidos, Alemanha e Brasil: todo mundo faz o discurso da moda, e o discurso corrente é que o direito antitruste é uma forma de proteção do bem-estar do consumidor, então supostamente o seu público, a sua clientela, quem irá aplaudir quando todas as empresas estiverem brigando com você nos jornais ou por causa do cartel ou por causa do ato de concentração que você bloqueou, são as entidades de defesa do consumidor.

Na Alemanha, o sistema de proteção do consumidor, por exemplo, não nasceu de um movimento social, como você teve aqui no Brasil na década de 1980, de uma descentralização via Procon. Você tem um sistema completamente diferente, radicalmente diferente de aplicação de direito do consumidor e com isso você não construiu na Alemanha um público de demanda e de exigência dos interesses de direito de consumidor que se identifique com o antitruste. Nos Estados Unidos, com Ralph Nader, na década de 1970, você criou um movimento consumerista que passou a enxergar o direito antitruste muitas vezes como um inimigo, muitas vezes como um aliado, e isso ajudou a forjar o direito antitruste, e ao longo do tempo deixou de ser uma clientela, um apoio político importante para a autoridade de defesa da concorrência.

No Brasil, a gênese do movimento de defesa do consumidor é uma gênese muito próxima, muito parelha, muito identificada com a gênese de outros movimentos sociais. Ela surgiu junto com preocupações com meio ambiente, junto com um *boom* de ONGs, junto com o movimento pelo saneamento básico na década de 1980, que foi muito importante na pressão do poder público, em sua política do Sistema Único de Saúde. Isso tem coisas muito boas e coisas muito ruins, do ponto de vista antitruste. Uma delas é que no Brasil as entidades de defesa do consumidor não são uma clientela constituída, um apoio político, do ponto de vista da teoria da escolha pública; as autoridades antitruste não olham para as entidades de defesa do consumidor e as entidades de defesa do consumidor não olham para as autoridades da concorrência. Isso significa segundo a teoria da escolha pública, que precisamos construir a nossa clientela, precisamos construir a nossa base, o nosso *constituency*. Isto explica, por fim, o uso das divulgações muitas vezes excessivo, me parece, e que deve ser controlado por vocês todos da mídia.

No Brasil, tudo isso é muito novo e os ditos formadores de opinião são uma clientela importantíssima para as autoridades antitruste. A teoria da escolha

pública diz que, como os interesses que se atacam na aplicação de direito antitruste são muito concentrados e os beneficiários são muito difusos, se não construirmos a nossa clientela, estaremos mortos. E no Brasil isso depende de uma política de divulgação eficiente, do desenvolvimento da nossa relação com o IBRAC.

Vou encerrar por aqui a nossa discussão, porque eu já passei do tempo, peço desculpas por isso, e deixarei os outros *slides* para uma discussão em outro dia. Deixo, para vocês verem, a prestação de contas, que faz parte da teoria da escolha pública, ou seja, que um órgão antitruste venha ao final de ano à sua comunidade, à clientela que está tentando construir prestar contas do que aconteceu com o seu estoque de casos. Essa prestação de contas é ainda extremamente preliminar porque em 2002 não tínhamos nenhuma base de dados, então tivemos que construir à mão essa base de dados e passar tudo para o computador e reformar o sistema. Agora já temos os casos divididos por tipo e por área de atuação - não só cartéis, como também sistema de saúde, e assim por diante -, mas ainda vai demorar para conseguirmos transformar isso numa base de dados que possa ser acessada, discutida pela minha clientela, que é o IBRAC. Eu vou deixar essa prestação de contas de estoque, e estarei à disposição para discutir quaisquer outros números com vocês, minha clientela. Muito obrigado pela atenção de todos.

### SLIDE 1

#### POLÍTICA ANTITRUSTE VS. POLÍTICA DO ANTITRUSTE

### SLIDE 2

#### POLÍTICA ANTITRUSTE VS. POLÍTICA DO ANTITRUSTE

- Investigando o investigador: o que “move” ou “motiva” uma autoridade de concorrência?
- Duas tradições: Interesse Público vs. Public Choice

### SLIDE 3

#### **POLÍTICA ANTITRUSTE VS. POLÍTICA DO ANTITRUSTE**

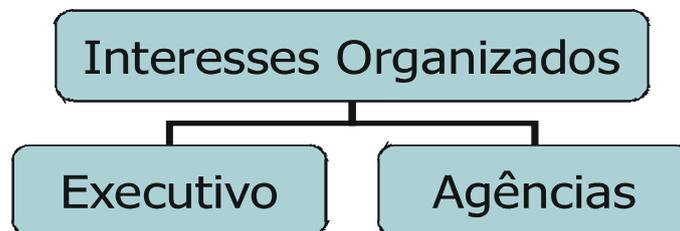
- Quais são os fatores que condicionam uma decisão da autoridade?
- Pressão do Executivo?
- Revisão pelo Poder Judiciário?
- Apelo da sua “clientela” ?
- Reconhecimento pelos pares?

### SLIDE 4

- Por que diferentes jurisdições têm decisões contraditórias?
- Por que a mesma autoridade toma decisões contraditórias?
- Visão tradicional: Têm diferentes percepções do que seja o interesse público
- Public Choice: Interesses distintos levam a decisões distintas, obrigatoriamente

### SLIDE 5

#### **VISÃO SIMPLISTADA “PUBLIC CHOICE”**



**SLIDE 6****SLIDE 7**

- Esta visão sugere que:
- É possível entender decisões conflitantes a partir da correlação das seguintes forças: interesses organizados, revisão dos pares e revisão do Judiciário.
- Diferentes arranjos institucionais enfatizam essas forças de forma distinta

**SLIDE 8**

- Essa visão também sugere que se a autoridade antitruste não “cria” sua clientela, sua atuação é limitada
- “A tecnocracia não move montanhas”

**SLIDE 9****PERSPECTIVAS PARA O BRASIL**

- A nossa abordagem sugere que:
- O executivo não interfere apenas para mitigar atuação da autoridade (e.g. AMBEV)
- A “proteção política” das entidades de defesa do consumidor é qualificada (e.g. Nestlé e Procon/ES)
- Entidades de defesa da concorrência dependem enormemente dos formadores de opinião (que substituem a clientela)
- O IBRAC deve ser cada vez mais importante!

**SLIDE 10****PRESTAÇÃO DE CONTAS**

<b>Estoque</b>	<b>Dez. 2002</b>	<b>Dez. 2003</b>	<b>Nov. 2004</b>
Atos de Concentração	160	104	50
Processo Administrativo	n/a	199	207 (67 cartéis)
Averiguação Preliminar	n/a	122	260 (54 cartéis)
Procedimento Administrativo	n/a	474	339 (170 cartéis)

**SLIDE 11****PRESTAÇÃO DE CONTAS****Estoque Total**

- Em janeiro de 2003 havia cerca de [1.150] casos em trâmite na SDE
- Realização de correção em 2003
- Foram arquivados 98 casos por prescrição (cerca de 9% do estoque)
- Em novembro de 2004 há de 796
- Hoje há registro de todos os casos existentes

**François Souty:** Thank you, Ubiratan. Yes, indeed. I've studied the Brazilian History at the time of the monopoly of Dutch West India Company and I am happy to be here today to talk about competition. With a very strongly competitive process at work, we have to compete yet today with beaches, the sun and the ocean. So, I appreciate the honor of being here today and to compete with the exterior. Thank you again.

I am going to make a few introductory remarks regarding the topic of 'Competition and Institutions'. First of all I think – we all agree on that – competition law proceeds from values that have to be supported by societies to which it applies, which means that it goes without saying but it has to be stressed, there is a need for support of competition law in all branches on governments, namely the Legislative, the Executive and the Judiciary. Whatever the roles, the respective roles of those branches are to be discussed later on. Given its complexity, competition law enforcement can only rests on a limited number of specialists of microeconomics market regulation and economic law. What I'm saying here is just a synthesis of a comparative approach of all the systems that have been successfully existing and being enforced in the world. What is crucial I think in this competition law enforcement is that to produce efficient results there must be a very clear allocation of responsibilities among the various branches of the government that will assist or that will effectively enforce the law.

What about competition and institutions in the European Union and in France?

We see that with regard to their role of respective branches of governments we see that after adoption of the competition framework, there is always a very limited role of the Legislative. And the role of Legislative assemblies – let's call in that way –, is just limited to the hearings about enforcement reports of records of the competition agencies and of course discussions of budgetary matters. I remember that Commissioner Monty, when he left his office a few weeks ago, said that one of his achievements has been to keep competition law and policy out of the hands of the European Parliament. Saved the annual report discussions and budgetary matters, the Legislative role was confined to that.

Enforcement functions that has to be delegated by the Executive to independent administrative bodies. A third characteristic of the relationship between competition and institutions in the European Union and France is that we see a major of the scene role of the Judiciary.

I am going to highlights all the systems are been working since May the 1st 2004 both at the state level of France and at the community level of European Union.

What are in effect the main features of this new system that we have been building and operating now in the European Union and its member States?

Number one, we see the creation of a parallel jurisdiction system where a member State and EU law do converge. What is really new is that when France, Le Conseil de la Concurrence (the competition Council of France), applies national law to anticompetitive behaviors it now has to apply EU Law where practices effect trade between member States. This was only optional before May the 1st, now it is a duty. We have also an innovation in this respect: we now have the capacity to file *amicus curiae* briefs in Courts and this is now something which can be done both by the European Commission and by the members States independent administrative agencies, like the Conseil de la Concurrence.

A second major feature is the decentralization process, which aims at more effective competition enforcement. Where the Commission concentrates on multi states, EU wide affairs of community interests, the Competition Council, like all the other national competition agencies of the European Union and member States, are best placed to access and take consequences of the local context, of local anticompetitive behaviors.

The third characteristic is the abolition of – which is very good for competition experts – the abolition of the Commission’s monopoly about exemptions. Agreements which promote economic progress in efficiency can be exempted under EU treaty article 81.3. You are familiar with that? But before May the 1st 2004 this was a Commission’s privilege or prerogative, now national competition agencies may exempted agreements having this efficiency effect taking into account [ ..] communitarian and this area, under again a very strong Judiciary control, and I come back to that possibly later in the debates.

We also saw, this is a last characteristic of this new system operating since May the 1st 2004, sharp strengthening of cooperation regimes between the Commission and the national competition agencies thru what we call the European Competition Network. Let’s be a bit more specific about this European Competition Network.

What we see is that there are three cooperation options that can be developed with, which rests these options with the broad exchange of informations thru secure EU wide intranet. We have the first option which is the preexisting descending vertical cooperation which is been operating since 1962 without major changes. We just see an increasing of consultative committees on the enforcement of articles 81 and 82. We have a new ascending vertical cooperation system, where national competition authorities have a duty to inform the commission immediately upon initiated a case under articles 81 and 82, and we

have also a new optional horizontal cooperation, when there is an information scent upon initiation of a case opened by one national competition authority, and this information about the case been opened by one national competition authority in one of the States be past to another competition authority after discussing the option in the European Competition Network among another city officers in charge of, representing these authorities in this network.

What is the new also in this – we are more in the cooperation option, we are more in a conflictual option –, in extreme situations the commission may open investigations and relieve a national competition authority or its jurisdiction.

What is basically new and what is most important to remember about the new regime of operation of the European Competition Network is I think a very wide discretion at the exchange of confidential information between the Commission and the national competition authorities, specially the Competition Council, and these informations can of course be used as evidence, and this is a major breakthrough vis-à-vis the previous case law Jurisprudence that was developed until the adoption of Regulation 1203 by the European Court of Assistance and the European Court of Justice, which means that at some point, I mean the Judiciary can be constrained by Legislative evolutions, but only by that kind of evolutions.

Still, we see that a number of institutional differences remain in the allocation of powers at the state level like France and EU level. And in this, I come back to the issue of this morning to be discussed of the relationship between the competition and the various branches of governments. What I want to stress here is that in the case of France all behavioral aspects of market regulation and competition enforcement rest in the hands of the independent administrative agency which have received delegation by the Legislative to enforce the law, The Competition Council.

The structural aspects of regulation, namely the framework on entry conditions, mergers and so far is to be shared between the independent administrative agency and a division within Ministry of Economy and Finance on mergers. This system is going to evolve. It was shortly criticized by recent OECD reports on the evolution of the French regulatory system and it is very clear that the sharing of responsibilities is blurring the effect of the efficiency of the system. We have a strong Régime of conspiracy regarding consultation mechanisms between the Competition Council and all the regulatory agencies, all the structural agencies, and a major feature I think to be stressed is the unified appeal on behavioral and structural decisions in the second degree before the Court of Appeals of Paris and the Civil Supreme Court. We still are to see a role for the Council of State if there are specific questions that I can't respond but what I want to stress here is that there is a unification of the Appeal and the

Cassation Régime under specialized chambers of both the Court of Appeals of Paris and the Civil Supreme Courts.

Indeed, some of you know Frédéric Jenny, who used to be the vice-president of the Competition Council. He has just been appointed as a Justice to the Civil Supreme Court in Economics Chambers of this Court to oversee cassation cases, in the Court of Cassation.

At the level of the European Union, it is very clear we have a difference between the member States, and a member State like France and the European Union system, where we see that the Commission has a responsibility of both behavioral matters and structural matters plus a control of government behaviors through its State aids control régime and the control of the services general economic interests.

But what we see again as a common feature with the members States system is that there is a unified appeal system on both behavioral and structural decisions (Appeals and Cassation) which can be launched the European Court of Offenses and the European Court of Justice.

All those judges of Appeal are superior judges who always intervenes in a second degree. I could talk about areas of further improvement in the system, probably I will come back in the debates on that because the time is elapsing very far, but what I want to stress is probably the main lessons which I can see as a foreigner from what I hear, what I understand about debates on competition policy evolution in Brazil. I would say it is probably not very important to consider in the French and in the EU experience the Federal versus States issues at the time being – Ubiratan said that I have a big interest in Brazil, but I have also a big interest on issues related to local government and competition entrance –, but it means that when you really want to discuss issues related to States and Federal enforcement you just need to have appropriation of the knowledge among the States or the local government units, which I think it's not yet the case in Brazil. I think though that is very important to consider full delegation of powers to an independent. And I say an independent, one independent administrative agency, but I think everybody who observes the system more or less agrees with that idea. It is the lesson not only of the French, of the EU evolution, but the story of the evolution of competition law enforcement in many parts of the world, including nowadays in China, as it has been the case in Korea, in Japan and others non-European countries in the past.

We have to keep I think in mind that for politic reasons and as a Frenchman I could not say something different than that. But, as an exception, we probably have to bear in mind that the Executive through a Ministerial Department or Division has sometimes, in extreme cases or situations, to be able to intervening on major

matters maybe to overrule the decision of the independent competition agency. That kind of overruling can be given also to the Judiciary, provided that the Judiciary has to be trained before appropriately and really has to be able to get into the intricacies of market definitions issues or undertaking issues, and so far. And definitively I think there must be a strengthening of the role of the Judiciary in that – you probably have to think – I know it's very difficult in the present Brazilian legal setting to consider specialized jurisdiction, but what I said this morning, discussing with one of our friends who was present here in this room is that is less the organization of specialized Jurisdictions than the organization among existing Jurisdictions (Appeal or Cassation), of specialized structures, as a matter of execution of all the *Publique*, I mean the prerogative of the president of the Court of Appeals or the president of the Court of Cassation to consider that all cases that will be dealing with telecommunication law, with competitive law, with electricity law, will be dealt with by a specific chamber within its own Court. And then you don't need to have an intervention by the Legislative or the Executive to organize the system according to these lines, but of course this means that there has to be a sharp and visionary training program to be set up for Appeal and Cassation judges. I just want to stress in concluding that France is nowadays in the *Cour de Cassation*. President *M. Guy CANIVET*, of the *Cour de Cassation*, is organizing about once seminar a month on competition policy issues and again, we have been enforcing the new system within the European Union of a French competition regime on an independent administrative agency for about sixteen or seventeen years. Thank you very much.

## SLIDE 1

### COMPETITION AND INSTITUTIONS: EU AND FRENCH CONTRIBUTION TO BRAZILIAN LAW

*IBRAC 10TH SEMINAR, SALVADOR DE BAHIA,  
NOVEMBER 26-27, 2004*

François SOUTY

*Counsel for International and Multilateral Affairs,  
Conseil de la concurrence, Paris  
Associate Professor Univ. of La Rochelle*

## SLIDE 2

### INTRODUCTORY REMARKS

- Competition Law proceeds from values that have to be supported by Societies to which it applies: need for support in all branches of government
- However, given its complexity, CL enforcement can only rest on a limited number of specialists of micro-economics, market regulation & econ. Law
- To produce efficient results, a clear allocation of responsibilities is crucial

## SLIDE 3

### COMPETITION AND INSTITUTIONS IN THE EU AND FRANCE

- After adoption of a competition framework, very limited role of the Legislative ( enforcement reports and appropriation control)
- Enforcement functions are delegated by the Executive to Independent Administrative Bodies
- A major overseeing role for the Judiciary
- Integration acceleration has led in 2004 to a major institutional overhaul: the EU Competition Revolution

**SLIDE 4****EU COMPETITION REVOLUTION:  
Major integration effects since May 1, 2004**

- Creation of a **parallel jurisdiction system** where French and EU Law do converge
- **Decentralizat** aims at more effective CLP enforcement
- Abolition of Commission's **Exemption Monopoly**
- Strengthening of **Cooperation** Commission/NCAs through the ECN

**SLIDE 5****STRONG NAT'L INTEGRATION IN THE ECN AND A NEW  
COOPERAT REGIME WITH COMMISS**

- **Three cooperat° options** with broad exchange of information through secured EU-wide intranet
  - preexisting **descending vertical coop°** (1962-2004): increased role of consultative committees 81 & 82 (art. 14)
  - new: **ascending vertical cooperation** (art 11§3): NCAs have a duty to inform Comm° immediately upon initiating a case under 81/82
  - new: **optional horizontal cooperation** (11§3): information upon initiation of a case may be passed to other NCAs
- New: in extreme situations, Commission may **open investigation** and **relieve NCAs of their jurisdiction** (art. 11-6)
- New: a **wide discretion in the exchange of confidential information** between Commission and CC. Information can be used as evidence (art 12§1-12§2)

**SLIDE 6****INSTITUTION'L DIFFERENCES REMAIN IN ALLOCATION OF POWERS AT STATE AND EU LEVELS****France:**

- Behavioral aspects of market regulation: CC
- Structural aspects of regulation (framework on entry conditions, mergers): DGCCRF + CC
- Transparency: Compulsory consultation mechanism between CC and regulatory agencies/DGCCRF
- Unified Appeal on Behaviors and Structural decisions in the second degree (Court of Appeals of PARIS Special Chambers and Civil Supreme Court Commercial Chamber)

**EU:**

- Commission has responsibility of both behavioral matters and structural matters PLUS Gov't behaviors (States Aids and SGEI)
- Unified Appeal on Behavioral and Structural decisions (CFI/ECJ)

**SLIDE 7****EXPECTED AREAS OF IMPROVEMENTS**

- Defendants' rights protection:
  - high level of protection in France through separation of the functions of investigations and judgment and collegiality of the decision structure; less the case in EU law
  - sealer limited to 72 hrs max.
- Exchange of Confidential information issue linked to leniency policy efficiency
  - French and EU law are in phase but can be improved in ECN (due to procedural and sanctions differences in some States)
- Civil remedies have to be further considered
  - EU law enforcement is chiefly administrative and in the public interest; few private plaintiffs recover damages both in EU and French Law (class action and treble damages to be introduced?)

## SLIDE 8

### MAIN LESSONS FOR BRAZIL

- Not important to consider Federal vs State issues at the time being (lack of States experience)
- Very important to consider full delegation of powers to an Independent Administrative Agency
- Keep an exceptional capacity of intervention of the Executive in Mergers matters
- Strengthening of the Role of the Judiciary is crucial
  - Appeal and « Cassation » instances: special Chambers
  - Training program of Appeal Judges

## DEBATE

**Ubiratan Mattos:** É curioso. Quando o Pedro fez referência à escassez de literatura sobre antitruste e concorrência, eu me lembrei de que poucos anos atrás - três, quatro - , quando nós fazíamos os nossos eventos, do lado de fora existia basicamente a *Revista do IBRAC*, e hoje nós temos lá fora uma variedade, ainda pequena é claro, mas uma variedade de literatura, inclusive do Dr. Pedro, sobre concorrência. Eu acho que esse é um movimento, é um esforço de todos nós.

E, com relação à publicidade, se de um lado devemos mesmo cobrar transparência, como temos cobrado das autoridades, em informação, porque tudo se constrói a partir da informação, de outro lado eu, Pedro, tenho eu não diria uma preocupação, mas há alguma coisa que não me agrada, que é o mau uso da publicidade, a exemplo do que nós tivemos em passado muito recente. Então, a dosimetria disso tem que ser muito bem avaliada.

E só para fazer um comentário à observação do Conselheiro Pfeiffer, quando fala nas ações de direito individual homogêneo, isso me deixa extremamente preocupado, e dou um exemplo: em Brasília existe uma Associação de Consumidores que se chama Acode - Associação dos Consumidores Desesperados, e ela entra com uma ação civil pública por direito individual homogêneo por dia. Então fico imaginando-nos discutindo cartel, infração, uma série de coisas com associações como essa ou, enfim, por todo o território.

Pergunto aos senhores membros da mesa se têm algum comentário a fazer sobre as exposições apresentadas, antes ainda de passarmos ao debate.

**Daniel Goldberg:** Na verdade, menos um comentário e mais um elogio, seguido de um esclarecimento. A palestra do Dr. Pedro Dutra foi brilhante e acho que abordou alguns tópicos, do ponto de vista da SDE, centrais, nucleares e me deu a oportunidade de fazer alguns esclarecimentos.

O primeiro deles é que no governo temos um problema muito objetivo: o computador é usado como máquina de escrever. Então, quando falamos em computadorizar ou informatizar alguma coisa, significa pegar todas aquelas fichas que você tinha à mão e digitar tudo no computador. Assim, um dos problemas que está relacionado à síndrome que o Pedro descreveu é que no governo você não gera relatórios. Esses relatórios estatísticos que abastecem são ainda muito trabalhosos. Então, uma das coisas que a SDE se propôs a fazer, e está fazendo, é que agora sabemos quantos casos são cartéis, quantos são abuso de posição dominante por setor. Mas, por incrível que pareça, apesar de isso estar informatizado, ainda há um trabalho manual imenso, na verdade, você precisa da mão humana para gerar o relatório depois, apesar de ter isso no computador. Por isso nossos relatórios ainda são muito imperfeitos e pretendemos melhorá-los. Tentamos investir muito dinheiro no nosso *site*, mas infelizmente o servidor do Ministério da Justiça não suporta a melhora do *site*, como diz o Arthur Badin, nós primos ricos em casa de pobre. Isso é algo que ainda não conseguimos fazer, mas acho que é um ponto essencial.

E os dois anúncios que eu gostaria de fazer com relação a isso, um deles é que este ano começa a implementação de um projeto que a SDE tem com o Banco Mundial para testar meio que paralelamente à reforma do Judiciário, a vara sem papel, o fluxo da vara sem papel, que permite dar transparência a uma série de informações, porque tudo estará computadorizado e digitalizado e permitirá, enfim, um ganho sensível de eficiência. A implementação já começará este ano, vai ser amplamente discutida com o IBRAC, porque ainda estamos desenhando a coisa toda, mas está contratado o projeto e começa este ano.

E a segunda coisa - eu não sei se o IBRAC chegou a discutir isso em algum dos encontros de vocês - é que a SDE fez um projeto (gastamos um milhão e qualquer coisa de reais) com o IPEA justamente para isso que o Pedro identificou. Estamos tentando construir, contratamos, licitamos os 100 temas de direito antitruste desde infra-estrutura essencial até poder de varejo, poder de compra com relação aos casos concretos, trabalhos de acadêmicos, advogados e economistas para trabalhar com casos concretos, com os subprodutos que seriam ou termos de referência para as próximas pessoas que ocuparem os respectivos cargos poderem manejar, com isso na mão, o *software*. São termos de referência, guias de análise e trabalhos acadêmicos, mas só com base em casos concretos.

Então, neste momento, há algumas dezenas de trabalhos sendo preparados em todos os temas possíveis e imagináveis e que devem estar prontos no ano que vem, até o final do primeiro semestre. E talvez o IBRAC pudesse organizar um seminário para debater os trabalhos desses acadêmicos que estão produzindo isso.

**Ubiratan Mattos:** Eu desconhecia esse projeto do IPEA, mas o que me parece muito conveniente e eu acho que já há algum material para isso, é fazer uma avaliação das decisões do CADE, aquelas decisões polêmicas: O que aconteceu com o mercado? Em que ponto que o CADE acertou ou errou na sua decisão? Ou seja, fazer um balanço para verificar se aquela solução dada pelo CADE lá atrás surtiu algum efeito, e qual efeito - valorar a decisão do CADE. Eu acho que esse é um grande tema para o próximo seminário do IBRAC.

**Daniel Goldberg:** A jóia da coroa desse projeto que eu referi, supostamente, é, entre outras coisas, pegar três grandes casos e analisar o que dizia a nota à época e o que de fato aconteceu. Isso é complicado, na verdade, não é trivial. O que me leva, voltando e já entrando no debate, desculpe, ao tema que o Franceschini debateu, que é o ato de concentração no contexto da análise prévia e da análise *a posteriori*. É óbvio que temos que mudar para análise prévia, mas eu tenho medo deste processo de transição, porque aprende-se muito com os outros sistemas, muito. Mas há uma coisa que os outros sistemas não têm que é o seguinte: nos Estados Unidos, esses casos que o Pedro referiu, no âmbito da literatura econômica, quando os americanos usam testes ou simulação de preço pós-fusão ou equação estrutural, enfim, quando há todos esses modelos econométricos que tentam estimar o que vai acontecer ou simular o que vai acontecer com uma fusão, tudo isso se dá no campo do contrafactual.

No Brasil, por causa dessa nossa idiosincrasia, que é o fato de que temos um ato de concentração que, às vezes, infelizmente, demora quatro ou cinco anos para ser julgado, dá tempo de ver o que a SEAE achava que ia acontecer - é triste dizer isso -, mas dá tempo de ver o que a SEAE achava que ia acontecer, a *performance* daquele mercado no decorrer da instrução do caso, e efetivamente o que aconteceu na hora em que o caso chegou ao CADE: no final das contas você viu que, a se aplicar o guia no contexto da análise prévia, possivelmente você teria imposto uma série de restrições à operação, mas aí você viu o que aconteceu, e não aconteceu nada daquilo que você imaginou que iria acontecer. Toda essa literatura em antitruste está acostumada a lidar com previsões.

No Brasil, com essa coisa da análise *a posteriori*, tivemos a oportunidade de induzir uma boa dose de realismo, então talvez uma linha de projeto seja tentar trabalhar um pouco com esses nossos casos concretos e ver o que aconteceu.

**Ubiratan Mattos:** É um grande tema para o próximo seminário. Bom, já estamos nos debates.

**Pedro Dutra:** As minhas observações são mais modestas. Na página 13 do Relatório da SEAE, na página 14 do Relatório da SEAE disponibilizado no *site*, é possível ter estatísticas relacionadas à eficiência do órgão, indicadores de eficácia quanto ao orçamento e finanças do órgão, dados sobre a gestão de pessoas. No *site* da SEAE é possível saber que um processo leva em média 80 dias na SEAE, ou seja, leva 80 dias para sair da SEAE.

No *site* do CADE isso não é tão claro, mas também é possível saber quando entra e quando sai, há muitas informações. É claro que o debate acadêmico deve ser enriquecido, mas é preciso também - e aí contrariando o meu amigo Franceschini - estatísticas humildes, simples. O processo entrou no dia tal, do ano tal, saiu no dia tal do ano tal e demorou tanto tempo. Porque isso é que o administrado tem o direito de saber: quanto tempo o órgão vai levar com o processo de.

De fato, existe essa carência de recursos na SDE. O último relatório que a SDE teve condições de fazer é de 1998, ainda na gestão do Dr. Rui Coutinho, e de lá para cá não teve mais condições de fazer, então precisa dos recursos. Mas é importante também focar, sem prejuízo de outras análises, os dados mais simples e mais correntes, até porque quando daquele Relatório de 1998 já havia computador, mas ele saiu em forma impressa também, e era distribuído e xerografado e circulou entre os advogados. Então umas soluções mais caseiras talvez possam ser pensadas.

**Daniel Goldberg:** Você tem toda razão. E, pela transparência, é o resultado final de um desses relatórios. Você tem toda razão.

**Ubiratan Mattos:** Muito bem. Patrícia, por favor. Para efeito de gravação, eu só peço para se identificar.

**Patrícia Agra (do CADE):** Continuando a questão da prestação de contas, mas agora especificamente sobre o que o Dr. Pedro Dutra apresentou na palestra dele, bem sobre o comentário do Ubiratan, há alguns pontos com relação ao CADE e ao que se pretende, que estamos tentando mudar.

Primeiro também há um projeto do Banco Mundial com o CADE que visa montar um sistema eletrônico de acompanhamento de processo em tempo o mais real possível, bem como a criação de um banco de dados e um sistema de busca mais eficiente. Quer dizer, hoje acho que todo mundo sabe que, para você achar um voto lá dentro do CADE, você precisa descobrir antes quem foi o Conselheiro, e aí vai por Conselheiro e depois há um sistema de listagem dos votos que não dá para entender muito bem. Então temos um projeto também

com o Banco Mundial, que está em fase de consulta e avaliação - técnicos do Banco Mundial já estiveram dentro do CADE -, que visa justamente a isso, ou seja, tanto ao acompanhamento da tramitação do processo como à criação de um banco de dados e ferramentas de busca.

O segundo ponto seriam as sessões plenárias via internet, que também já estamos testando. Estamos tentando um apoio técnico com a Radiobrás, que tem sido bastante eficiente, então acho que até o começo do ano que vem, se tudo der certo, inicialmente será via áudio e depois áudio e vídeo. Com relação um pouquinho ao que falaram sobre o Legislativo, de apresentarmos como é que a gente funciona, estamos tentando trazer, estamos sempre convidando, e já tivemos algumas visitas de deputados e senadores no CADE, e a idéia é leva-los para dentro do CADE, mostrar tudo e dizer: “Olha, essa é a pilha de processos, esses são os armários, esse é o estoque, esses são os nossos Conselheiros e os seus poucos porém bravos assessores. É isso que temos, olhem vocês mesmos e tirem as suas próprias conclusões”. E o retorno também está sendo bastante interessante.

E, sem dúvida nenhuma, os orçamentos. Fizemos uma apresentação a eles basicamente mostrando o volume de processos que entram, nos Estados Unidos e aqui, e o orçamento que temos e que os órgãos de antitruste americanos têm. Não dá para comparar, não dá para começar a competir. A segunda coisa, que não é novidade, já que o Daniel também abordou isso, é a forma de gerar estatísticas. Estamos também alterando isso no CADE, a forma de gerar esses números, os critérios que iremos usar: vamos falar de tempo, de quantidade, de estoque, separar por tipo de conduta - coisa que também eu acho que hoje também não está tão claro assim para a sociedade quanto deveria -, e alimentação também *real time* desses dados. Também não adianta só fazê-lo nos relatórios anuais; a idéia é uma alimentação diária desses dados, indo obviamente para a Internet o quanto antes e o mais atualizadamente possível. Outra das alterações que está sendo feita também é com relação à posição do CADE-CADE, e dentro da nova visão do CADE-CADE ou sobre ele, a idéia é montar um grupo de estudos dentro do CADE-CADE para estudar determinados mercados especificamente: passado e presente e algumas perspectivas. Então, já está sendo montada uma equipe dentro do CADE-CADE cujo objetivo é fazer um estudo de mercado, uma avaliação de mercado, por economistas muito técnicos e especializados nisso que a Farina trouxe, e um dos critérios para a escolha desses mercados específicos é justamente o acompanhamento das decisões que essa comissão tem como função. E, por último, a alteração do *site* do CADE, que estamos tentando implementar na próxima semana, vai mudar a cara do *site* e, obviamente, com o tempo e principalmente depois desse projeto do Banco Mundial, a alimentação dos dados necessários. Era só isso.

**Ubiratan Mattos:** Dr. Pedro.

**Pedro Zanotta (IBRAC):** Falou-se bastante, e também o Ubiratan agora há pouco falou, a respeito da dosimetria da divulgação dos atos das autoridades, dos três órgãos do sistema. Eu queria perguntar, você falou da dosimetria mas não disse qual seria a dosimetria ideal. Eu queria perguntar ao Dr. Daniel e ao Dr. Pedro como é que eles vêem a questão de como divulgar, quando divulgar e o que divulgar dos processos que estão na SDE mais especificamente.

**Daniel Goldberg:** Bom, conversamos sobre isso há cerca de cinco minutos e agradeço a oportunidade de você me fazer repetir em público o que eu te disse há pouco. Voltando um pouco à minha palestra e ao tema dela, deixa eu começar com a resposta objetiva: eu acho, dentro de um sistema em que os incentivos estão claros e as responsabilidades bem alocadas, o ideal é que a SDE, terminado o caso e fixado o seu ponto de vista, faça o maior estardalhaço possível, a maior divulgação possível no seu papel de promotor em sentido estrito da concorrência.

É um equívoco, me parece, fazer esse estardalhaço e essa comunicação no momento da instauração do processo administrativo, antes de findo o processo administrativo. O ideal seria que na linha do que deveriam ser as melhores práticas de atuação de um órgão antitruste, se fizesse a maior divulgação possível quando se terminou o processo administrativo e se chegou à conclusão de que o CADE deveria condenar as empresas envolvidas em uma ou outra prática infrativa.

O que acontece, no entanto, são duas coisas: primeiro, é muito comum que haja estardalhaço no Brasil e em qualquer país do mundo, incluindo nos Estados Unidos - onde supostamente é proibida a divulgação de instauração de uma investigação, mas a companhia tem que fazer a notificação de ato/fato relevante, e aí se pergunta à autoridade antitruste se se pode fazer uma nota à imprensa, que é o que sempre acontece -, em todos os países do mundo há um grande estardalhaço na abertura das investigações por problemas que eu descrevi, que eu tentei descrever na minha palestra. A depender da jurisdição e a depender do país às vezes é uma técnica de sobrevivência do órgão antitruste, que batalha contra interesses tremendamente concentrados e beneficiários tremendamente difusos, colocar a matéria no jornal, para não fazer o caso perecer nos escaninhos e nos caminhos nem sempre republicanos ou nem sempre livres do ranço autoritário que o Pedro descreveu, que são típicos de muitos governos, quero crer não mais do nosso, razão pela qual acho que há um caminho, um espaço para o amadurecimento nesse sentido. Essa é a primeira questão. A segunda questão, sobre o momento ideal, sobre qual é o melhor momento de divulgar, é a que diz respeito à seguinte circunstância: ter um *portfolio* de casos

de cartel que a SDE investiga, como qualquer outra autoridade da concorrência faz, é algo que não é tão antigo assim no Brasil, e é muito recente e era muito mais comum, e ainda é muito mais comum, que a SDE responda a uma demanda. Então, o caso do boicote que está no CADE para julgamento é um caso muito típico: o suposto boicote de laboratórios farmacêuticos à entrada dos genéricos no Brasil, sobre o qual o Conselho de Farmácia botou uma denúncia na primeira página do jornal. Neste caso, dentro do meu modelo de *public choice*, das quatro forças, cria-se uma histeria nacional com essa questão, os jornais começam a perguntar e a SDE responde à demanda que lhe foi criada instaurando o processo. Então o jornal diz: o SDE instaurou o processo. Mas veja, havia uma demanda original, o que era muito comum. O *portfolio* de casos da SDE - e eu tenho agora todos os estoques, a idade média, agora consegui, ainda que à mão, por enquanto (consigo discutir isso com o Pedro) - era quase que integralmente feito de casos desse tipo, em que a SDE respondia a uma demanda pública por instaurar um processo, e aí criou-se uma cultura que é a da divulgação no momento da instauração. Então qual é o meu voto, pelo que eu pretendo trabalhar? Pretendo trabalhar para construir um *portfolio* de casos de investigação da SDE em que futuramente o estardalhaço ocorrerá na conclusão do processo administrativo e não na instauração dele, ao mesmo tempo que se constrói no governo a consciência de que a autoridade de concorrência tem que ser respeitada, deve ter uma atuação independente e quiçá futuros governos em outras jurisdições não precisem mais recorrer à técnica descrita na teoria da escolha pública, em que você coloca o caso no jornal porque você precisa construir a sua clientela, o seu *constituency*, ou seja, a sua base política de apoio porque senão o caso morre, e isso acontece. Quero crer, pelos motivos que o Pedro descreveu, que acontecerá cada vez menos no Brasil, nesse governo e nos próximos, e que, portanto, os métodos de divulgação da SDE ficarão mais adequados ao que eu acho que é o ideal, que é a divulgação no momento da conclusão do processo e não no momento da sua instauração. Essa é minha resposta.

**Pedro Dutra:** Nada contra a divulgação; tudo a favor da divulgação. O limite da divulgação é aquilo que o Conselheiro Cueva ontem referiu: a proteção do administrado, invocando inclusive as regras do processo penal. Concordo inteiramente com ele. Primeiro ponto: é necessário que o órgão limite-se a sua competência. Eu discordo que a SDE seja, ou melhor, eu não discordo, eu não encontro na lei atribuída à SDE a função de promotoria - já escrevi sobre isso. A SDE instrui o processo, a SDE promove a acertação do fato infrativo e sugere ao CADE uma pena - sequer é um ato de natureza decisória. Esse ato pericial é um parecer. Decisório é o ato da SDE que manda arquivar e recorre de ofício um processo administrativo.

Na instrução de uma alegada infração à ordem concorrencial, a SDE não tem função de promotoria, mas função instrutória - a lei é clara sobre isso. Ela *pode* divulgar o início de um processo e a instauração de um processo administrativo? Pode e deve. Ela divulga o ato de instauração do processo administrativo porque assim a lei o permite. Ela pode divulgar o seu parecer? Pode divulgar o seu parecer. Eu combati, inclusive pessoalmente com o ex-Secretário Cláudio Considera, o que eu achava um deslize na oportunidade dessa divulgação que a SEAE fazia: ela primeiro dava à imprensa e colocava no *site* o seu parecer, algumas vezes antes que o próprio administrado tivesse a possibilidade de ler o parecer - ele ia lê-lo na imprensa. Isto não me parece ser o momento mais correto. É preciso, portanto, não sonegar a publicidade, mas o órgão incumbido de dar essa publicidade que a lei permite tem que ter a noção e a discrição em duplo sentido para que essa divulgação legal não se revista de um caráter abusivo, um caráter de detrimento da defesa do administrado. Em caso de dúvida, ele tem que proteger o administrado. Por quê? Porque o julgamento não seu deu, quem julga é o CADE. Só quem está habilitado, o órgão que está habilitado a dizer se houve ou não infração é o CADE, e o CADE ainda é sujeito a revisão judicial. Então, é muito importante que haja uma preocupação, um equilíbrio, uma ponderação entre a divulgação e a situação do administrado que é representado. Este ponto me parece imprescindível na divulgação a ser feita pela autoridade. As peças dela são públicas, devem ser públicas, razoável que esclareça sua posição. Os titulares desses órgãos têm todo direito - e isso é até bom - de esclarecer em entrevista a sua posição. Eu não tenho nada contra a divulgação, inclusive da instauração do processo administrativo, já da averiguação preliminar sim. Inclusive sou contra essa mudança reacionária da Lei de 2000. Isto já foi tratado em outros seminários. Mas o ponto é este: deve-se ter o cuidado máximo com a proteção do administrado, porque não há decisão ainda tomada pelo órgão incumbido de decidir, que é o CADE.

**Ubiratan Mattos:** Daniel, exercendo o direito de tréplica, e depois nós temos uma pergunta do Dr. João Bosco e depois do Conselheiro Prado.

**Daniel Goldberg:** Na verdade não é exatamente uma tréplica, não é uma discordância de fundo, mas é só para tentar separar alhos de bugalhos. Atenção: uma questão é a da publicidade nos termos em que o Pedro a descreveu em sua palestra. Outra questão distinta é a da divulgação nos termos em que eu tratei na minha, que é no sentido de se comunicar com a sua clientela. E ambas são questões realmente distintas.

É um direito e é um dever divulgar uma instauração de processo administrativo no sentido da publicidade - você não tem escolha. Uma outra questão

é que tipo de informações você divulga junto com a instauração do processo administrativo, e aí há um filtro de confidencialidade com relação às informações que são sensíveis ou delicadas, para separar o que é uma coisa e o que é outra, porque eu acho que há uma certa confusão hoje no debate. Você publica no *Diário Oficial* e os repórteres vão lá e vêem: Empresa “A”, que é uma empresa que tem um certo glamour, um certo prestígio, e no dia seguinte está no jornal. É natural que isso aconteça, faz parte do jogo, e seria uma solução muito pobre, muito inferior e muito perigosa para o país se você instaurasse um processo a portas fechadas contra um grupo de empresas proeminentes e ninguém soubesse quem está sendo investigado, quem está sendo processado e por quê.

Uma questão diferente dessa, no entanto, é a divulgação com ares de condenação. Então, por exemplo, dá-se uma entrevista. Isso eu acho muito complicado. Deve-se tomar esse cuidado para separar uma coisa da outra no momento da instauração. Então, eu acho que primeiro é necessário fazer essa separação.

Segundo, ou o Pedro não entendeu o que eu disse ou ele entendeu e então eu discordo dele, com relação a essa história do promotor da concorrência ou não ser promotor da concorrência da SDE. Acho que a questão não é se a lei tecnicamente define o papel da SDE de forma análoga ao que é o promotor, porque se você fizer esse tipo de análise, não há analogia possível, pois a SDE tem um caráter extremamente híbrido. Não é verdade que ela é só instrutória, até o Secretário pode impor medida preventiva, e pode ter um caráter restritivo de direito que carece, que é passível de revisão pelo Judiciário. Aliás, é muito comum que seja revisitado pelo Judiciário a todo tempo. Então, não me parece que seja verdade que o papel da SDE é meramente instrutório, não é que me parece, a lei não diz isso. Por outro lado, ela não é um promotor nesse sentido porque há recurso de ofício, ela é um híbrido. Dependendo do tipo de estrutura ou de conduta, ela é um híbrido entre promotor, juiz e órgão auxiliar em senso estrito. A analogia não foi essa e não é esse o ponto. O ponto é o seguinte: qualquer instituição, gostemos ou não disso, responde a incentivos, porque as pessoas respondem a incentivos e claramente o incentivo do CADE é ponderar, julgar e analisar se houve ou não a caracterização do fato infrativo. E por isso é que só o CADE pode dizer se houve ou não o caso infrativo, sendo que o papel da SDE é claramente o de promotor da concorrência junto com a SEAE, em sentido amplo, mas promotor na analogia de ser capaz de investigar, de denunciar o maior número de casos, desde que consentâneos com o interesse público, como o próprio promotor faz na justiça. A analogia é muito boa porque a SDE responde exatamente ao tipo de incentivos ao qual um promotor responde. Assim como o promotor, a SDE, quando acha que o caso fere o interesse público, pode pedir o

arquivamento; assim como o promotor, a SDE quando acha que o caso não fere o interesse público, vai atrás da condenação e é julgada pela sociedade de acordo com a sua capacidade de conseguir a condenação e a investigação do maior número de casos.

Portanto, a analogia que me parece tremendamente apropriada é que, do ponto de vista da teoria da escolha pública, que foi o arcabouço que eu usei para analisar isso, a SDE responde a incentivos extremamente parecidos com os incentivos do promotor, e portanto está sob obrigação e faz parte da sua prestação de contas para a clientela divulgar e lutar para que os casos sejam condenados, desde que ela tenha entendido que isso é consentâneo com o interesse público, exatamente como o promotor faz quando oferece ou não a denúncia ou quando pede o arquivamento. É o que eu gostaria de esclarecer i.

**Ubiratan Mattos:** François, would you like to make some comments?

**François Souty:** Yes. I feel I need to say a few words about communicating on cases. What I hear that has happened between SDE and CADE is something which we very often see in France or within the EU. I would add that probably we could have a third communicant or communicating group which could be composed by the consumers. When the Ministry of the Economy and the Competition Division refers a case to the *Conseil de la Concurrence*, of course the matter is just in the beginning. The Ministry has investigated something, opened complaints by the consumers and there is a short communication by the Ministry who has investigated. At this stage the Ministry can be supported by the consumers and generally it is. Sometimes just the consumers complain, and when the consumers association complain, has the headlines of the press, and again nobody talks about somebody being I mean deprived of its rights, because there has been such a communication. I think communicating is a basic element of freedom of rights, of human rights. And another point I want to make, has been something which has been sometimes reproached to the European Union Commissioner in charge of competition. The European Union Commissioner very often this applies to merger cases. When he decides that he is going to investigate on a case – there were several such cases investigated in the last decade – the Commissioner, I mean either the Commissioner Von Mirt or Commissioner Monty have never failed to communicate as soon as they had decided to requests a investigation on a case. Of course, afterwards the Commission had fully investigated the case, after the Commission had fully prohibited the case, was a for the defendant to accede the Court of First Instance, and the Court of First Instance has not refused to invalidate decisions of the Commissioner. On the contrary, they have invalidated several

decisions of the Commissioner. But at each stages of the process, communication has been a right, I mean which has been fueling the transparency process. In return, the defendant, I mean the law firms defending a firm which are brought before the judge can of course communicate giving their arguments and the press and the public can make his own opinion.

**Ubiratan Mattos:** OK, nós temos o Prof. João Bosco Leopoldino, depois o Conselheiro Prado e depois ainda o Conselheiro Pfeiffer.

**João Bosco Leopoldino (advogado):** Eu gostaria de fazer algumas observações sobre esse aspecto. O direito, aliás o *dever* de comunicação é imprescindível. Só que eu acho que nós não podemos perder de vista que os princípios constitucionais devem ser todos eles aplicados contextualmente. Se existe o dever de comunicação, existe também da parte da empresa o direito à imagem; e se existe o direito, o princípio da publicidade, não existe o princípio constitucional do alarde. Eu acho que aí é que a medida tem que ser colocada. Por quê? Vejam, na história brasileira nós temos um caso dramático (digo o nome porque saiu nos jornais), a decisão do Superior Tribunal de Justiça com relação ao ex-ministro Alcení Guerra, que em 1991, 1992 foi execrado pelo Ministério Público, pela imprensa etc. e agora o Superior Tribunal de Justiça o absolveu dez, doze anos depois, dizendo que não há provas contra ele. E daí? E o direito à imagem, onde fica? E para a empresa é fundamental o direito à imagem. Então que haja uma comunicação é uma consequência do princípio da publicidade; só que não existe na Constituição o princípio do alarde e até mesmo da promoção indevida de determinados órgãos públicos que querem adquirir maior publicidade. Essa é uma restrição que eu faço pessoalmente quanto a esses problemas de comunicação. Então essa é a primeira observação que eu faço.

A outra é que o Conselheiro Pfeiffer abordou um assunto que me angustia há muito tempo, que é o problema da competência da Justiça Federal para analisar as questões de concorrência. Eu pergunto ao meu querido Ubiratan: existe algum juiz federal aqui Ubiratan? Tenho certeza que não - já vou adiantar a resposta para não te constranger. Em 1999 o CADE promoveu junto com a ASBAC um Seminário em Brasília, e nesse Seminário compareceram dois juízes federais da Vara especializada de Direito Econômico, só que os dois - eu fui procurá-los devido a nossa ligação profissional - eu fui me disseram: “João Bosco, nós nunca lemos um livro de Direito Econômico”. E eram da Vara especializada de Direito Econômico. Então isso me deixa sumamente preocupado quanto à competência da Justiça Federal pra julgar os casos de concorrência. E aí eu me permito fazer uma ilação.

Por exemplo, no Canadá o Competition Tribunal é composto por cinco juízes do Tribunal Federal. Então, as decisões do Competition Tribunal não vão

para um juiz federal, um juiz unitário; elas vão direto para a Suprema Corte. Na Finlândia, o presidente do Tribunal da Concorrência é o presidente da Suprema Corte. Puxa, então eu me pergunto: um juiz singular é que vai julgar essa questão? Na França, segundo - me corrija - as decisões do Conseil de la Concurrence vão direto à Cour d'Appel e à Cour de Cassation depois, mas não ao Tribunal de Primeira Instância, não cá embaixo.

Então, esse problema, no Brasil, tem que ser repensado, porque imagine - e o Túlio Coelho está aqui para confirmar que eu perguntei a ele em certa ocasião: “E o caso AmBev, vocês levaram ou pensaram em levar ao Judiciário?” “Logicamente, mas não há condições, porque o Judiciário Federal hoje, não sei aqui em São Paulo, mas em Belo Horizonte, na 1ª Região, demora 15 anos para decidir um processo”. E eu me pergunto: a empresa esperaria isso? Isso tem sentido? É a primeira observação.

E há o problema também da discricionariedade da decisão vinculada, porque a decisão do CADE se prende mais aos aspectos do processo civil do livre convencimento do juiz, e não a um problema de decisão discricionária. A decisão do CADE é diferente da do Conselho de Contribuintes, é diferente da do Conselho da Previdência Social. Não tem sentido assemelhar essas duas colocações.

Os juízes federais, quando eu disse issoquase me execraram, disseram: “Você acha que nós não temos competência para analisar um laudo?” Bom, não nego isso. Eu simplesmente digo que da decisão do CADE deveria caber recurso para no mínimo o Tribunal Regional Federal, ou até o Superior Tribunal de Justiça, mas começar uma ação lá da Primeira Instância para demorar não sei quanto, esse é um problema que me preocupa.

Outro aspecto, Pfeiffer, é o problema de impedir o processo administrativo e da ação judicial concomitante. Eu acho que um processo judicial não pode ser interposto para impedir a administração de cumprir o seu dever. E, então, se existe um processo no CADE, um mandado de segurança que seja impetrado para coibir o andamento de um processo do CADE, tem que ser indeferido *in limine*. A petição tem que ser indeferida sob esse pressuposto. Não podemos fazer nenhuma assemelhação com o *habeas corpus* para trancamento da ação penal, isso não tem sentido, porque não se cogita de liberdade do indivíduo nesse momento. Então, é uma figura totalmente diferente, e do ponto de vista processual eu não posso aceitar que haja trancamento. Eu sei que a sua posição, me parece, pela exposição, confere nesse sentido. Eu gostaria somente de precisar isso.

Mas o ponto que eu acho importante é o inicial: não confundir direito de publicidade com direito de alarde ou princípio de publicidade com princípio de alarde, que não existe, para não haver condenação antecipada e ofensa ao direito de

imagem. É um aspecto contextual o problema da Justiça Federal, tanto que agora vem a minha sugestão: quem sabe nas próximas reuniões, nos Seminários do IBRAC, nós pudéssemos convidar juízes federais para vir repensar o problema, - se virão ou não, Pedro, já é outro problema -, mas que teriam que vir para se adentrar neste tema, que eu acho que é fundamental. São essas as observações. Muito obrigado.

**Ubiratan Mattos:** Muito obrigado, Dr. João Bosco. Conselheiro Prado, por favor.

**Conselheiro Prado:** Antes de falar, o Conselheiro Cuevas já pediu um aparte antecipado, por favor.

**Ricardo Cueva:** É, eu pedi um aparte antecipado porque eu fui citado nominalmente, e eu queria expressar a concordância integral com o que o Daniel disse. Na verdade, à luz do dia continua sendo o melhor remédio. Uma vez proferido o parecer da SDE, este é publicado no *Diário Oficial* e a publicidade é o princípio que deve prevalecer claramente. Essa é a tendência, aliás, não só nesse setor da administração mas em outros setores onde há sigilo expressamente previsto em lei. É o caso do Banco Central, onde se cogita agora de, a exemplo da CVM, publicar decisões condenatórias sujeitas ainda a uma decisão posterior do conselheiro. Eu acho, portanto, que esse princípio deve ser claramente estabelecido com todas as letras, para evitar que haja um retrocesso institucional.

**Conselheiro Prado:** Eu gostaria de levantar alguns pontos sobre as questões de publicidade. Um deles é que nós, o CADE, ainda estamos tentando melhorar, divulgar informações que são relevantes, inclusive para a avaliação do sistema.

Pouco antes de vir para aqui eu verifiquei uma estatística que está sendo preparada pela assessoria de imprensa do CADE, que mostra que 85% dos processos que passam pelo CADE, desde o início do sistema, demoram seis meses até o seu julgamento final; 10% mais, e 95% demoram até um ano. Quer dizer, pouco menos de 5% demoram mais do que um ano. É verdade que o conceito de média, como todos sabem (cabeça no forno, pé na geladeira, mas a temperatura média é extremamente agradável) é relativo. Assim, esses outros 5% em alguns casos demoram mais do que seria razoável, mas 95% dos processos são analisados em um tempo dado à tradição jurídica brasileira, que não é tão longa assim. Precisamos, então, usar com mais cuidado esse tipo de informação.

Outras questões são importantes de serem debatidas, inclusive com a comunidade. Por exemplo, a decisão de manter sessões, como nós estamos fazendo, em média quinzenalmente. Nós ganhamos muita eficiência com isso, porque o

grande trabalho que nós temos não é na sessão, é justamente na preparação dos votos, no trabalho prévio; não há um processo que atrasou-se em função dessa decisão. Muitas vezes isso não tem sido compreendido. Nós mesmos já avaliamos que, se as fizéssemos toda semana, provavelmente o número de processos analisados seria menor e não maior. Então esse tipo de diálogo com a comunidade, com a nossa clientela, como foi colocado na exposição do Secretário Daniel, é um elemento fundamental para que fique mais transparente a natureza dos problemas que nós enfrentamos e das decisões que estamos tomando. Essa é uma questão.

A outra questão, de natureza teórica - e eu vou puxar aqui um pouquinho o Pedro Dutra, discutir um ponto que você levantou -, é a observação de que o nosso papel é executar a lei. Sim, mas nada menos simples do que isso, porque por trás da questão da execução da lei há uma questão teórica sim. Eu não faço essa dicotomia que você está fazendo entre teoria e prática. Então, recorrendo um pouco a Kant, nada mais prático do que uma boa teoria, no sentido de que, se toda realidade fosse evidente, toda teoria seria supérflua. Mas a questão que se coloca no debate na esfera jurídica é o mau uso inclusive da idéia de citação. Eu vejo muitas citações, inclusive em pareceres de advogados, como argumentos de autoridade. Cita-se fulano *verbis*, e aquilo parece auto-evidente. Nesse ponto, então, a tradição jurídica e a tradição econômica são realmente diferentes, porque há mais preocupação com a consistência teórica entre as premissas e os resultados nos textos de natureza econômica, enquanto na tradição jurídica, pelo menos a com que eu tenho tido mais contato ultimamente, ainda há uma tradição em que o uso do argumento da autoridade, o uso da retórica tende a ter um papel relevante.

A convergência dessas duas tradições, a meu juízo, pode certamente fornecer um instrumental muito rico para a interpretação da lei, que é o que é complexo nessa situação. E eu entendo que há de ser criado no Brasil, a partir da nossa jovem tradição ou experiência de direito de concorrência, e também a partir de influências que são desiguais da tradição americana e européia, um corpo teórico, uma tradição que são característicos do nosso tipo de realidade, que tem similaridades importantes com essas duas tradições, mas também tem diferenças muito particulares. Então o que eu exortaria seria justamente não ir à prática, mas ao contrário, procurar se aprofundar na teoria, mas não na teoria vazia, e sim a teoria firmemente calcada sobre a realidade.

**Ubiratan Mattos:** Muito obrigado, Conselheiro Prado. Conselheiro Pfeiffer.

**Conselheiro Pfeiffer:** Bem, eu gostaria, antes de responder às perguntas do Dr. João Bosco, apenas também fazer brevíssimas referências quanto

à publicidade. Não entrarei propriamente na polêmica que polarizou um pouco o debate, mas apenas gostaria de dizer que, em relação ao CADE, parece óbvio que o momento - para responder também uma pergunta que foi feita - é posterior à decisão. Isso é até uma injunção legal, e eu acho que isso tem sido bastante obedecido, de não se pronunciar sobre o mérito. Desconheço situações concretas em que houve isso.

Mas, por outro lado, essa questão da publicidade é muito importante, e algo que deve ser pensado também é a questão da linguagem. E, então, para abordar a questão, na realidade essa clientela é diversificada, e uma correta promoção da concorrência também demanda um aprendizado sobre o tipo de linguagem, inclusive utilizada. Eu acho que quando se comunica algo, por exemplo, para consumidores ou mesmo para a coletividade em geral, deve-se ter esse tipo de cuidado. E também deve-se ter cuidado com a comunicação com o Legislativo, com o próprio poder administrativo.

Assim, acho que um aprendizado dessa linguagem, que demanda que a nossa interdisciplinaridade se estenda além do econômico e do jurídico até outros campos, ela é de suma importância. Comunicar os dados relevantes e em tempo real, acho que no próprio CADE nós temos aprendido isso, e eu acho que é um dos elementos que temos procurado aperfeiçoar, ou seja, como se comunica a decisão do CADE para que ela seja apreendida pelos diversos atores sociais. É algo que também é um momento bom aqui no Seminário do IBRAC para estar estimulando é talvez copiar bons exemplos que vêm do próprio Poder Judiciário, por exemplo na comunicação de decisões. É tanto o aperfeiçoamento do *site*, pois a busca realmente é algo torturante - nós mesmos dentro do CADE temos dificuldades às vezes para recuperar decisões. É um trabalho quase de garimpagem, várias vezes se liga para ex-Conselheiros para pedir votos porque há um problema tanto no banco de dados como na forma, o *site* é muito pouco amigável ainda. Sendo assim, isso é imprescindível, mas eu acho que há alguns elementos novos que podem ser buscados. Por exemplo, para essa clientela mais jurídica, fazer uma espécie de informativo que possa ser talvez mensal, com as principais súmulas e as principais decisões do CADE, ou algo que possa então aperfeiçoá-lo, pois acho que o *site* é imprescindível.

Já no que tange às perguntas especificamente, eu entendo que talvez não tenha sido tão claro no final, mas eu particularmente entendo que o correto, a equação correta, seria o estabelecimento de uma competência originária, num segundo grau, que fosse um TRF ou um Superior Tribunal de Justiça. Essa seria a forma correta de especializar. Então, seria necessário estabelecer uma competência originária de segundo ou terceiro grau em primeiro lugar, pelas obediên-

cias de celeridade, a fim de que isso não se perpetuasse por muito ao tempo, pois entra-se na Vara hoje de 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 3<sup>a</sup> ou 4<sup>a</sup> instância, isso vai se perpetuar pelo tempo e você perde especialidade, pois o ganho de especialidade vai se dar a partir de uma competência originária, onde todos esses caracteres peculiares da defesa da concorrência possam ser aprendidos.

No final, eu disse que não talvez não houvesse massa crítica, no sentido de que ainda não há um número tão elevado de ações que justifique sempre isso, porque é um problema mais conceitual - efetivamente você precisa da competência originária no mínimo para a especialidade e celeridade, mas o problema é que o instrumento para se alcançar essa competência originária é uma emenda constitucional. Então, há uma imensa dificuldade para se conseguir isso, convencer alguém a colocar uma emenda constitucional com *quorum* qualificado, um problema de propositura. É algo para o qual eu até hoje não vejo condições mínimas de um retorno. Mas eu concordo inteiramente, a minha posição particular é que haja, no mínimo, o Tribunal Regional Federal, se não fosse o STJ, para criar, enfim, uma competência originária. O problema é que a dificuldade para se fazer isso é imensa, e não vejo condições mínimas de se avançar isso.

O segundo ponto, no que tange à questão do livre convencimento, eu até tive esse cuidado, apenas usei as questões de discricionário-vinculado, porque já há alguns textos que abordam isso. Há um texto conhecido do Hely Lopes Meirelles, por exemplo, e acho que lá na própria Faculdade de Direito já houve um trabalho específico de uma orientanda do Prof. João Bosco.

Talvez não seja o ideal esse transporte, talvez essa palavra não seja uma analogia perfeita, ou seja, a questão de vinculação ou discricionariedade, talvez haja algumas situações limites de vinculação de obediência àqueles parâmetros legais, onde se tenha que necessariamente percorrer não só o devido processo legal, como a acerto correta. Ou seja, nas infrações, para subsumir a conduta, a tipificação, ao art. 20 e seus efeitos e ao ato de concentração, é preciso necessariamente passar pela demonstração da incidência do *caput*, ou seja, restrição da concorrência, e as possibilidades de isenção do § 1.º (isenção não é a melhor palavra), mas as condições, e que você possa aprovar, o que se assemelha um pouco, guardando as devidas proporções, à regra da razão. Nisso eu acho que todos estão vinculados, e acho que esse tipo de controle o Judiciário pode sem problema nenhum fazer, ou seja, fazer passar por essas fases, fazer essa acerto. Mas concordo inteiramente, já me posicionando com a questão do livre convencimento, que é a questão da valoração da prova e dos aspectos estritamente econômicos que isso envolve. Nesse caso, há um problema de valoração eu acho, nem entra muito bem a palavra discricionariedade ou vinculação, porque quando

you value the proof, you are based on free conviction and it is the same question that is put to the Judiciary. The traditional trend in Brazil, in terms of control of administrative decisions, was to limit to aspects of strict legality, not venturing subsequently into aspects of valuation of motivation. However, there is a current trend, but not absolutely consolidated, since it varies a lot in each concrete case, of a greater link to merit, or even of venturing into this evaluative process. Sincerely, as this will be the path to be followed, it is something to be observed. On the other hand, it is also an invitation to people to reflect and write about this, since I think there is very little written about this subject, to know if it is adequate or not, even in light of foreign experiences. It is necessary that we enter into this more evaluative dimension of proof, of dimension of economic tests.

Finally, regarding the question of the administrative process and the judicial process, I understand perfectly that the filing of a judicial action, whether it is a public civil action or an individual or collective one, does not in any way impede the progress of the administrative process. They are absolutely autonomous and it seems to me, then, that there is no need to lock it down based on this. I reiterate what I said: despite this autonomy, it must not be an impediment to the progress of the judicial action. There are those who defend this on the other side, and it is quite pertinent that the legitimate entities also be brought in to verify the positive aspects of administrative defense, because this concomitance is perfectly possible. There may be situations in which it is good that this occurs, but this tends to generate conflicts and legal insecurity, which theoretically is not the best of worlds. I think, on the other hand, that - reiterating what I had said - in those situations in which there has clearly been a decision, it seems to be a path conducive to a greater effectiveness of these reparations, which is something that the administrative sphere cannot give to society, or rather, the repair of damages.

**Ubiratan Mattos:** Ok, there is a very short comment by Daniel, another one by Pedro and then we will close the Seminar, if there are no more questions in the plenary. Daniel, please.

**Daniel Goldberg:** Just responding to the question of Prof. João Bosco, it is evident that when constitutional principles are applied, they are always applied as a whole, weighing, on the contrary to the rules that are applicable and do not sum to zero. The principles are weighable and are classic of hermeneutics. In fact, in the classic text of Robert Alexy, which is the classic text of the weighing between the right to the image *versus* the right to information, published in *Doxa-Alicante*, what is discussed is something a little different from this hypothesis here. I would like to try to clarify, differentiate, in my view, the

bugalhos. É evidente que a Constituição não protege, chancela ou alberga o direito ao alarde, mas não é bem essa questão. O cuidado que se tem que tomar quando se dá uma informação é não dar informação errada. Esse é o dever do administrador público. Então, quando ele instaura um processo, sai publicado no *Diário Oficial* e todo mundo acorre à autoridade, ele não pode dizer o seguinte: “É, eu condenei o cartel ou eu o peguei.” Ele tem que tomar certos cuidados, do tipo: “Eu estou investigando um suposto cartel etc. etc.” Mas na vida real - e eu tentei lidar com a vida real e os insumos da vida real na minha palestra, dentro de uma moldura razoavelmente técnica - o que acontece é o seguinte: quando você publica no *Diário Oficial* que você instaurou um processo contra as empresas A, B ou C - a gente está discutindo aqui com o Dutra mas isso acontece muito com ato de concentração -, isso tem uma leitura, isso é apropriado na gramática muito mais de acordo com a clientela, e com a clientela diversificada, muito mais de acordo com quem escuta do que com quem fala, e faz parte do jogo, e é isso que estamos fazendo aqui, não há como evitar. Seria maravilhoso se pudéssemos controlar num laboratório ideal e fazer que toda comunidade entendesse o que é a SDE, o que a SEAE, o que é o CADE, o que a SDE processa, que a SDE não julga, que o CADE é quem julga, seria maravilhoso! Mas, como bem disse aquele *paper* do Robert Alexy não há solução ideal, e você tem que ponderar regras, princípios que não são aplicáveis numa feição soma zero.

E novamente, como bem diz aquele *paper* do Robert Alexy, o que acontece no final das contas é que os veículos de mídia não podem fazer um linchamento moral, que é o que aquele *paper* aborda. Mas a autoridade pública, que deu a informação naquele caso concreto da Suprema Corte que é analisado, é obrigada a dar a informação e a repetir a informação tantas vezes quantas lhe forem perguntadas. Essa é a conclusão daquele *paper*. Eu acho que você tem toda a razão, no que diz respeito à qualidade da informação. Não se pode dar informação errada. Mas não se pode controlar como isso é apropriado porque isso faz parte do processo político, isso é apropriado de uma determinada forma.

Vou dar um exemplo, porque estamos discutindo muito conduta e agora estamos num ano de cartéis. Então estamos discutindo isso porque evidentemente pode ferir diretamente a imagem, mas veja, o maior alarde desse ano foi com um órgão discretíssimo que é a SEAE. Antes do Helcio chegar, o Secretário anterior, o José Tavares, analisava um caso da Companhia Brasileira de Distribuição, grupo Pão-de-Açúcar, e estava pensando em negociar um Apro e sustar via Apro o prosseguimento de uma determinada operação que chamava muito a atenção. Não deu coletiva, não chamou a imprensa e enfim informou que estava negociando Apro. Naquele fim-de-semana, na *Veja*, no sobe-e-desce, sabe quem

estava no desce? Abílio Diniz. E no sobe? o Ministério da Fazenda peitou o Abílio Diniz. Eu sei que o Ministro Palocci não ficou muito contente ao abrir a *Veja* no fim-de-semana e encontrar esse tipo de coisa, mas isso acontece, é natural, e acontece mais por razões culturais que não vale a pena explorar aqui, com ato de concentração inclusive mais do que conduta, porque temos ainda a cultura antiga de que todo mundo faz cartel. O ato de concentração é que ainda é glamoroso. Aliás, nos jornais o termo cartelização é usado repetidas vezes pelos jornalistas lidando com ato de concentração. Quer dizer, faz parte do discurso, faz parte do nosso papel tentar qualificar e sofisticar, como bem disse o Pfeiffer com adequação técnica, a forma como a nossa informação é entendida, mas é um processo que infelizmente nós não controlamos e, como bem disse o Alexy, temos que ponderar os princípios nessa decisão, que neste caso, são a publicidade, o direito à informação e fazer as coisas à luz do dia - esse é o valor que prevalece. Não é à toa que o François, o Ricardo Cueva, o Prado, todos tivrmos a mesma reação a esse debate, por diferentes perspectivas teóricas, porque todos nós sentimos isso na pele. Então, eu acho que você tem toda razão, mas só queria tentar diferenciar uma coisa da outra.

**Ubiratan Mattos:** Dr. Pedro.

**Pedro Dutra:** Não há, eu creio, nenhum desacordo contra a publicidade. Ao contrário, a minha palestra toda foi pedindo mais publicidade, apenas ajustando a linguagem para que o administrado não saia desnecessariamente alvejado. Claro que entre o administrado e o interesse público, como disse o Conselheiro Cueva, prevalece o interesse público, mas é necessário ajustar a linguagem sempre que possível. A melhor forma é divulgar o parecer, a decisão, num tempo que seja igual a todos aqui. O exemplo que eu dei se prendeu à administração anterior da SEAE, quando o parecer, ou melhor, a notícia do parecer, era dada antes que o parecer fosse disponibilizado ao administrado. Havia então, o que não acontece hoje, uma desigualdade que não é razoável. Mas o Conselheiro Cueva irá perceber que aqui nós somos todos não luminosos mas iluminados pelo sol da Bahia e pela necessidade da transparência. E mais: somos defensores intransigentes de que se preserve a transparência dos Conselheiros e dos titulares dos órgãos de defesa da concorrência, pelo menos esse é o meu caso, que venho escrevendo e falando sobre isso há muitos anos.

Conselheiro Prado, concordo inteiramente com o senhor: argumento de autoridade é argumento fraco. A autoridade vem de quê? De mostrar que, na hipótese concreta, que, naquele fato analisado, incide aquela norma por tais e tais razões. O parecer que diz que é porque é, e não analisa o fato, não é um parecer de bom nível jurídico. Não há direito sem fato. Não há direito sem fato

analisado. E o fato tem que ser analisado sobretudo na área de defesa da concorrência, no seu aspecto mais eminente, que é o aspecto econômico. Daí que é preciso que a teoria econômica ajude a discernir quais são os elementos daquele fato, para que o fato seja claro e para que sobre ele incida ou faça incidir a norma legal adequada. Sem fato não há justiça, eu concordo inteiramente com o senhor. Muito obrigado.

**Ubiratan Mattos:** Bom, infelizmente, nós temos um compromisso com o sol e, portanto estamos encerrando este Seminário agradecendo aos nossos ilustres convidados desta mesa, o Prof. François Souty, o Daniel Goldberg, o Helcio Tokeshi, o Conselheiro Pfeiffer, e agradecendo a todos vocês pelo apoio, pelo entusiasmo e pela participação. E também quero fazer um agradecimento especial aos nossos secretários no IBRAC, que nos deram o apoio logístico necessário para que esse evento fosse organizado, no caso o José Carlos Busto e a nossa secretária Dora. Muito obrigado a todos e nos veremos no próximo ano.